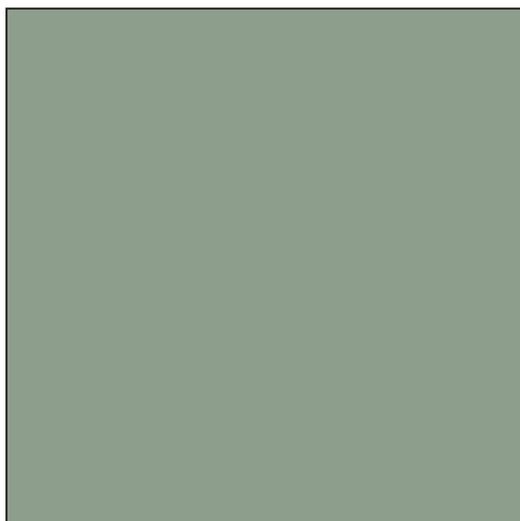


per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno

74



GIOVANNI CAZZETTA

SCIENZA GIURIDICA  
E TRASFORMAZIONI SOCIALI

*DIRITTO E LAVORO IN ITALIA  
TRA OTTO E NOVECENTO*

giuffrè editore milano

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

### BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI  
diretta da BERNARDO SORDI

---

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE  
(50129) - piazza Indipendenza, 9

[www.centropgm.unifi.it](http://www.centropgm.unifi.it)

---

VOLUME SETTANTAQUATTRESIMO

GIOVANNI CAZZETTA

**SCIENZA GIURIDICA  
E TRASFORMAZIONI SOCIALI**

*Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*



*Milano - Giuffrè Editore*

ISBN 88-14-13488-X

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2007

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

## PREMESSA

1. Scienza giuridica e trasformazioni sociali. La scelta di un titolo così ampio per la raccolta dei saggi qui proposti al lettore esige, per non risultare generica, specificazioni in riferimento alle indicazioni temporali, spaziali e contenutistiche fornite dal sottotitolo: l'Italia fra Otto e Novecento, le questioni giuridiche collegate al lavoro.

Radicato com'è nel sociale, il diritto si confronta inevitabilmente con la società che, quando riesce a cristallizzare nuovi valori condivisi, propone a sua volta (o, se si vuole, impone, dà) nuovo diritto. Tra le trasformazioni sociali e le trasformazioni giuridiche esiste un legame ovvio, necessario, iscritto nella natura delle cose; esso non vive, però, fuori dal tempo, ha avuto, ed ha, incarnazioni storiche molteplici, così come sempre diverso è il nostro modo di considerare nel presente e nel passato le distanze tra le cristallizzazioni del giuridico e i mutamenti del sociale. Movendo da questa elementare consapevolezza, i saggi qui raccolti non intendono ricercare astratti modelli teorici o confermare ancora che *ubi societas ibi ius*; a dare loro unità è un intento più specifico, quello di leggere le variegate rappresentazioni delle coincidenze e delle distanze tra società e diritto proposte dalla scienza giuridica a partire dal momento della prima crisi delle certezze del diritto codificato. Il periodo fra Otto e Novecento offre un osservatorio privilegiato per tale 'misurazione'. In quegli anni infatti la scienza giuridica confrontò la *società del Codice* con trasformazioni sociali percepite per la prima volta come « accelerate » « dirompenti » « complesse », come « marea che avanza e tutto travolge », e ridisegnò ripetutamente il naturale rapporto tra società e diritto.

2. Tra Otto e Novecento i giuristi scoprirono una società diversa da quella 'bloccata' dal Codice civile. Caratterizzato com'era

da assolutezze giusnaturalistiche e da specifici interessi della borghesia, il Codice racchiudeva (pretendeva di racchiudere) tutto il diritto grazie (anche) a una rappresentazione semplice e idealizzata della società: armonica e autosufficiente, governata da un'illimitata libertà contrattuale, sorretta da un ordine della proprietà insofferente di qualsiasi coazione di diritto pubblico. L'ingannevole gioco di specchi tra certezze del Codice e stabilità della società imprigionò a lungo il confronto tra scienza giuridica e trasformazioni sociali entro confini angusti, entro modelli fissi velleitariamente protesi a sottrarsi al tempo.

La fine di quel sogno aprì uno scenario nuovo, tutto da costruire. Impossibili da contenere entro il diritto comune codificato, le trasformazioni sociali (« accelerate » « dirompenti ») esigevano « speciali » risposte e imposero un progressivo mutamento qualitativo e quantitativo dell'intervento pubblico sul diritto dei privati. Mentre si affermavano le prime leggi sociali e si progettavano nuovi Codici sociali, mentre si richiedevano riforme per i Codici esistenti ed immissioni di 'gocce di socialità' in quelli in preparazione, si avviò una vasta riflessione sul diritto più consono al nuovo volto della società: da più parti, e con intenti spesso contrastanti tra loro, giuristi innovatori mirarono a individuare uno specifico diritto per la società, un diritto sociale distinto dai modelli assoluti realizzati nel periodo moderno, il diritto dell'individuo e quello dello Stato.

Venuta meno la certezza di una piena coincidenza tra la società reale e la società disegnata dal Codice, le strategie poste in essere dalla scienza giuridica per confrontare principi e idealità del diritto con le trasformazioni in corso non furono, però, univoche. Più che il fallimento delle prospettive del 'Codice sociale', è la banale ma sensata affermazione per cui tutto il diritto è sociale (argomento ripetutamente utilizzato all'inizio del Novecento per contrastare l'esistenza di un diritto sociale autonomo) che deve spingere a guardare anche al di là delle pagine degli innovatori. La rappresentazione di una 'costituzione civilistica' completamente travolta dalle nuove consapevolezze sociali è, d'altronde, ingannevole; trascura di considerare il perdurare del riferimento ai principi codificati come a punti fissi nel mutamento, trascura l'uso di distinzioni nette per isolare la stabile essenza del diritto comune dalle particolari disposizioni necessarie a una società 'in transizione'. Il timore che risposte

legislative continue inabissassero il diritto nelle particolarità del sociale, riducendolo in frammenti e consegnandolo all'ignoto (un timore che generò rinnovate letture dei principi 'di sempre' anche nei giuristi più propensi a innalzare barriere formali tra la dimensione giuridica e la dimensione sociale) contribuì, insomma, non meno delle pagine degli innovatori, a disegnare le nuove mappe delle coincidenze e delle distanze tra diritto e società.

3. È entro questo più vasto territorio che i saggi qui proposti tentano, considerando soprattutto le origini disciplinari del diritto del lavoro, di mettere a fuoco il rapporto tra *diritto e lavoro*. Avamposto della riflessione giuridica protesa a considerare le trasformazioni prodotte dall'industrializzazione e ad unire diritto e nuova società, il diritto del lavoro emerse dalla nebulosa del diritto sociale con tratti specifici, profondamente segnati dalla dialettica tra Codice e leggi speciali, dalle riletture del rapporto tra pubblico e privato, dalla rivendicazione di una terza dimensione sociale del diritto, dalla ricerca di un diritto dei privati più ampio di quello individualistico e dalla contestazione dei principi uguali del diritto codificato, ma fu segnato a fondo anche da rinnovate letture delle certezze codicistiche.

Seguendo le varie affermazioni di specialità (le diverse rivendicazioni di autonomia) della giuslavoristica e considerando la sua tensione ad andar oltre o a flettere il consolidato strumentario tecnico tradizionale, i saggi provano a individuare nell'Italia liberale, negli anni del fascismo e nei primi anni della Repubblica le principali rappresentazioni del sociale proposte dalla scienza giuridica.

Alcuni saggi presenti nel volume sono dedicati a leggere la storia della disciplina proposta dai giuslavoristi. Non si tratta, mi pare, di un esercizio superfluo. Incalzata da un futuro che è 'marea che avanza e tutto travolge', la giuslavoristica appare oggi la disciplina giuridica più protesa a interrogarsi sulla tenuta del suo particolare strumentario tecnico nato per avvicinare il diritto e la società, per rendere meno spietato il lavoro nella società industriale. In un mondo in cui tutto è mutato, il diritto del lavoro appare gravato da una storia breve e 'particolare', una storia che alcuni ritengono debba essere dimenticata e che altri affermano imprescindibile componente della propria identità. L'affannosa ricerca nella storia di

un'identità autentica spesso dimentica che il passato è il passato e non l'avvenire; essa offre, però, una preziosa occasione per verificare come le distanze tra diritto e società siano collocate *sub specie temporis*: non solo le ricostruzioni del presente ma anche quelle del passato proposte dalla scienza giuridica ci danno comunque una storia che è « *histoire des variations* », storia di mutamenti e di differenziazioni.

4. La complessità del sociale è stata costantemente richiamata nelle pagine dei giuristi sin dalla fine dell'Ottocento. Oggi essa emerge sempre più spesso come un'immagine stereotipata, tanto abusata quanto povera e piatta, sterile nella sua proiezione verso un futuro certo e senza memoria: è evocata per rappresentare un mondo senza confini e senza passato in cui tutto tende a diventare uguale; un mondo in cui anche la scienza giuridica può finalmente fissare un legame assoluto tra diritto e società, tra il diritto e una società spesso immiserita a mercato.

Le pagine che seguono non intendono offrire l'antefatto del manifesto destino del presente, né ambiscono a porgere sicure origini per le nuove certezze; esse tutt'al più valgono a ricordare ancora al giurista che le sue ricostruzioni e i suoi progetti 'per la società' sopportano comunque il fastidioso fardello della storia, sono immessi nella straordinaria e affascinante complessità della storia. È proprio quanto scoprirono, del resto, i giuristi che tra Otto e Novecento confrontarono le immutabili certezze della società del Codice con le trasformazioni sociali.

5. I saggi qui proposti sono stati elaborati in momenti diversi <sup>(1)</sup>, l'ordine prescelto nel volume non è però quello cronologico, non fa riferimento alla data di pubblicazione ma rispetta una consecuzione tematica più sostanziale organizzata in tre parti.

Nella prima, *Certezze del Codice e società industriale*, si offre, movendo dai silenzi e dalle certezze dei Codici ottocenteschi, una

---

<sup>(1)</sup> Il saggio sulle *leggi sociali* è del 1988, l'ultimo (III. 7) è stato scritto tra la fine del 2006 e l'inizio del 2007. Senza incidere sui contenuti in qualche caso (I. 2; e II. 3) sono state apportate lievi modifiche formali al testo; le note non sono state aggiornate, in alcuni punti sono stati inseriti dei rinvii interni al volume.

sintetica traccia di lungo periodo dell'assetto giuridico per il lavoro e l'impresa nel corso dell'Ottocento e del Novecento (2); ci si accosta poi, considerando le critiche sociali al Codice, al tema della prima percezione del distacco tra rappresentazioni della società e diritto comune civilistico, all'affiorare della crisi della costituzione civilistica (3).

La seconda parte (*Diritto del lavoro: la costruzione della disciplina*) considera, in un primo saggio, le letture delle leggi sociali offerte dalla scienza giuridica, i contrasti riguardo alla configurazione del diritto sociale, il peso della divisione tra pubblico e privato nelle analisi del contratto di lavoro e nell'emersione dell'autonomia collettiva (4). Il secondo scritto segue invece in maniera più ravvicinata il percorso del diritto del lavoro (meglio, i variegati progetti per un diritto del lavoro) dall'Italia liberale agli anni del fascismo, dalla crisi del corporativismo ai primi anni della Repubblica. L'obiettivo è quello di cogliere le eredità ricevute da una disciplina costretta nei primi anni della Repubblica a « scrivere daccapo » avendo alle spalle il fardello di ricostruzioni privatistiche e pubblicistiche scisse ma protese nello stesso tempo a rivendicare nel nuovo scenario dell'Italia democratica un'assolutezza della loro rappresentazione del sociale (5).

La terza parte (*Le incertezze del presente e il dilemma delle origini*) rilegge i percorsi proposti confrontandosi soprattutto e con la ricerca delle proprie origini disciplinari e con le letture del passato prospettate dall'odierna giuslavoristica; una giuslavoristica da anni

---

(2) I. 1. *Società industriale e silenzio del Codice. Lavoro e impresa*. Con il titolo *Lavoro e impresa* il saggio è stato pubblicato in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 139-162.

(3) I. 2. *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*. Pubblicato in P. Cappellini e B. Sordi (a cura di), *Codici una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio (Firenze 26-28 ottobre 2000)*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 309-348.

(4) II. 3. *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro*. Comparso nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (17, 1988, pp. 155-262) con il titolo *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*.

(5) II. 4. *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e Repubblica*. Pubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, 1999, tomo I, pp. 511-629.

intenta a interrogarsi sulla propria identità <sup>(6)</sup>, sullo spietato ritorno della dicotomia tra pubblico e privato nella crisi dello Stato sociale <sup>(7)</sup>, sulle ragioni d'essere dei confini posti dalla legge e dalla contrattazione collettiva alla libertà di contratto <sup>(8)</sup>.

*Devo un sentito grazie al Direttore e ai membri del Consiglio scientifico del Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno per aver voluto accogliere il volume nella 'Biblioteca'.*

*Più di venti anni fa a guidarmi nel primo accostamento a questi temi fu Paolo Grossi; ed è a Paolo Grossi che oggi tengo a esprimere la più profonda gratitudine per il dialogo mai interrotto.*

---

<sup>(6)</sup> III. 5. *Il diritto del lavoro e l'insostenibile leggerezza delle origini*. Pubblicato (come 'a proposito di' U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, il Mulino, 1995) nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996, pp. 543-572.

<sup>(7)</sup> III. 6. « *Il lavoro nella Costituzione* » di Costantino Mortati cinquant'anni dopo. È stato pubblicato in L. Gaeta (a cura di), *Costantino Mortati e « il lavoro nella Costituzione »*. Una rilettura. Atti della giornata di studio (Siena, 31 gennaio 2003), Milano, Giuffrè, 2005, pp. 187-199.

<sup>(8)</sup> III. 7. *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*. Pubblicato in *Lavoro e Diritto*, XXI, n. 1 (inverno 2007), pp. 143-173 e in *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 15 (giugno 2006): *Libertà lavoro diritto*, pp. 67-96.

PARTE PRIMA

**CERTEZZE DEL CODICE  
E SOCIETÀ INDUSTRIALE**



## I. 1

### SOCIETÀ INDUSTRIALE E SILENZIO DEL CODICE. LAVORO E IMPRESA

1. Società industriale e silenzio della legge. — 1.1. Libertà e regole per la società industriale. — 1. 2. Uguaglianza e privilegi; *a)* lavoro e contratto; *b)* impresa come « atto di commercio ». — 2. La scoperta del sociale. — 2.1. Leggi sociali e lavoro subordinato. — 2.2. La dimensione collettiva. — 3. Diritto dell'impresa e diritti dei lavoratori. — 3.1. Un diritto per l'economia: proprietà e impresa. — 3.2. Complessità sociale e nuovi statuti per l'impresa e il lavoro.

#### 1. *Società industriale e silenzio della legge.*

Sempre più collegati nel vivo dei rapporti economici imposti dall'affermarsi della società industriale, lavoro e impresa restano nel diritto che segna quasi tutto il XIX secolo dimensioni programmaticamente separate. Non sono solo le leggi ed i Codici ad imporre la separazione, ma è l'intera mentalità giuridica del secolo che, rifuggendo da qualsiasi considerazione della 'realtà giuridica effettuale', si presenta più attenta all'astratto proclama del diritto che alla ricerca delle sue funzioni e alla verifica delle sue modalità di esercizio.

Smantellando l'assetto corporativo, la Rivoluzione francese liberò il lavoro e proclamò ambiziosamente i suoi diritti di indipendenza, la sua sottoposizione alla legge uguale volta ad abbattere i vincoli gerarchici, le costringenti strutture di appartenenza, di protezione e di solidarietà dell'assetto di antico regime. Libertà e uguaglianza privarono il lavoro dalle minuziose regole del passato e gli offrirono in cambio un silenzio gravido di rinvii alle strutture giuridiche portanti del nuovo ordine: il contratto e la proprietà. Schiacciato dall'assorbente riferimento a una proprietà 'assoluta' e svincolata dalla dinamica della produzione, il lavoro divenne per il

giurista un fenomeno da osservare soltanto attraverso lo scarno guscio formale offerto dal libero contratto individuale che taceva riguardo all'effettività del rapporto e che ignorava l'organizzazione entro cui il lavoro si svolgeva.

### 1.1. *Libertà e regole per la società industriale.*

La Rivoluzione francese procede in modo sistematico all'abbattimento dell'assetto corporativo: alle decisioni della notte del 4 agosto del 1789 segue la legge d'Allarde (2-17 marzo 1791) a cui si aggiungono, tre mesi dopo, gli otto articoli della legge Le Chapelier (14-17 giugno 1791). L'aperta ostilità nei confronti dei privilegi corporativi diffusa negli ultimi decenni del XVIII secolo (un'ostilità che non era stata in grado di mutare il sistema: la riforma realizzata da Turgot nel 1776 era stata vanificata nel giro di qualche mese) si traduce in pochi anni in un compiuto disegno di 'annientamento'.

La distruzione dei corpi intermedi che avevano costituito l'armatura della società di antico regime è perseguita politicamente con lucida determinazione per realizzare una contrapposizione pura tra gli individui e lo Stato, tra gli interessi particolari e l'interesse generale. La libertà di contrattare e la libertà di esercizio della professione <sup>(1)</sup> sostituiscono il minuzioso assetto regolamentare antecedente. Racchiudendo in sé il germe di un principio corporativistico, qualsiasi emersione di interessi ultraindividuali si presenta come minaccia per il nuovo assetto costituzionale, come pericoloso ritorno al passato: esaltata nei confronti degli individui, la libertà è così circoscritta entro un recinto e negata ai gruppi, alle associazioni, agli interessi collettivi, al mutuo soccorso. La coerente applicazione dei 'principi della libertà e della costituzione' impone infatti, ben oltre la cancellazione dei gruppi intermedi 'obbligatori', anche la ferma repressione di qualsiasi libera aggregazione di interessi <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Art. 7 della legge del 2-17 marzo 1791: « à compter du 1<sup>er</sup> avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente ».

<sup>(2)</sup> Art. 1 della legge Le Chapelier del 14-17 giugno 1791: « L'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession, étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit ».

Il solitario richiamo alla libertà individuale pare di per sé ricomporre entro un nuovo orizzonte l'organizzazione sociale: contrastando i privilegi corporativi, il solo lavoro 'liberato' prospetta un assetto economico armonico caratterizzato da singoli produttori che, infrante le catene del passato, si accordano obbedendo alla legge di uno Stato che è mero garante della loro libertà. Il sogno inseguito negli anni della Rivoluzione è forse quello di promuovere un'immensa classe di proprietari medi e di produttori indipendenti, quello di una complessiva emancipazione del lavoro, di una democrazia di piccoli proprietari-produttori <sup>(3)</sup>; lontano da quel sogno, l'assetto normativo rivoluzionario, perfezionato dalle scelte dei Codici, si presenta come un inno all'individualismo e all'autonomia della volontà destinato a rivelare tutta la sua spietatezza di fronte all'industrializzazione.

Incontro di volontà libere, il contratto è al centro dell'organizzazione sociale proposta dal Codice civile francese del 1804. Un breve cenno (tre soli articoli) al contratto individuale assorbe l'intera rappresentazione del lavoro dipendente: si tace sull'effettività del rapporto (le due parti sono libere di fissare il salario e le modalità della prestazione), si ignora completamente il lavoro nell'industria. Lo scarno schema della locazione, *locatio operarum*, può così proporre, dopo due mila anni, la stessa insensibilità del diritto romano nei confronti del lavoro. Il silenzio della legge riguardo alla realtà del mondo economico è, d'altronde, proposto come logica conseguenza di una libertà conquistata che, oltre alla sua difesa, nulla impone. Guardando ai vincoli del passato il Codice si preoccupa semplicemente di sancire il divieto di obbligare la propria opera all'altrui servizio a tempo indeterminato; una regola questa che si presenterà come una beffa nel quadro prospettato dall'avvento dell'industria capitalistica <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Ricostruzioni di questo tipo sono state presentate soprattutto per contestare il quadro stereotipato di una contrapposizione netta e brutale tra borghesia capitalistica e proletariato già completamente iscritta nei provvedimenti della Rivoluzione.

<sup>(4)</sup> È l'articolo 1780 del *Code civil* che non mancherà di essere riproposto nelle codificazioni successive. Si veda, ad esempio, l'art. 1628 del Codice civile italiano del 1865: « Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa ».

La proprietà del Codice è anch'essa compiutamente liberata dai lacci imposti dall'assetto di antico regime: ancora gravida delle tensioni del giusnaturalismo, è presentata come il presidio della libertà, della indipendenza e dell'autonomia del soggetto, ed è enfaticamente dipinta come 'diritto di godere e disporre del bene nella maniera più assoluta'.

Sostenuti da una retorica che da Locke in poi li univa in un nesso virtuoso, lavoro e proprietà sono presentati come i pilastri del nuovo ordine sociale. Il silenzio della legge riguardo al lavoro racchiude, in fondo, una fiducia ingenua verso un lavoro che sempre genera proprietà e che coesiste armonicamente con la proprietà. Forte di questa certezza, il legislatore tace riguardo ai molteplici nessi esistenti tra 'assolutezza' della proprietà e 'dipendenza' del lavoro e si limita soltanto a collegare le due dimensioni attraverso la pudica visione offerta dalla libertà del contratto. L'ordine giuridico 'uguale' ruotante attorno a libertà e proprietà delinea così un progetto per il futuro schiacciato dalla preminente esigenza di abbattere il passato e affida pertanto a un volutamente scarno (si può ben dire inesistente) bagaglio normativo il compito di ordinare il lavoro nell'affiorante società industriale.

### 1.2. *Uguaglianza e privilegi.*

Se il lavoro è sepolto dalle regole uguali del diritto civile, l'impresa è soffocata dalla proprietà e da regole speciali dettate pensando solo al commercio. Il nuovo sistema normativo delineato agli inizi dell'Ottocento, oltre a trascurare il lavoro, tende a ignorare l'intero fenomeno della produzione. Quando il Codice di commercio parla di impresa si limita a considerarla come un 'atto di commercio': l'imprenditore è semplicemente un commerciante; un soggetto dedito allo scambio, all'intermediazione.

L'affermarsi del capitalismo industriale si pone inevitabilmente in contrasto con tale limitata visione del giuridico, ma riesce comunque a trarre indubbi privilegi dai troppi silenzi imposti dalla legge.

#### a) *Lavoro e contratto.*

Lo schermo formale 'uguale' del libero contratto propone nel vivo delle relazioni economiche una situazione di netto privilegio per

i datori di lavoro. Il vuoto giuridico determinato dal rinvio in bianco all'autonomia dei privati fa sì che, dopo il libero contratto, l'organizzazione e la disciplina della fabbrica siano affidate alla sola volontà dell'imprenditore. Libertà e uguaglianza del contratto sottopongono così il lavoratore a una vera e propria 'dittatura contrattuale' riguardo alla costituzione del rapporto, alle modalità della prestazione, alla sua durata e al suo scioglimento (affidato ad un semplice licenziamento *ad nutum*).

I giuristi si appagano delle simmetrie della legge: quando intravedono la completa subordinazione del lavoratore all'arbitrio del datore di lavoro, riconducono quella realtà alla scelta consapevole racchiusa nel libero contratto; quando tratteggiano le obbligazioni delle parti, rinviano — impregnati da una retorica volta a dipingere il proprietario come il migliore degli uomini possibili — all'affidabilità del proprietario e alla tendenziale pericolosità del 'nullatenente'.

La stessa legge 'uguale' è da questo punto di vista ricca di asimmetrie che infrangono apertamente il presunto equilibrio del contratto individuale. L'articolo 1781 del Codice napoleonico ritiene che le condizioni di lavoro siano provate dalle affermazioni del datore di lavoro: in caso di dubbio nelle controversie di lavoro si presta fede a quanto dice il soggetto socialmente rispettabile <sup>(5)</sup>. Non dissimile è la logica secondo cui più pericolosa è la violazione del divieto di coalizione realizzata dalle associazioni operaie: il Codice penale del 1810, confermando il divieto posto dalla legge Le Chapelier, inasprisce le sanzioni nei confronti delle coalizioni operaie rispetto a quelle padronali. Impedendo accordi salariali, forme di solidarietà in caso di licenziamento e qualsiasi forma di lotta sindacale, l'espresso divieto di qualsiasi forma di coalizione operaia rende visibile a livello normativo quella sostanziale ineguaglianza di trattamento che caratterizzerà (ben al di là del formale rigore normativo) la prassi giuridica dell'intero secolo <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Art. 1781 del *Code civil*: « le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante ». L'articolo sarà abrogato solo nel 1868.

<sup>(6)</sup> Si cfr. gli articoli 414, 415 e 416 del Codice penale del 1810. Il passaggio dal regime della repressione a quello della tolleranza sarà particolarmente lento. In Francia,

Dominata da scelte di positivismo giuridico, la scienza giuridica del XIX secolo, non si oppone a questo assetto normativo; anzi, lo sostiene, rifiutando di 'contaminare' il diritto con valutazioni di tipo sociale ed economico. La 'maestosa uguaglianza della legge' posta a tutela della presunta armonia generata dal libero contratto si rivela così sempre più fragile e partigiana di fronte alla società industriale. Chi osserva le concrete condizioni della popolazione lavoratrice non può che prendere atto del baratro esistente tra i proclami connessi a libertà e uguaglianza e la realtà sociale dell'industrializzazione. Sul pauperismo diffuso, sull'insufficienza dei salari, sulla mancanza assoluta di tutele, sullo spietato uso del lavoro dei fanciulli, sulle insalubri e pericolose condizioni di lavoro, insiste la letteratura sociale, denunciando la visibilità della scissione tra diritto e società civile, l'ingannevole uso della legge uguale come arma posta nelle mani dei più forti contro i più deboli e l'assoluta indifferenza verso i problemi sociali insita nel formalismo della legge.

b) *Impresa come « atto di commercio ».*

L'obiettivo di creare una legislazione volta a considerare le peculiari esigenze del commercio per favorirne lo sviluppo spinse a infrangere l'unitaria affermazione di un diritto privato uguale e a introdurre una normativa speciale, un autonomo Codice di commercio. Negata la visione di quanti non intendevano alterare l'unitarietà dei principi di diritto comune fissati dal Codice civile, la regolamentazione organica del traffico commerciale fu fornita cercando di stabilire un equilibrio tra le regole speciali e i principi guida cui non si intendeva rinunciare (la libertà dei mestieri e delle professioni conquistata nel 1791 e il principio di unitarietà del soggetto di diritto) <sup>(7)</sup>. Il *Code de commerce* del 1807 (entrato in vigore il 1°

---

la legge del 1864 sancirà la fine del « délit de coalition » (senza fissare, peraltro, la configurazione né del diritto di riunione, né di quello di sciopero); la legge del 21 marzo 1884 riconoscerà ai sindacati la possibilità di costituirsi liberamente, esclusivamente però al fine di tutelare interessi economici. In Italia un'apertura si avrà con il Codice penale Zanardelli del 1889 che incrinerà il regime di repressione legale per i reati di coalizione che era iscritto nel Codice penale sardo del 1859.

<sup>(7)</sup> La scelta di una duplicazione dei Codici di diritto caratterizza l'Europa continentale. In Inghilterra si era realizzato invece, già nel XVIII secolo, una complessiva

gennaio del 1808) stabili pertanto, in omaggio all'uguaglianza del soggetto di diritto, l'abbandono del riferimento soggettivo alla figura del commerciante (si rifiuta teoricamente l'idea di un diritto che appartiene solo a un ceto, a una classe privilegiata) e collegò in modo oggettivo la disciplina del Codice commerciale e la giurisdizione commerciale agli atti di commercio da chiunque compiuti <sup>(8)</sup>.

L'introduzione del Codice di commercio fa emergere un indubbio dualismo tra interessi agrario-fondari (dominanti nel Codice civile) e interessi commerciali-(industriali) necessitanti di regole più snelle; tale dualismo non va però esasperato. L'intera mentalità del periodo infatti è intrisa di un'unitaria visione della proprietà come diritto potestativo astratto, come proiezione sulla cosa dell'assoluta libertà di un soggetto indifferente a qualsiasi richiamo alla funzionalità economica e sociale del bene. È soprattutto questo condiviso richiamo all'assolutezza della proprietà a impedire che si ponga in primo piano nella ricostruzione giuridica il mondo della produzione e la realtà del lavoro nell'impresa. Anche nel 'dinamico' diritto commerciale statalizzato si ignora dunque la produzione e si parla un linguaggio del commercio caratterizzato da una logica proprietaria astratta.

Il Codice del 1807, ancora fortemente influenzato dall'*Ordonnance sur commerce* del 1673 (che aveva segnato un momento importante nel processo di statizzazione delle fonti del diritto commerciale), accenna soltanto alle imprese e si concentra sul momento dello scambio e dell'intermediazione, facendo riferimento ad una realtà economica popolata da piccoli produttori e non da grandi industrie, a un capitalismo di tipo commerciale più che industriale.

Mentre l'attività di intermediazione nello scambio è sempre considerata dal Codice come atto di commercio, l'attività di produzione di beni e servizi è considerata atto di commercio solo quando

---

unitarietà del diritto privato segnata da una marcata commercializzazione dell'intero sistema.

(8) La disciplina non è del tutto priva di ambiguità. Ben al centro della struttura del Codice resta infatti il commerciante (art. 1), qualificato dal compimento per « professione abituale » di atti di commercio e sottoposto a particolari discipline (fallimento, tenuta di libri contabili). L'aspetto oggettivo emerge dall'art. 631 n. 3 che estende la competenza del Tribunale di commercio alle controversie relative « *aux actes de commerce entre toutes personnes* ».

assume la veste dell'organizzazione stabile dell'impresa. Il concetto di impresa — i cui contorni restano indefiniti — emerge dunque in modo complementare rispetto al concetto centrale di commercio. L'imprenditore è colui che realizza una speculazione attraverso uno scambio, colui che si interpone tra i fattori della produzione (primo fra tutti il lavoro) e i beni da collocare sul mercato. Come il commerciante specula interponendosi nella circolazione di beni, così l'imprenditore specula attraverso la sua intermediazione tra lavoro dipendente e prezzo del prodotto. È dunque in particolare la 'speculazione di lavoro' a caratterizzare l'impresa-atto di commercio.

L'inesistenza di una regolamentazione per il lavoro dipendente e la semplicistica configurazione giuridica dell'impresa come atto di commercio rappresentano ovviamente un pessimo presupposto per l'affermazione di un diritto attento al momento della produzione. Sino all'inizio del Novecento l'industrializzazione si avvale pertanto di un quadro giuridico fortemente frammentato che impedisce (o, se si preferisce, non agevola) riflessioni unitarie sui nessi tra lavoro e impresa, sullo sviluppo economico e sulla produzione capitalistica. Va detto però che anche negli anni in cui l'industrializzazione sarà pienamente realizzata la cultura giuridica dominante stenterà ad enucleare un concetto unitario di impresa radicato nel mondo dell'economia. La dottrina italiana alle prese con l'art. 3 del Codice di commercio del 1882 (anch'esso volto a valutare diversi tipi di imprese come atti di commercio) giungerà, ad esempio, dopo molti sforzi concettuali al povero risultato teorico di individuare — lo ribadirà autorevolmente nel 1928 Alfredo Rocco nei suoi *Principi di diritto commerciale* — come elemento comune delle imprese-atti di commercio il carattere di 'interposizione nello scambio del lavoro' <sup>(9)</sup>.

In questo quadro formale povero di richiami alla realtà economica la linea di tendenza più marcata è quella di un'espansione delle regole 'speciali' del commercio. L'avanzare della società industriale impone una progressiva estensione degli antichi 'privilegi' riservati ai

---

<sup>(9)</sup> Di fronte al sistema del Codice del 1882 che configurava il commerciante come *figura generale* e l'impresa come figura tipica, lo sforzo di individuare una categoria unitaria di impresa era funzionale ad un'espansione dell'ambito di applicazione del Codice di commercio.

solli commercianti, generalizzando regole inizialmente riferite ai soli negozi commerciali. Di particolare rilievo è da questo punto di vista la disciplina degli *atti unilateralmente commerciali* (negozi stipulati tra commercianti e non commercianti). Differenziandosi dal modello francese <sup>(10)</sup>, il Codice generale tedesco di commercio del 1861 (ADHGB: *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*), stabilì la prevalenza in tali negozi della ‘legge commerciale’ (l’impostazione fu seguita anche dal Codice commerciale italiano del 1882 <sup>(11)</sup>), assecondando in tal modo la tendenza del diritto commerciale volta ad assoggettare alla sua disciplina tutti i momenti dell’attività commerciale ben al di là dell’artificioso riferimento ai singoli atti di commercio. L’estensione della disciplina del Codice di commercio a tutti i cittadini entrati in contatto con l’attività commerciale suscitò forti reazioni in quanti interpretarono quella scelta come il trionfo di un ‘diritto di classe’, come grave lacerazione della complessiva unitarietà del diritto dei privati <sup>(12)</sup>.

A guidare il processo di espansione delle regole commerciali fu ancora la rivendicazione di uno spazio di libertà svincolato dalle limitazioni del passato. Il percorso più noto in tal senso è ‘la conquista della libertà’ da parte delle società anonime. Movendo

---

<sup>(10)</sup> Il Codice napoleonico taceva sulla questione degli atti misti o unilateralmente commerciali. La prassi affermò la possibilità di rivolgersi, nel caso di atto commerciale solo per una delle parti, al Tribunale civile o al Tribunale di commercio avendo riguardo alla persona del convenuto. Il Codice di commercio italiano del 1865 stabilì che gli atti unilateralmente commerciali erano regolati dalla legge commerciale o civile avendo riguardo alla persona del convenuto.

<sup>(11)</sup> Seguendo il modello del paragrafo 277 dell’ADHGB, l’articolo 54 del Codice di commercio del 1882 stabilisce che « se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragione di esso soggetti alla legge commerciale ». L’articolo — che guarda al diritto sostanziale che disciplina il rapporto — conservò una grande importanza anche quando il privilegio della separata giurisdizione venne meno (in Italia i Tribunali di commercio furono aboliti nel 1888).

<sup>(12)</sup> La prospettiva ‘unificatrice’ trovò un sostegno legislativo nella scelta realizzata nel 1883 in Svizzera di un Codice unico delle obbligazioni. La tendenza dominante a livello europeo restò comunque quella di valorizzare la specificità dell’attività: il Codice commerciale dell’impero tedesco (*Handelsgesetzbuch* promulgato il 10 maggio del 1897 ed entrato in vigore il 1 gennaio 1900) abbandonò il riferimento all’attività commerciale considerata oggettivamente per far riferimento (in modo soggettivo) alla figura del commerciante.

da una forte diffidenza nei confronti dell'investimento in titoli azionari, il *Code du commerce* aveva stabilito che le società anonime potessero esistere solo grazie ad un'autorizzazione governativa ed aveva previsto un sistema di controlli sulla loro gestione (la scelta denotava, in particolare, ostilità nei confronti della limitazione di responsabilità, considerata ancora come un 'privilegio'). Nella seconda metà dell'Ottocento, l'autorizzazione governativa — ritenuta sempre più inutile ed offensiva per la libertà del capitale — fu così abbandonata per approdare al sistema della libera costituzione delle anonime (13). Nel vasto dibattito sul punto l'affiorare di nuove consapevolezze riguardo alla complessità dei rapporti tra proprietà e impresa si disperse nel mare dei fideistici richiami a un principio di libertà economica insofferente di regole: la convinzione più diffusa era quella per cui, aboliti i vincoli connessi all'autorizzazione governativa, la sola sfrenata concorrenza nel libero mercato avrebbe naturalmente contrastato ogni abuso e garantito il rigoglioso prosperare dell'industria. Nell'imperare di politiche di stampo liberista, era ancora il semplicistico richiamo alla assoluta libertà del proprietario ad impedire, pur in presenza di una realtà complessa come quella emergente con la grande industria, una seria riflessione sui limiti, sui controlli, sulla disciplina dell'attività economica.

## 2. *La scoperta del sociale.*

Le certezze giuridiche collegate a un armonico ordine di una società di individui proprietari appaiono a fine Ottocento in crisi. Evidenziando sempre più la centralità della questione sociale, è lo stesso sviluppo industriale a imporre nuovi compiti allo Stato e a reclamare una valutazione meno semplicistica del mondo degli affari.

---

(13) In Inghilterra, dal 1862, la *incorporation* poteva essere ottenuta con una semplice registrazione; in Francia l'autorizzazione governativa fu soppressa nel 1867; negli stessi anni la libertà di costituzione delle società anonime fu fissata anche in Germania (il sistema venne generalizzato nel 1870) e in Italia dove, abolito nel 1869 il controllo governativo sulle società per azioni, il Codice di commercio del 1882 affidò l'esame della regolare costituzione al tribunale civile, eliminando ogni intervento discrezionale del governo.

Già a partire dalla metà dell'Ottocento, la questione sociale aveva fatto emergere l'esigenza di contenere attraverso specifiche regole le forme più intense di sfruttamento legate all'affermarsi della grande industria. Mentre la legge si affaccia cautamente nelle fabbriche, la scienza giuridica si sforza di attenuare l'assolutezza dei suoi schemi per inquadrare le caratteristiche peculiari del lavoro dipendente, per interrogarsi sui nuovi soggetti collegati all'impresa capitalistica.

Agli inizi del Novecento è, però, soprattutto la semplicante e rigida dicotomia tra individuo e Stato (quella dicotomia posta — come abbiamo visto — a sostegno dell'intero ordine giuridico ottocentesco) ad apparire in crisi. L'abbandono della politica della repressione e l'approdo a un regime di tolleranza sindacale fa emergere un pluralismo sociale che appare incontenibile entro le tradizionali categorie del giuridico.

### 2.1. *Leggi sociali e lavoro subordinato.*

La prima legislazione sociale pose, con scansioni temporali diverse, in tutta Europa il grande tema dell'apposizione di limiti nei confronti dell'incontrastata autonomia dei privati, di regole per un contratto individuale di lavoro sempre più squilibrato. I primi provvedimenti sociali riguardarono, non a caso, quelle forme di lavoro in cui il richiamo alla libertà contrattuale delle parti era impossibile e quei casi in cui l'applicazione delle regole comuni al lavoro nell'industria risultava palesemente ingiusta (come nel caso degli infortuni sul lavoro che erano risarciti solo nell'improbabile ipotesi in cui il lavoratore dimostrasse la colpa del datore di lavoro). Per quanto povere e caute, per quanto spesso ispirate da paternalismo, le leggi sociali ebbero il merito di porre al centro dell'attenzione questioni sin lì ignorate dal diritto: l'intervento sociale dello Stato introdusse i primi vincoli alla disciplina del lavoro in fabbrica (negazione del lavoro notturno e limiti di orario per il lavoro dei fanciulli, assicurazione per gli infortuni sul lavoro) <sup>(14)</sup>, fissò conte-

---

<sup>(14)</sup> I poveri contenuti delle leggi fanno emergere per contrasto la disperata situazione sociale che caratterizzò la prima industrializzazione. Riguardo, ad esempio, al lavoro dei fanciulli, in Inghilterra il *Factory Act* del 1833 aveva limitato a nove ore al

nuti preminenti rispetto al libero accordo delle parti, misure volte a compensare la disuguaglianza di potere contrattuale.

Nella seconda metà del secolo a denunciare l'assetto individualistico dei Codici e la spietatezza della legge uguale nei confronti 'delle classi non abbienti ed operaie' si levò anche la voce di molti giuristi che, ispirati da idee solidaristiche e talvolta socialiste, richiesero, più che sparute leggi sociali, un 'Codice sociale', un 'Codice di diritto privato-sociale', un 'Codice del lavoro', un 'Codice dell'avvenire'. Per quanto appassionata, la denuncia operata da questi giuristi non riuscì ad incidere a fondo nella consolidata tradizione dogmatica della scienza giuridica <sup>(15)</sup>. Respinta con forza l'idea 'contraddittoria' di un Codice sociale, la scienza giuridica dominante riuscì, utilizzando la consolidata distinzione tra diritto privato (inteso come espressione di interessi individuali) e diritto pubblico (inteso come espressione di interessi generali, appartenenti all'intera comunità), a relegare le leggi speciali ai margini del diritto privato e avviò nello stesso tempo una riflessione volta ad elasticizzare i pochi principi esistenti per fornire un'unitaria disciplina al lavoro dipendente.

Le ampie ricostruzioni offerte in Italia da Lodovico Barassi e in Germania da Philipp Lotmar riguardo al contratto individuale di lavoro mostrano appieno la difficoltà delle tradizionali categorie concettuali di fronte ai nuovi problemi del lavoro concentrato entro grandi organizzazioni produttive manifatturiere. La punta più avanzata della ricostruzione sistematica affronta soprattutto il contratto

---

giorno il lavoro dei fanciulli di meno di tredici anni e impedito il lavoro notturno a quelli aventi meno di diciotto anni; in Francia la legge 22 marzo del 1841 aveva posto un tetto di otto ore per i bambini dagli otto ai dodici anni e di dodici ore per i fanciulli dai dodici ai sedici anni, impedendo il lavoro notturno per quelli al di sotto dei tredici anni (mutamenti importanti furono poi introdotti con la legge del 19 maggio del 1874 e, soprattutto, con la legge del 2 novembre 1892, relativa anche al lavoro delle donne); in Italia dopo un lungo dibattito sulla legittimità di un intervento dello Stato, si ebbe una legge (11 febbraio 1886) assolutamente indeterminata e priva di controlli.

<sup>(15)</sup> I venti articoli del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*: Codice civile dell'impero tedesco) promulgato il 18 agosto del 1896 ed entrato in vigore il 1° gennaio del 1900) dedicati al « contratto di servizio » (*Dienstvertrag*) si mostrarono nel giro di pochi anni inadeguati a prospettare un unitario concetto di contratto di lavoro e presto furono oggetto di pesanti critiche.

individuale di lavoro, il nesso tra prestazione e controprestazione, la libertà delle parti che è ora resa equitativamente meno spietata valutando la condizione 'subordinata' del lavoratore. Nonostante il forte impatto realizzato dalla questione sociale, la comprensione giuridica delle relazioni lavoristiche resta comunque affidata all'etica tradizionale del diritto delle obbligazioni e si sforza di respingere fuori dal diritto dei privati i limiti 'pubblicistici' fissati dallo Stato nei confronti dell'autonomia dei privati.

L'analisi è compiuta affermando una vera e propria scissione tra legge *sociale* (volta limitare o ad escludere l'autonomia individuale) e il diritto civile, tra valutazione 'di ordine pubblico' del lavoro nell'impresa e astratta simmetria dell'obbligazione. Più che il confronto con la legge sociale, a prevalere è la tendenza ad escludere l'intervento coattivo dello Stato dalla sfera ricostruttiva del giurista, la superficiale classificazione della legge sociale come diritto eccezionale, come transitorio diritto pubblico, incapace di incidere sul *vero diritto privato*. La progressiva *giuridificazione* in materia di lavoro realizzata dalle leggi sociali è in tal modo relegata in un cantuccio: l'intervento legislativo relativo alla condizione sociale di una classe di persone è tendenzialmente espulso dal diritto privato che è ancora inteso come espressione di interessi particolari coincidenti con i soli interessi individuali. La dicotomia diritto pubblico/diritto privato è, insomma, utilizzata per mantenere inalterate le certezze del diritto comune delle obbligazioni e la fiducia negli assetti (logici, naturali, spontanei) prodotti dalla libertà contrattuale.

È soprattutto la soluzione 'amministrativa' scelta dal legislatore in Germania per affrontare la questione sociale (in particolare con il ricorso alla formula dell'assicurazione obbligatoria <sup>(16)</sup>) a radicalizzare il riferimento a una rappresentazione scissa del giuridico. L'intervento della legge sociale supplisce — si afferma — al contrasto tra i formali principi privatistici di uguaglianza e la nuova realtà economico-sociale della società industriale che, generando situazioni

---

(16) Coeve alle leggi speciali antisocialiste, le leggi sociali della Germania guglielmina prevedevano per le malattie, gli infortuni, l'invalidità e la vecchiaia, il ricorso all'assicurazione obbligatoria e a una vasta rete di organi amministrativi (*Krankenversicherungsgesetz* del 1883; *Unfallversicherungsgesetz* del 1884; *Alters- und Invaliditätsversicherungsgesetz* del 1889).

di dipendenza e di disuguaglianza, esige che lo Stato escluda in talune ipotesi l'operatività della libertà contrattuale. È però — si aggiunge — proprio tale necessaria limitazione della libertà contrattuale individuale che afferma la 'natura pubblicistica' delle leggi sociali e la loro estraneità al diritto privato.

L'intervento dello Stato sulla società non è, dunque, almeno inizialmente utilizzato per rivedere la netta separazione ottocentesca tra lavoro e impresa. Il progressivo arricchirsi della trama di obblighi e divieti imposti verso l'attività dell'impresa imporrà un complessivo ripensamento delle tradizionali categorie solo quando, con la prima guerra mondiale, l'intervento dello Stato assumerà dei caratteri così ampi da travolgere definitivamente le certezze dogmatiche dell'Ottocento.

## 2.2. *La dimensione collettiva.*

L'impatto della questione sociale sul diritto commerciale fa emergere inizialmente una prospettiva generale di riforma del diritto privato, più che una specifica riflessione sull'impresa. Caratterizzate da una forte ispirazione solidaristica, le pagine di maggiore impatto sono tra Otto e Novecento quelle del maggior commercialista italiano, Cesare Vivante, il quale richiama l'unità del diritto dei privati, per negare le regole particolari del Codice di commercio (espressione di un diritto « di classe » che lascia privi di tutela tutti coloro che trattano con i commercianti). Richiamando la « natura dei fatti », Vivante prospetta un mercato libero e senza privilegi, reclama regole uguali per tutti i produttori. La denuncia dei 'privilegi dei commercianti' fa emergere i nuovi problemi su cui si concentrerà la riflessione scientifica del Novecento: la difesa del diritto degli azionisti, la tutela dei consumatori, la presenza 'nei fatti' di coalizioni industriali difficili da osservare stando alle monolitiche figure societarie offerte dai Codici. Un mercato libero, in presenza di una « lotta commerciale » tra grandi coalizioni industriali e consumatori privi di tutele, è difficile però da realizzare confermando le regole uguali dell'Ottocento e rinunciando alla prospettiva di un sempre più vasto intervento regolatore dello Stato.

Ma a scuotere complessivamente le certezze della scienza giuridica agli inizi del Novecento è soprattutto la nuova e complessa

realtà della dimensione collettiva del lavoro nell'impresa. La dimensione collettiva, mostrando un'impresa svincolata dalle tranquillizzanti assolutezze del modello proprietario, costringe a riflettere sulle nuove caratteristiche del lavoro di massa e a guardare per la prima volta all'aspetto concreto della produzione e ai suoi profili sociali. L'impalcatura dogmatica del modello individualistico è destabilizzata da un fenomeno la cui piena comprensione esige una ridefinizione degli stessi concetti di proprietà e di contratto.

Lo stereotipo di un provvidenziale scontro tra individui proprietari e lo schematico riferimento alla volontà di soggetti individuali appaiono insufficiente a comprendere l'anomalo conflitto tra gruppi organizzati e i suoi 'trattati di pace', i contratti collettivi di lavoro. I giuristi che, abbandonando l'atteggiamento di ostilità nei confronti dei gruppi e le falsanti ricostruzioni 'atomistiche' del nuovo fenomeno, si confrontano senza pregiudizi con il contratto collettivo constatano presto che la nuova fonte, difficilmente assimilabile sia alla legge che al contratto, costringe a ripensare l'intero assetto delle fonti del diritto. Il superamento dell'isolamento dell'operaio, la presenza sulla scena sociale di 'deboli coalizzati', presenta una forma originale di produzione del diritto che stenta ad essere inquadrata entro le categorie del passato (si parlerà, non a caso, di contratto-regolamento; di contratto-legge, *convention-loi*).

L'osservazione della dimensione collettiva del lavoro costringe la scienza giuridica a porre al centro dell'attenzione l'organizzazione del lavoro nell'impresa e ad andare al di là della categoria della subordinazione come unico strumento idoneo a fornire una rappresentazione unitaria del lavoro. La visione puramente patrimoniale di un'impresa schiacciata dalla volontà di un soggetto proprietario cede il posto a una valutazione dell'organizzazione, a una considerazione della 'collettività operaia nell'impresa', dell'impresa come istituzione caratterizzata da una funzione sociale che produce 'nei fatti' un suo nuovo diritto.

Al di là delle specifiche soluzioni prospettate nei singoli contesti nazionali, la dimensione collettiva del lavoro spinge l'intera scienza giuridica a confrontarsi con la società industriale abbandonando le separazioni ottocentesche. Considerata in relazione a vaste imprese e al nuovo diritto prodotto dei gruppi che costringe i contratti individuali ad orbitare attorno al contratto collettivo, la dipendenza

del lavoro ‘dall’altrui volontà’ deve essere ordinata legando lavoro e impresa con fili ben più solidi di quelli offerti dal libero contratto individuale. La scienza giuridica prospetta pertanto ricostruzioni sempre più caratterizzate da una visione coordinata, unitaria, organica, di impresa e lavoro.

Hugo Sinzheimer, l’autore che avviò nel primo Novecento la riflessione più feconda sulla dimensione collettiva del lavoro, affermò ripetutamente che la comprensione della nuova realtà imponeva al giurista lo sforzo di una sintesi tra sociale e giuridico e l’abbandono della rigida partizione tra diritto pubblico e privato. La rigorosa uguaglianza civilistica delle obbligazioni e i suoi costringenti schemi individualistici non aiutano a comprendere una realtà sociale che, autonoma espressione di nuove forze sociali, produce un suo diritto (secondo Sinzheimer, il nuovo modello di relazioni sociali deve produrre anche nuova forma di democrazia, la democrazia collettiva) incontenibile negli schemi antecedenti.

### 3. *Diritto dell’impresa e diritti dei lavoratori.*

L’intervento giuridico dello Stato sulla società diviene particolarmente ampio con la prima guerra mondiale: i confini tra diritto pubblico e privato sono ridisegnati da una crescente produzione normativa che — indirizzando, controllando, correggendo, l’economia — pone radicalmente in discussione la visione di un diritto come mero garante di un processo economico naturale.

Liberatasi dai miti individualistici dell’Ottocento, la rappresentazione congiunta di lavoro e impresa si muove (con accenti diversi imposti dalle esperienze politiche nazionali) lungo una linea che sovrappone valorizzazione dell’autonomia delle forze sociali e intervento dirigistico dello Stato. Superata la radicale negazione del conflitto collettivo e la finalizzazione dell’attività dell’impresa agli interessi superiori dello Stato imposta dai regimi autoritari, gli assetti costituzionali del secondo dopoguerra si appresteranno nuovamente a ripensare, nel quadro di una sempre più ampia considerazione transnazionale del fenomeno, lo statuto giuridico dell’impresa e del lavoro ispirandosi ora ad una ‘cultura della programmazione’ ora ad una ‘cultura del mercato’. La comprensione giuridica di lavoro e

impresa oscilla tra valutazioni istituzionalistiche (più pronte a cogliere i legami tra lavoro e impresa nelle unità produttive) e visioni contrattualistiche, sicuramente più aperte a cogliere la dinamica del conflitto sociale nelle democrazie industriali ma immiserite talvolta da ritorni a prospettive paleoliberali delle relazioni industriali.

### 3.1. *Un diritto per l'economia: proprietà e impresa.*

Con la legislazione eccezionale di guerra si affermano interventi sempre più vasti dello Stato nelle relazioni contrattuali, specifici controlli sulla produzione, tutele per soggetti deboli, misure regolamentari volte a ordinare e finalizzare l'attività economica. L'assetto delle relazioni tra pubblico e privato appare sconvolto e sconvolta appare la costituzione privatistica 'di fatto' che aveva caratterizzato la società ottocentesca. Lo Stato interventista ridisegna i tradizionali confini del diritto, non solo espande enormemente i suoi compiti pubblici (regola il sociale e amministra direttamente), ma si confronta anche con attività commerciali, sino a proporsi ereticamente come imprenditore <sup>(17)</sup>.

Il diritto dei privati appare segnato da una 'rivoluzione' che ha il volto caratteristico di un primato dell'economico, della ricerca di nuovi strumenti di direzione dell'economia e di disciplina del lavoro. La dottrina tedesca parla senza mezzi termini della presenza di una 'nuova era' caratterizzata da un diritto dell'economia volto a porre in secondo piano la volontà individuale del soggetto proprietario e a privilegiare la produzione e le funzioni sociali del diritto. Ben al centro del diritto dell'economia, spicca il concetto di impresa che si affranca da condizionamenti individualistici per divenire fenomeno organizzativo complesso, caratterizzato da scopi oggettivi, da cui muovere per un'analisi sociale del diritto dei privati, per una sintesi di diritto commerciale e di diritto del lavoro, di impresa e lavoro. I rapporti tra imprenditore e lavoratori sono collocati così concreta-

---

<sup>(17)</sup> Le cautele ottocentesche nei confronti dell'attività imprenditoriale dello Stato appariranno stravolte (l'art. 7 del Codice di commercio italiano del 1882 vietava esplicitamente allo Stato, alle provincie ed ai comuni « di acquistare la qualità di commercianti », pur consentendo loro di « fare atti di commercio » assoggettati « alle leggi ed agli usi commerciali »).

mente all'interno dell'impresa che offre un angolo visuale privilegiato per scorgere un complessivo diritto della produzione.

Sempre più esposta all'interventismo statale e a ricostruzioni attente a profili ultraindividuali, la visione 'assolutistica' della proprietà è costretta a compromessi con la preminenza della produzione e degli interessi pubblici. In un contesto volto ad affermare una nuova forma di democrazia sociale, l'art. 153 della Costituzione di Weimar proclama che « la proprietà obbliga » e che « il suo esercizio deve essere insieme un servizio reso al bene comune »; nel contesto del corporativismo fascista italiano, la dichiarazione VII della Carta del Lavoro (1927) prospetta un'organizzazione privata della produzione « in funzione di interessi nazionali ». La dottrina negli stessi anni propone ricostruzioni sempre più lontane dalle certezze codicistiche: il soggetto proprietario indifferente alla situazione oggettiva del bene e alla sua capacità produttiva non deve più godere — si afferma — dell'incondizionata protezione dell'ordinamento. Radicato nel nuovo assetto economico, il concetto di impresa non solo reclama un suo statuto privilegiato non più schiacciato dal modello individualistico dell'Ottocento, ma impone anche una complessiva ridefinizione sociale della proprietà.

A farsi promotore in Italia dei temi del diritto sociale e del diritto dell'economia, prospettando una visione istituzionale dell'impresa in grado di affrontare assieme i problemi del mercato e quelli del lavoro, è soprattutto Lorenzo Mossa. L'impresa è presentata come un tutto organico, come una comunità di interessi sociali preminenti rispetto ad isolate scelte individualistiche: è nella concreta organizzazione dell'attività economica che occorre comprendere il lavoro come fenomeno sociale, non più sottoponibile alle astratte regole del diritto delle obbligazioni. La prospettiva solidaristica e comunitaristica è attraversata da marcate venature antistatalistiche ma, nel vivo dell'affermarsi dello Stato corporativo, è costretta a pagare un prezzo sempre più alto nei confronti dello statualismo fascista che stava realizzando la valorizzazione dell'attività produttiva attraverso un sistema di repressione autoritaria del conflitto <sup>(18)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> La legge 3 aprile 1926 n. 563, che accordava il riconoscimento legale alle

Le scelte operate dal Codice civile italiano del 1942 e le scelte interpretative della dottrina successive alla caduta del sistema corporativo sono emblematiche delle contrastanti posizioni presenti a metà Novecento sul tema dell'impresa. La scelta di rinunciare ad un autonomo Codice di commercio condusse all'affermazione di un Codice civile unitario caratterizzato da una marcata commercializzazione del diritto privato. Fortemente intrisa dalle tensioni interne al corporativismo, la nozione di imprenditore (da cui doveva essere tratta la nozione di impresa) soppianta la tradizionale figura del commerciante. Superando la frammentarietà dei singoli atti di commercio, il concetto di impresa — capace di comprendere ogni forma di attività produttiva organizzata — offriva un'unitaria prospettiva capace di legare assieme, in modo funzionale alle esigenze della produzione nazionale e dell'organizzazione gerarchica dell'economia corporativa, gli interessi di imprenditori e di lavoratori dipendenti. La valorizzazione del bene produttivo insita nel concetto di impresa imponeva una complessiva rilettura dei limiti e degli obblighi imposti alla proprietà e del contratto (non solo del contratto di lavoro ma anche dello stesso contratto di società); il coordinamento non fu, però, offerto dal Codice che conservò volutamente, tra le critiche di quanti ritennero così tradito il progetto corporativistico, forti ambiguità.

La caduta dell'ordinamento corporativo rese la scienza giuridica sempre più diffidente verso l'individuazione dei profili oggettivi e istituzionali dell'impresa (sempre più diffidente verso una subordinazione dell'individuo all'organizzazione) e sempre più attenta invece ad una valorizzazione del soggetto imprenditore volto alla ricerca del lucro (l'attività economica privata è comunque la si consideri — si tornò a ripetere — mezzo allo scopo di lucro). La libertà delle imprese nei confronti dello Stato garantita dalla Costituzione repubblicana («l'iniziativa economica privata è libera») spinse a diffidare dei richiami a una funzionalizzazione dell'impresa, non solo nei confronti della produzione nazionale cara al fascismo,

---

associazioni sindacali (dei datori di lavoro e dei lavoratori) e garantiva l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, vietava ogni forma di conflitto collettivo: lo sciopero e la serrata erano dichiarati illeciti.

ma anche nei confronti dei « fini sociali » fissati dalla stessa Costituzione (19).

È come se la riconquista della libertà e della democrazia prospettasse una sorta di ritorno alla grossolana semplicità della distinzione ottocentesca tra diritto pubblico e diritto privato, con la sua netta scissione tra lavoro e proprietà dell'impresa. I nuovi scenari offerti dalla riconquista della libertà sindacale e dall'affermarsi di un mercato libero sempre più transnazionale mostrarono però, già negli anni immediatamente successivi alla fine della seconda guerra mondiale, che si trattava di un ritorno impossibile.

### 3.2. *Complessità sociale e nuovi statuti per l'impresa e il lavoro.*

La rappresentazione finalmente 'congiunta' di lavoro e impresa offerta dalle teoria istituzionalistica insisteva sulle relazioni armoniche tra datori di lavoro ed operai, sino a prospettare il quadro idilliaco di una comunità-impresa priva al suo interno di interessi contrastanti e completamente asservita al 'superiore interesse' della produzione. Particolarmente aperta a derive autoritarie (20), questa visione fu assunta come base di riferimento ideologico dai corporativismi che, entro contesti caratterizzati da assenza di democrazia, inseguirono l'obiettivo di cancellare i contrastanti conflitti di interesse (di 'eliminare la lotta di classe') avvalendosi comunque di un forte ruolo dirigistico dello Stato (21): una pesante coltre statalistica coprì in tal modo le venature pluralistiche e le affermazioni di un diritto di partecipazione prospettato dalle teorie istituzionalistiche dell'impresa.

---

(19) L'art. 41 della Costituzione salda assieme i diversi aspetti: « l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali ».

(20) Nella Germania nazionalsocialista, ad esempio, il concetto di impresa come « comunità » e quello di rapporto di lavoro come « rapporto comunitario » (che negava la configurazione del contratto di lavoro come un rapporto di potere) furono utilizzati dalla dittatura per affermare una marcata organizzazione gerarchica.

(21) Si pensi non solo all'Italia fascista, alla Germania e al regime di Vichy, ma anche alla Spagna franchista e al Portogallo di Salazar.

Il ritorno alla democrazia e alla libertà sindacale fu accompagnato da una crescente valorizzazione delle prospettive contrattualistiche che (in contrasto con le fusioni prospettate dalle ideologie corporative) posero al centro dell'attenzione la sinallagmaticità del contratto di lavoro, la presenza di contrastanti diritti ed obblighi, la tendenziale inconciliabilità degli interessi legati al lavoro e all'impresa. L'affermazione della democrazia propose, insomma, una crescente insofferenza scientifica verso la nozione di 'superiori interessi dell'impresa e della nazione' e verso l'invasione di ricostruzioni pubblicistiche della realtà sociale. Nel concetto comunitario e istituzionale di impresa, nei suoi costanti richiami a un corpo sociale organizzato caratterizzato da interessi comuni, si intravede la pericolosa negazione del valore del conflitto come 'sale della democrazia' e, per altri versi, l'annullamento del riferimento (che resta — si dice — ineludibile nel campo dell'attività economica) alla volontà dell'imprenditore.

La proposizione istituzionale (si pensi in particolare all'esperienza tedesca della codeterminazione: *Mitbestimmungs-gesetze* del 1951, 1952, 1956, 1976) di un modello di partecipazione dei lavoratori agli organi di formazione della volontà sociale, di un diritto di condecisione dei lavoratori nella struttura della società per azioni, fu radicalmente contestato perché contenente in sé i pericoli sottesi all'idea della 'impresa in sé': in particolare, la riproposizione del concetto autoritario di un indeterminato interesse sociale superiore a quello voluto dai soci, la minaccia di una pericolosa integrazione dei lavoratori e di una conseguente perdita di reale autonomia contrattuale da parte del sindacato.

La contrapposizione tra la dimensione della partecipazione del lavoro all'impresa (intesa come pericolosa integrazione) e la dimensione della contrattualità (intesa come regno dell'autonomia) fu spesso esasperata, negando i punti di contatto rintracciabili nei differenti modelli di relazioni industriali <sup>(22)</sup>. La prospettiva volta a valorizzare la dimensione dell'autonomia collettiva ebbe, in ogni caso, il grande merito di mostrare nuovi orizzonti ad un diritto dei

---

(22) In Italia l'art. 46 della Costituzione fu condannato, in quest'ottica, a rimanere lettera morta: « Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende ».

privati che (abbandonata la forzata coincidenza tra ‘particolare’ e ‘interesse individuale’) si aprì ad una valutazione degli interessi collettivi e ad un pluralismo sociale non soffocato dalle soluzioni eteronome imposte dalla legge dello Stato.

I termini di una contrapposizione tra visioni istituzionalistiche e visioni contrattualistiche divengono però col passare degli anni sempre più stereotipati e, nello stesso tempo, sempre più inidonei a dar conto della complessità delle relazioni tra lavoro e impresa entro le democrazie industriali <sup>(23)</sup>.

Al di là delle diffidenze più o meno marcate verso impostazioni pubblicistiche, una progressiva incidenza dell'intervento della legge si afferma in tutti i contesti per garantire una tutela della dignità e della libertà dei lavoratori. I principi costituzionali e i diritti di cittadinanza non devono arrestarsi più — si afferma — alle soglie delle fabbriche: « *citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans l'entreprise* » <sup>(24)</sup>. E l'intervento dello Stato resta inoltre cruciale di fronte all'esplosione di temi appena affioranti nel dibattito commercialistico della prima metà del Novecento: il problema della tutela dei consumatori, quello dei gruppi e dei monopoli, quello della crescente impotenza degli azionisti e del volto sempre più autoritario e burocratico assunto dall'impresa, quello dell'esigenza di concreti strumenti giuridici idonei a riequilibrare lo strabordante potere economico-sociale delle grandi imprese.

L'assetto della società industriale, caratterizzato da organizzazioni sempre più complesse e proiettate verso un vasto mercato transnazionale, fa comunque sì che l'intervento degli Stati riesca a fissare solo per un momento fragili statuti unitari per l'impresa e il lavoro che, seguendo logiche sempre nuove, fissano velocemente

---

<sup>(23)</sup> La contrapposizione frontale tra opposti modelli di relazioni industriali si attenua sempre più col passare degli anni. Riguardo al tema della partecipazione del lavoro all'impresa, ad esempio, nuove prospettive si aprono oggi con il Regolamento CE (8 ottobre 2001 - Consiglio dei Ministri del lavoro dell'Unione Europea sullo Statuto della società europea) che entrerà in vigore nell'ottobre del 2004.

<sup>(24)</sup> Il riferimento va ovviamente, per quanto riguarda l'Italia, soprattutto allo Statuto dei lavoratori (Legge 20 maggio 1970 n. 300); mentre la citazione richiama il « Rapport » sui diritti dei lavoratori indirizzato nel 1982 da Jean Auroux al Presidente della Repubblica e al primo ministro in Francia; un testo che rappresenta una sorta di manifesto dello statuto dei diritti di cittadinanza dei lavoratori nell'impresa.

‘altrove’ il loro punto di incontro e di equilibrio. La gestione imprenditoriale della grande impresa prospetta una realtà aperta che i giuristi, spesso imprigionati dalle loro categorie formali, stentano a cogliere o colgono con grave ritardo in un affannoso inseguimento della realtà economica. Ad esempio, il fenomeno del distacco della proprietà dalla gestione dei beni, che era stato oggetto di studio da parte dei sociologi americani negli anni Trenta, si presenta nella seconda metà del Novecento come una questione su cui la scienza giuridica europea riflette con grande ritardo, quando dal punto di vista formale i nuovi rapporti di forza si sono già consolidati nel governo dell’impresa (25). La figura del proprietario-imprenditore volto a confrontarsi con i lavoratori nel contesto di singole unità produttive appariva oramai inconciliabile con una realtà caratterizzata da un potere direttivo di organizzazioni sempre più ramificate che spesso era molto lontano dalla realtà produttiva. Tale scenario oltre a mostrare sempre più difficile una rappresentazione congiunta di lavoro ed impresa, rendeva particolarmente fragili le letture affidate alle tradizionali figure societarie tipiche.

Ma i problemi posti dalla società industriale appaiono oggi già appartenere al passato. Osservando il quadro prospettato dalla globalizzazione e dalla *New Economy*, molti pongono radicalmente in discussione tutto il diritto scaturito da una realtà caratterizzata da capitale e lavoro che — si dice — oramai è scomparsa. Le formule si succedono in gran fretta e spesso durano lo spazio di un mattino: fine del lavoro, eccesso di tutela per il lavoro subordinato nell’impresa, impresa virtuale, impresa *weightless* entro un’economia priva di peso...

Il diritto astratto e insensibile all’economia dell’Ottocento appare lontanissimo dagli scenari attuali; così come appare sempre più lontano un forte ruolo dirigistico dello Stato. La complessità del

---

(25) La legge tedesca del 1937 aveva già sintetizzato formalmente questa realtà, abbandonando il principio ottocentesco della ‘sovranità assembleare’ e sancendo il predominio del Consiglio di amministrazione. Il disegno di una società per azioni caratterizzata da un governo autoritario e accentrato (prospettato dalla *Aktiongesetz* del 1937) fu influenzato dalla menzionata dottrina dell’*Unternehmen an sich* e dai suoi riferimenti ad un’impresa portatrice di interessi propri, suscettibili di una valutazione autonoma rispetto a quelli degli azionisti: l’interesse dell’impresa in sé è configurato come preminente rispetto a quello degli stessi soci.

presente impedisce che rigide e astratte tipizzazioni giuridiche ingabbino a forza la viva realtà del diritto dei privati; il rischio, semmai, è che i giuristi oppongano in modo semplicistico al vecchio diritto insensibile all'economia un nuovo diritto completamente asservito all'economia, schiavo del mercato. L'individuazione di un giusto statuto giuridico per la nuova realtà del lavoro e dell'impresa esige che l'osservazione della realtà giuridica effettuale si accompagni alla fantasia progettuale dell'interprete, alla sua tensione etica (così come prospettato in lucide pagine negli anni Cinquanta da Tullio Ascarelli), e non a una piatta, neutra, descrizione delle mutevoli necessità assolute del mercato: nuova astrazione, spesso dimentica del patrimonio di diritti individuali e collettivi maturato nel corso degli ultimi due secoli (\*).

---

(\*) Per scelta editoriale il testo non conteneva rinvii bibliografici nelle note ma solo una bibliografia essenziale: T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962<sup>3</sup>; G. AUBIN e J. BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, Puf, 1995; M. BECKER, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland. Vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1995; C. BERGFELD, *Handelsrecht*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäische Privatrechtsgeschichte*, III, 3: *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten* (hrsg. von H. Coing), München, Beck, 1986; A. CASTALDO, *L'histoire juridique de l'article 1781 du Code Civil: « la maître est cru sur son affirmation »*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1977, pp. 211-237; F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, il Mulino, 1993; G. GIUGNI, *Lavoro legge contratti*, Bologna, il Mulino, 1989; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, Puf, 1986; O. KAHN FREUND, *Il lavoro e la legge*, Milano, Giuffrè, 1974 (ed. orig. London, 1972, traduzione di G. Zangari); J.P. Le Crom (a cura di), *Deux siècles du droit du travail*, Paris, Ed. de l'Atelier, 1998; F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, il Mulino, 1983 (ed. a cura di G. Vardaro; traduzioni di G.A. Capobianco, L. Gaeta, G. Vardaro); N. OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Paris, Puf, 1999; A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Edizioni universitarie di lettere, economia e diritto, 1992; G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1951<sup>2</sup>; R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990; F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983 (Frankfurt am M., 1974, trad. it. G. Liberati).

## I. 2

### CRITICHE SOCIALI AL CODICE E CRISI DEL MODELLO OTTOCENTESCO DI UNITÀ DEL DIRITTO

1. Premessa. — 2. Scienza giuridica e certezze del Codice. — 3. Critiche sociali al Codice. — 4. Trasformazioni sociali e intervento del legislatore; trasformazioni sociali e sistema. — 5. Il problema dell'unità del diritto.

#### 1. *Premessa.*

L'impatto della questione sociale sulla scienza giuridica italiana della seconda metà dell'Ottocento spinse i giuristi alla non difficile individuazione dei molteplici difetti sociali del Codice civile del 1865 e alla proposizione di variegati progetti di riforma. Nelle pagine che seguono non si intende procedere all'elencazione delle tante ingiustizie individuate nei 'Codici borghesi' ma si cerca di verificare se, e in quale misura, la critica sociale riuscì a modificare la mitizzata immagine del Codice consolidatasi nel corso dell'Ottocento.

L'impatto sul Codice di trasformazioni sociali percepite come accelerate pose per la prima volta in modo ampio nelle pagine dei giuristi il problema del rapporto tra il diritto codificato e una società di cui si avvertiva la crescente complessità. La nuova rappresentazione della società costrinse a rivedere le idealizzazioni del recente passato e a rileggere il rapporto tra decisioni politiche e interventi della scienza giuridica sulla realtà; un rapporto che negli anni antecedenti si era cristallizzato attorno ad un concetto mitizzato di Codice, attorno alla 'mistica del Codice'.

In bilico tra le rappresentazioni che avevano caratterizzato l'Ottocento e la ricerca di una relazione meno statica tra diritto e

complessità sociale (una ricerca che rappresenterà il filo conduttore del Novecento), i dibattiti sollevati dalla critica sociale ebbero un'importanza cruciale nel delineare una nuova *geografia del Codice*. L'esigenza di fornire risposte al mutamento rese visibile la fragile tenuta di un Codice chiamato contemporaneamente ad essere l'unica fonte di un astratto diritto comune a tutti i soggetti e l'espressione storica di un diritto radicato nella natura stessa delle cose, il prodotto di una contingente volontà politica e il neutro contenitore di principi intangibile da parte dello stesso legislatore. La visibilità degli interessi presenti dietro alle norme astratte spinse ad individuare modalità di intervento su un ordine sociale che non appariva più statico, regolato una volta per sempre da semplici norme generali. La veloce usura dei Codici (che si mostrava non solo nella precoce obsolescenza di Codici ancora giovani; ma anche nel volto già pieno di rughe dei Codici in gestazione) esigeva una ridefinizione dei compiti della politica legislativa e dell'interprete.

I nuovi problemi mutarono in pochi anni le tradizionali certezze della codificazione: i giuristi si chiesero quali fossero gli strumenti più adeguati per affrontare il mutamento sociale e, più radicalmente, tornarono a interrogarsi su chi fosse il soggetto legittimato a scolpire i segni del nuovo sul vecchio tronco di un diritto sempre più inadeguato a dirsi 'comune'. A quasi un secolo di distanza dall'ingresso nell'era della codificazione tornarono al centro dell'attenzione problemi che parevano risolti per sempre da quella sorta di patto di non belligeranza stretto tra i giuristi e il legislatore attorno alla presenza di una legge immobile, posta come garanzia dell'unitarietà del diritto e della stessa tenuta scientifica del discorso giuridico.

La mutata percezione della società divise la scienza dal legislatore: come sospesa tra difesa delle tradizionali certezze e progettazione di un nuovo ordine, la scienza giuridica era disorientata dalle prime leggi speciali che mostravano una sin lì trascurata onnipotenza del legislatore, alteravano l'unitarietà del diritto offerta dal Codice e porgevano i primi segni di un assetto normativo fatto di segmenti e frammenti sempre più difficili da sistemare entro un ordine.

I primi interventi sul sociale contrastavano i consolidati miti che avevano nutrito la retorica ottocentesca: intervenire sulla società significava in particolare rinunciare alle geometrie del diritto uguale, significava perdere quella coerenza dei principi del diritto civile cui

era stata costantemente rimessa l'idea dell'unitarietà scientifica del diritto. Le prime leggi speciali (per quanto povere e caute) incrinarono quella vera e propria preminenza costituzionale dei principi del Codice civile che nel corso dell'Ottocento era stata utilizzata per esorcizzare qualsiasi riflessione sull'incidenza delle scelte politiche (della 'semplice legge') sul 'vero diritto', sul diritto codificato. Appariva ora più difficile per il giurista tracciare linee ordinanti affidandosi ancora a una legalità codicistica sempre più angusta e prescindendo da « l'arruffo di norme » progressivamente prodotto dal politico.

L'esigenza di intervenire sul sociale aprì, insomma, un vasto processo di 'decostituzionalizzazione' del Codice, imponendo una complessiva ridefinizione degli spazi di convivenza tra i giuristi e il legislatore, tra scienza giuridica e potere politico. Più che nell'aver evidenziato le tante concrete ingiustizie presenti nei Codici, l'aspetto più rilevante della critica sociale sta forse — ed è quanto qui tenterò di mettere in luce — nell'aver scomposto le illusioni e le speranze racchiuse nell'unitaria simbologia ottocentesca del Codice. La scoperta della fragilità del mito del Codice sollecitò tutti i soggetti a ridefinire il loro ruolo e costrinse a rideterminare le questioni sopite da quella semplice presenza idealizzata.

## 2. *Scienza giuridica e certezze del Codice.*

Il valore simbolico del Codice — così forte nel corso del XIX secolo da far percepire le diverse vicende storiche dei Codici come avvinte in un unitario modello — condizionò anche coloro che assunsero la critica sociale come complessiva chiave di lettura dell'ordinamento, anch'essi incapaci di affrontare senza il Codice la questione di una trasformazione sociale del diritto e di rinunciare alla storia ufficiale della codificazione (1). Per tentare di compren-

---

(1) La scoperta della questione sociale da parte dei giuristi non pose in discussione il concetto di codificazione. Il Codice fu considerato dai critici come una fase 'necessaria' del processo evolutivo del diritto, come un modello di comprensione razionale della realtà, un modello da perfezionare e non da abbattere. La critica sociale contrastò il 'Codice borghese' ma non si oppose alla codificazione, continuando a subire il fascino

dere l'articolazione delle relazioni tra scienza giuridica, legislatore e mutamento sociale a fine secolo, è utile partire proprio dal precedente bagaglio di simboli del Codice che furono talvolta combattuti e talvolta introiettati anche dai critici più severi.

La forza del Codice trae alimento nel corso dell'Ottocento da un doppio sogno di stabilità. Il Codice è rappresentato come quiete rispetto al movimento, come luogo di convergenza e di sintesi di istanze molto diversificate tra loro: è il luogo che armonizza i legami tra il diritto e la società; è il luogo che dissolve le relazioni conflittuali tra scienza giuridica e legislatore. La forza di quel sogno impone il silenzio: le certezze del Codice vincolano, ben oltre la legge, il legislatore e la dottrina. La visione idealizzata della società (la presunta autonomia della società borghese fotografata dal Codice) non impone il risveglio e fa sì che il sogno si prolunghi: il legislatore, che pur si sente padrone del Codice, è condannato a non intervenire sulla sua creatura; i giuristi, che pur si dichiarano servi della legge, obbedendo al Codice si sentono sottratti alla transitoria mutevolezza delle legge.

Due immagini contrastanti sostengono tale retorica: quella di una radicale innovazione formale, caratterizzata nello stesso tempo da contenuti tradizionali. Il Codice propone innovazione e continuità.

Il Codice è posto infatti a segnare un punto di svolta formale nella moderna storia del diritto: è percepito come il compimento di un secolare processo e l'avvio di una nuova fase, realizza una netta cesura storica affermando finalmente un diritto uguale, unitario, completo. Caratterizzato da un soggetto di diritto unificato e dalla supremazia della legge tra le fonti del diritto, il Codice innova perché finalmente offre un sistema 'chiaro, semplice e certo' capace di imporsi agli interpreti e allo stesso legislatore. La 'forma Codice' contiene regole uguali che mostrano la forza del comando generale e astratto della legge e impediscono asimmetriche valutazioni di casi

---

e il mito del Codice. Si pensi, del resto, al costante richiamo alla necessità di un nuovo Codice (un *Codice di diritto privato sociale*; un *Codice sociale*, un *Codice dell'avvenire*, un *Codice di diritto operaio*, un *Codice del lavoro* e così via) e si pensi ancora ai costanti riferimenti alla lettura sistematica del Codice come strumento di trasformazione sociale del diritto.

concreti e di situazioni sociali particolari: l'uguaglianza del Codice costringe a distogliere lo sguardo dai fatti e, entro gli angusti confini dell'astrazione, propone l'immagine di un diritto 'comune' a tutti i soggetti. Tale caratteristica formale evoca il superamento della situazione giuridica di antico regime, la definitiva sconfitta del particolarismo e delle arbitrarie interpretazioni dei giuristi. Il Codice, dunque, segnala *di per sé* l'avvenuta riforma degli ordinamenti giuridici, la presenza di un sistema di garanzie 'costituzionali' per il cittadino e il superamento della dialettica tra certezza e incertezza del diritto, tra pluralità di fonti di produzione e centralità della legge, tra ricognizione equitativa del caso concreto e scelta razionale, generale e astratta della legge (2). I temi evocati — semplificazione del sistema delle fonti, unificazione giuridica, statualismo e garantismo, nessi tra Codice e Costituzione — offrono un'ideologia della codificazione che rende omogenee le varie vicende codificatorie e impone uno spartiacque nella moderna storia del diritto (3).

Tale ideologia raramente trovava nell'assetto normativo dei Codici un puntuale riscontro. Anche dal punto di vista formale la netta cesura con il passato era spesso più immaginaria che effettiva: la rigida compiutezza del divieto di eterointegrazione aveva delle vistose aperture (si pensi, ad esempio, ai richiami al *diritto naturale* del § 7 dell'ABGB e al riferimento ai *principi generali del diritto* dell'articolo 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano del 1865); l'abbandono del particolarismo non era sempre assoluto; il ripudio delle eredità tecniche del passato era semplicemente impossibile e il diritto uguale era, com'è noto, costellato da un quadro di disuguaglianze di fatto (e non solo di fatto) ancora così ricco da non temere più di tanto il confronto con la situazione di antico regime (4).

---

(2) Per una ricognizione critica della letteratura sul punto è qui sufficiente rinviare ai saggi di Pio CARONI (*Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998) e a quelli di Paolo GROSSI (*Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998).

(3) La ricostruzione più nota è quella offerta da G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976.

(4) La retorica del diritto uguale, del resto, riesce a lungo a convivere senza molti problemi con la schiavitù nelle colonie e riesce a giustificare una condizione giuridica della donna ispirata da una concezione semplicemente punitiva dell'uguaglianza (si cfr., riguardo a quest'ultimo tema, G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso*

La retorica riguardo alla modernità formale del Codice è comunque così forte da rendere pressoché invisibili le anomalie; ed è così forte da poter convivere tranquillamente anche con una retorica di segno opposto tutta volta ad esaltare la necessaria continuità del Codice con il passato. Spesso infatti chi difende il Codice utilizza argomentazioni eclettiche che attingono con disinvoltura dalla cosiddetta letteratura anticodificatoria, sino al punto da rendere possibile una stretta di mano (tanto disinvolta quanto ferma) tra Savigny e Thibaut. Non c'è molto da stupirsi. Anche nei lavori preparatori del Codice per eccellenza, del resto, l'idea di una svolta rispetto all'assetto di antico regime si nutre di ripetitivi rinvii alla continuità, alla tradizione, *ai legami naturali del passato col presente* (5).

Il Codice promette più di quanto dà ma abbaglia con la sua simbologia ed è riverito oltre i suoi meriti: la sua affermazione resta per tutti (anche per i suoi critici più severi) il segno della presenza di un nuovo diritto, di una *nuova fase del diritto* caratterizzata dall'abbandono delle obsolete forme giuridiche di antico regime (6).

Assumendo l'analisi dei contenuti della codificazione come

---

*femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999, in particolare pp. 187 e ss.).

(5) Particolarmente significative, da questo punto di vista, restano le note pagine del *Discours préliminaire* di Portalis.

(6) Basti pensare, ad esempio, all'ammirazione mostrata da Anton Menger — critico severo dei progetti del BGB — nei confronti dei grandi Codici realizzati tra Sette e Ottocento: «le tre grandi opere legislative dell'epoca moderna: il codice civile prussiano, il codice civile francese e quello austriaco comparvero sul finire di un'epoca che a buon diritto fu chiamata l'epoca dei lumi. Imperocché mai l'umanità si sentì meno minacciata dall'ammasso di tradizioni, mai le classi alte si mostrarono così favorevoli verso le bassi classi popolari quanto nell'epoca dei lumi. Gli autori di quei tre codici si lasciarono compenetrare dallo spirito magnanimo che sprezza il delirio del momento, e compilarono opere legislative le quali (...) precorsero di molto lo sviluppo sociale delle nazioni. Questo è veramente il compito del legislatore». A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, Bd. II, 1889 (pp. 1-73; 419-482), pp. 7 e 8; saggio poi pubblicato in volume (*Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen — Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Tübingen, Laupp, 1890). Ho citato utilizzando la traduzione italiana (curata da G. Oberosler) *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Torino, Bocca, 1894, p. 9.

angolo visuale privilegiato il quadro delle ambiguità si accresce ma non indebolisce il mito del Codice.

Quel Codice che dal punto di visto formale è legato completamente alla volontà del legislatore è rappresentato come pura espressione della società: il legislatore — si ripete — non è padrone dei contenuti del Codice, non può rinnegare le solide tradizioni giuridiche nazionali, è costretto a porre quei soli vincoli che assecondano la libertà dei singoli. I contenuti del Codice si impongono da sé; il legislatore ha le mani legate, non potrebbe (neanche se volesse) opporre un suo astratto *sistema di legislazione* al *sistema della natura*. L'innovazione formale appare come un vuoto e innocuo guscio al cui interno ogni mossa del legislatore è vincolata dalla continuità con le scelte tecniche del passato, dal rispetto delle certezze della società del Codice (7).

In un contesto come quello italiano dove la richiesta di un Codice unitario si lega alla lotta per il raggiungimento dell'unificazione nazionale, il Codice si sovraccarica di un destino: è l'espressione giuridica di un comune diritto, di una millenaria tradizione giuridica nazionale che finalmente può riemergere, superando l'apparente discordanza del diritto degli Stati pre-unitari e svincolandosi dalle artificiali imposizioni dei governi stranieri. Come il nuovo Stato unitario, segnando l'approdo di un lungo itinerario, è molto più della semplice somma delle antecedenti entità territoriali, così il Codice è la sintesi di un diritto comune all'intera nazione, un diritto che il legislatore ha avuto il solo merito di rendere visibile. Argomentazioni savigniano-storicistiche possono per questa via essere abbondantemente utilizzate per sorreggere un Codice che non

---

(7) Le caratteristiche moderne, 'eversive', tracciate dalla 'forma Codice' sono dunque spesso temperate o annullate dai contenuti del Codice che si pongono in continuità con i principi della tradizione romanistica, con il diritto consuetudinario e con le costruzioni teorico-pratiche della dottrina antecedente. Savigny sottolineò come i vecchi contenuti assumevano nella nuova forma un valore diverso (si cfr. sulla questione P. CARONI, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, 1980, pp. 69-111, in particolare pp. 74 e ss.); resta il fatto però che la continuità è spesso assunta come tale in gran parte della letteratura giuridica ottocentesca.

oppone dighe al fluire del diritto e che è più forte di qualsiasi tempesta legislativa (8).

La ripetitiva rappresentazione di un nesso necessario e indissolubile tra i contenuti del Codice e la libertà rafforza ancora di più l'immagine di un assetto formale innovativo e impotente. Contrapponendo ai vincoli costringenti dell'appartenenza cetuale un permanente richiamo alla libertà, l'unificazione dell'ordinamento giuridico attorno al monopolio statale delle fonti del diritto privato pone sulle ceneri dell'antecedente società disuguale nuove regole del gioco: il Codice — si ripete unanimi — dà regole uniformi che impongono vincoli solo per assecondare la libertà, per dar pieno svolgimento alla libertà (9). Il Codice, simbolo dell'autonomia della società, ha contenuti minimi e intangibili; è — e deve restare — garanzia esterna di una trama di relazioni economiche e sociali di per sé armoniche. Qualsiasi modificazione è percepita come attentato alla libertà.

Da punti di vista diversi la retorica ottocentesca offre, insomma, contenuti necessari a un Codice che, pur restando espressione formale del comando legislativo e voce dello Stato, appare come irriducibile alla sfera politica. Il diritto (razionale, nazionale, naturale (10)) presente nel Codice si colora così di una legittimità ben più ampia di quella offerta dal legislatore. La contraddittorietà degli assunti posti a sostegno del Codice non giova certo alla coerenza della teoria ma è uno strumento formidabile per creare e ad accresce un mito.

È avvalendosi di questa variegata simbologia del Codice che la

---

(8) In tal senso si veda, a mo' d'esempio, L. BOSELLINI, *Del Gius comune, e dei Codici in relazione alla nazionalità*, in *La Temi. Giornale di legislazione e di giurisprudenza*, I, 3 (gennaio 1948), pp. 139 e ss.; M. BENZA, *Codificazione nazionale*, in *ibidem*, II, 18 (agosto 1950), pp. 334 e ss.; G. BANDI, *Il codice civile e la tradizione*, in *Annali della giurisprudenza italiana*, I, 3, 1866/67, pp. 17 e ss.; F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna*, Pisa, Nistri, 1876.

(9) Si vedano ora su questo tema le osservazioni di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni (1879-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 184 e ss.

(10) Le antinomie del giusnaturalismo sono riproposte e accresciute dalla mitologia di un Codice che vuole essere radicato nella stessa natura delle cose e, al tempo stesso, è voce dello Stato. Così P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 7.

scienza giuridica stringe un patto di fedeltà con il legislatore, dichiarandosi sottomessa ai suoi comandi. Filtrata attraverso la mitologia del Codice, la preminenza della decisione politica è, però, non tanto esaltata, quanto osteggiata. La scienza giuridica si schiera infatti compatta a difesa della supremazia del Codice e non dell'onnipotenza del legislatore. A ben vedere, la tanto celebrata onnipotenza del legislatore si riduce a ben poca cosa: un coro di voci ricorda a ogni piè sospinto che il legislatore è solo spettatore dei mutamenti sociali e che le sue leggi nulla possono contro i principi codificati 'intangibili'. Il Codice, insomma, afferma l'onnipotenza del legislatore solo in quanto mostra il trionfo di una decisione politica che si limita per sempre.

La dottrina giuridica che a ridosso dell'emanazione del Codice sostiene a mo' di parola d'ordine l'assoluta preminenza della legge conferma appieno questo quadro, proponendo una gerarchia non scritta delle fonti in cui la decisione politica è costantemente subordinata al Codice; un Codice oramai sottratto alla realtà e assunto nel mito. Tanto vistoso quanto incompiuto, il positivismo giuridico che si può rintracciare nelle pagine dei giuristi del periodo è per lo più apparente. La figura del legislatore è tanto più esaltata quanto più forte è la certezza della sua necessaria subordinazione al Codice, la certezza dell'inutilità (ma, considerando le reazioni ai pochi progetti di modifica del Codice, si potrebbe dire l'illegittimità) di ogni suo intervento.

La contraddizione è ben evidente nei giuristi della cosiddetta Scuola dell'esegesi il cui discorso, più che di un compiuto positivismo giuridico <sup>(11)</sup>, è forte di un insieme di certezze pregiuridiche, di un composito bagaglio culturale che, proiettato sull'impianto del Codice, dà sicurezze ricostruttive sempre confermate dalle dichiarazioni del legislatore. Invasive certezze generali inducono gli interpreti a colorare ogni riferimento ai limiti della proprietà in semplice riconferma di un diritto volto a regolare gli interessi di individui considerati *uti privati et singuli*; spingono sempre lontano da un'ana-

---

(11) Cfr. in tal senso, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, pp. 92 ss. Si veda anche G. TARELLO, *La "scuola dell'esegesi" e la sua diffusione in Italia* (1969), ora in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 69 e ss.

lisi non apologetica dell'autonomia negoziale e imbrigliano la lettura degli articoli in tema di responsabilità entro goffe finzioni consone ai modelli individualistici. Il mito della libertà contrattuale, come quello del diritto del proprietario di godere e di disporre del bene nella maniera più assoluta, sono più forti di qualsiasi analisi esegetica dei limiti fissati dalla legge per l'autonomia contrattuale e per la proprietà; così come la retorica del diritto uguale si sottrae a qualsiasi seria riflessione riguardo alle non poche disuguaglianze fissate dalla legge (12).

Racchiuso nel solo ordine del Codice, l'omaggio alla legge è sterilizzato da pericolose valenze politiche: è un semplice richiamo a principi guida di un ordine dato (che la onnipotenza del legislatore non può che confermare), è un atto di fiducia in quel mondo della sicurezza miracolosamente generato dalla libertà dei singoli (che il politico è tenuto a garantire con notarile indifferenza) (13). La preminenza della libertà e della 'sovranità' dell'individuo offerta dal Codice è avvertita come più forte della legge; quella preminenza non si presenta — neppure negli esegeti — come il semplice punto di approdo di una rigorosa costruzione di stampo positivistico e di una pedissequa lettura del testo del Codice ma come l'immediata assunzione nel giuridico di certezze che si impongono allo stesso legislatore (14).

Un Codice che è un luogo così affollato di simboli genera la certezza della stabilità, la sicurezza di aver vinto una volta per sempre il confronto con le trasformazioni imposte dal trascorrere del

---

(12) Cfr. A.J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle de jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon et Durant, 1973.

(13) Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano Giuffrè, 1986<sup>2</sup>. Il legislatore — si ripete — non deve valutare gli scopi che il singolo persegue avvalendosi della sua libertà, non può andar oltre il Codice che rappresenta l'unica garanzia dei diritti dei singoli, l'arca santa della piena autonomia della sovranità individuale (« autonomia nel triplice significato di libertà nella esplicazione di valori individuali, di potere, come signoria sui beni, di potestà di autodeterminarsi per il regolamento dei propri interessi »: R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, pp. 904-921, p. 909).

(14) Per un'analisi più articolata della questione, si cfr. G. CAZZETTA, *Civilistica e « assolutismo giuridico » nell'Italia post-unitaria (1865-1881)*, in *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1995, pp. 399 e ss.

tempo: non è necessario inseguire i mutamenti sociali esigendo nuove leggi, né è necessario motivare le scelte interpretative richiamando la cruda varietà degli interessi in gioco. Fondato sull'astrazione dei principi e, nello stesso tempo, sulla rivendicazione di una corrispondenza assoluta di quei principi alle esigenze della società, l'ostentato rifiuto di riferimenti a concreti interessi economico-sociali che caratterizza la letteratura civilistica dell'Ottocento non fa che riprodurre fedelmente le certezze e le ambiguità del mito del Codice. I principi del Codice sono presentati come il necessario riflesso nel giuridico delle poetiche armonie della società; di una società idealizzata, mai indagata volgendo lo sguardo in basso. Il silenzio del legislatore, più che come espressione di un'interessata scelta politica, è così percepito come una solenne conferma della tenuta di una struttura giuridica perenne e dell'impossibilità di qualsiasi intervento volto ad alterarla.

Il prezzo di queste certezze è ovviamente alto. Mentre il legislatore continua a tacere, appellando come rispetto dell'uguaglianza la sua interessata miopia, i giuristi scorgono (cioè ricercano e, ovviamente, trovano) la compiuta coincidenza tra l'universo codicistico e la realtà; e lo fanno per lo più distogliendo lo sguardo dai fatti per mettere continuamente a fuoco una piatta uniformità di regole. La corrispondenza tra la generalità « senza mondo » di quest'ordine <sup>(15)</sup> e gli interessi della borghesia è ben evidente, e non mancherà di essere sottolineata a forti tinte da chi guarderà ai difetti sociali del Codice <sup>(16)</sup>. La critica sociale infatti indicherà con grande

---

<sup>(15)</sup> Ho preso in prestito, impoverendola, l'immagine da Elias Canetti. Ignorando il disordine del mondo, i giuristi in questo momento tendono ad accordare al Codice lo stesso privilegio che Canetti concede a Peter Kien e alla sua biblioteca nella prima parte del suo romanzo (*Auto da fè*): quello di vivere, « testa senza mondo », in un ordine che è perfetto solo perché distante dalla vita, lontano da un pericoloso « mondo senza testa ». Fuori dal mondo è impresa agevole per Peter Kien — e forse anche per i nostri giuristi, come noterà poi la critica sociale — sostituire il Codice, la biblioteca, agli uomini: « Tanto egli amava la sua biblioteca; essa gli sostituiva gli uomini ».

<sup>(16)</sup> Inutile dire infatti che questa scelta, pur affermando di voler prescindere da un richiamo diretto ai principi economici e sociali, è in accordo con essi. Il lapidario giudizio di Wieacker sulla Pandettistica ci pare possa essere esteso a gran parte della civilistica ottocentesca che operò in presenza del Codice: essa manifestò il suo segreto accordo con la società del suo tempo proprio attraverso il rifiuto di giustificare

lucidità le contraddizioni interne di questo modello e — sforzandosi di recuperare il diritto al buon senso e ad una visione meno idealizzata e partigiana della società — rivendicherà l'apertura del giuridico verso quelle classi sino a quel momento ignorate dalle armonie del Codice.

Il mito del Codice non può, però, dirsi liquidato dalla salutare 'riconciliazione con il mondo' proposta dai critici. Il riferimento mitizzato al Codice racchiudeva in sé, infatti, una tensione verso un diritto certo e unitario, in necessaria (automatica) corrispondenza con la società; un diritto che nell'immaginario del giurista era irriducibile a reiterate e mutevoli scelte del politico. La scoperta della società, l'esigenza di un intervento giuridico su una società in mutamento, non indusse neppure i critici più severi del Codice a gettare alle ortiche il sogno ottocentesco di un ordine più solido, più certo, di quello offerto dalla politica.

Considerare quest'aspetto può forse aiutarci a comprendere come mai il dirompente impatto della questione sociale sul giuridico non riuscì a travolgere un Codice così compromesso con una visione statica della società. Quel contraddittorio assieme di richiami a nozioni tecniche antiche e a nuovi principi formali, a certezze generali di sicurezza e a specifici interessi, ad una razionalità fuori dal tempo e ad un diritto storicamente determinato, che caratterizzava il mito ottocentesco del Codice, fece ancora sì che esso fosse percepito come lo strumento indispensabile per affrontare anche i problemi posti dal mutamento sociale. L'esigenza di considerare politicamente nuovi e crescenti interessi particolari non annullò, insomma, la forza simbolica del Codice: la ricerca di un *diritto comune civilistico* come unitaria piattaforma di approccio scientifico alla realtà, la ricerca — su cui, come vedremo, da diversi angoli visuali si insisterà ampiamente negli ultimi decenni dell'Ottocento — di una compiuta corrispondenza tra l'evoluzione della società e quella del diritto, tra l'organismo sociale e quello giuridico, rinvia-

---

costruzioni e scelte tecniche in base ad interessi economico-sociali. Cfr. F. WIEACKER, *Pandettistica e rivoluzione industriale* (1968/69), ora in Id., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, Esi, 1983 (ed. orig. 1974), pp. 84 e ss. Si vedano anche sul punto le osservazioni di P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., in particolare, p. X e pp. 117 e ss.

vano ad un progetto giuridico in grado di sottrarsi alle contingenti scelte del politico.

La raggiunta consapevolezza della parzialità del Codice non riuscì ad abbatterne il mito. Posta di fronte al mutamento sociale la scienza giuridica guardò al Codice per rivitalizzarne i principi ‘comuni’, per capovolgerli, per porli a diretto contatto con ‘i fatti reali’. E, grazie al sistema, tentò di non essere relegata in un cantuccio dalla preminenza del politico; tentò di sottrarsi alla costringente alternativa tra l’applicazione di una normativa ‘di parte’ sempre più ingiusta e una mera richiesta di continui interventi legislativi.

Il Codice offriva ancora stabilità al discorso scientifico, offriva una mappa di principi che rinviavano a un diritto percepito come più forte delle scelte del legislatore, a un diritto che, se liberato dalla sua immobilità e assecondato nelle sue naturali trasformazioni, poteva rispondere al mutamento sociale evitando i molteplici rischi, gli arbitrii, che si intravedevano nelle scelte di un potere politico proteso a intervenire continuamente sulla società. L’impatto della questione sociale nel giuridico rese, insomma, chiaro a tutti che non esisteva più una stabilità del sociale rispecchiata nel Codice ma non per questo il Codice cessò di offrire il modello di riferimento dell’unità del giuridico.

La critica sociale si accostò dunque al Codice sedotta dal fascino di tematiche contrastanti: oltre alla veemente affermazione della parzialità del ‘Codice borghese’ e alla richiesta di smantellare un diritto ‘comune’ ai soli interessi delle classi abbienti, propose una rinnovata generalità del diritto privato-sociale (di un Codice di diritto privato-sociale); oltre a sostenere la riforma, l’intervento dello Stato e la giuridificazione dei nuovi volti del sociale, sostenne il recupero di un’unitarietà del diritto, da osservare nella sua evoluzione, nei suoi caratteri organici.

Per cogliere l’apporto dato dalla critica sociale alle scienze giuridiche tra Otto e Novecento occorre tentare di dipanare questi fili intricati, senza fermarsi a considerare soltanto il dirompente impatto delle urla iconoclaste nel quieto torpore degli ambienti giuridici borghesi.

### 3. *Critiche sociali al Codice.*

La critica sociale capovolve, dunque, alcune certezze del Codice. Con varietà di toni se ne sottolineano i grossolani difetti, si mise a nudo il suo spietato individualismo e il suo egualitarismo solo astratto. La scoperta della complessità del sociale spinse a constatare che il diritto legale (il diritto codificato) non era in grado di tenere il passo coi mutamenti in atto. L'universo del Codice apparve come un piccolo mondo popolato da interessi partigiani: i contrasti e le lacerazioni sociali smitizzavano la naturale armonia della società fotografata dal Codice; le ingiustizie sociali rappresentavano un atto d'accusa contro la colpevole inazione dello Stato e contro una scienza giuridica dedita a ricostruzioni avulse dalla realtà (« nave incantata » che « solca tranquilla le onde burrascose dell'oceano seminate di cadaveri e moribondi » (17)).

Il contesto italiano è da questo punto di vista particolarmente significativo: nel giro di pochi anni la retorica della nazione, dell'uguaglianza e della libertà che aveva osannato il primo Codice nazionale unitario (18) appare in gran parte capovolta. Già a partire dall'inizio degli anni Ottanta il nuovo Codice del 1865 è dichiarato vecchio: si pone in primo piano la sua ingannevole unitarietà, la sua incapacità di far fronte alle situazioni sociali improvvisamente balzate in primo piano dopo il raggiungimento della piena unità politica del Paese; superate appaiono le solide certezze che solo qualche anno prima avevano spinto ad esaltarne la corrispondenza con le esigenze del tempo e del nuovo Stato.

Un insieme variegato di parole d'ordine, di professioni di fede sociologizzanti, di inviti a rivoluzioni metodiche è presente nelle pagine dei critici. La scienza giuridica di questi anni si apre alla questione sociale e, nello stesso tempo, abbandona l'osservatorio dell'esegesi per dichiararsi disponibile a colloqui interdisciplinari, ad analisi storiche e comparativistiche. Il complessivo rinnovamento presente negli scritti dei giuristi è difficile da racchiudere entro

---

(17) È il noto avvio del fortunato libro di Enrico Cimbali (*La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, Ute, 1895<sup>3</sup>; la prima edizione è del 1885).

(18) Si veda, per tutti, la pacata riflessione di G. PISANELLI, *Dei progressi del diritto civile in Italia nel secolo XIX*, Milano, Vallardi, 1872.

etichette unitarie: inappagante è il riferimento al socialismo giuridico come ad un fenomeno omogeneo <sup>(19)</sup>; generico nella sua evidenza è il richiamo alle nuove consapevolezze metodologiche che si concretizzano in particolare nel passaggio (in linea con il complessivo avvicinamento delle relazioni politiche e culturali tra Italia e Germania) dall'asfittica esegesi, servile imitazione della letteratura francese, all'arioso sistema ispirato alla Pandettistica.

Nelle prolusioni e nei libelli pubblicati in questi anni <sup>(20)</sup> troviamo una fitta rete di richiami al diritto come espressione della « vita reale » e il ripetuto invito a considerare la legge come « concetto organico », la richiesta, colorata di illusioni scientiste, di venature solidaristiche e talvolta socialistiche, di riforme legislative <sup>(21)</sup>, una serrata critica all'individualismo che fa intravedere un diritto privato dai caratteri molto più ampi di quello circoscritto nei confini del 'Codice borghese' <sup>(22)</sup>.

Negando il consolidato mito della compiuta autonomia del

<sup>(19)</sup> Cfr. P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico - I - Le "scuole del diritto privato sociale"*, in *Politica del diritto*, I, 2 (1970), pp. 241 e ss.; e, soprattutto, i vari interventi presenti nel numero monografico dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4 (1974-1975): *Il « Socialismo giuridico ». Ipotesi e letture.*

<sup>(20)</sup> Cfr., ad esempio, G. VADALA PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881; E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni* (1881), poi in *Id.*, *Studi di dottrina e di giurisprudenza civile*, Lanciano, Carabba, 1889, pp. 5 e ss.; E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia* (1881), in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, Roma, Libreria dello Stato, 1947, pp. 3 e ss.; G.P. CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione* (1882), in *Id.*, *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, *Parte generale*, Torino, Bocca, 1913, pp. 32 e ss.

<sup>(21)</sup> Un'ingenua sintesi dei temi organicistici, sociologici e solidaristici presenti negli scritti di questi anni può essere letta in Bassano GABBA, *Trenta anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, in particolare pp. 12 e ss.: « Il diritto ... ha per sua necessità fondamentale di uniformarsi alla situazione sociale quale esiste in fatto. Ne viene che se tutti gli esseri costituenti la società possono considerarsi quasi membri di uno stesso corpo, il diritto deve poi disciplinare le loro azioni in modo che queste riescano tutte intonate e dirette a uno scopo supremo: il benessere dell'organismo »; « Se la società è un organismo, la necessità della cospirazione di tutti i suoi membri ad uno scopo comune ne discende chiara, evidente. Chi ciò dice e ammette, ammette e dice *solidarietà* ».

<sup>(22)</sup> « Come è una metafisicheria la concezione dell'uomo isolato, così è metafisicheria la concezione di un diritto privato che regoli esclusivamente gli individui *uti privati et singuli*. Oggi l'individuo non può separarsi dalla collettività ». Così A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in *La scienza del diritto*

diritto civile codificato, la constatazione dei « difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie » pone inevitabilmente in primo piano il ruolo delle riforme, quello dell'intervento sociale del legislatore <sup>(23)</sup>. Le riforme sono indispensabili perché indispensabile appare, dettata da « l'influenza rivoluzionaria dei nuovi tempi » <sup>(24)</sup>, una trasformazione sociale del diritto che impone nuovi compiti allo Stato.

Il riferimento all'intervento speciale del legislatore, alle leggi sociali, sorregge la richiesta di una nuova fase del diritto civile e preannuncia in concreto il futuro Codice sociale. Il legislatore — si afferma — non può restare inerme di fronte all'ampiezza della questione sociale, deve risolvere subito palesi ingiustizie, sanare i contrasti generati dalle norme borghesi, allargare il diritto ai gruppi, disciplinare situazioni ignorate da principi giuridici oramai erosi dai mutamenti sociali <sup>(25)</sup>.

La richiesta della legge appare il risultato inevitabile della congiunta considerazione di questione sociale e Codice, ed è l'aspetto che più colpisce l'attenzione di chi valuta gli scritti dei giuristi riformatori: nelle pagine degli innovatori c'è spesso una fiducia miope nei confronti dello strumento legislativo e un'enfasi contraddittoria riguardo al solidarismo sociale del legislatore.

L'illusoria, « illogica », fiducia dei giuristi volti a richiedere il diritto sociale allo Stato borghese fu sottolineata — com'è noto — con sprezzante ironia dai socialisti. Basti pensare ad alcune pagine molto note di Antonio Labriola: « Come chiedere l'abolizione della miseria, senza rovesciare tutto il resto? Chiedere a questa società, che essa muti anzi rovesci il suo diritto, che è la sua difesa, gli è chiederle l'assurdo. Chiedere a questo Stato che esso cessi dall'essere

*privato*, III, 1895, p. 575. Per un quadro complessivo si cfr. P. GROSSI, *La scienza del diritto privato*. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>(23)</sup> Cfr. G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Palermo, tip. Statuto, 1890; G. VADALÀ PAPALE, *Diritto privato e codice privato sociale*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, pp. 23 e ss.

<sup>(24)</sup> E. CIMBALI, *La Nuova Fase*, cit. Significativo, del resto, è il sottotitolo di questo volume: « Proposte di riforma della legislazione civile vigente ».

<sup>(25)</sup> Cfr., per tutti, C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, pp. 95 e ss. Sul punto si cfr. P. GROSSI, *La scienza del diritto privato*, cit., pp. 153 e ss.

lo scudo, anzi il baluardo di questa società e di questo diritto è volere l'illogico » (26).

La richiesta di un intervento sociale del legislatore suscitò reazioni diverse, ma non meno accese, nella scienza giuridica ufficiale. Il continuo intervento del legislatore per far fronte alla complessità del sociale scardina — così affermarono in molti — l'equilibrio dei principi, antepoendo la mutevolezza della legge alla stabilità del Codice.

Nonostante la vistosità delle reazioni provocate dalla richiesta dell'intervento legislativo « come mezzo pratico per elevare la condizione del proletariato », non è possibile ridurre l'apporto degli innovatori a questo solo aspetto. Guardando al di là della richiesta di correzioni legislative al Codice, al di là della rivendicazione di Codici dell'avvenire, può essere utile verificare se la reiterata richiesta di interventi legislativi riuscì a scalfire davvero la consolidata centralità del Codice. La questione dell'affermarsi di una compiuta onnipotenza della legge (attivata dalla considerazione ampia da parte dei giuristi della questione sociale) merita cioè di essere considerata con maggiore attenzione alla luce della composita mitologia del Codice e del diritto comune civilistico cui abbiamo fatto riferimento sopra.

#### 4. *Trasformazioni sociali e intervento del legislatore; trasformazioni sociali e sistema.*

Gli scritti che a fine Ottocento sottolineano l'esigenza di un intervento della legge — a ben vedere — non valorizzano mai il momento della decisione politica: l'intervento sociale del legislatore è semplice affermazione di una necessità dell'organismo sociale, momento della naturale corrispondenza tra il diritto e l'evoluzione della società. Anche negli scritti dei giuristi dediti alla critica sociale

---

(26) Si cfr. V. GERRATANA, *Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4 (1974/75), 55 e ss.; si cfr., anche, S. CASSESE, *Socialismo giuridico e 'diritto operaio'. La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico*, in *ibidem*, pp. 495 e ss. (da p. 504 è tratta la citazione di Labriola riportata nel testo).

del Codice il ruolo del legislatore non è particolarmente rilevante. Nessuno richiama la preminenza della decisione politica, tutti rinviando invece alla sua ineluttabilità: la caduta delle immobili certezze del Codice (il venir meno dell'automatica corrispondenza tra diritto comune civilistico e certezze del modello individualistico borghese) condanna il legislatore a muoversi nella direzione indicata dalla scienza, lo costringe a rispettare le regole dell'organismo sociale e la sua naturale evoluzione. Il legislatore — si ripete — non è « l'arbitro e il creatore delle leggi » (27).

Particolarmente significativa da questo punto di vista è la posizione di Anton Menger, un giurista che pur richiama ripetutamente il ruolo attivo, giacobino, del legislatore. Il legislatore — dice — ha il compito di precorrere lo sviluppo sociale (ed è quanto, a suo dire, avevano fatto il *Code civil*, l'ABGB, l'ALR) (28), è educatore della nazione, deve essere capace di elevarsi al di sopra dei materiali accumulatisi nei secoli per cogliere nuove corrispondenze tra gli istituti giuridici e le condizioni sociali. Con lo sguardo costantemente rivolto all'avvenire, il legislatore di Menger è insomma veramente proteso a *legiferare*. Forte di questa rappresentazione, Menger non può che dichiararsi critico nei confronti della « incapacità della Scuola Storica a legiferare »: *presa da un'interpretazione organica del diritto, la Scuola Storica guarda solo al quieto prosperare delle piante e degli animali, dimenticando che anche gli uragani e i terremoti fanno parte del regolare andamento della natura* (29).

Il riformismo giuridico di Menger non può essere, però, compreso appieno se ci si ferma a questi suoi richiami alla figura di un legislatore illuminista. Anche Menger infatti inserisce uragani e terremoti legislativi in una visione organica del rapporto tra diritto e società: è convinto che il terremoto non possa essere veramente provocato dal legislatore ma da una scienza giuridica 'sociale', politicamente impegnata, volta a misurare, al di là delle esigenze dei pochi appartenenti alla classe abbiente, la complessiva congruenza tra il diritto e i rapporti di forza, i bisogni, esistenti nella società. Menger, d'altronde, non intende condannare l'ideale della Scuola

---

(27) E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 14.

(28) Si veda sopra alla nota 6.

(29) A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, cit., p. 9.

Storica che mira a rintracciare una corrispondenza profonda (organica) tra il diritto e lo spirito di tutto un popolo; vuole più semplicemente combattere la mistificazione di quell'ideale (« il ritenere realtà quello che è un ideale »). La corrispondenza (profonda e organica) tra il diritto e lo spirito di tutto un popolo resta la meta da raggiungere: occorre aspirare a un diritto che sia espressione reale del popolo, che sia espressione di tutte le classi della società. Questa missione, anche per Anton Menger, non appartiene al legislatore bensì alla scienza giuridica, alla nuova scienza giuridica impegnata socialmente <sup>(30)</sup>.

Allargando lo sguardo alle variegate correnti di pensiero che muovono critiche sociali ai Codici, l'opposizione nei confronti dell'arbitrio della decisione politica appare ancora più marcata, e spesso si traduce in una netta opzione antilegislativa. Sono in particolare i molteplici richiami evolucionistici ed organicistici a ridimensionare di continuo i poteri del legislatore e a riproporre, sotto una nuova veste, le gerarchie che la scienza giuridica antecedente aveva collegato al mito del Codice.

Dalla lezione positivista della « necessaria corrispondenza fra atto legislativo e condizione sociale del momento », la scienza giuridica deve trarre — si afferma — l'insegnamento per cui « la società non è un meccanismo che il legislatore possa regolare a suo arbitrio ». La necessaria armonia del diritto con la società non impone uragani legislativi, ma un nuovo ruolo per la dottrina che è invitata a trasformare principi giuridici « adattantisi a qualunque tempo, a qualunque condizione » <sup>(31)</sup>. Più che dal legislatore, la riforma del diritto esige risposte da una scienza giuridica attenta alle società e consapevole dell'impossibilità di una statica difesa delle certezze del Codice.

Il cenno sin qui fatto mi pare sufficiente per evidenziare la fragilità delle prospettive volte ad appiattare completamente la centralità della questione sociale sulla richiesta di leggi sociali e di un

---

<sup>(30)</sup> Cfr. A. MENGER, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* (Inaugurationsrede gehalten am 24. Oktober 1895 bei Übernahme des Rektorats der Wiener Universität, Wien/Leipzig, Braumüller, 1895).

<sup>(31)</sup> G.P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile* (Prolusione al Corso di Diritto Civile nella Regia Università di Torino detta il 25 novembre 1885), Torino, Bocca, 1886, p. 13.

crescente ruolo attivo del legislatore. La centralità della questione sociale più che sedimentarsi nelle pagine dei giuristi in un semplice rinvio alla legge, fa emergere soprattutto un'attivazione politica del ruolo della scienza. In tal senso occorre leggere, a mio avviso, anche lo stretto rapporto che si realizzò a fine Ottocento tra critica sociale al Codice e ricostruzione sistematica del diritto.

L'arma che il giurista ha a disposizione per far fronte al mutamento è infatti, per riconoscimento pressoché unanime, il sistema. Il sistema sposta l'attenzione sui principi: essi rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto; rendono ancora intelligibile il disegno (armonico, organico, unitario) sotteso alla sempre più vistosa frammentarietà delle parti. I principi sono sottratti alla piena disponibilità del legislatore, non nascono da sue volizioni: la piena esplicazione della loro potenzialità si ha solo grazie alla scienza giuridica e al suo bagaglio culturale.

Pur di fronte ad un mutamento sociale percepito come accelerato, il sistema garantisce stabilità tecnica e scientifica: consente di innovare la trama di principi consolidati senza sconvolgerli, impedisce che la rappresentazione drammatizzata del sociale annienti le coordinate culturali della scienza giuridica.

Molte strade conducono in questi anni i giuristi al sistema: si cerca di cogliere il diritto civile all'interno di un quadro di relazioni tra le parti e il tutto, tra le cellule e l'organismo; si scorge e si critica lo spietato individualismo sotteso agli istituti cardine della società borghese — proprietà, contratto, responsabilità — e si avanza per contrasto la richiesta di un diritto ordinato in modo corrispondente alle mutate esigenze del corpo sociale; si guarda alla genesi e all'evoluzione del diritto per cogliere, con Darwin, il segreto di una ricostruzione capace di assecondare le risultanze delle scienze antropologiche e storico sociali <sup>(32)</sup>. L'accentuazione dell'uno o del-

---

<sup>(32)</sup> L'organicismo è presente sia nella sua versione di derivazione savigniana, frutto della concezione di uno sviluppo « naturale e necessario » del diritto in opposizione alle dighe legislative; sia nella versione biologico-naturalistica avente in Albert Schäffle la sua massima autorità. Cfr. P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato. Prolusione detta nell'Università di Camerino il 21 novembre 1881*, Camerino, Savini, 1882; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto* (Discorso pronunciato per la commemorazione di C. Darwin nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882),

l'altro elemento (evoluzionismo, diritto sociale-socialista, sistema di stampo organicistico o savigniano) esaspera le differenze e fa scaturire dispute spesso ripetitive e scontri metodologici a tratti sterili. Al di là delle scaramucce metodologiche, comune è però il richiamo all'unità del sistema come necessario filtro attraverso cui affrontare nel giuridico anche la questione sociale. Giova insistere ancora su questo punto.

Anche nelle pagine dei giuristi dediti alla critica sociale al Codice le potenzialità del sistema sono esaltate e molto ricorrente è la contrapposizione tra unità e frammentazione del diritto, tra conquista di una nuova unitarietà (sociale) del diritto e temuto ritorno del particolarismo. La preminenza della questione sociale colora di tinte forti il contrasto, eliminando le sfumature: la riforma sociale del diritto ripropone uno scontro tra il Codice come simbolo dell'unitarietà del diritto e l'intervento speciale del legislatore, come nuovo simbolo di un particolarismo che ritorna. I fautori della riforma sociale del diritto contrappongono anch'essi l'unitarietà della ricostruzione sistematica alle leggi speciali, al diritto speciale del legislatore inevitabilmente volto a infrangere i principi comuni. L'unità del Codice — del Codice riscattato socialmente — è spesso opposta al particolarismo del legislatore, ai suoi disorganici segmenti normativi che smembrano irrimediabilmente l'unitarietà degli istituti <sup>(33)</sup>.

---

Siena, Lazzeri, 1882. Sul nesso tra critica all'esegesi, organicismo e sistema cfr., soprattutto, E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit. Il testo di Schäffle (*Bau und Leben des socialen Körpers*, Tübingen, Laupp, 1875-1878) circola nella trad. italiana di L. Eusebio: *Struttura e vita del corpo sociale. Saggio enciclopedico di una reale anatomia, fisiologia e psicologia della società umana con speciale riferimento all'economia sociale come scambio sociale di materia*, Torino, Ute, 1881).

<sup>(33)</sup> L'esaltazione del contrasto tra Codice e leggi speciale non appartiene solo ai giuristi che muovono da posizioni conservatrici e rifiutano qualsiasi ipotesi di riforma sociale. L'opzione antilegislativa affiora con nettezza anche nelle posizioni dei 'riformatori' soprattutto considerando dibattiti su temi specifici. Sia che si parli di infortuni sul lavoro che di malattie professionali, di trasporto ferroviario o di contratto di lavoro, ricorrente è l'affermazione per cui la riforma 'per legge' non è necessaria, può essere evitata ricorrendo al sistema che permette di elasticizzare i principi in 'corrispondenza alla vita'. Per alcune esemplificazioni si veda in *infra* (II. 3) e G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, in particolare pp. 166 e ss. e pp. 409 e ss.

Al contrario della riforma imposta dal legislatore, la trasformazione giuridica affidata al sistema lascia intravedere la possibilità di affrontare i mutamenti senza sfaldare l'unitarietà del diritto, senza porre in discussione le fondamenta del discorso scientifico. La preoccupazione è molto diffusa: non è possibile — si afferma — inseguire con figure giuridiche settoriali tutte le pieghe della nuova realtà industriale, non è possibile normativizzare tutti gli incessanti mutamenti dell'industria e del commercio. La disciplina dei rapporti giuridici non può differenziarsi all'infinito e sformarsi, inseguendo i mutamenti accelerati del sociale; ciò significherebbe « rendere impossibile un Codice civile, e assoggettare i rapporti giuridici ad una pedantesca e insopportabile disciplina »<sup>(34)</sup>. Si fa carico di queste preoccupazioni chi avanza la richiesta di fissare « nella legislazione di diritto privato ... un punto fermo che più resista alla smania non sempre giustificata di continue mutazioni »<sup>(35)</sup>. Viste le grandi possibilità di espansione del Codice offerte dal sistema, tale richiesta è ovviamente destinata a raccogliere consensi anche da parte di giuristi collocati su posizioni culturali molto distanti tra loro.

L'attenzione nei confronti del sistema che caratterizza la scienza giuridica di fine secolo è alimentata anche dalle critiche sociali al Codice. La rappresentazione di uno sparuto gruppo di innovatori che, agitando nel giuridico il tema della questione sociale e delle riforme legislative, si scontra con una scienza giuridica 'ufficiale' volta ad astratte costruzioni e ad un'acritica difesa dei principi del Codice è semplicistica. L'intera scienza giuridica è sollecitata dall'emersione della questione sociale e guarda al sistema per ridefinire i suoi rapporti con il legislatore, per rileggere il Codice e i suoi simboli. Se scartiamo le distinzioni troppo nette, possiamo tentare di comprendere meglio le tensioni che muovono in questi anni la scienza giuridica verso l'unità del sistema e verso quella complessiva

---

<sup>(34)</sup> A. TARTUFARI, *Recensione a Enrico Cimbali, La Nuova Fase del diritto civile*, in *Archivio giuridico*, XXXVI, 1886, pp. 158 e ss.

<sup>(35)</sup> F. FILOMUSI GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che a essa si riferiscono* (Discorso letto nella R. Università di Roma il giorno 3 novembre 1886 in occasione della solenne inaugurazione degli studi), ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto* (a cura di G. Del Vecchio), Milano, Giuffrè, 1949, pp. 205 e ss.

rivitalizzazione del Codice che si realizzò proprio nel momento in cui più debole avrebbe dovuto essere il suo ruolo.

L'attenzione nei confronti del sistema non si esaurisce, ovviamente, nella ripetuta esigenza di porre un contatto più immediato tra il diritto e la dimensione sociale. Un ruolo relevantissimo è giocato — com'è noto — dall'esaltazione della necessità di prospettare il sistema come l'essenziale strumento a disposizione del nuovo giurista, della nuova scienza giuridica.

Il sistema — si afferma — può scaturire soltanto da una scienza giuridica consapevole, da una *vera scienza giuridica*. Movendo da tale constatazione, le argomentazioni rinviano da sistema a scienza e da scienza a sistema <sup>(36)</sup>. Le vie che conducono in questi anni al sistema sembrano ricongiungersi tutte nell'affermazione del ruolo centrale della scienza giuridica. E spesso, più che come uno strumento per un necessario confronto con il mutamento, il sistema è presentato come un fine: la scienza è nel sistema; l'unico obiettivo del sistema è la stessa scienza. Non è difficile tessere, da questo punto di vista, l'elogio di una scienza e di un sistema 'puri', fini a se stessi e capaci di vivere senza alcun apporto 'pratico', senza tenere conto del legislatore e della giurisprudenza.

Il sistema rende corrispondente il diritto alle trasformazioni in corso; il sistema ha, però, anche una sua vita autonoma, ha una sua purezza teorica, non si limita a fornire risposte ad esigenze concrete. Il sistema — afferma a mo' di programma Chironi — deve essere costruito « indipendentemente da ogni applicazione pratica », « non per i bisogni del foro, ma in se stesso per i suoi principi ». Il giurista deve utilizzare il setaccio scientifico per filtrare i grezzi dati sociali e per avere punti fermi nel mutamento: il sistema è « scienza per la scienza », « teoria del diritto civile » <sup>(37)</sup>.

Anche nelle pagine di autori sensibili a cogliere la dimensione sociale del diritto, l'istanza di purezza scientifica appare connaturata

---

<sup>(36)</sup> « Senza sistema non vi è scienza: difetto di sistema significa dunque difetto della scienza ». E. LAI, *Sistema del diritto civile italiano*, Cagliari, tip. Timon, 1885, pp. 4 e ss.

<sup>(37)</sup> G.P. CHIRONI, *Del libro e del metodo*, prefazione a *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1884, pp. VI e ss.

al sistema <sup>(38)</sup>. Alla tensione verso una trasformazione sociale del diritto si affianca sempre più spesso, insomma, il richiamo alla « scienza per la scienza », e i due aspetti si confondono.

È come se la scienza giuridica proiettasse in questi anni sul sistema tutte le antecedenti simbologie del Codice: il sistema è perfezione di linee, compiuta parte generale, astrazione immune dalla pratica, teoria sempre lontana dalla volgare individuazione di sanguigni interessi di parte; ma il sistema offre, nello stesso tempo, una permanente apertura del giuridico al sociale, consentendo di piegare gli istituti alle variegate esigenze dei tempi e di rinnovare così l'unitarietà del diritto comune civilistico.

L'unitarietà offerta dal sistema della scienza non è meno ambigua di quella offerta dal mito del Codice: le scelte ricostruttive di una dottrina pressata dalla complessità del sociale si diversificano enormemente, sempre più contrastanti tra loro. Non c'è da stupirsi se è proprio in questi anni (caratterizzati — come abbiamo visto — da un'immagine drammatizzata della questione sociale, da critiche fermissime nei confronti dell'individualismo borghese e da una tensione militante della scienza giuridica) che si portano agli estremi sviluppi le costruzioni giuridiche dell'individualismo borghese, ergendo pinnacoli ricostruttivi su quella stessa casa che — a dire di molti — esigeva una pronta demolizione per le sue vistosissime crepe.

È in questi anni che l'esaltazione della struttura volontaristica del negozio raggiunge la sua compiutezza attraverso uno sforzo scientifico volto a dare linearità al postulato dell'interno volere come elemento produttore di effetti giuridici <sup>(39)</sup>. Il negozio giuridico è presentato come il modello compiuto dell'intangibilità dell'autonomia dei privati, come la piena estrinsecazione del diritto soggettivo <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> « Il nostro diritto positivo — torna a ribadire Vincenzo Simoncelli — ha più che mai bisogno di depurarsi »; occorre « liberare la scienza del diritto civile da quello che non è strettamente giuridico ». V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* (Discorso letto, per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890, nell'Università di Camerino, il 17 novembre 1889), ora in Id., *Scritti giuridici*, Roma, tip. S.E.F.I., 1938, vol. I, (pp. 415 e ss.) p. 418.

<sup>(39)</sup> Cfr. V. SCIALOJA, *Negozi giuridici* (Corso di diritto romano nella Regia università di Roma nell'anno accademico 1892/93) (prefazione di S. Riccobono), Roma, Foro Italiano, 1933.

<sup>(40)</sup> La visione soggettiva si scontrò con le tesi di quanti, insistendo sull'assenza di

Ed è ancora in questi anni che in tema di proprietà si ha la piena traduzione giuridica del modello culturale dell'individualismo possessivo che permeava l'intera visione del Codice. L'idea della proprietà come sintesi, come totalità di poteri sulla cosa, proietta nella tecnica giuridica la preminenza del soggetto sulle cose quando più forti sono gli attacchi all'individualismo proprietario e le richieste di limiti sociali alla proprietà. La ricerca dogmatica di una teoria astratta e armonica assolutizza il paradigma di un solo modello proprietario, nega o condanna ogni modello deviante <sup>(41)</sup>, e impone così una tardiva linearità del sistema proprio nel momento in cui una realtà sociale sempre più composita mostra ampie trasformazioni della proprietà e invita a una sua fondazione oggettiva nei fatti economici <sup>(42)</sup>.

Anche in riferimento ad altri istituti fondamentali la dottrina compie un sforzo di pulizia concettuale e di ricomposizione dogmatica degli studi antecedenti, estrinsecando compiutamente il disegno individualistico che permeava il Codice.

---

una preminenza dell'interno volere rispetto alle dichiarazioni, insistevano sull'oggettività delle modifiche apportate alla realtà circostante, indipendentemente dalle intenzioni del soggetto. Cfr., ad esempio, G. VENEZIAN, *La causa nei contratti* (1892), in Id., *Opere giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, Athenaeum, 1919, pp. 378 e ss. I primi decenni del Novecento videro i civilisti (fautori delle teorie della volontà, della dichiarazione, dell'affidamento) impegnarsi in sottili battaglie scientifiche. La disputa sulla portata dell'interno volere era mossa — come ha notato Irti — da un presupposto comune, da un « comune *naturalismo giuridico* » volto a riconoscere ai singoli « una forza o attitudine originaria, anteriore alla legge e dalla legge soltanto garantita »; « forza originaria dei singoli che lo Stato e la legge trovano già esistente ed operosa sul terreno sociale ». N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1991 (raccolge due saggi pubblicati nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* nel 1972 e nel 1990), si veda, in particolare, pp. 12 e ss.; 50 e ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

<sup>(42)</sup> Dedicando una sua Prolusione del 1923 proprio al tema delle *moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, Enrico FINZI dirà che esse erano oramai volte a « trasportare lo scopo sociale della proprietà nel contenuto del diritto stesso ». Sul punto si cfr. P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 77 e ss. e pp. 168 e ss. (da p. 185 ho tratto la citazione di Finzi). Per una complessiva ricostruzione degli itinerari moderni della proprietà si veda in ogni caso P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992.

Il sistema, insomma, è utilizzato sia per incuneare entro la forza del Codice dirompenti elementi di socialità, sia per consolidare con nuovo cemento dogmatico le fondamenta individualistiche della forza. Pur stridendo tra loro, i due aspetti non possono che convivere in anni in cui anche il giurista più disimpegnato non può esimersi dal confrontare la sua ricostruzione scientifica con le grandi trasformazioni della vita sociale e, al contrario, anche il più acceso fautore della riforma sociale avverte prepotente il fascino di una ricostruzione scientificamente pura.

Chi oppone frontalmente allo storico individualismo del Codice ardite interpretazioni evolutive, ispirate dal nuovo criterio della socialità, sa di osare troppo e finisce con l'arrendersi di fronte alla legalità codicistica<sup>(43)</sup>. I più sono propensi a percorrere una via meno audace, ma — a loro dire — più efficace: utilizzano il sistema per colorare l'individualismo del Codice con sfumature di socialità. « Gocce di olio sociale » « germi sociali » « fermenti di socialità » sono immessi in ricostruzioni dai compiuti tratti individualistici, generando nuovi contrasti dogmatici<sup>(44)</sup>.

Non è qui possibile tentare di inseguire questi temi in relazione ai contenuti; giova invece insistere sulla nuova centralità del Codice generata da questa fioritura di richiami al sistema. Con le sue purezze e con le sue aperture, il sistema ripropone l'unitarietà e la stabilità dei principi di fronte al dirompente tema della riforma: il

---

(43) Si cfr., ad esempio, in tema di responsabilità extracontrattuale le tormentate pagine di Venezian protese a configurare un sistema oggettivo del 'torto' non solo come progetto di politica del diritto conforme a una nuova realtà sociale incompatibile con schemi individualistici, ma anche come interpretazione 'oggettiva' degli articoli del Codice: G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (1884/1886), in ID., *Studi sulle obbligazioni*, cit., pp. 3 e ss. L'opera « così ardita da sgomentare il pubblico studioso di quegli anni » (così Lodovico Barassi) fu pubblicata soltanto nel 1919. Sia consentito di rinviare sul tema al Capitolo sesto (*Giacomo Venezian: il torto come realtà oggettiva sociale*) di G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pp. 265 e ss.

(44) Si pensi, ad esempio, alla ricostruzioni 'sociali' del diritto di proprietà tutte fondate sull'ambiguo concetto di 'limite'; alle ricostruzioni sul contratto individuale di lavoro presto articolate attorno all'ambigua nozione di subordinazione e a quelle sul contratto collettivo incapaci di distaccarsi da una visione di tipo 'atomistico'.

sistema (che « non è assoluto, immutabile, costante ») consente di guardare alla legalità codicistica come a un « prodotto sociologico » da difendere dagli arbitrari interventi del legislatore <sup>(45)</sup>. Più che la riforma legislativa, anche chi denuncia i macroscopici difetti sociali dei Codici ricerca attraverso il sistema nuove forme di corrispondenza tra principi giuridici codificati e dimensione sociale, esigendo nuovi compiti, una nuova missione, per il giurista.

A ben vedere, attraverso il sistema la scienza giuridica si accosta al sociale riproponendo la stessa diffidenza nei confronti del politico iscritta nei caratteri genetici del mito Codice: la ‘vera’ trasformazione del diritto non è affidato alla legge (alle arbitrarie leggi del politico volte ad incidere solo sulla parte più superficiale del giuridico) ma alla scienza, al suo sistema, al suo Codice.

---

<sup>(45)</sup> In tal senso possono essere lette molte pagine proposte da Carlo FADDA e Paolo Emilio BENA nelle *Note* alla loro traduzione italiana del trattato di Bernhard WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, Torino, Ute, 1902): i vari elementi del diritto privato — scrivono — appaiono al giurista « armonicamente collegati » in un sistema che rivela, sottoposto ad uno « studio diligente », non solo un « contenuto immediato », ma anche uno « latente o mediato » [*ibidem*, nota (t) al § 23, p. 129]. « Il diritto positivo non è il prodotto della volontà del legislatore, non è dettato da concepimenti più o meno architettati da costui, esso è prodotto sociologico. Oramai è tal verità questa, che non ha bisogno di dimostrazione ». Il sistema di diritto positivo è completo, in quanto capace di ‘estensioni’ che lo pongono in continua aderenza alla ‘vita’: « il legislatore può non avere pensato ad una determinata conformazione di rapporti: poco monta, questi rapporti che sono nella vita trovano la loro norma generica nell’organismo giuridico che è espressione della vita, che deve essere come questa completo e in tutto corrispondente ad essa » [*ibidem*, pp. 129/130]. Per quanto omaggiato, il legislatore ha un ruolo che è marginale. Gli autori, certo, considerano « creazione fantastica » l’affermazione (di Matteo Pescatore) secondo cui i principi del diritto hanno per fondamento solo l’intuizione della loro verità (che sussiste in modo assoluto, indipendentemente da considerazioni di convenienza e da qualunque dichiarazione legislativa a cui la verità preesiste); l’affermazione non rinvia, però, alla centralità del legislatore ma a quella del sistema, un sistema di principi di diritto che « non è assoluto, immutabile, costante », che « non si fissa con deduzioni aprioristiche » [*ibidem*, nota (y) al § 29, p. 140]. Il tema del mutamento non rinvia, insomma, al legislatore ma a una scienza giuridica che, movendo dal presupposto che « il diritto preesiste alla legge » (« il legislatore non dee far altro che dar forma legislativa al diritto che egli ha trovato »), deve espandere i principi e realizzare così la « continua trasformazione » del diritto inteso come « prodotto della vita del popolo » [*ibidem*, nota (y) al § 29, pp. 140 e ss.].

## 5. *Il problema dell'unità del diritto*

Rispondere attraverso il sistema alla questione del rapporto tra Codice e mutamento sociale, tra diritto e trasformazioni sociali accelerate, è la scelta che si prospetta come prevalente nella scienza giuridica a cavaliere tra Otto e Novecento. Anche quando si discute di aspetti completamente ignorati dal Codice, la scienza giuridica avverte l'intervento del legislatore come una pericolosa minaccia e si affida al sistema.

Significativo, da questo punto di vista, è l'atteggiamento dei giuristi di fronte al silenzio del Codice civile in tema di contratto di lavoro; un silenzio assordante e arrogante che aveva costituito un costante bersaglio della critica sociale <sup>(46)</sup>. Le lacune del Codice civile riguardo al contratto di lavoro possono essere colmate — questa è la linea che diviene presto ufficiale — anche nel silenzio della legge, permanendo nel diritto comune civilistico e scorgendo ancora *l'essenza immutabile degli istituti giuridici* (senza comprometersi con l'intervento del legislatore, senza accettare la legge sociale come elemento fondante del discorso giuridico <sup>(47)</sup>). Il civilista può

---

<sup>(46)</sup> « Nel contratto di lavoro — scrive il giovane Panunzio nel 1905, riprendendo critiche avanzate negli anni antecedenti — culmina l'ingiustizia e l'assurdità giuridica della costituzione vigente » (S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico. Esposizione critica*, Genova, Libreria Moderna, 1906, p. 31 e ss.). Riguardo alle critiche nei confronti del silenzio del Codice sul contratto di lavoro si cfr., a mo' d'esempio, L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, tip. Bianchini, 1893; I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, in *Il circolo giuridico*, 1896, pp. 107 e ss; 164 e ss.; 224 e ss.; 277 e ss. Cfr. sul tema L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 246 e ss.; EAD., *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, Giuffrè, 1994.

<sup>(47)</sup> La sottolineatura dei limiti di una 'codificazione del contratto di lavoro' (inutile cristallizzazione delle relazioni giuridiche tra capitale e lavoro) si accompagna alla negazione di ogni commistione tra aspetti giuridici e aspetti sociologici, tra vera essenza del giuridico (« struttura vera », « parte immutabile » degli istituti) e parte « moderna », « contingente », « variabile ». L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1901; ma si veda anche la seconda edizione, Milano, Soc. Ed. Libreria, vol. I, 1915; vol. II, 1917. Anche chi si muove in un'ottica diametralmente opposta a quella di Barassi e tenta « di combattere con le armi della critica socialista » il generico « solidarismo » presente nelle critiche sociali al Codice giunge poi a negare il ruolo della legislazione sociale. Si vedano, ad esempio, le pagine

affrontare la composita realtà del lavoro industriale confrontando i principi generali con le esigenze della realtà sociale in atto, attento a « ossigenare » il diritto, a « rinsanguare » gli istituti e a ravvivare la loro apparente immobilità con « la corrente fresca e vitale della corrispondenza alla vita » (48).

Insomma: l'elasticizzazione dei principi porge silenziosamente quanto chi, afflitto da una « smania innovatrice », esige attraverso « trasformazioni violente »; la paziente costruzione del sistema consente di « cogliere la vita palpitante » e di trovare « una espressione giuridica » ai « nuovi fenomeni che vanno assumendo vita » (49). Al di là dell'enfasi posta sull'immutabilità dei principi, la scelta propone ancora l'idea di un'interazione tra diritto e realtà sociale realizzata dalla scienza e non dal legislatore, dal sistema e non dalla legge sociale.

L'esempio è significativo di una mentalità che appare oramai dominante tra Otto e Novecento: nel diritto privato il mutamento sociale può essere affrontato rinviando ancora alla centralità di un Codice che è ora rinvigorito dal sistema, dalla elasticità dei principi generali, dalla capacità della scienza di dar comunque *espressione giuridica ai nuovi fenomeni*. Il Codice è prospettato sempre più esplicitamente come *Codice della scienza* in contrasto alle transeunti *leggi politiche* del legislatore.

Rispetto a questa scelta dominante l'apporto dato dalla critica sociale non era stato né esterno, né marginale: i giuristi che avevano innalzato il vessillo della critica sociale al Codice non potevano agli inizi del Novecento considerarsi 'sconfitti', essi infatti avevano contribuito enormemente a rinsaldare il traballante mito del Codice.

È quanto, nel 1908, è disposto a riconoscere alla critica sociale anche Vittorio Polacco, un giurista che negli anni antecedenti era stato molto cauto nell'aderire alle critiche sociali nei confronti del

---

in cui il giovane Panunzio, fortemente influenzato da Sorel, nega che il 'diritto operaio' possa scaturire dalla legislazione sociale: il diritto non è il prodotto legislativo dello Stato, bensì è il prodotto della vita associata; il 'diritto operaio' « non è prodotto artificiale dello Stato, ma un prodotto naturale indipendente e autonomo del suo specifico organo produttore: il sindacato operaio » (S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico*, cit., p. 228).

(48) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, p. 559; cfr. anche, nella seconda edizione, in particolare, vol. I, pp. XXXIX.

(49) Cfr. L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, p. 7; e, seconda edizione, vol. I, p. XLV e p. 451. Cfr. sul tema infra, II. 3; II. 4; III. 7.

Codice e, soprattutto, si era mostrato scettico riguardo alla possibilità di rispondere alle trasformazioni sociali attraverso le leggi speciali<sup>(50)</sup>. Nel 1908 Polacco testimonia appieno il diffuso disagio dei giuristi di fronte ai mutamenti impressi nel quadro dell'unitarietà codicistica dalla questione sociale<sup>(51)</sup>. Sono notissime le sue pagine contro la « farraginoso produzione della macchina parlamentare » che produce un « arruffo di norme »<sup>(52)</sup>; contro l'addensarsi di leggi affrettate, incoerenti e irrazionali; contro « il mal vezzo » di far « penetrare di sbieco » tra le « leggine che si votano a vapore quando la canicola infuria » grosse modifiche all'edificio legislativo<sup>(53)</sup>. La speranza (o, già in quel momento, l'illusione) di una tenuta dell'unitarietà del diritto di fronte alle trasformazioni sociali sta, a dire di

---

<sup>(50)</sup> Nel 1884 e nel 1885, Polacco aveva chiesto di porre al riparo dai mutamenti accelerati i principi e le idealità del diritto privato (cfr. V. POLACCO, *Prelezione al corso di istituzioni di diritto civile letta nella R. Università di Padova il giorno 26 novembre 1884*, Padova, tip. del Seminario, 1885; e, soprattutto, V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*. Prelezione letta a Camerino il 22 gennaio 1885, Camerino, Savini, 1885); nel 1889, guardando al progetto di Codice civile germanico, aveva ancora insistito sul Codice come compiuta espressione di un'unità giuridica non realizzabile inseguendo un generico criterio di socialità: le critiche di Otto von Gierke — scrive — sono eccessive; anche se si deve riconoscere che « niun legislatore saggio potrà oggi sottrarsi, e non in Germania soltanto » dall'affrontare « le nuove esigenze sociali ». « Io temo che questo grand'astro della socialità si trovi ancora circonfuso da troppe nebbie, perché possa rendere almeno distinti i contorni delle cose che dovrebbe senz'altro illuminare di nuova luce, colorare di nuove tinte; io temo che questo elemento sia piuttosto vagamente intuito come ingrediente necessario delle moderne leggi civili, che concreto e concretizzabile in tutte le sue applicazioni, né quindi si presti ancora a lasciarsi inquadrare nelle linee precise d'un Codice, quale criterio direttivo fondamentale » (V. POLACCO, *Il diritto romano nel recente progetto di Codice civile germanico*. Memoria letta nella Accademia di scienze, lettere ed arti in Padova nella tornata del giorno 23 giugno del 1889, Padova, Trip. Randi, 1889, pp. 8 e 28).

<sup>(51)</sup> « Poche età come la nostra videro tanta febbre di lavoro rivolto a innestare sul vecchio tronco giuridico provvedimenti nuovi perché il diritto armonizzi con le condizioni sociali profondamente mutate ». V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, Discorso letto nell'Adunanza solenne del R. Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti il 24 maggio 1908 in Palazzo Ducale, in ID., *Opere minori*, Modena, 1928, 1, pp. 41-68, p. 42. Per un complessivo inquadramento dell'opera scientifica di Polacco si cfr. P. GROSSI, « Il coraggio della moderazione » (*Specularità dell'itinerario scientifico di Vittorio Polacco*), (1989), ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 69 e ss.

<sup>(52)</sup> V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 42.

<sup>(53)</sup> *Ibidem*, p. 51.

Polacco, nella « elasticità dei principi del diritto », nella tecnica « mirabilmente flessibile » dei giureconsulti, sta in quegli « organi respiratori » presenti « nel corpo delle patrie leggi » che offrono « una sufficiente latitudine per un'azione del magistrato socialmente benefica » (54). L'armonizzazione del diritto alle mutate condizioni sociali deve essere affidata — ripete ancora Polacco — ad equilibrate scelte interpretative della dottrina (55).

Pur movendo da questa scelta moderata (che possiamo dire dominante nella scienza giuridica tra Otto e Novecento), Polacco riconosce però un merito al socialismo giuridico e alle critiche sociali rivolte al Codice nel recente passato. Per quanto radicale, quella critica è stata utile — scrive — per riattivare la scienza giuridica, per rivitalizzare uno strumentario giuridico che non poteva essere travolto col Codice borghese, né associato alla sua immobilità. Il merito della critica sociale, dunque, non è stato quello di aver posto, con i suoi continui richiami alla riforma, un diverso rapporto tra diritto e potere politico (né ovviamente quello di aver valorizzato le leggi speciali); il suo vero merito è stato invece quello di aver contribuito

---

(54) *Ibidem*, pp. 60 e 61. Il testo è notissimo, vale comunque la pena di riprodurlo (l'esempio fondamentale è dato proprio in riferimento al tema del contratto di lavoro cui si faceva cenno sopra): « Sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentare di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda. Tale la massima ... del rispetto ai buoni costumi ed all'ordine pubblico ... Tale parimenti quel precetto del Codice che, nella deficiente disciplina del contratto di lavoro, fu come il germe di tutta una lussureggiante fioritura di massime ad opera dei probiviri, il precetto che debbano i contratti eseguirsi di buona fede ed obblighino, oltre a quanto vi è espresso, alle conseguenze che ne derivano secondo l'uso e l'equità. Non si ha in tutto questo una sufficiente latitudine per un'azione del magistrato socialmente benefica? ».

(55) È il richiamo all'equilibrio vale contro « i seguaci di questa cosiddetta scuola libera del diritto »: « uscire dalla legalità per rientrare nel Diritto può ben essere sacrosanta divisa di un popolo in rivolta, non di un giudice nell'esercizio normale della sua potestà. Colmi la giurisprudenza, d'accordo con la dottrina progressiva che non ristagna negli imparaticci scolastici, colmi, io dicevo, le lacune della legge, quelle inevitabili sin dal momento in cui la si emana, e quelle che vi aggiunge di poi il moto della vita che mai non si arresta. E mezzi sufficienti all'uopo gliene fornirà, io credo, se rettamente intesa, la nostra legislazione stessa con quei canoni generali di ermeneutica, che stanno, *lex legum*, in sul vestibolo del Codice civile » (V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 60).

a un riscatto della scienza giuridica, rendendo vitali « quelle armi istesse che malediceansi poc' anzi come asservite agli oppressori »<sup>(56)</sup>, quello di essersi comunque inserita nel coro inneggiante alla capacità del Codice di sopravvivere ai suoi stessi limiti.

Agli inizi del Novecento, quando si spengono le più accese animosità riformistiche date dalla scoperta della società, quando si diradano le aperture interdisciplinari e si smaltiscono le sbornie sociologiche, è l'intera scienza giuridica che, aggrappata al Codice, guarda con sgomento a un potere politico sempre più propenso a giocare la carta dell'intervento legislativo eccezionale. La difesa della « mirabile elasticità » dei principi del Codice contrapposta a « l'arruffo di norme » prodotto dal legislatore si presenta ora come un lascito anche di quei giuristi che con forza, agitando il tema della riforma, avevano posto la questione del rapporto tra mutamento sociale e diritto.

La possibilità del potere politico di porsi come 'padrone' del diritto è esorcizzata dal richiamo al Codice che nell'età delle trasformazioni sociali offre ancora un rifugio sicuro, un punto fermo nel movimento, un modello di stabilità immune alle mutevoli scelte politiche. Il tema della riforma sociale, la diffusa convinzione della necessità di ampi interventi dello Stato sulla società e sul diritto, è come assorbito da una riproposizione del mito di un Codice-costituzione ancora sottratto all'onnipotenza del legislatore. Certo, in un contesto sociale che appare complesso non è più la nuda presenza del Codice ad offrire di per sé il diritto comune civilistico, ad offrire lo strumento di pacificazione, di cordiale intesa, tra giuristi e legislatore: le norme del Codice non rappresentano più l'indiscussa costituzione dell'età borghese e offrono, invece, un terreno di scontro tra scelte interpretative sempre più colorate di intrinseca politicità.

Riproposta come ordine (come sistema) della scienza, l'unità del diritto si manifesta in principi 'più solidi' degli interventi legislativi speciali/sociali; essa non può essere data (non può essere ricercata) nell'arruffo di leggi prodotte dalle rinnovate forme di intervento dello Stato sulla società.

---

<sup>(56)</sup> *Ibidem*, p. 67.

Agli inizi del secolo l'apporto delle leggi speciali al sistema è, più che trascurato, completamente ignorato: l'intervento sociale del legislatore è classificato come espressione di transitorie scelte di stampo pubblicistico, come diritto eccezionale (non suscettibile di interpretazioni estensive o analogiche). Le leggi sociali — si afferma — non fanno parte del vero diritto privato, non incidono sulle naturali trasformazioni del diritto civile<sup>(57)</sup>. Il sistema conserva la sua scientificità affermando nette separazioni tra diverse sfere di giuridicità ordinate gerarchicamente: le leggi speciali sono considerate estranee agli sviluppi 'autonomi' del diritto civile; l'eccezionale intervento del legislatore non incide sulla generalità del diritto comune civilistico.

Pur essendo molto fragile teoricamente, tale lettura è continuamente proposta attraverso fortunate banalizzazioni che contrappongono strategie separate di confronto tra il diritto e le trasformazioni sociali: la via (lenta, naturale, organica) data dal sistema della scienza (che guarda al diritto vero, nobile, stabile del Codice e alle sue lentissime trasformazioni) e la via (violenta, coattiva, eccezionale, pubblicistica) offerta dalle imposizioni legislative dello Stato (una normazione minore, incapace di trasformarsi in sistema, incapace di divenire vero diritto)<sup>(58)</sup>. Insomma, la via della scienza e del Codice contro quella del potere politico.

L'exasperazione di questa lettura separata delle fonti del diritto non impedisce certo il progressivo incrinarsi dell'idea di unitarietà del diritto aggregata attorno a quello che resta del mito del Codice. Agli inizi del Novecento, costellata da eccezioni sempre più consistenti e rinserrata in confini sempre più angusti, la complessiva unitarietà del sistema dei principi del Codice si regge infatti su

---

<sup>(57)</sup> Cfr. *infra* II. 3.

<sup>(58)</sup> L'apporto al sistema offerto dalle leggi sociali è così completamente ignorato; esse sono relegate in un angolo appartato quali fonti minori, interpretate da una scienza giuridica « imperturbabilmente borghese » come subordinate ai principi del Codice. Lo noterà con spregiudicatezza il giovane Francesco Carnelutti (*Infortuni sul lavoro. Studi*, Roma, Athenaeum, 1913, p. XII) in pagine audaci e isolate, sorrette — come ha notato recentemente Paolo Grossi — da « la coscienza che l'esigua legge speciale non sia un miserabile e disprezzabile rimedio isolato improvvisamente da un legislatore incolto, ma la tessera di un mosaico in via di composizione, che, unita ad altre tessere, è capace di rivelare un nuovo paesaggio » (P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 126).

finzioni sempre più fragili: è difficile mantenere completamente separate dal Codice le leggi speciali, così come è sempre più difficile mostrare una compiuta linearità dogmatica degli istituti, quando le scelte 'transitorie' del legislatore preannunciano nuovi sistemi e aprono il varco alla configurazione di nuovi settori disciplinari che rivendicano una loro relativa autonomia scientifica.

Presto imprigionata entro la stessa paralizzante contrapposizione tra necessaria unitarietà del diritto e timore di un'arbitraria frammentarietà del giuridico è anche il richiamo a una « missione della giurisprudenza » proposto dalla critica sociale. La questione potrà ricevere qui solo un cenno fugace.

Al di là di qualche accorato riferimento alle potenzialità della giurisprudenza, la critica sociale nutre nei confronti della giurisprudenza una sostanziale diffidenza, non lontana dal diffuso atteggiamento antigisprudenziale che caratterizzava la scienza giuridica ufficiale.

Anche quando con maggior lucidità intravede i difetti sociali del Codice e ne denuncia le ingiustizie, la dottrina oppone alla giurisprudenza i vincoli imposti dalla legalità codicistica. Sullo sfondo permane una profonda diffidenza nei confronti dei giudici, sorretta — mi pare — dallo stesso timore che caratterizza negli stessi anni la diffidenza della scienza giuridica nei confronti degli interventi speciali del legislatore: si teme che la soluzione equa (la soluzione giusta nel nuovo quadro sociale) fornita caso per caso dal giudice possa incrinare le linee della lenta espansione del sistema scientifico, possa distruggere l'ordine del diritto. La risposta al mutamento sociale offerta dai giudici è opportuna solo come eccezionale denuncia, come ribellione isolata impossibile da porre a fondamento di una complessiva trasformazione del diritto. Resta diffusa nel giurista continentale la riserva mentale per cui affidarsi alla giurisprudenza significhi rinunciare a far scienza, arrendersi ad un'incoerente casualità delle regole di giustizia, e perciò all'ignoto e all'arbitrario. Un'arbitrarietà non dissimile da quella che in questi anni si vede racchiusa negli interventi legislativi speciali.

Furono in pochi a tessere l'elogio dei giudici e a sottolineare la vitalità della « giurisprudenza pratica », vera e propria fonte del

diritto, nel produrre creazioni e mutamenti <sup>(59)</sup>. L'idea di una complessiva trasformazione sociale del diritto civile affidata ad una « missione della magistratura » <sup>(60)</sup> non fu presa molto sul serio dagli stessi fautori delle critiche sociali al Codice <sup>(61)</sup>. Al di là dei rituali omaggi, anche la dottrina più attenta alla dimensione sociale nutrì nei confronti della giurisprudenza una malcelata diffidenza, temendo, come i giuristi più moderati, che la risposta al mutamento sociale affidata alle scelte dei giudici conducesse a decisioni giuste ma disperse nell'anarchia (« anarchia delle coscienze come quella degli intelletti, sperduti senza guida nel pulviscolo dei casi singoli e insofferenti di ogni teoria » <sup>(62)</sup>), anarchia di intuizioni senza teoria (« la scienza si rimette all'intuizione del giudice rinunciando al suo compito » <sup>(63)</sup>).

Anche se le trasformazioni sociali rendono sempre più evidente che è spesso una giurisprudenza teoricamente approssimativa — più disposta a usare grossolani richiami alla naturale giustizia che sofisticati impianti sistematici — a trasformare quotidianamente gli istituti <sup>(64)</sup>, la dottrina, anche quando non è protesa a sterili idolatrie

<sup>(59)</sup> Un autore che mostrò, ad esempio, una costante attenzione verso la giurisprudenza fu Pietro Cogliolo (si cfr. la sua *Prefazione* al primo numero dell'*Annuario critico di giurisprudenza pratica*, 1889; e *La funzione giurisprudenziale nell'interpretazione della norma*, in *Id.*, *Scritti vari di diritto privato*, Torino, Utet, 1910, pp. 375 e ss.).

<sup>(60)</sup> Cfr. E. CALDARA, *Per una missione della magistratura*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, pp. 371 e ss.

<sup>(61)</sup> Così come, del resto, furono pochissimi coloro che diffusero in Italia il messaggio di Gnaeus Flavius o la voce di Geny (si veda sul tema il numero monografico dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, 1991: *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*).

<sup>(62)</sup> V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, cit., p. 62. Contro il pensiero iconoclasta di Kantorowicz si sostiene l'impossibilità di distruggere « ogni criterio stabile ed ogni norma logica di interpretazione ».

<sup>(63)</sup> P. BONFANTE, *Criterio fondamentale nei rapporti di vicinato* (1911), in *Id.*, *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, Utet, 1918, pp. 774 e ss.; ma in particolare pp. 798 e ss. in cui si oppone a Biagio Brugi che proponeva il giudice come legislatore del caso speciale.

<sup>(64)</sup> Per dei riferimenti al ruolo della giurisprudenza in questi anni si veda ora G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 204 e ss.; per una disamina riguardo all'apporto dato dalla giurisprudenza su un tema specifico, rinvio a G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pp. 327 e ss.

del Codice, non sa trattenersi dal notare il contrasto con la lettera della legge, l'erronea affermazione delle nuove consapevolezze giuridiche e sociali ottenuta invadendo, più che le attribuzioni del legislatore, la missione riformatrice della scienza <sup>(65)</sup>.

Un ripensamento dei modelli culturali di riferimento si avrà soprattutto quando, dopo la guerra, apparirà chiaro che le certezze della scienza sono oramai impotenti di fronte alla « marea che tutto incalza e travolge », al « mondo nuovo che avanza ». In questo momento anche giuristi ben immersi nella tradizione disciplinare proporranno, tentando di andar oltre le semplificanti opposizioni tra

---

<sup>(65)</sup> Le posizioni assunte nel corso degli anni da Carlo Francesco Gabba sono da questo punto di vista emblematiche. Non insensibile ai temi sollevati dalla critica sociale, Gabba fu tra i primi a sostenere una visione del diritto privato 'allargata' oltre i confini del Codice, puntando in particolare sull'utilizzazione dell'articolo 3 delle preleggi (cfr. C.F. GABBA, *Prolusione al corso di diritto civile. Anno scolastico 1887/88*, in *Archivio giuridico*, XXXIX, 1887, pp. 517 e ss.; poi sostanzialmente riprodotta, con il titolo *Intorno al concetto e all'orbita del diritto civile*, in Id., *Quistioni di diritto civile*, I, Torino, Bocca, 1897, pp. 1 e ss.). Puntuale ed instancabile annotatore di sentenze, Gabba richiamò costantemente i giudici alla « retta » applicazione della legge anche quando palesemente ingiusta. Il compito del giudice — scrive con enfasi didattica — non può, non deve essere quello di sostituire la legge, di eluderla, di usare i principi generali — « generalissimi » — del diritto in opposizione al suo dettato: « l'articolo 3 del Codice civile [disp. prel.] autorizza il giureconsulto a risalire ai principi generali del diritto » ma non bisogna dimenticare che « di codesta facoltà non è certamente lecito far uso in contrasto ad un espresso canone di legge, fuorché al legislatore medesimo ». È da « escludere in modo assoluto » che la giurisprudenza possa « per mere ragioni di equità e di utilità sociale » estendere specifiche disposizioni del Codice a casi non contemplati. La dottrina — conclude — deve opporsi a sentenze raggiunte « senza preparazione scientifica alcuna », a risoluzioni empiriche sicuramente coraggiose ma di scarso rilievo teorico, incapaci di « dischiudere, come si suol dire, nuovi orizzonti dottrinali ». Il compito di ricondurre le sparse 'eccezioni' legislative entro un ordine, entro « un sistema presieduto e sostenuto da un canone generale » spetta solo alla scienza che deve saper cogliere ed estendere quanto « l'equità e l'utilità sociale suggeriscono ed esigono » per « sintetizzare e formulare la nuova dottrina ». Le note di Gabba possono essere lette nelle raccolte *Quistioni di diritto civile*, Torino, Chiantore e Macarella, 1882; *Quistioni di diritto civile*, I, *Diritto personale e diritto reale*; II, *Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Torino, Bocca, 1897/1898; *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, Bocca, 1905/1906. Le citazioni sono tratte da C.F. GABBA, *Contributo alla teoria del danno e del risarcimento in materia di danno incolpevole*, Nota a Corte d'Appello di Bologna, 31 dicembre 1898, in *Giurisprudenza Italiana*, 1899, I, 2, (cc. 738-756), cc. 738 e 748 e ss.; poi in *Nuove questioni*, I, cit., pp. 239 e ss.

onnipotenza della legge e sua impotenza, una rivalutazione del ruolo del giudice <sup>(66)</sup>.

La critica sociale aveva sollevato con forza la questione — sepolta dalla contrastante retorica ottocentesca — del soggetto legittimato a fornire nel giuridico una risposta ai mutamenti sociali; ma era stata ancora la forza simbolica del Codice a veicolare l'approccio complessivo dei giuristi alla scoperta del sociale. La rinnovata centralità del Codice agli inizi del Novecento è giocata sull'idea di principi stabili perché flessibili, aperti alle mutevolezze della vita; principi in grado di evolversi autonomamente, immuni dai disordinati interventi sul sociale proposti dal potere politico. Per quanto scosso dalla questione sociale, il Codice resta essenziale per percepire ancora l'unitarietà del diritto e per affermare un ruolo della scienza giuridica in anni in cui essa è costantemente chiamata a misurarsi con il mutamento sociale e con il rinnovato ruolo del legislatore.

In Germania, del resto, il nuovo secolo si apre salutato da un Codice che, metabolizzate le critiche sociali, pare incarnare in sé la perfezione delle linee dogmatiche della scienza e non certo le scelte del potere politico: un « capolavoro tecnico », il BGB, che comunque — ha scritto Wieacker — non riuscì « a dare il tono ad un'epoca nuova », cimentandosi presto con « la dissoluzione dell'unità interna del diritto privato » <sup>(67)</sup>.

La finzione — una finzione che, come abbiamo visto, attinge ad una storia lunga — di un legislatore prigioniero del Codice è sempre più difficile da sostenere nel corso del Novecento; così come sempre più fragile è la netta scissione delle fonti del diritto tra pubblico e privato, e la lettura che le ordina attorno a una supremazia *scientifica*.

La compiuta unità del diritto — che nel corso dell'Ottocento era forte di una complessiva simmetria tra una società percepita come semplice e un diritto arroccato attorno a un Codice chiamato al ruolo di costituzione — è ripetutamente riproposta anche nel

---

<sup>(66)</sup> Si veda V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente* (Prolusione al Corso di diritto civile nella R. Università di Roma, letta il 17 dicembre 1918), in *Id.*, *Opere minori*, II, 2, Modena, Università degli Studi, 1929, (pp. 1-19) in particolare pp. 3, 5, 11 e 14.

<sup>(67)</sup> F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, pp. 198, 199 e 285 e ss.

corso del Novecento, recuperando reliquie di convinzioni antecedenti sempre più impotenti di fronte ai nuovi volti della società.

Punto di stabilità di fronte alla nebulosità delle altre fonti, il Codice continua ad essere percepito come rifugio sicuro per una riflessione scientifica non episodica e, dopo la critica sociale, può anche essere rappresentato come strumento per una 'vera' trasformazione della società, come arma posta nelle mani della scienza per rispondere al mutamento in modo meno effimero del politico.

Privata della corrispondenza tra il volto del Codice e quello della società, questa rappresentazione diviene nel corso del Novecento sempre più fragile anche se non cessa di essere fortunata. E, in fondo, resta fortunata perché ancora sostenuta dall'idea di un Codice capace di sottrarsi alla geografia dell'era della codificazione, realizzando una corrispondenza autonoma (autonoma dalle risposte fornite dal politico) tra il diritto e la società.

Il Novecento offrirà ancora molte testimonianze della prosecuzione delle ambiguità e dei miti antecedenti. Si pensi, da un lato, all'esaltazione del Codice come mera espressione della scienza giuridica, al Codice come luogo del tecnicismo « impermeabile ad ogni contaminazione politica o ideologica »<sup>(68)</sup>, al Codice come voce di una titanica figura di giurista che, facendosi legislatore, sintetizza in unità di principi quanto il politico manifesta incompiutamente nella farraginosità delle leggi. E, dall'altro lato, si pensi ai risvegli che hanno caratterizzato l'intero secolo: si pensi, ad esempio, a quella sorta di reiterato sconcerto che caratterizza la scienza giuridica del Novecento ogni volta che — a più di un secolo dall'era della codificazione — scopre la potenza del legislatore e la supremazia del politico.

Più che i molteplici resoconti volti a ribadire come l'arruffo di norme prodotto dal politico abbia svilito la moneta buona degli unitari principi giuridici, vale forse qui la pena ricordare alcune note pagine di Filippo Vassalli sulla legislazione eccezionale di guerra. Da quelle pagine traspare, oltre alla lucidissima analisi di una rivoluzione, anche una sorta di ingenuo stupore di fronte alla forza di un legislatore che può disegnare nuovi confini per il diritto privato e oltrepassare quei limiti non scritti di una costituzione civilistica che

---

<sup>(68)</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, pp. 49 e ss.

i giuristi non avevano comunque osato infrangere <sup>(69)</sup>. Un mondo finisce: la poesia del Codice cede il passo alla prosa scomposta della legislazione eccezionale di guerra, la « rivoluzione attuata » irrompe a sconvolgere l'idea di una graduale espansione sociale del diritto guidata in autonomia della scienza.

---

<sup>(69)</sup> Cfr. F. VASSALLI, *Della legislazione eccezionale di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), in ID., *Studi giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 337 e ss.



PARTE SECONDA

**DIRITTO DEL LAVORO:  
LA COSTRUZIONE DELLA DISCIPLINA**



## II. 3

### SCIENZA GIURIDICA, LEGGI SOCIALI ED ORIGINI DEL DIRITTO DEL LAVORO

« È la caratteristica del diritto privato questa che non si trasforma se non lentamente »

L. BARASSI, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, 1899

« Il giurista non deve avere solo la sensibilità della vita in cui vive »

L. BARASSI, *Diritto sindacale e corporativo*, 1934

1. Premessa. — 2. Legislazione sociale e diritto del lavoro. — 3. Diritto comune e leggi sociali. — 3.1. Gli innovatori. — 3.2. I fautori delle distinzioni e « lo stuolo dei timidi ». — 3.3. Falsi iconoclasti: Guido Fusinato e la teoria del rischio professionale. — 4. Tra pubblico e privato: la natura giuridica delle leggi sociali. — 4.1. Una soluzione pubblicistica obbligatoria: dalla responsabilità civile all'assicurazione. — 4.2. L'impossibile superamento delle dicotomie. — 4.3. Il dibattito sulla configurazione giuridica delle assicurazioni sociali in Germania. — 5. Un nuovo diritto senza oggetto. — 5.1. La letteratura prima di Barassi. — 5.2. Una rigorosa autonomia civilistica: il contributo di Lodovico Barassi. — 5.3. Incertezze sistematiche. — 6. Intervento dello Stato e modelli civilistici.

#### 1. *Premessa.*

La disciplina giuslavoristica si affermò in Italia *entro* i tradizionali confini del diritto civile e non *contro* di essi. Furono le certezze della scienza giuridica a caratterizzare maggiormente la nuova disciplina e a porre le basi delle successive rivendicazioni di autonomia. Il diritto del lavoro si delineò come un sapere interno al vecchio alveo della civilistica, affiorò dalla tensione interpretativa volta a far corrispondere (come si amava ripetere a fine Ottocento) le certezze di sempre al variare accelerato dei soggetti e dei beni.

Le pagine seguenti intendono accompagnare il lettore lungo un itinerario volto a chiarire tale giudizio che, considerato nella sua

perentorietà, potrebbe essere tacciato di insensibilità verso le peculiarità del nuovo settore disciplinare e delle sue fonti (come ignorare, si dirà, ad esempio, le novità normative introdotte dalle leggi sociali?). La comprensione delle origini della disciplina giuslavoristica — è questo l'assunto che caratterizza le presenti pagine — non può essere limitata alla sola messa a fuoco di alcune novità normative e di alcune (invero rarissime) analisi giuridiche protese a rifiutare le configurazioni dogmatiche del passato ma deve assumere al centro dell'attenzione un oggetto più ampio: l'articolazione complessiva delle strategie interpretative dei giuristi di fronte all'impatto della questione sociale nel giuridico, il confronto tra le certezze del Codice e la richiesta di normative specifiche per il lavoro industriale.

La fuorviante visione di uno scontro tra ben delineati progetti giuridici antagonisti ha spinto a trascurare le complessive trasformazioni che la questione sociale gradualmente (e inevitabilmente) realizzava nell'intera scienza giuridica. Il rapporto fra la tradizione civilistica e l'affermarsi della nuova disciplina non può essere ridotto ad uno scontro frontale tra insensibilità della scienza giuridica ufficiale e *ratio* innovativa delle norme sociali, ad uno scontro tra una vasta maggioranza di conservatori insensibili al tema del mutamento sociale e un coraggioso manipolo di innovatori disposti a sostenere l'intervento sociale dello Stato. Certo, con le sue esaltazioni dell'immodificabilità del Codice, con i suoi costanti richiami a distinzioni rigide (prima fra tutte quella tra diritto privato e diritto pubblico), con la sua indisponibilità a porre in contatto l'analisi giuridica con l'economia e la sociologia, la scienza giuridica 'ufficiale' fu fortemente restia a porre in discussione le sue certezze (prima fra tutte quella della libertà contrattuale) per considerare le disuguaglianze sociali sempre più messe a nudo dall'industrializzazione. L'esplicita condanna e il disinteresse per le leggi speciali che caratterizzò le pagine dei civilisti tra Otto e Novecento si legava a una preventiva scelta di campo, a un'incondizionata (e spesso appassionata) difesa di uno spazio giuridico civilistico immune da contatti con le trasformazioni accelerate del sociale e capace di resistere sia ai transitori interventi 'pubblicistici' del legislatore, sia ai richiami dei pochi che pretendevano un Codice di diritto privato sociale. La resistenza a un colloquio con le trasformazioni sociali, l'opposizione a un processo di giuridificazione del lavoro e l'insensibilità alle innovazioni pre-

senti nelle leggi speciali non aiutano, però, a tracciare solchi netti capaci di isolare le figure dei giuristi da espellere dall'albo degli antenati e quelle da omaggiare perché poste con certezza alle origini della disciplina giuslavoristica. Il confronto con il mutamento sociale si incuneò infatti a fine Ottocento anche nelle pagine dei giuristi più fermi nella difesa della purezza teorica del loro arsenale tecnico, inducendoli a una rilettura delle poche parole e dei molti silenzi del Codice riguardo al lavoro industriale. Anche le ricostruzioni giuridiche 'pure', quelle più neglette ad ogni apertura a temi sociali, non riuscirono a sottrarsi a un confronto con il tema delle disuguaglianze sociali e delle ingiustizie generate dall'applicazione delle simmetrie del diritto civile borghese alla realtà industriale. Più che all'isolata disposizione di una norma innovativa, più che alla coraggiosa denuncia del carattere partigiano della scienza giuridica, è a questo lento ma complessivo mutamento della mentalità dei giuristi che si deve prestare attenzione.

« Campo fertile di esperienze e di rinnovamento della cultura giuridica » <sup>(1)</sup>, il diritto del lavoro divenne finalmente visibile quando i giuristi, superando miopi chiusure formalistiche, rivendicarono uno strumentario tecnico disponibile a 'contaminarsi' con la realtà sociale, programmaticamente volto a verificare l'astratta poesia dell'autonomia contrattuale con la prosaica realtà delle disuguaglianze dei rapporti sociali. Le origini di tale consapevolezza scientifica deve essere colta guardando non solo ai pochi che criticarono la *locatio operarum* e rivendicarono interventi legislativi speciali, non solo a quanti proposero un incontro tra diritto, economia e sociologia, ma anche ai molti che, pur opponendosi strenuamente ad ogni apertura verso la realtà sociale, non riuscirono (e non poteva essere diversamente) a ignorare il nuovo contesto sociale e, in linea con convinzioni ben radicate nella scienza giuridica dell'Ottocento, tentarono di rispondere alle trasformazioni sociali affidandosi ancora all'immutabilità del Codice e alla metamorfosi lentissima degli istituti giuridici 'di sempre'.

Anche se si presentavano come risposte immediate del diritto ai nuovi problemi economici e sociali, come svincolate dal peso e dai

---

(1) G. GIUGNI, *Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia del Novecento*, III, p. 946.

condizionamenti della tradizione, come prive di « legami di continuità culturale col passato remoto » (2), le leggi sociali debbono essere valutate alla luce delle letture fornite loro dagli interpreti del periodo, filtrando la loro immediatezza alla luce dei tempi 'decelerati' imposti dal complesso di convinzioni, dalla mentalità (3), di cui l'opera dei giuristi era portatrice (4). Considerate al di là della superficie delle novità normative e valutate in relazione con le scelte e le strategie dei giuristi, le leggi sociali divengono significative per le origini del diritto del lavoro solo se osservate entro il più vasto contesto dato dal confronto tra certezze della scienza giuridica e trasformazioni sociali ed economiche che apparivano in quel momento come travolgenti (5).

---

(2) U. ROMAGNOLI, *Alle origini del diritto del lavoro: l'età preindustriale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, IV, 1, 1985, p. 524.

(3) Cfr. J. LE GOFF, *La mentalità: una storia ambigua*, in J. Le Goff e P. Nora (a cura di), *Fare storia. Temi e metodi della nuova storiografia*, Torino, Einaudi, 1981 (ed. orig. Paris, 1974) p. 254: « La mentalità è ciò che cambia più lentamente. Storia della mentalità, storia della lentezza nella storia ». Per specifici riferimenti al diritto cfr. P. GROSSI (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro* (Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-27 aprile 1985), Milano, Giuffrè, 1986, pp. 5 e ss.; ID., *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15, 1986, pp. 593 e ss.

(4) « Lo spirito conservatore dell'opera giuridica — così scriveva Gian Pietro Chironi — tempera ciò che di molto accelerato può essere nel movimento economico »; G.P. CHIRONI, *La colpa del diritto civile odierno. La colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1987 (2ª ed.) p. VIII. È forse interessante riportare la spiegazione tutta, diciamo così, psicologica data da Chironi al fenomeno. La « ragione fondamentale della legge è il fatto economico »; è il fine economico che 'eccita' l'azione della legge. Il giurista studia la nuova materia, le relazioni con le altre figure giuridiche ed il suo posto nell'insieme della costruzione generale, ma appena la compiutezza è raggiunta si avverte « un movimento che comincia già a spostare le ragioni economiche della costruzione ». A questo moto — conclude Chironi — il giurista si oppone all'inizio « non perché ritenga che la forma giuridica in cui si presenta il fine economico sia immutabile, ma per lo sforzo stesso di lavoro di perfezionamento condotto sull'istituto » (pp. VII e VIII).

(5) Non si mira, giova precisarlo subito, né ad una ricostruzione istituzionale dello sviluppo della legislazione sociale in Italia né a tracciare un profilo di tutti i mutamenti tecnici introdotti da tale legislazione. Per il primo aspetto cfr. V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, Stuttgart, Ernst Klett, 1971; L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, 1974/5, pp. 103 e ss.; G. MONTELEONE, *La legislazione*

## 2. *Legislazione sociale e diritto del lavoro.*

Nella prima metà degli anni Settanta, Theo Mayer Maly indicava nella *Arbeitsrechtsgeschichte* uno dei compiti del nostro tempo <sup>(6)</sup>. Le sue parole coglievano la situazione di una grave carenza di studi ed esprimevano la diffusa esigenza di approfondimenti in un settore troppo a lungo trascurato dagli storici del diritto <sup>(7)</sup>. Negli anni successivi non molto è mutato. Lo stesso Autore, tracciando a metà degli anni Ottanta nel *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* un profilo dell'*Arbeitsrecht* nel secolo scorso, ha potuto offrire un bilancio estremamente

---

*sociale al Parlamento italiano. La legge del 1886 sul lavoro dei fanciulli*, in *Movimento operaio e socialista*, XX, 4, 1974, pp. 229 e ss.; ID., *La legislazione sociale al Parlamento italiano. Gli infortuni sul lavoro e la responsabilità civile dei padroni 1879-1885*, in *ibidem*, XXII, 1976, pp. 177 e ss.; R. SCALDAFERRI, *Tecniche di governo e cultura liberale in Italia. Le origini della legislazione sociale (1879-1885)*, in *Ricerche di storia politica*, I, 1986, pp. 45 e ss. Una breve rassegna della letteratura è contenuta in G.C. JOCTEAU, *Le origini della legislazione sociale in Italia. Problemi e prospettive di ricerca*, in *Movimento operaio e socialista*, XXVIII, 1982, pp. 289 e ss.; e in R. SCALDAFERRI, *L'origine dello « Stato sociale » in Italia (1876-1900)*, in *Il pensiero politico*, XIX, 2, 1986, pp. 223 e ss. Per una prospettiva più ampia cfr. G. GOZZI, *Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto tra Otto e Novecento. Due modelli: Italia e Germania*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, X, 1984, pp. 195 e ss. Resta invece ancora tutta da compiere l'analisi dei mutamenti apportati dalle leggi sociali — si pensi in particolare alla legge del 17 marzo 1898 n. 80 sugli infortuni sul lavoro — ad alcuni istituti giuridici di vitale importanza: l'assicurazione, la responsabilità civile, il contratto di lavoro. Si può richiamare in proposito solo lo studio di L. GAETA, *Infortuni su lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, Esi, 1986.

(6) T. MAYER MALY, *Recensione* a G. BERNERT, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert* (Marburg, 1972), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1974/75, 3/4, t. 2, p. 645: « Sobald sich ein Rechtsgebiet in seiner Eigentümlichkeit ausgesprägt hat, bildet es die vordringliche Aufgabe der Generation, die diesen Prozess erfahren und wahrgenommen hat, dessen Entstehung und Entwicklung verständlich zu machen. Deshalb zählt die Erstellung einer Arbeitsrechtsgeschichte zu den großen Aufgaben unserer Zeit ».

(7) Ne è in qualche modo una riprova la fortuna avuta dalla citata espressione di Mayer Maly, cfr. F. MESTITZ, *Probleme der Geschichte des Arbeitsrechts*, in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 1/2, 1980, p. 51; H. STEINDL, *Vorwort*, in ID. (hrsg. von), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte*, Frankfurt am M., Klostermann; 1984, pp. VIII e IX; F. MESTITZ, *Zur Wirkungsgeschichte des Arbeitsrechts*, in *ibidem*, p. 1; C. VANO, *Il diritto del lavoro nella storiografia giuridica germanica: prospettive a confronto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVII, I, 1987, p. 130.

provvisorio degli studi in materia, indicando ancora i tanti vuoti da colmare (8). Ribadendo alcune sue posizioni espresse in studi antecedenti, Mayer Maly tratteggia in quest'ultimo studio i caratteri generali del diritto del lavoro ottocentesco e passa in rassegna la situazione dei rapporti lavoristici nei vari contesti nazionali (9). Le sue pagine sintetizzano un diffuso modo di intendere l'esistenza del diritto del lavoro nell'Ottocento (nel caso italiano, nella tarda seconda metà dell'Ottocento), toccando direttamente il nostro tema delle relazioni tra origini del diritto del lavoro e legislazione sociale.

Il diritto del lavoro — afferma Mayer Maly — è il prodotto della crescita di gruppi di norme (10) che, dapprima disseminati in diversi ambiti disciplinari, furono alla fine del diciannovesimo secolo ricondotti ad unità dalla scienza giuridica. Il raggiungimento di tale unità non indica, come molti credono, il momento, per così dire, genetico della disciplina giuslavoristica (una scelta questa che condannerebbe la storia del diritto del lavoro allo studio del solo suo 'ultimo stadio') ma il raggiungimento di una coscienza di identità (*Identitätsbewusstsein*) (11). L'*Arbeitsrechtsgeschichte* non può e non deve assumere quindi a suo oggetto il significato odierno di diritto del lavoro come « Sonderrecht der abhängigen Arbeitnehmer » (12) ma un oggetto più ampio. In realtà, di questo oggetto più ampio non si

---

(8) Cfr. T. MAYER MALY, *Arbeitsrecht*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (hrsg. H. Coing), III, *Das 19. Jahrhundert*, 3, *Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten*, München, Beck, 1986, pp. 3635 e ss.

(9) Cfr. *ibidem*, pp. 3650 e ss. per le parti dedicate ad Inghilterra, Francia, Germania, Svizzera, Austria, Italia e Spagna.

(10) Cfr. *ibidem*, pp. 3636 e ss. la parte intitolata « Das Arbeitsrecht als das Resultat eines Zusammenwachsens von Normengruppen ».

(11) Cfr. *ibidem*, pp. 3637 e ss.

(12) Così Alfred Hueck, citato in *ibidem*, p. 3638 da A. HUECK - H.C. NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Berlin/ Frankfurt am M., Vahlen, 1963. Autori questi ultimi che, pur riconoscendo l'utilità delle regolamentazioni 'antiche', sostengono l'importanza fondamentale della presenza dell'industrializzazione ai fini di una configurazione del diritto del lavoro: « Ein Arbeitsrecht im heutigen Sinn als Sonderrecht der abhängigen Arbeitnehmer dagegen gibt es erst seit der modernen industriellen Entwicklung. Die Geschichte des Arbeitsrechts in diesem Sinn beschränkt sich auf das 19. und 20. Jahrhundert » (A. HUECK - H. C. NIPPERDEY, *Grundriss des Arbeitsrechts*, Berlin/Frankfurt am M., Vahlen, 1968<sup>4</sup>, p. 4).

fornisce un'adeguata indicazione ed il lettore è invitato a inseguire una *Arbeitsrechtsgeschichte* come storia di gruppi normativi collegati tra loro dal solo riferimento all'elemento lavoro. Il punto unificante della ricostruzione finisce così per essere la presenza di una regolamentazione e il rapporto di continuità tra questa e la complessiva normativa confluita poi nel diritto del lavoro maturo. Una volta assunto questo elemento a fulcro dello studio si possono superare anche i confini dell'industrializzazione, posti da gran parte della storiografia a limite pressoché invalicabile per l'individuazione delle origini del diritto del lavoro. Non esistono infatti valide ragioni per arrestare la ricerca solo perché, procedendo a ritroso nel tempo, viene a mancare un fenomeno tutto esterno alla continuità normativa che deve interessare lo storico del diritto. Si può ricostruire quindi anche un *Vorindustrielles Arbeitsrecht* e negare perché ideologico il « collegamento monocausale » che vede nel diritto del lavoro un prodotto delle nuove relazioni sociali create dall'industrializzazione (13).

Questa ricostruzione ha suscitato un vivace dibattito nella storiografia giuridica tedesca (14): l'accusa principale mossa a Mayer Maly è quella di aver ricercato soltanto una *dogmengeschichtliche Kontinuität*, di aver presentato categorie giuridiche del tutto avulse dal loro nesso con la realtà sociale (15). La storia del diritto del lavoro deve essere pensata — si obietta — non considerando le norme ma la società (16): l'analisi del frammento tardo medioevale, quella di lunghissimo periodo della *locatio-conductio operarum*, la valutazione delle loro influenze sull'apparato normativo giuslavoristico, non

---

(13) T. MAYER MALY, *Arbeitsrecht*, cit., p. 3640: « Mehrere wichtige Elemente des späteren Arbeitsrechts haben sich schon in der vorindustriellen Entwicklung ausgeprägt und konnten in die Rechtsordnungen der Industriestaaten übernommen werden ».

(14) Cfr. su tale dibattito G. BENDER, *Vorindustrielles Arbeitsrecht?*, in *Rechtshistorisches Journal*, 1985, 4, pp. 45 e ss. e C. VANO, *Il diritto del lavoro nella storiografia giuridica germanica*, cit.

(15) F. MESTITZ, *Zur Wirkungsgeschichte des Arbeitsrechts*, cit., p. 7; F. MESTITZ, *Probleme der Geschichte des Arbeitsrechts*, cit., p. 53.

(16) Mestitz individua, richiamando Eugen Ehrlich, lo 'Schwerpunkt der Rechtsentwicklung' « weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtssprechung, sondern in der Gesellschaft selbst » (la citazione di Ehrlich è in F. MESTITZ, *Zur Wirkungsgeschichte des Arbeitsrechts*, cit., p. 2).

colgono il nucleo vitale del diritto del lavoro; un nucleo che, coerentemente con questa impostazione, viene individuato nel sociale, nell'affermarsi dell'industrializzazione capitalistica e dei soggetti collettivi (17).

Al di là della polemica, esiste una confluenza tra le opposte interpretazioni riguardo al modo di intendere l'avverarsi delle trasformazioni nell'ambito della dimensione giuridica: esse sono sostanzialmente valutate in dipendenza da una sola variabile. In un caso sono le scansioni normative, nell'altro quelle del sociale ad indicare fratture, continuità o mutamenti anche nel giuridico.

In entrambi gli approcci le leggi sociali rappresentano già il diritto del lavoro: per gli uni perché introducono regole poi confluite nel successivo diritto specialistico, per gli altri perché esse sono la

---

(17) *Ibidem*, pp. 7 e ss. In questo approccio la presenza di nuovi fenomeni nel sociale è spesso interpretata come espressiva di un mutamento anche nell'ambito giuridico. Un automatismo che, trascurando del tutto il ruolo essenziale svolto nella dimensione giuridica dalla cultura dei giureconsulti, assume a 'motore' del diritto del lavoro il solo movimento operaio che 'ottiene' i provvedimenti protettivi, si pone come soggetto di un 'nuovo diritto', impara ad utilizzare le istituzioni e 'l'azione giuridica' (così in *ibidem*, p. 17, citando Karl Korsch). Mestitz ricostruisce così la storia del diritto del lavoro « als Ablauf eines vierfachen Prozesses » (pp. 10 e ss.). Un processo di *Domestizierung der Herrschaft des Arbeitgebers* che si affermò attraverso la limitazione del numero delle ore di lavoro, attraverso la sottoposizione di determinati gruppi (fanciulli, donne) a particolari protezioni, attraverso cioè provvedimenti volti a limitare la « Herrschaftsausübung » del datore di lavoro. Un *Emanzipationsprozess* volto ad eliminare progressivamente le imposizioni poste dalla parte più forte contrattualmente. Questi due processi, a loro volta, rendono possibile un *Lernprozess*, una presa di coscienza da parte dei lavoratori della propria situazione con la conseguente messa in moto di azioni ed organizzazioni solidaristiche. Un processo che vede il movimento operaio protagonista capace di sfruttare anche gli strumenti giuridici ed ottenere attraverso questi la soddisfazione di determinati diritti. Ciò crea, però, anche un'integrazione dei lavoratori — ed è questo il quarto processo indicato — nell'ordine sociale ed economico esistente. Si apre, in sostanza, il problema delle difficili relazioni tra uno Stato che riconosce le associazioni sindacali ma che, nello stesso tempo, proprio in virtù di questo riconoscimento viene ad assorbire gli elementi contrastanti con il suo ordine. Lo stesso diritto del lavoro risente di questa contraddizione: esso è riuscito ad apportare elementi innovativi al diritto comune ma si è arrestato impotente di fronte alla situazione « von Haben und Verwaltung der Produktionsmittel » (p. 23). Stando a tale prospettiva la storia del diritto del lavoro è ridotta, però, a copia ed appendice di quella che potremmo dire una storia sociale del lavoro.

prima nuova manifestazione nel diritto dell'azione del nascente protagonista sociale, il movimento operaio (18).

In riferimento alla vicenda italiana il delinearsi dei pochi provvedimenti post-unitari di legislazione sociale rappresenterebbe, in quest'ottica, la sicura presenza di un diritto del lavoro (19). Un'interpretazione che, nel caso italiano, potrebbe invocare a suo fondamento l'affermarsi delle prime leggi sociali contemporaneamente ad una industrializzazione capitalistica ritardata, la possibilità di far riferimento a modelli stranieri ben delineati e alla presenza di un movimento di pensiero che, operando un'aspra critica nei confronti del sistema codicistico borghese, era pronto ad individuare in alcuni segni delle nuove leggi speciali l'avvento di una nuova èra, quella del Codice privato-sociale, del Codice del lavoro (20). Nonostante questi

---

(18) Cfr. riguardo a quest'ultima affermazione la nota precedente. L'importanza invece di uno studio concentrato essenzialmente sulle continuità normative è affermato con chiarezza da Mayer Maly, parlando della legislazione protettiva dei fanciulli: « Die These, die Kinderschutzvorschriften gehörten in Wahrheit noch gar nicht zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, sondern stellten sich bloß im Rahmen einer ex post Betrachtung als deren Anfang dar, wäre demnach nicht schlechthin absurd. Für ein rechtsgeschichtliches Kalkül ist aber entscheidend, daß die Kinderschutzgesetzte wesentliche Regelungsstrukturen mit der späteren arbeitsrechtlichen Gesetzgebung gemeinsam haben » (T. MAYER MALY, *Arbeitsrecht*, cit., p. 3643: corsivo mio).

(19) Le principali leggi cui si fa riferimento sono: L. 8 luglio 1883 n. 1473 (Cassa Nazionale di Assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro); L. 11 febbraio 1886 n. 3657 (lavoro dei fanciulli); L. 15 giugno 1893 n. 295 (proibiviri del lavoro); L. 17 marzo 1898 n. 80 (assicurazione obbligatoria per gli infortuni degli operai sul lavoro).

(20) Il riferimento va agli autori del così detto socialismo giuridico. Sul tema è qui sufficiente rinviare a P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*. I. *Le scuole del diritto privato sociale*, II. *Crisi e trasformazione del movimento*, in *Politica del diritto*, I, 2, (1970), pp. 241 e ss. e I, 3, pp. 387 e ss.; e soprattutto al numero monografico dedicato al tema dai *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, 1974/75 (con saggi di P. Grossi, Th. Ramm, N. Arnaud, A.J. Arnaud, K. Seelmann, V. Pocar, N. Reich, V. Gerratana, G. Orrù, P. Caroni, G. Dilcher, R. Weyl, M. Picard Weyl, A. Di Majo, G. D'Amelio, P. Costa, S. Cassese, D. Schwab, M. Sbriccoli). Di scarsa utilità è invece il volume di M. CASCAVILLA, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino, Quattro Venti, 1987. Il tema della contemporaneità tra i primi esperimenti di legislazione sociale e la trasformazione industriale capitalistica ritardata è svolto ampiamente, anche se con risultati non sempre condivisibili, da V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, cit. Riguardo ai modelli stranieri è sufficiente il rinvio a G.A. RITTER, *Sozialversicherung in Deutschland und England. Entstehung und Grundzüge im Vergleich*, München, Beck, 1983.

aspetti, l'individuazione di un diritto del lavoro ottocentesco costituito fondamentalmente dalla legislazione sociale non è convincente.

L'affermarsi o il permanere di norme non può essere considerato il dato decisivo per una storia del diritto del lavoro. È noto che le stesse normative possono assumere in un diverso contesto socio-economico nuovi significati e svolgere funzioni sociali completamente differenti da quelle per cui erano state pensate e attuate in un primo momento <sup>(21)</sup>. Non si tratta, però, solo di questo. La nuova normativa non pose in crisi le salde convinzioni della scienza giuridica: la regolamentazione 'perenne' delle relazioni lavoristiche continuò ad essere percepita come pura espressione del volere di contraenti liberi ed eguali, la volontà individuale rimase il cardine indiscusso del contratto. Le leggi sociali non furono estese per via interpretativa e, almeno inizialmente, non determinarono contrasti nella sistematica civilistica. Esse furono, anzi, in anni di profonde trasformazioni sociali utilizzate dalla scienza giuridica ufficiale come strumento di sostegno dell'immodificabilità degli istituti essenziali dell'ordinamento privatistico che le nuove leggi eccezionali erano, come si sosteneva, impotenti a modificare nella sostanza <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Inevitabile è il richiamo a K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Tübingen, 1929 (tr. it. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica: un contributo alla critica del diritto civile*, Bologna, Il Mulino, 1981).

<sup>(22)</sup> Non si intende con ciò negare l'importanza della legislazione sociale nella seconda metà dell'Ottocento, né il valore innovativo di alcune norme, si pensi ad esempio all'assicurazione obbligatoria. È indubbio che le nuove normative erano l'aspetto più evidente di un globale processo di modernizzazione. Anche in Italia, attraverso l'analisi della pur povera legislazione sociale, è possibile scorgere una serie di nodi cruciali del periodo tra Otto e Novecento: la crisi dello Stato di diritto e i primi segni dello Stato sociale, il delinearsi di diritti pubblici soggettivi in un campo sino ad allora dominato dall'*Armenrecht*, l'instaurarsi di forme più sofisticate di controllo sociale e di relazioni più complesse tra costituzione politica e società civile (cfr. però sul punto il paragrafo 4. 3.). Nel testo si fa riferimento alla legislazione sociale così come emerge dall'opera dei giuristi e si mira ad individuare quali strategie, quali scelte, quali mutamenti di modelli dogmatici essa introdusse (se li introdusse) nella cultura giuridica e quale fu l'apporto di quest'ultima (se di apporto si trattava) al processo di trasformazione sopra accennato. Sui temi indicato cfr. soprattutto P. Flora, A. Heidenheimer (a cura di), *Lo sviluppo del Welfare State in Europa e in America*, Bologna, Il Mulino, 1983 (ed or. New Brunswick, 1981); G. RITTER, *The Rise and the Development of the Social State: a Comparative Study*, in *Il pensiero politico*, XIX, 1986, pp. 48 e ss.; J. UMLAUF, *Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung 1880-1890. Ein Beitrag zur Entwicklung des sozialen*

Lo stretto legame tra legislazione sociale e l'affermarsi del diritto del lavoro deve essere fortemente ridimensionato. Tali leggi, se si abbandona il riferimento esegetico ai loro contenuti e la tesi della loro capacità di manifestare nel giuridico i primi segni di un complessivo mutamento di valori ascrivibili alla presenza della nuova classe sociale in ascesa, appaiono come un mezzo che fu utilizzato per ritardare l'affermarsi di idee, di principi e di strumenti tecnici del giuslavorista. La disciplina dettata dalle leggi sociali fu intesa come staccata, estranea, senza contatto, con il sistema dei giuristi. Per questi ultimi infatti le innovazioni legislative imposte dalle immediate esigenze sociali ponevano costrizioni solo transitorie alla libertà dei singoli esaltata dalla normativa codicistica e non costituivano una vera fonte del diritto. A rendere operante questa sorta di estraneità delle leggi sociali dal discorso dei giuristi c'era una componente esclusivamente culturale, percepita come dato normativo, come rigida gerarchia delle fonti che distingueva una sfera giuridica vera e immutabile, quella civilistica, ed una residuale, pubblicistica, sociale e transeunte. L'intervento sociale dello Stato non poteva modificare la 'costituzione civilistica' (23), un ordine dei privati ritenuto soggetto a una trasformazione propria, svincolata dalla contingente ingerenza dello Stato sulla società.

Settori relevantissimi della cultura giuridica sostennero, o non si opposero, alle leggi sociali solo perché esse erano collocabili al livello più basso di tale immaginaria ma operante gerarchia delle fonti: le leggi sociali avevano una natura giuridica pubblicistica (quasi unanime, come vedremo, sul punto il consenso); erano transitorie e, pertanto, non potevano incidere sul fluire lento del diritto privato. Costituzione civilistica immodificabile, purezza del sistema giuridico, lentezza delle vere trasformazioni del diritto privato, inevitabile carattere conservatore dell'opera giuridica: sono espressioni specifiche del sapere dei giureconsulti tra Otto e Novecento, punti obbligati di riferimento, presenze ingombranti anche nelle pagine degli innovatori. Questi termini non si possono leggere

---

*Rechtsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980; G.G. BALANDI, *Per una definizione del diritto alla sicurezza sociale*, in *Politica del diritto*, XV, 4, 1984, pp. 555 e ss.

(23) Si usa il termine nell'accezione messa a fuoco da N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 6 e 29.

solo come manifestazioni di insensibilità nei confronti delle trasformazioni sociali; essi rappresentano infatti soprattutto uno strumento di difesa della scienza giuridica contro la rottura dell'unitarietà e dell'onnicomprendività dei suoi principi. Una difesa vissuta da molti come una resistenza all'annullamento della scienza giuridica come scienza.

Le leggi sociali furono percepite, dunque, come uno strumento utile ad inseguire immediatamente le trasformazioni sociali in corso ma non furono assunte a fondamento del discorso scientifico, che pretendeva di mantenersi indipendente dalle scelte contingenti del legislatore. La difesa da parte dei giuristi di un proprio statuto scientifico autonomo di fronte alle famose tre parole del legislatore sufficienti a mandare in fumo biblioteche riemerge con acutezza di fronte alle trasformazioni accelerate della società industriale, di fronte all'accrescersi delle diversità di soggetti sociali sempre più necessitanti di una disciplina giuridica differenziata. Rifiutare come parte vera del giuridico le leggi sociali significava anche difendere l'autonomia scientifica del sapere giuridico da continue ingerenze del legislatore. Radicate com'erano nella mentalità degli interpreti, tali convinzioni non produssero una sterile opposizione ai nuovi assetti istituzionali ma ebbero un grande rilievo nell'affermarsi della frammentazione disciplinare realizzatasi tra Otto e Novecento. Il discorso giuslavoristico si affermò in Italia senza soluzione di continuità con tale tradizione culturale. La ventata innovativa, come vedremo, rimase incerta, contraddittoria e, per molti versi, sterile.

È nella scienza giuridica ufficiale che vanno dunque ricercate le radici profonde della prima giuslavoristica. Il discorso giuslavoristico nacque involontariamente dal tentativo estremo di riconfermare dinanzi alla variegata realtà delle nuove relazioni sociali l'operatività degli schemi classici del sapere dei giuristi, per opporre alla sensibilità confusa e contingente del legislatore verso le trasformazioni sociali l'adesione 'vera' fornita dal lento mutarsi dell'antica scienza. Le leggi sociali non diedero origine alla riflessione giuslavoristica ma furono ricomprese nel discorso dei giuristi solo in un momento successivo, spesso solo per riconfermare scelte operate in riferimento al sapere tradizionale. Con la loro adesione immediata alle trasformazioni del sociale, le leggi speciali rappresentarono un segno di contraddizione e, nello stesso tempo, un elemento di

supporto di costruzioni civilistiche in equilibrio tra il rispetto dei principi individualistici del diritto codificato e la necessità di rispecchiare i mutamenti sociali, tra perdurante fascino delle simmetrie del diritto comune e necessità di una più adeguata valutazione giuridica dei contrasti economici e sociali presenti nella società industriale.

È giunto il momento però di considerare più da vicino l'intera vicenda. Cercheremo di farlo nelle pagine seguenti accennando a quelle che sono le sue linee essenziali a partire dall'inizio degli anni Ottanta, allorché presero forma le scelte che avrebbero orientato l'azione dei giuristi negli ultimi decenni dell'Ottocento e nei primi del Novecento.

### 3. *Diritto comune e leggi sociali.*

Il delinarsi della conflittualità collegata alla nascente classe operaia è spesso rappresentata nei testi giuridici di fine Ottocento come una lotta attorno ad un solo punto centrale: il diritto, l'affermarsi di un nuovo diritto. Una centralità temuta, poiché mira a coinvolgere non più le sole relazioni tra individui proprietari ma i rapporti tra proprietari e lavoratori, non più i rapporti tra singoli ma quelli tra gruppi.

Il diritto minaccia il buon senso borghese e il prevalere di relazioni morali e paternalistiche: « nei lavoratori comincia a fervere un vivo desiderio di emancipazione. La sottomissione spontanea ai comandi dell'imprenditore o del proprietario va diminuendo di giorno in giorno. *Il diritto è l'idea che prevale*, ed è quella con cui la rivoluzione operaia si va compiendo »<sup>(24)</sup>. Emerge il rimpianto per il vecchio mondo agreste idealizzato, per i rapporti morali fondati sulla cordialità e sul cuore, sulla sottomissione dei tempi antichi contrapposta ai sospetti, alla sfiducia, agli antagonismi dei tempi moderni tutti fondati sull'aridità dei rapporti puramente econo-

---

<sup>(24)</sup> « Ove non si ponga mente a quest'*idea prevalente del diritto*, si corre il rischio di gettare ... le basi di un edificio che cederà ai primi colpi di martello dei lavoratori in moto ». D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il parlamento*, Roma, tip. Voghera, 1885, p. 55 (il corsivo è mio).

mici <sup>(25)</sup>. E affiora in questa prospettiva anche un nuovo modo di far riferimento al diritto: è il prevalere dell'idea del diritto che misura l'emancipazione dei lavoratori e segna l'avanzare della rivoluzione operaia; ed è al diritto che la classe dirigente liberale deve far riferiment... per affrontare la pericolosa situazione sociale. Sul punto giova lasciare ancora la parola a Domenico Berti che, in una sorta di manifesto-bilancio delle sue proposte di riforma, effettuate negli anni della sua permanenza al Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio, pone in risalto con chiarezza un modo diffuso di intendere i termini centrali della questione operaia e delle sue relazioni con il diritto comune civilistico: « Non si può tentare la risoluzione di siffatte questioni senza uscire dai termini del diritto antico. Noi non possiamo conferire personalità giuridica alle società di mutuo soccorso, se non applichiamo alle medesime la pienezza della libertà giuridica. Del pari non possiamo rimanere entro i confini del diritto comune, se vogliamo che sia sanzionato il progetto di legge per gli scioperi, quello sulla responsabilità civile dei padroni ... quello sui probiviri, quello intorno al lavoro dei fanciulli e delle donne, e così molti altri ... La legislazione operaia non sta, né può stare, nelle forme antiche » <sup>(26)</sup>.

Il nuovo diritto trova infine un suo nome, quello di *legislazione*

---

<sup>(25)</sup> Rappresentazione questa diffusissima negli anni Ottanta. Basti pensare soltanto alla nota posizione di Alessandro Rossi che accompagnava ad un rigoroso rifiuto dell'intervento del diritto 'in fabbrica' innumerevoli misure protettive di tipo paternalistico per gli operai del suo stabilimento modello. Cfr. su questi temi la bibliografia nella nota 2, nonché G. BAGLIONI, *L'ideologia della borghesia industriale nell'Italia liberale*, Torino, Einaudi, 1974; S. LANARO, *Nazione e lavoro. Saggio sulla cultura borghese in Italia 1870-1925*, Venezia, Marsilio, 1979; V. CASTRONOVO, *La storia economica*, in *Storia d'Italia*, IV, *dall'Unità ad oggi*, I, Torino, Einaudi, 1975; A. ASOR ROSA, *La cultura*, in *ibidem*, 2, Torino, Einaudi, 1975. La sensazione diffusa, insomma, era quella delineata in uno dei tanti scritturelli dedicati in questi anni alla questione sociale in cui si esaltava la moralità dei « tempi antichi » nella figura della « mezzeria toscana »: « la civiltà moderna — si affermava — cangiate le condizioni sociali, tende oggi a far grandeggiare dappertutto i principii economici, e ne soffrono gli stretti rapporti morali ». C.F. BARDI, *Studi di questioni sociali*, Firenze, Ricci, 1886, p. 77. Per un'ampia bibliografia cfr. L. BULFERETTI, *Le ideologie socialistiche in Italia nell'età del positivismo evolutivistico (1870-1892)*, Firenze, Le Monnier, 1951.

<sup>(26)</sup> D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il parlamento*, cit., p. 74. I temi enunciati da Berti sono corrispondenti ad altrettanti disegni di legge presentati negli anni della sua

*operaia*; un insieme di « provvedimenti speciali legislativi in favore della classe operaia », così la definisce lo stesso Berti (27). Nome che, spesso mutato senza variazione di contenuto in *legislazione sociale*, perde negli scritti di questi anni connotati precisi per diventare parola d'ordine, simbolo dai significati contrastanti, unico rimedio alla questione sociale, segno imprecisato del 'nuovo' nel diritto e, nello stesso tempo, strumento per imbrigliarlo (28). La legislazione operaia può così essere rappresentata come il momento di unione tra società civile e Stato, come incontro tra le istanze del sociale e gli apparati istituzionali, come strumento di conservazione sociale e di progresso morale e civile, come nuovo fondamento della costituzione politica. Essa concilia i conflitti. Attenua la rigidità del diritto comune. È sicura garanzia di conservazione. È progresso morale. È solidarietà. È trionfo dell'altruismo e del diritto dei deboli.

La retorica dei teorici della filantropia e della carità si unisce a quella dei fautori della sola forza della classe proletaria e della « arena cruenta della guerra di classe » (29). Il fascino della sua capacità di « comporre il dissidio sociale » fa sì che la esaltino,

---

permanenza al Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio (1881-1884) nel quarto e nel quinto governo Depretis.

(27) *Ibidem*, p. 18.

(28) Cfr., per esempio, uno scritto pubblicato nello stesso anno in cui apparve quello di Berti, G.B. PAPPALARDO, *Sullo stato della legislazione sociale in Italia*, Roma, 1885, che accomuna sotto il termine legislazione sociale gli argomenti più vari: la soppressione del lotto, la riduzione della tassa sul sale, la limitazione dell'usura, il miglioramento del sistema carcerario e delle leggi di pubblica sicurezza, l'emigrazione, la riforma della pubblica istruzione, la revisione di leggi finanziarie, ecc. (pp. 33 e ss.). Il tutto — occorre notarlo — cercando di mantenere indiscusso il liberismo ed esaltando la libertà per il capitale e l'educazione e l'istruzione per il popolo, affermando e negando allo stesso tempo l'intervento dello Stato: esso « non è mai riuscito a guarire la piaga del pauperismo, anzi, ne aggrava le condizioni, perché altro non fa che incoraggiare l'ozio, la improvvidenza, la spensieratezza » (p. 64).

(29) A. LORIA, *Movimento operaio e legislazione sociale*, in *Nuova Antologia* CLXXIV, 5 (I settembre 1901) p. 29: « Essa [la legislazione sociale] ... non è che una produzione naturale e necessaria della compattezza ed organizzazione della classe proletaria ... è il risultato meccanico dello sviluppo economico, che modifica la forza relativa alle diverse classi e consente ai vinti di imporsi ai trionfatori. Aniché scendere dalle regioni celesti delle idealità filantropiche e religiose, essa sale dal fango degli interessi materiali, dall'arena cruenta della guerra di classe, dagli abissi infernali dell'egoismo economico ».

temperandola con il requisito della necessità, anche convinti fautori dell'iniziativa privata, critici severi dell'illimitata fiducia nell'azione dello Stato, della così detta « legge di statificazione progressiva » e del socialismo di Stato <sup>(30)</sup>.

La voce dei giuristi non è assente da questo coro inneggiante alle varie e contrastanti qualità delle leggi sociali; ma le affermazioni di Berti sopra riportate ci indicano una convinzione diffusa circolante di opera in opera, ribadita sempre più spesso nelle aule parlamentari: l'ostacolo principale al nuovo diritto è il diritto comune, sono i giuristi.

L'immagine di una scienza giuridica chiusa nella difesa del Codice e insensibile alle esigenze di rinnovamento emerge soprattutto dal dibattito parlamentare degli anni Ottanta. L'attacco di molti deputati contro gli oppositori delle leggi sociali è rivolto proprio ai giuristi, alla scienza giuridica e al diritto comune. È sufficiente ascoltare qualche voce per rendersene conto: « qui non si tratta — afferma il deputato Giovagnoli discutendo nel 1885 alla Camera il progetto Berti relativo all'inversione dell'onere della prova per gli infortuni sul lavoro — del diritto comune. Si tratta di un diritto speciale per un bisogno speciale; si tratta di un diritto nuovo che deve applicarsi a nuovi casi che prima non erano previsti ... Qui dunque non è né il luogo, né il momento di invocare la rigida severità del diritto comune, la sottigliezza raffinata del *summum jus*... D'altronde è forse infallibile il vostro diritto comune? È forse immobile il vostro diritto comune? » <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(30)</sup> A. ALBERTI JACONA, *Iniziativa privata e legislazione sociale*, Palermo, Clausen, 1890, pp. 90 e ss.; cfr. anche M. AMAR, *Studi di diritto industriale*, Torino, U.T.E., 1885. Per una prospettiva più ampia, assumente a suo fulcro il riferimento al modello inglese, cfr. il noto intervento di M. MINGHETTI, *La legislazione sociale* (conferenza tenuta al teatro Castelli in Milano il 28 maggio 1882), Milano, Treves, 1882, nonché gli innumerevoli interventi di Luigi Luzzati; per questi ultimi si rinvia a V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform im liberalen Italien*, cit. e a G. ARE, *Alle origini dell'Italia industriale*, Napoli, Jovene, 1974.

<sup>(31)</sup> *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XV, I sessione (15 maggio 1885), p. 13713. Cfr. anche, nella stessa tornata, l'intervento di Umana: « Il Codice è il portato della scienza, ma non è la scienza; poiché la scienza è progressiva, mentre un Codice cristallizza e rende immutabili e le teorie e le disposizioni che abbracciò e preferì. Un Codice risponde alla scienza del tempo trascorso e forse anche

Da una parte, quindi, un diritto immobile e una scienza giuridica disattenta e ostile alle nuove esigenze sociali, dall'altra un diritto dell'avvenire in formazione e già visibile nella nascente legislazione sociale. L'elaborazione del diritto speciale per i nuovi bisogni speciali avviene, dunque, in netta contrapposizione alle certezze della scienza giuridica, in contrasto con un diritto comune immobile.

Sicuramente i giuristi stentavano a tenere il passo con le trasformazioni in corso, le loro disattenzioni nei confronti delle nuove relazioni sociali e la loro difesa del diritto comune non possono essere, però, interpretate solo come improduttiva opposizione a tutto quanto non rientrava nelle categorie del loro rigido formalismo. Né la presenza nella scienza giuridica di fine secolo di un gruppo di giuristi innovatori, che spesso affiancavano le loro critiche a quelle sopra menzionate, deve indurci a ridurre il rapporto tra scienza giuridica e trasformazioni sociali alla mera contrapposizione tra i pochi che registravano prontamente in ogni piega del loro discorso anticonformista il complicarsi dei processi sociali in corso <sup>(32)</sup> e i molti che invece si ostinavano a difendere un diritto comune oramai asfittico, privo di qualsiasi forma di collegamento con il sociale

Osservando il rapporto tra scienza giuridica e leggi sociali, tra

---

dell'oggi; ma non può rispecchiare la scienza del domani... Dirò altresì a questi rigidi ed inflessibili giureconsulti: sonvi forse tuttora nel mondo teorie che non siano discutibili? Ammettonsi autorità alle quali si debba sempre soggiacere? La scienza ha dunque limiti che non si debbano sorpassare? No, ... il rispetto che io debbo alla scienza del diritto e ai Codici ... non mi persuaderà mai che in un Codice non si possano introdurre aggiunte, nuove disposizioni, e schiarimenti; insomma quanto sia necessario per renderlo veramente adatto alle mutate e mutabili condizioni della società » (p. 13724). Cfr. ancora gli interventi dei deputati Ferrari, Bonacci, Pasolini (*ibidem*, tornata del 13 maggio) e di Andrea Costa (*ibidem*, tornata del 16 maggio). Anche quest'ultimo individua nella legislazione sociale la tendenza ad « istituire un diritto nuovo sul diritto esistente » (p. 13759). Si cfr. infine l'intervento di Domenico Berti che torna a sottolineare che la legislazione sociale si può esplicare solo « all'infuori della legge comune, ossia dei Codici » e che non un criterio rigidamente giuridico, bensì « il criterio economico-politico-sociale che informa tutta questa speciale legislazione è quello che deve servire di base all'esame della legge » (*ibidem*, tornata del 18 maggio, p. 13777).

<sup>(32)</sup> Cfr. P. BENEDEUCE, *Questione di « metodo » e critica dello « stato indifferente » nella cultura giuridica italiana di fine Ottocento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, I, 1983, pp. 57 e ss.

diritto comune e richiesta di un diritto nuovo per i nuovi particolari bisogni, occorre andare oltre tali rigide contrapposizioni, oltre l'immagine semplificata che abbiamo visto emergere dalle pagine di Berti e da quelle del dibattito parlamentare, per tentare di scorgere, anche al di là degli altisonanti manifesti innovativi, la presenza di strategie più ampie di confronto tra la scienza giuridica e le trasformazioni sociali.

### 3.1. *Gli innovatori.*

La frattura tra scienza giuridica immobile e *diritto dell'avvenire* è indicata soprattutto dai giuristi comunemente raggruppati sotto la generica espressione di socialismo giuridico. Basti pensare a qualche nota pagina di Enrico Cimbali: ad « un desiderio profondo di novità, una smania febbrile di riforme in tutte le sfere molteplici della vita » sta di fronte un diritto civile che « sembra non risenta per nulla l'influenza rivoluzionaria dei nuovi tempi », « quasi nave incantata che solca tranquilla le onde burrascose seminate di cadaveri e di moribondi »<sup>(33)</sup>. Oppure al vibrante atto di accusa di Giuseppe Salvioi contro i « legisti », « classe ... abituata ad adagiarsi sui letti dei vecchi sistemi », « ceto ... affetto di atavismo e di odio pel nuovo »<sup>(34)</sup>.

I giuristi innovatori richiamano spesso le leggi sociali. Se l'obiettivo di lungo periodo è la rifondazione del Codice civile e la costruzione di una nuova normativa aderente ai bisogni sociali, lo strumento immediato per porre in essere parte di tale trasformazione è individuato nelle leggi speciali, nell'intervento settoriale dello Stato capace di soddisfare subito nuove esigenze, di sanare i contrasti più acuti creati dalle norme borghesi. Il riferimento alle leggi speciali sorregge la richiesta di una nuova fase del diritto civile, preannuncia in concreto l'avvento del Codice dell'avvenire, anche

---

<sup>(33)</sup> E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, (1885), Torino, Ute, 1895 (3<sup>a</sup> ed.), p. 5.

<sup>(34)</sup> G. SALVIOI, *I difetti del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie* (Discorso letto per la solenne inaugurazione degli studi della R. Università di Palermo il giorno 9 novembre 1890), Palermo, Tip. dello Statuto, 1890, pp. 5 e 6.

quando il giurista invita a non riporre « soverchia fiducia » in esse <sup>(35)</sup>.

La maggiore visibilità delle diseguaglianze, l'accrescersi della lotta tra capitale e lavoro impongono, per questi giuristi, nuove forme di socialità e nuovi compiti di carattere « moderatore e pacificatore » per lo Stato <sup>(36)</sup>. Le leggi sociali rappresentano in quest'ottica il primo segno nel diritto delle rinnovate esigenze sociali, la prima espressione dei nuovi compiti dello Stato; esse riconoscono « i soggetti e gli oggetti nuovi del diritto privato » e, in nome della socialità, impongono deroghe crescenti al diritto individualista <sup>(37)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> *Ibidem*, p. 41. Anche Salvioi, in specifico riferimento al dibattito della prima metà degli anni Ottanta sulle leggi sociali, individua nella opposizione dei giuristi la causa del fallimento della legge recante le maggiori innovazioni al diritto comune, quella sugli infortuni del lavoro (p. 6). La posizione dello storico del diritto riguardo alle leggi sociali può essere desunta anche da *Il lavoro delle donne e dei fanciulli nelle leggi straniere più recenti*, in *Scuola positiva*, II, 1892, pp. 1 e 2 dell'estratto: « attendere che lo sviluppo fatale del capitalismo produca gli eccessi che ne cagioneranno la distruzione è cosa lunga »; nell'attesa, l'intervento dello Stato può « affrettare il cammino troppo lungo delle conseguenze storiche e delle fatalità economiche ».

<sup>(36)</sup> Occorre « il provvido intervento di una potenza ugualmente amica, autorevole ed imparziale che, assidendosi arbitra in mezzo alle forze belligeranti, faccia, coll'assegnare a ciascuno la parte di diritto che le spetta, cessare le cause e gli effetti di una lotta per tutti certamente disastrosa ». E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., pp. 55 e 56. Ritoveremo spesso nelle pagine successive il riferimento ai conflitti sociali come a una 'guerra' e la richiesta di un intervento coattivo pacificatore dello Stato.

<sup>(37)</sup> E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., p. 57. Per valutare l'impatto delle affermazioni di Cimbali sulla cultura giuridica dominante è qui sufficiente richiamare alcune argomentazioni di Assuero TARTUFARI (*Recensione a E. Cimbali, La Nuova Fase...*, in *Archivio Giuridico*, XXXVI, 1886, pp. 149 e ss.) volte a separare l'affermarsi di una nuova realtà industriale, « la verità e gli ampliamenti dell'ordine economico » dall'ordine giuridico. « E guai — si afferma — se così non fosse, imperocché un Codice civile non potrebbe avere lunga durata, e i principii giuridici, che hanno la caratteristica eterna della giustizia, sarebbero soggetti alle continue mutabilità dell'industria e del commercio ». Il problema centrale è per Tartufari quello di sottrarre i rapporti giuridici civilistici ai mutamenti accelerati dell'economia, quello di negare uno 'smembramento' delle figure civilistiche in corrispondenza della varietà del nuovo ordine economico: « Non si nega che un novello ramo d'industria fin qui sconosciuto non meriti di essere accuratamente disciplinato; ma che i rapporti giuridici debbano assolutamente variare colle diverse forme d'industria non possiamo ammettere ». E ancora: « trarre ragione di differenza in ordine al diritto civile dalla varietà

L'idea dominante è quella di una progressiva *erosione* delle norme del Codice individualista e, nello stesso tempo, di un *allargamento* della sfera del diritto privato finalmente in grado di « consacrare l'esistenza ed il valore giuridico di persone, di beni e di attinenze reciproche tra le une e gli altri, di cui si mostra completamente ignaro il Codice civile »<sup>(38)</sup>. Il tema è ricorrente nelle pagine degli innovatori che parlano esplicitamente di « elargimento dell'oggetto del diritto privato in rispondenza al movimento immensamente complesso dei subbietti »<sup>(39)</sup>. Lo sviluppo economico, le trasformazioni sociali, le nuove relazioni industriali complicano soprattutto il diritto privato, ne rendono più ampio l'oggetto tradizionale, ponendo affianco e in contrasto ai suoi logori principi individualistici delle norme giuridiche attente alla complessità delle relazioni tra individuo e società. Spesso sono le certezze evoluzionistiche che spingono ad individuare nelle trasformazioni in corso i primi segni della nuova èra sociale e giuridica, le prime sconfitte dell'immobilismo e del conservatorismo della scienza giuridica tradizionale, condannata dalla « logica irresistibile dell'evoluzione sociale »<sup>(40)</sup>.

Si intravede, insomma, « un nuovo mondo che sorge e debella un mondo vecchio che tramonta »<sup>(41)</sup>; e si ritiene che nuovo debba

---

che i beni, gli agenti, le forze possono avere, sarebbe lo stesso che rendere impossibile un Codice civile, e assoggettare i rapporti giuridici ad una pedantesca e insopportabile disciplina » (pp. 158 e 159).

<sup>(38)</sup> E. CIMBALI, *La Nuova Fase del diritto civile*, cit., p. 57. Natalino Irti ha distinto, per descrivere l'odierno rapporto tra Codice e leggi speciali un « processo di erosione » ed « un processo di assorbimento ». Il primo fa sì che l'introduzione di nuovi principi in leggi speciali riduca la normativa del Codice a disciplina residuale; il secondo fa perdere al Codice anche tale disciplina che è attratta anch'essa in sedi esterne al Codice. È « il tramonto dell'ideologia tolemaica » del Codice e l'affermarsi di un « sistema policentrico » avente a base di unità la rigidità della Costituzione (*L'età della decodificazione*, cit., pp. 33 e ss.).

<sup>(39)</sup> G. VADALA PAPALE, *Diritto privato e codice privato sociale*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, p. 23; cfr. ancora p. 24: « la sfera delle relazioni del diritto privato ... si elarga fino a comprendere una nuova tela di rapporti sociali, che studia dal lato esclusivamente privato ».

<sup>(40)</sup> F. PERRONE, *Lo spirito sociologico nel diritto commerciale*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, p. 71.

<sup>(41)</sup> *Ibidem*, p. 72.

essere il diritto civile, più ampia la sfera delle relazioni ad esso sottoposta, e che nuova debba essere la capacità interpretativa, la sensibilità e la progettualità della scienza del diritto privato <sup>(42)</sup>.

Il discorso sociale dei giuristi innovatori trova dunque un'auto-revole conferma tecnica nelle leggi speciali: esse rappresentano uno strumento ancora rozzo ma già delineano nel giuridico il futuro, mostrano una prima realizzazione della veste giuridica appropriata ai nuovi soggetti sociali. Le leggi speciali sono pertanto parte integrante del diritto civile; un diritto civile che si allarga ai gruppi, alle associazioni, che è capace di disciplinare situazioni prima ignote ai suoi tradizionali principi individualistici sempre più erosi dal nuovo diritto <sup>(43)</sup>.

Le leggi sociali, le leggi «extravaganti», preannunciano la rottura del sistema ma mostrano già la logica e la composizione del nuovo sistema. Distruggono le vecchie certezze ma indicano alla scienza giuridica le linee su cui ricomporre il quadro del suo sapere, mostrano le simmetrie del futuro, l'assetto organico del nuovo Codice. Esse sono un tassello di un mosaico complesso di cui il legislatore forse non ha consapevolezza ma che i giuristi più attenti all'avvenire devono scorgere nella sua intrezza e contribuire a comporre, per risolvere col diritto la lotta di classe, per conciliare e perfezionare nel nuovo assetto sociale i diritti dell'individuo, per riunificare individuo e società <sup>(44)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Si legga, in tal senso, la pagina introduttiva (*Ai lettori*) della rivista *La scienza del diritto privato*, firmata dai direttori Tortori e D'Aguanno. Puntuale emerge, come in molte altre pagine della rivista, il riferimento alle leggi speciali e all'esigenza di una loro sistematizzazione: «si è ondeggiato tra il vecchio e il nuovo, e sembra che si abbia timore di incorporare nel Codice civile i principi di una nuova legislazione sociale» (p. 5). I fautori della 'incorporazione' erano, come vedremo, un'esigua minoranza. Per una analisi del progetto della rivista cfr. P. GROSSI, «*La scienza del diritto privato*». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>(43)</sup> Cfr. A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, p. 595: «una serie crescente di leggi speciali, addittive o extravaganti ... dettate dall'imperiosa necessità dei tempi, vengono allargando ampiamente la sfera del diritto privato ... Queste parziali conquiste allargandosi per estensione, finiranno per esautorare del tutto i due codici di diritto privato, sia perché aumentano le antinomie tra la legge generale e la legge speciale, sia perché aumentano le contraddizioni tra vecchio e nuovo diritto».

<sup>(44)</sup> Cfr. C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893,

L'analisi del rapporto tra legislazione speciale e diritto comune è accorta; se la si priva delle attese escatologiche del futuro ordine fornito dal Codice sociale e dal nuovo sistema, ci fornisce una riflessione che guarda lontano, staccandosi dalla miopia di tante analisi contemporanee tutte incentrate sull'indiscutibilità della costituzione civilistica; la parte essenziale del discorso degli innovatori stava, però, soprattutto nell'attesa del nuovo ordine dell'avvenire. Nel presente erano ancora immersi in vecchie certezze culturali. Gli innovatori infatti non furono capaci di modificare la visione dogmatica della scienza giuridica dominante, né avviarono elaborazioni degli istituti giuridici in cui i 'segni' del nuovo diritto fossero effettivamente sottratti al dominio delle norme antiche. Furono più preoccupati di ricomporre il disuguale che di comprenderlo, più attratti dal mito delle virtù pacificatrici e solidaristiche del diritto, dall'esigenza di evitare la lotta di classe delineando un sistema sociale preciso e ordinato, che dalla necessità di approntare minuti strumenti tecnici per la tutela concreta delle nuove situazioni sociali. Anche per questo furono spesso considerati come i cantori di un avvenire troppo lontano per mutare gli istituti giuridici del presente, o come 'politici' le cui analisi andavano lette e interpretate fuori dalle austere riflessioni della scienza.

Il rapporto tra diritto privato e leggi sociali si dispose tra Otto e Novecento lungo una linea direttrice diversa dallo schema dell'erosione dei principi individualistici e dell'allargamento di quelli sociali ipotizzato dagli innovatori. Per comprendere questo assetto non è ai sostenitori del nuovo che occorre guardare ma ai cosiddetti fautori della severità del Codice e dell'immobilità del diritto comune.

---

saggio in cui ritorna puntualmente lo schema della *erosione* dei principi individualistici del vecchio Codice e dell'*allargamento* della sfera delle relazioni del diritto privato: « il diritto dell'individuo è mediante quelle disposizioni continuamente menomato da quello dell'associazione e l'interesse privato è posposto al generale. E d'altra parte quel vasto complesso di leggi speciali che si sono promulgate e che dovranno aumentare, e per le quali si allarga di molto la sfera del diritto privato, e d'altra parte si deroga ai canoni rigorosamente individualistici delle legislazioni vigenti, finirà per togliere ogni autorità al Codice » (p. 95).

### 3.2. *I fautori delle distinzioni e « lo stuolo dei timidi ».*

I passeggeri della nave incantata — per restare alla metafora di Cimbali — non erano così incauti da ignorare il mare tempestoso: la questione sociale, l'esigenza di forme di intervento dello Stato nella società civile, il tema delle relazioni tra l'unitario e onnicomprensivo sapere del diritto comune civilistico e l'affermarsi di nuovi soggetti compaiono sempre più spesso nelle pagine dei giuristi conservatori, dei fautori delle distinzioni.

Considerando i loro scritti, le contrapposizioni viste sono riconfermate ma evidenziano un quadro più articolato della scienza giuridica e delle sue relazioni con una società a sviluppo industriale crescente. La loro opera per un verso riflette la tradizione pandettistica volta a separare il giuridico dal sociale e, per altro verso, introduce adeguamenti specifici alle trasformazioni sociali in corso. Le nette posizioni di questi giuristi riguardo al tema cruciale del rapporto tra leggi speciali e principi giuridici disciplinati dal Codice segnarono a partire dagli anni Ottanta la linea vincente nel confronto tra la cultura giuridica e le più intricate relazioni individuali e collettive della società industriale.

La posizione più significative negli anni Ottanta sono quelle assunte da due giovani privatisti, Vittorio Polacco e Gian Pietro Chironi.

Nel novembre del 1884 Polacco, allievo di Luigi Bellavite, in una prolusione padovana dedicata prevalentemente a questioni di metodo invitava — in riferimento al dibattito sul divorzio — a collocare « sopra inaccessibile roccia » i principi e le idealità del diritto privato sempre più minacciati dalla « marea del materialismo »<sup>(45)</sup>. Due mesi dopo, sviluppando lo stesso pensiero, affrontava il tema del rapporto tra la legislazione civile e la questione sociale<sup>(46)</sup>.

Anche nel campo giuridico — affermava — l'analisi del problema sociale, che pur è di natura essenzialmente economica, non

---

<sup>(45)</sup> V. POLACCO, *Prelazione al corso di Istituzioni di diritto civile letta nella R. Università di Padova il giorno 26 novembre 1884*, Padova, tip. del Seminario, 1885, p. 25.

<sup>(46)</sup> V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile* (prelezione letta a Camerino il 22 gennaio 1885), Camerino, Savini, 1885.

può essere rinviata; la questione è grave, minaccia il diritto civile ed i suoi istituti fondamentali <sup>(47)</sup>. La legislazione civile deve intervenire sulle questioni sociali respingendo sia le tesi dei fautori di uno Stato passivo e muto di fronte ai nuovi problemi, sia le oscure proposte della sociologia <sup>(48)</sup>; una « nuova scienza » quest'ultima che riflette « l'età nostra di transizione » caratterizzata da « una babelica confusione di lingue » <sup>(49)</sup>.

È soprattutto tale confusione che il giovane giurista vuole respingere. Gli entusiasmi dei civilisti evolucionisti per la fine dall'era individualistica, i clamori per il nuovo principio di socialità — con il conseguente « plauso illimitato a quei provvedimenti che oggi ... vengono sotto il nome di legislazione sociale » <sup>(50)</sup> —, la tendenza a farne l'elemento base del Codice, gli appaiono un'estensione della confusione del tempo anche al campo giuridico, un'attribuzione eccessiva di fiducia alla legge <sup>(51)</sup>, una sopravvalutazione della « portata dell'elemento industriale » <sup>(52)</sup>.

Polacco non nega l'esigenza di un intervento legislativo sulla società ma teme l'affermarsi di una « socialità invadente » — pronta a « riassorbire il cittadino nello Stato », a sopprimere la « libertà individuale, massima conquista del mondo moderno » <sup>(53)</sup> — e tenta di arginarla, di rendere visibile la sua estraneità rispetto ai principi giuridici da salvaguardare: « resti — afferma — il Codice nella sua essenza qual è, e i pochi provvedimenti di legislazione sociale, per avventura necessari, vi si accolgano intorno, sotto forme di leggi singole, quasi pianeti attorno al Sole » <sup>(54)</sup>. Il centro del sistema

<sup>(47)</sup> *Ibidem*, pp. 9 e ss. Diritto ed economia sono associati — sostiene Polacco — dalla « necessità di lottare contro un comune nemico, il Socialismo, il quale, nel giurare guerra a morte all'Economia politica, l'esecrata scienza della tirannide borghese, minaccia ad un tempo di ferire al cuore il Diritto civile, con la soppressione della libertà individuale, della proprietà e fors'anco della famiglia, in altre parole di quei fondamentali istituti che costituiscono il vero e proprio suo obbiettivo » (p. 10).

<sup>(48)</sup> V. POLACCO, *La funzione dell'odierna legislazione civile*, cit., pp. 16 e ss. e p. 25.

<sup>(49)</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>(50)</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>(51)</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>(52)</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>(53)</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>(54)</sup> *Ibidem*, p. 24.

giuridico resta inalterato; i nuovi principi possono gravitargli attorno ma non sostituirlo. La dicotomia diritto comune-leggi sociali rimane ma Polacco sposta l'attenzione su un punto diverso: non gli interessa la nascita del 'nuovo diritto' ma la sua inaffidabilità, l'incapacità dei provvedimenti di legislazione sociale di essere principio generale, di superare il terreno della specialità; confino in cui il fare classificatorio del giurista deve necessariamente condannarli.

Pochi anni dopo, commentando il progetto di Codice civile tedesco <sup>(55)</sup>, l'autore mitiga l'asprezza delle sue affermazioni: il legislatore è invitato a non sottrarsi alle nuove esigenze e a temperare l'eccessivo individualismo dei principi tradizionali con riferimento alla socialità. Ma i dubbi rimangono: « io temo che questo grand'astro della socialità si trovi circonfuso da troppe nebbie, perché possa rendere almeno distinti i contorni delle cose che dovrebbe senz'altro illuminare di nuova luce ... temo che questo elemento sia piuttosto vagamente intuito come ingrediente necessario delle moderne leggi civili, che concreto e concretabile in tutte le sue applicazioni » <sup>(56)</sup>.

C'è un nuovo diritto ispirato alla socialità che si sta formando, ma esso è per il giurista, abituato a costruire un sistema con linee precise, ancora confuso e informe. Ha più il linguaggio della sociologia che quello rigoroso della scienza giuridica. È più il prodotto di una fase di transizione che il manifestarsi di un nuovo ordinamento capace di « soppiantare la base tradizionale fino ad oggi adottata », di far scomparire le « cause intrinseche della universalità del diritto romano » <sup>(57)</sup>.

Gli innovatori, i giuristi propensi ad imitare le nebulose costruzioni sociologiche non pongono in questione delle norme poste da un legislatore qualsiasi ma un sapere giuridico millenario, un sapere che non è il frutto politico della scelta di un momento ma il risultato di una evoluzione lenta, di un miglioramento nato dall'esperienza dei secoli, da una precisione e da un rigore inseguito da generazioni di giureconsulti.

---

<sup>(55)</sup> V. POLACCO, *Il diritto romano nel recente progetto di Codice civile germanico*, Padova, Tip. Randi, 1889.

<sup>(56)</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>(57)</sup> *Ibidem*, p. 28. L'ultima espressione ricalca il titolo di un saggio di Biagio Brugi.

Il giurista confronta la precisione dei vecchi strumenti, l'ordine rigoroso dei principi del diritto codificato e non può che guardare con distacco le teorie dei sostenitori di rivoluzioni in un sapere che a queste è sempre sopravvissuto. Non capisce, è disorientato: non dal 'nuovo mondo' (è convinto infatti di avere strumenti validi per interpretare ancora sia per l'oggi che per il domani i rapporti giuridici fra individui) ma da tanto affannarsi a reclamare rivoluzioni radicali per l'intero diritto civile solo per far fronte a transitorie trasformazioni del sociale. Non comprende perché, in nome di un non chiaro principio di socialità, si debbano abbandonare principi che si sono adattati a tutti i tempi, rinunciare a norme immortali, per assumere a direttrici del sapere giuridico delle regole funzionali ai particolari bisogni di una stagione.

Lo sconcerto di fronte ai mutamenti accelerati dei nuovi tempi e alle sempre più frequenti modificazioni giuridiche apportate dal legislatore al diritto comune è riscontrabile anche nel giurista maturo, ben disposto a rivedere la critica delle leggi speciali effettuata in passato <sup>(58)</sup>, ma pur sempre irremovibile nella sua protesta contro « il mal vezzo » di far « penetrare di sbieco » grosse modificazioni nel diritto comune attraverso le « leggine che si votano a vapore quando la canicola infuria » <sup>(59)</sup>. Rimane l'incomprensione ed il rifiuto del giurista per un sistema scientifico da costruire con la « farraginosa produzione della macchina parlamentare », con quell'« arruffo di norme » <sup>(60)</sup> con cui è oramai costretto a misurarsi quotidianamente.

Polacco, d'altronde, esprime ancora una sua convinzione giovanile quando afferma che un'armonizzazione reale del diritto con le

---

<sup>(58)</sup> Cfr. V. POLACCO, *Le cabale nel mondo legale* (Discorso letto nell'adunanza solenne del R. Istituto veneto di Scienze, Lettere ed Arti il 24 maggio 1908), in *Id.*, *Opere minori*, Modena, Università degli Studi, 1928, vol. I, p. 51: « Non è per accademica idolatria di un classicismo architettonico, non per un ideale di euritmia affatto sterile, che altre volte ho alzato la voce contro siffatte deformazioni dell'edificio legislativo. Ben vengano le leggi speciali a modificare quando il bisogno ricorra, e anche a scalzare del tutto questa o quella parte del Codice. E lo scalzino pure tenendo conto della disuguaglianza di fatto, per vie di eccezione alla legge comune ... ma dove effettivamente lo esigono i rapporti della vita reale ».

<sup>(59)</sup> V. POLACCO, *Le cabale nel mondo legale*, cit., p. 51.

<sup>(60)</sup> *Ibidem*, p. 42.

mutate condizioni sociali potrà ottenersi solo dando « nuovo ossigeno » alla solida costruzione del diritto comune attraverso le clausole generali, il polmone del Codice <sup>(61)</sup>, invece di minarne l'unitarietà con uno stillicidio di leggi speciali. Affermazioni queste che non sono separate dall'intransigenza del giurista giovane: rappresentano un logico sviluppo della richiesta di collocare in leggi speciali senza peso le risposte immediatamente necessarie alle esigenze sociali e di continuare la vera ricerca giuridica nel solco dei principi fondamentali. È in quest'ambito che si ottengono le trasformazioni *vere*, ed esse devono essere affidate non al legislatore ma alla scienza giuridica <sup>(62)</sup>. Il rifiuto delle leggi speciali rappresentava dunque, più che una chiusura conservatrice di fronte alle nuove richieste sociali, una manifestazione di fiducia nelle tecniche ermeneutiche del giurista, nella sua capacità di colmare le lacune, di dare ai problemi sociali risposte più attendibili (più meditate, meno legate al transitorio) di quelle offerte dal legislatore e dagli imitatori delle scienze sociali.

Lo stesso tormento, se ci è consentita l'espressione, la stessa ricerca di un rigore di principi civilistici anche di fronte alle mutate condizioni del lavoro industriale si ritrova nelle pagine di un inter-

---

<sup>(61)</sup> *Ibidem*, p.60: « Sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentare di sempre nuovo ossigeno, sì che si adattino con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al vagliare dell'atmosfera che lo circonda ». Per qualche riferimento a Polacco e alla teoria delle clausole generali cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al Codice civile italiano del 1942*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 383 e ss. e 429 e ss.

<sup>(62)</sup> Di fronte alla 'missione creativa' della scienza giuridica cadono gli argomenti dell'intangibilità del Codice e del diritto romano che erano stati usati per contrastare l'incidenza dell'intervento legislativo 'speciale' sul diritto privato. Cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1915 (2. ed.), p. 17: un « importantissimo compito ... incombe al civilista, il quale non voglia limitarsi ad una gretta interpretazione del testo »: « scoprire » e « cercare di colmare tutte quelle lacune che, per un cieco ossequio al tipo romano e senza riguardo alle odierne condizioni economiche, furono pur lasciate nel nostro ordinamento legislativo delle obbligazioni ». Non abbiamo qui 'un altro' Polacco rispetto a quello del 1885; abbiamo semplicemente uno svolgimento delle tematiche insite nelle prolusioni giovanili: i tempi di sviluppo e le modalità di trasformazione del diritto civile devono essere espressi dalla scienza giuridica.

vento di Gian Pietro Chironi sul tema della responsabilità dei padroni per gli infortuni del lavoro <sup>(63)</sup>. Anche per Chironi ci sono delle confusioni da evitare: quella del fatto con il diritto, quella del sociale con il giuridico. Lo schema del civilista sardo è lineare: la situazione dei rapporti di lavoro industriale crea solo nuovi fatti che non possono « cacciare fra le anticaglie » i principi di « solenne giustizia » fissati nel diritto comune. Riguardo al discusso tema 'speciale' degli infortuni sul lavoro il giurista, pur osservando i fatti, non potrà che ribadire 'in diritto' il principio per cui « responsabilità vale colpa » <sup>(64)</sup>. Scelta che necessariamente si impone assumendo a « criterio direttivo » della ricerca civilistica « la distinzione della questione giuridica dalla questione sociale » <sup>(65)</sup>, la distinzione tra immutabile e transitorio.

La posizione di Chironi è tanto più rimarchevole in quanto l'autore non è immune da tiepide ma sincere aperture all'evoluzionismo positivista e alla sociologia. Un evoluzionismo, quello di Chironi, adeguato ai tempi lenti di trasformazione del giuridico, tutto incentrato sul diritto romano e sulla permanenza dei suoi caratteri fondamentali come nucleo vitale di ogni evoluzione <sup>(66)</sup>. Le convinzioni del giurista, il peso della sua formazione culturale prevalgono e plasmano a misura delle antiche certezze ogni apertura alle nuove scienze e al complicarsi delle relazioni economiche e sociali. Il Chironi più autentico resta quindi il civilista con il suo rigore nelle distinzioni. Il Chironi per cui il campo del giuridico termina con lo scomparire della sola figura di responsabilità nota al

---

<sup>(63)</sup> G.P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni del lavoro*, in *Studi Senesi*, I, 1884, fasc. 2 (pp. 127 e ss.) e 3 (pp. 231 e ss.).

<sup>(64)</sup> *Ibidem*, pp. 128 e 129.

<sup>(65)</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>(66)</sup> Cfr. in tal senso soprattutto G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto* (Discorso pronunciato per la commemorazione di C. Darwin nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882), Siena, Lazzeri, 1882; ID., *Sociologia e diritto civile* (Prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Torino letta il 25 novembre 1885), Torino, Bocca, 1886. Entrambi gli scritti non furono, significativamente, compresi dall'Autore nella raccolta *Studi e questioni di diritto civile* (Torino, Bocca, 1913). Si cfr. in quest'ultima invece, nel senso cui si fa qui riferimento, *L'individualismo e la funzione sociale* (Discorso inaugurale dell'anno universitario torinese 1898/1899), vol. I, pp. 21 e ss. — Sul punto cfr. ancora *infra* nota 202.

sapere millenario del giurista, l'unica possibile, quella avente come criterio di imputabilità la colpa. Oltre c'è un settore che riguarda « non il diritto civile, non la responsabilità, la questione giuridica insomma, sibbene la sociale oggetto di studio per l'economista e per l'uomo di Stato » (67). Un settore in cui i mali dell'industria potranno essere affrontati con criteri più flessibili di quelli del diritto civile, stabilendo anche nuovi principi, i quali però non saranno attinenti alla responsabilità, le cui forme sono state fissate una volta per tutte dal sapere giuridico romanistico, bensì ad un ambito non giuridico, quello della « garanzia », della « previdenza », della « prevenzione » (68).

Le tematiche connesse all'industrializzazione paiono quindi disporsi nel pensiero giuridico in un versante diverso da quello del diritto privato che resta puro, incontaminato. Diritto comune e leggi speciali, questione giuridica e sociale, rimangono termini antagonisti, espressivi di mondi culturali diversi, inconciliabili tra loro. Anche nel caso in cui l'insufficienza del diritto comune si fa più palese, nei punti in cui più forte le situazioni sociali mostrano l'esigenza di un globale ripensamento o di una verifica dell'intera struttura giuridica di taluni istituti, i giureconsulti appaiono preoccupati soprattutto di delimitare con nettezza gli spazi della loro scienza, di impedire l'ingresso di nuovi dati al suo interno: continuo esercizio di *actio finium regundorum* che esprime una difesa di identità tecnica contro la genericità della sociologia e contro le aperture interdisciplinari degli anni Settanta e Ottanta (69). I giuristi sono disposti, certo, a riconoscere l'importanza del sociale ma non intendono farlo interagire con il giuridico, con la parte 'vera' del giuridico, se non attraverso il filtro dell'elaborazione lenta degli antichi principi fornito dalla scienza.

---

(67) G.P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni*, cit., p. 296.

(68) *Ibidem*, pp. 130 e 340. L'assicurazione è presentata come « rimedio efficacissimo » per il problema degli infortuni. La strada è quella, poi percorsa, di un rimedio 'indolore' per il diritto privato. Cfr. sul punto *infra*, soprattutto 4, 1.

(69) Cfr. riguardo alle aperture interdisciplinari della cultura giuridica: N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, in *Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto*, 1942, pp. 73 e ss. e 109 e ss.; P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere'. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 199 e ss.

Le voci di Polacco e di Chironi non sono isolate. Più vicini alle loro posizioni che a quella degli innovatori sono gli scritti degli autori schierati per una « riforma parziale » del Codice, uno « stuolo dei timidi » — così li denominava Tortori <sup>(70)</sup> — che condivide certezze e propone soluzioni non dissimili da quelle dei fautori delle distinzioni. Esponenti di spicco sono Biagio Brugi e Pietro Delogu.

Quest'ultimo, dalle pagine della sua rivista catanese, l'*Antologia giuridica*, lanciò un problema per così dire linguistico, che bene esprime incertezze, paure e antiche convinzioni della scienza giuridica italiana tardo ottocentesca. Il termine 'Codice privato sociale', sostiene Delogu, è inaccettabile: contiene in sé una confusione tra concetti privatistici e pubblicistici intrinsecamente diversi tra loro. La riforma, dice, è necessaria ma, si affretta ad aggiungere, non si possono stravolgere le configurazioni classiche, non si può trasgredire alla limpida divisione di Ulpiano senza gettare l'intera scienza giuridica in un pericoloso stato di confusione, contraria all'ordine e, quindi, alla scienza.

Nota caratteristica del diritto privato è, e deve rimanere, l'individuo, la privata utilità, il rapporto del mio e del tuo. La sociale utilità e il benessere dell'organismo sociale sono, invece, esclusiva competenza del diritto pubblico <sup>(71)</sup>. Ristabilito l'ordine si può notare pienamente, continua Delogu, la contraddittorietà del termine 'Codice privato sociale', volto a creare un ibrido, uno « strano connubio », tra il diritto dei privati e quello della società <sup>(72)</sup>.

Il nostro giurista si proclama favorevole alle riforme non meno che alle distinzioni vigorose e si ingegna a farle convivere: ben venga — sostiene — la legislazione sociale ma si ponga « accanto » al diritto civile, « non alteri il concetto di contratto » <sup>(73)</sup>, non muti

---

<sup>(70)</sup> A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, cit., p. 573.

<sup>(71)</sup> P. DELOGU, *Codice privato e codice sociale*, in *Antologia giuridica*, V, 1891, pp. 11 e ss. e p. 16.

<sup>(72)</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>(73)</sup> L'esigenza di una riforma riguardava soprattutto — come vedremo — il contratto di lavoro, e su questo punto Delogu è particolarmente chiaro: « la locazione di opere, disciplinando nel rapporto contrattuale la libera opera del libero operaio, è tanto nobile pei contraenti quanto il lavoro, che ne è obietto; essa parifica nella libertà del consenso, nella varietà dei patti, nell'astratto concetto del corrispettivo, l'operaio intel-

nella sostanza gli istituti giuridici tradizionali. Si può così perfino ipotizzare un Codice sociale, ma l'importante è tenerlo separato dal Codice civile per impedire che interventi settoriali e parziali mutino la struttura fondamentale del diritto privato tramandata dal diritto romano <sup>(74)</sup>.

Il diritto privato resta individualista, fedele alla « fonte perpetua e inesaurita » di regole giuridiche date dal diritto romano; le regole sociali « complesse » ottengono una loro espressione legislativa, un Codice sociale collocato in un ambito pubblicistico senza interferenze con il Codice privato. Il discorso è tanto fragile teoricamente quanto radicato nella cultura giuridica del periodo: è accennato nelle distinzioni poste da Polacco e da Chironi, è il centro teorico di una nota prolusione del 1886 di Francesco Filomusi Guelfi <sup>(75)</sup>, sarà riproposto da Cesare Nani e da Giole Solari e riemergerà soprattutto nelle pagine di Lodovico Barassi. La difesa della rigorosa autonomia privatistica

---

lettuale e meccanico, l'artigiano all'artista, il salariato al più elevato salariato dello Stato. Si chiedano riforme al contratto di locazione di opere, si invochi pure il mutamento di nome, ma non si alteri il concetto giuridico del contratto e non si ponga alla base della riforma legislativa una mal cercata ragione di personale dignità né l'inutile ricordanza di vizi di tramontati istituti legislativi ». *Ibidem*, p. 26.

<sup>(74)</sup> Cfr. P. DELOGU, *Le riforme parziali del codice civile italiano e il diritto romano*, in *Antologia giuridica*, III, 1889, pp. 163 e ss.

<sup>(75)</sup> Cfr. F. FILOMUSI GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (discorso letto della R. Università di Roma il giorno 5 novembre 1886), in *Id.*, *Lezioni e saggi di filosofia del diritto* (a cura di G. Del Vecchio), Milano, Giuffrè, 1949, p. 205: « bisogna stare al concetto tradizionale del diritto privato, che si trova trasfuso nel Codice francese, e nel nostro Codice ... così sarà possibile che il concetto tradizionale del diritto privato e il Codice civile continuino ad essere la rocca ferma dell'individualismo ». Filomusi Guelfi è, si può dire, il rappresentante più colto e accorto dello 'stuolo dei timidi'. Di tale appartenenza reca nel suo scritto tutte le contraddizioni, anche se esse sono spesso stemperate dalla brillantezza del personaggio le cui pagine non sono paragonabili alla sciattezza di taluni scritti di Delogu o di Brugi; vediamo ad esempio come prosegue: « e con ciò non si intende rinnegare un più ampio sviluppo della legislazione sociale, la quale procedendo dapprima per singole leggi, potrà in seguito elevarsi anche ad una sintesi, come una specie di codificazione, che stia accanto al Codice di diritto privato e con esso si armonizzi ». La convinzione prevalente resta però quella che abbiamo riscontrato nelle pagine di Polacco e di Chironi: « è bene che nella legislazione di diritto privato vi sia un punto fermo che pur resista ai cangiamenti, alla smania non sempre giustificata di continue mutazioni » (p. 206). Cfr. sul punto P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1967, pp. 133 e ss.

negli anni delle trasformazioni sociali accelerate rappresenta la caratterizzazione specifica della scienza giuridica di questi anni.

Non mancarono, certo, voci discordi, critiche puntuali alle distinzioni viste; ma le affermazioni dei sostenitori del nuovo cadro nel vuoto, la loro progettualità politico-giuridica per il futuro fu ritenuta confusa metafisica, utopia senza relazione con la vita concreta del diritto.

Negli scritti di Vadalà Papale, di D'Aguanno e di Tortori, comparsi nella rivista fiorentina *La scienza del diritto privato*, la distinzione operata da Delogu è uno dei bersagli preferiti e l'impossibilità di distinguere i fattori giuridici puri da quelli sociali è parola d'ordine. Piene di troppe mediazioni, di tentativi innovatori da inserire in una proclamata continuità assoluta con la tradizione ci appaiono le pagine di Vadalà Papale<sup>(76)</sup>, più genuine e meno legate alle cortesie accademiche sono invece quelle di Tortori di cui è opportuno considerare qualche argomentazione.

Il ragionamento di Delogu — afferma — non persuade: « anche ammettendo che il diritto privato disciplini i rapporti di privata utilità, non pare al Delogu che sia ragione *sociale* quella che spinge il legislatore ad imporre lo scarico coattivo, l'acquedotto forzato? Non pare al Delogu che sia ragione *sociale* quella che spinge il legislatore a imporre il concorso nelle spese per la riparazione della cosa comune, la prescrizione dell'azione di rescissione del contratto di vendita per lesione enorme? »<sup>(77)</sup>. In realtà, prosegue Tortori, la chiave per una riforma del diritto civile non può che essere la socialità: « come è metafisicheria la concezione dell'uomo isolato, così è metafisicheria la concezione di un diritto privato che regoli esclusivamente gli individui *uti privati et singuli*. Oggi l'individuo non può separarsi dalla collettività »<sup>(78)</sup>.

Sono proprio le leggi sociali che smentiscono le semplicistiche analisi di Delogu; esse infatti fanno penetrare idee nuove nella

---

<sup>(76)</sup> Cfr. G. VADALÀ PAPALE, *Diritto privato e codice privato-sociale*, cit., pp. 12 e 17. Per le critiche a Delogu cfr. G. D'AGUANNO, *La riforma integrale della legislazione civile*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, pp. 606 e ss.

<sup>(77)</sup> A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, cit., p. 575.

<sup>(78)</sup> *Ibidem*, p. 592.

compagine privatistica, creano « antinomie tra legge generale e legge speciale », aprono insomma un contrasto interno al diritto civile che può essere risolto solo esautorando il « vecchio diritto » e privilegiando il « nuovo » (79).

Le critiche allo scarso rigore teorico della rigida distinzione tra sociale e giuridico, tra pubblico e privato, la lettura dei mutamenti apportati dalle leggi sociali come specifico segno di contraddizione interna alla sistematica del Codice, restano però patrimonio isolato nelle pagine degli innovatori, incapaci di determinare significativi spostamenti nella considerazione scientifica degli istituti giuridici e delle ripartizioni disciplinari. L'idea di un diritto privato tecnicamente esente da componenti sociali, anche quelle interne alla sua tradizionale configurazione, l'idea di un diritto privato immune dall'influenze delle leggi sociali, resta prevalente.

Ancora una conferma può trovarsi nei saggi di Biagio Brugi, altro giurista stretto tra il rigoroso ossequio al sapere romanistico e il tentativo di comprensione delle dinamiche istituzionali e sociali in atto. Anche Brugi è per la riforma del diritto civile, « riforma parziale » s'intende, da realizzarsi attraverso « leggi speciali senza grandi pretese » (80) e senza incidere sul nucleo vero del giuridico: « la vagheggiata legislazione sociale — dice — ci offrirà nuovi rapporti giuridici: ma il tipo del rapporto giuridico resterà come balzò fuori dalla intima dialettica dei giureconsulti classici » (81).

La divisione tra diritto privato puro e le leggi sociali è dunque ben presente anche nel pensiero di Brugi che pur crede sia possibile far seguire alla transitoria fase di frammentazione legislativa una fase, imposta e guidata dalla scienza giuridica, di riunificazione e di sintesi in un nuovo Codice. È un altro però l'aspetto che è utile evidenziare nella pagina di Brugi.

La riforma del Codice, a suo giudizio, non può realizzarsi in assenza di un progetto chiaro e rigoroso e di un consenso unanime su di esso da parte della scienza giuridica. L'affermazione è solo

---

(79) *Ibidem*, p. 595. Cfr. *infra* nota 48.

(80) B. BRUGI, *La riforma della nostra legislazione civile*, in *Antologia giuridica*, III, 1889, p. 194.

(81) B. BRUGI, *I romanisti e la riforma del diritto civile*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, p. 89.

apparentemente banale. Le riforme saranno possibili solo se la dottrina saprà farsi interprete accorta della « coscienza popolare », se saprà percepire le ragioni profonde del giuridico, i suoi tempi peculiari di trasformazione, il peso della sua lenta formazione storica: « volere o no parliamo in nome della coscienza giuridica popolare, come per secoli si è manifestata mediante i giuristi, i consulenti, i decidenti italiani » (82). E gli eredi-custodi di una tale tradizione non possono certo abbandonare istituti giuridici dalla fisionomia consolidata ai capricci dei parlamenti, a scelte di politica legislativa improvvisate e contingenti. L'esaltazione della scienza giuridica e del suo millenario sapere si trasforma senza difficoltà in un non velato disprezzo per il legislatore (83).

Non è convinzione isolata, né di poco conto (la abbiamo vista già in Polacco e la vedremo ancora interagire con la distinzione tra giuridico e sociale, tra privato e pubblico); è tale convinzione che sostiene infatti l'opposizione della scienza giuridica a un intervento del legislatore sugli istituti privatistici e che indirizzerà l'operatività delle leggi sociali nel versante pubblicistico. Il legislatore, insomma, non conta, è impotente di fronte alla costituzione civilistica che potrà essere modificata solo quando i giuristi, i suoi custodi, avranno raggiunto un consenso, avranno formato un nuovo sistema di diritto civile. Allora si potrà avere un Pothier italiano (84) e un Codice rinnovato.

Brugi può accettare quindi anche il rischio di una transitoria frammentazione del diritto privato ad opera delle leggi sociali ma resta convinto che la sua trasformazione vera avverrà come nel passato, attraverso l'aggregarsi lento delle opinioni dei dottori. Del resto, anche per il futuro non sono prevedibili mutamenti radicali

---

(82) B. BRUGI, *La riforma della nostra legislazione civile*, cit., p. 195.

(83) Cfr. *ibidem*, p. 192: « diciamo chiaro e tondo che essa [la parola legislazione] non è altro che una delle tante reminescenze retoriche le quali infiorano il nostro linguaggio ».

(84) *Ibidem*, p. 202: « Soltanto dopo la formazione di un solido sistema di diritto civile italiano potrà esservi qualche autore cui toccherà la sorte di essere per le nostre future commissioni legislative ciò che fu Pothier per le francesi ».

ma solo, il romanista Brugi ne è certo, un « nuovo adattamento del diritto romano alla società nostra »<sup>(85)</sup>.

### 3.3. *Falsi iconoclasti: Guido Fusinato e la teoria del rischio professionale.*

I giuristi spesso richiedono una modifica del diritto sostanziale e fanno affiorare nella ricostruzione di istituti privatistici elementi innovativi ma non riescono a negare i confini tradizionali, a turbare — potremmo dire capovolgendo la fortunata espressione di Chironi<sup>(86)</sup> — il giuridico con il sociale, non riescono ad utilizzare il dibattito sulle nuove norme per proporre una ristrutturazione o uno sconvolgimento della sistematica degli istituti, a indirizzare i progetti verso una trasformazione tecnica del diritto civile.

Ne è un esempio lo scritto di Guido Fusinato del 1887 sul tema degli infortuni sul lavoro<sup>(87)</sup>, a cui occorrerà dedicare una qualche attenzione.

Partendo dal tema ‘speciale’ più discusso, l'autore giunge a porre in discussione l'intera struttura del contratto di lavoro e fa emergere una possibile nuova configurazione della responsabilità civile. Ma la sua tesi è piena di troppe incertezze e lo stesso autore alla fine indirizza gli effetti innovatori della sua teoria esclusivamente nel diritto pubblico, riconfermando così la difesa della purezza privatistica, l'esigenza di mantenerla al riparo dal sempre più difficile confronto con le trasformazioni della società industriale.

Lo scritto indica il punto più avanzato del dibattito privatistico sul tema degli infortuni e, nello stesso tempo, una svolta: l'abbandono dei tentativi volti a dare una soluzione di diritto privato al problema. Quest'ultima scelta — conforme all'indirizzo sotteso alle distinzioni

---

<sup>(85)</sup> B. BRUGI, *La guerra al diritto romano*, in *La scienza del diritto privato*, II, 1894, p. 462. Gli innovatori radicali e i critici del diritto romano ricordano a Brugi « i sacerdoti del diritto naturale » e il loro « culto di una religione universale che poi variava da cervello a cervello di filosofo »; accadde allora che « sfumato il delirio metafisico non venne fuori un nuovo adattamento del diritto romano alla società nostra ».

<sup>(86)</sup> L'espressione fu una delle più citate nel dibattito sulle leggi sociali.

<sup>(87)</sup> G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile* (in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, III, 2, 1887), poi in *Id. Scritti giuridici*, vol. II, Torino, Bocca, 1921, pp. 27 e ss.

sopra considerate — è già contenuta nello scritto di Fusinato ma sarà esplicitata nel dibattito successivo, allorché si preferirà leggere la teoria ivi contenuta — quella del rischio professionale — fuori dai criteri della responsabilità civile, senza affrontare le antinomie emergenti dal rapporto tra la soluzione data al tema degli infortuni e le norme di diritto comune della responsabilità per colpa.

Fusinato è estremamente critico nei confronti delle soluzioni privatistiche sino ad allora avanzate sul tema: si oppone alla teoria dell'inversione dell'onere della prova (che introduceva, a suo giudizio, un'ingiustificata deroga ai principi del diritto comune), alla teoria della responsabilità contrattuale del datore del lavoro (perché il contratto non è di per sé sufficiente a fondare la domanda dell'operaio) e ad un'interpretazione estensiva dei principi della colpa extracontrattuale (ingiustificabile secondo la lettera della legge) <sup>(88)</sup>. La *pars destruens*, fondata su una rigorosa analisi di diritto positivo, si articola seguendo senza alcuna innovazione la scia delle critiche avanzate per negare le interpretazioni che avevano tentato di risolvere il problema degli infortuni superando i rigorosi termini posti dagli articoli 1151 e seguenti del Codice civile. Più interessante, invece, è la *pars costruens*.

La soluzione del problema si può avere, secondo Fusinato, solo modificando le norme che regolano il contratto di locazione di opere. È qui che occorre intervenire, qui dove il legislatore, pur prodigo riguardo a contratti di minore importanza « di minuziose disposizioni di ogni genere », ha osservato soltanto « dispregio » e « silenzio ». In questo settore « lo stato del diritto non ha fatto un solo progresso dal diritto romano ad oggi » <sup>(89)</sup>, mentre la realtà sociale mostra l'effettività di un contratto che è « un prodotto nuovo dello svolgimento economico, politico e giuridico dei nostri tempi », evidenza, nelle sempre più marcate disuguaglianze delle posizioni

---

<sup>(88)</sup> Con la teoria dell'inversione dell'onere della prova si affermava che — in deroga al principio della responsabilità extracontrattuale per cui *actori incumbit probatio* — il convenuto doveva provare che il fatto era avvenuto per una negligenza imputabile solo al danneggiato, per caso fortuito o per forza maggiore. Molti ritenevano che la modificazione processuale lasciasse del tutto invariato il diritto sostanziale. Tra i primi sostenitori, da un punto di vista dottrinale, della teoria in Italia vi fu Francesco Schupfer (cfr. *infra* nota 108). Sulla teoria della responsabilità contrattuale cfr. *infra* 5.1.

<sup>(89)</sup> G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit., p. 31.

soggettive, l'inconsistenza del mito del libero contratto <sup>(90)</sup> e delinea un « nuovo periodo » avente come dato saliente l'immissione nel rapporto contrattuale « di un contenuto *obbligatorio* ... indipendente dalla volontà delle parti » <sup>(91)</sup>. È muovendo dunque da quest'ottica che si deve ricercare una soluzione per la questione della responsabilità per infortuni.

Il problema va risolto quindi *nel* diritto civile, attraverso un intervento legislativo volto a trasformare in funzione della realtà sociale istituti giuridici non più corrispondenti alla « progredita coscienza giuridica » di cui il giureconsulto (« che non creda esaurita l'opera sua nello stretto recinto della interpretazione dei Codici » <sup>(92)</sup>) deve farsi lettore.

In che senso allora l'analisi di Fusinato indirizza il dibattito *fuori* dal diritto privato?

Una prima risposta può essere data guardando le utilizzazioni successive della teoria del rischio professionale, completamente finalizzate a giustificare lo strumento 'esclusivamente' pubblicistico dell'assicurazione obbligatoria. Questa scelta, però, era già implicita nello scritto di Fusinato; uno scritto in cui era la stessa prospettiva di una soluzione civilistica eterodossa ad indirizzare il dibattito sulla via pubblicistica. Vediamo di cosa si tratta.

Potrà aversi una tutela efficace degli operai colpiti da infortunio solo « creando obblighi di risarcimento anche quando non esiste la colpa »: è questo l'assunto base su cui si fonda l'analisi di Fusinato. Occorre — prosegue — « una dottrina la quale escluda quanto più è possibile dalla controversia giuridica la questione della ricerca della colpa, fondando sopra un altro concetto l'obbligo del risarci-

<sup>(90)</sup> *Ibidem*, pp. 67 e 68: « l'operaio, da solo, come nel contratto si raffigura, è posto, *per effetto delle condizioni economiche attuali*, di cui il contratto di locazione d'opera non è che la manifestazione legislativa, nella impossibilità di fatto di far uso di quel libero volere che è condizione essenziale per la validità del contratto, e che la legge teoricamente gli attribuisce ».

<sup>(91)</sup> « ... non cioè come norma suppletiva alla volontà tacita delle parti, tali quindi che la volontà espressa vi possa derogare, ma come disposizioni assolute di legge ». *Ibidem*, p. 69. Insufficienti erano per Fusinato le proposte Glasson secondo il quale la nuova normativa avrebbe dovuto avere carattere dispositivo. Cfr. E. GLASSON, *Le Code Civil et la question ouvrière*, Paris, Pichon, 1886, pp. 31 e ss.

<sup>(92)</sup> G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit. p. 99.

mento »<sup>(93)</sup>. Tale impostazione spinge a porre al centro dell'analisi soprattutto gli infortuni originati da un evento diverso sia dalla colpa dell'operaio sia da quella dell'imprenditore, spinge a considerare il caso fortuito<sup>(94)</sup>, l'ipotesi in cui, stando al Codice del 1865, non si poteva accordare alcun risarcimento all'operaio infortunato.

Fusinato sostiene che l'impossibilità di risolvere tale ipotesi mediante il diritto privato è solo apparente. Sta qui la parte più interessante della sua teoria. Non si può, dice, ritenere il principio *casus a nullo praestantur* senza eccezioni, spesso infatti occorre, per concrete ragioni di giustizia, temperarne la rigida applicazione. Basti pensare, del resto, ad alcune regole del diritto germanico, oppure alla disposizione del Codice in tema di mandato, che stabilisce, derogando alla teoria romanistica, l'obbligo del mandante di tener indenne il mandatario di ogni danno da questi sofferto anche nel caso in cui non gli si possa imputare alcuna colpa<sup>(95)</sup>. Una soluzione al problema degli infortuni può essere ottenuta, conclude, proprio attraverso « una logica estensione » di quest'ultimo principio « alla locazione di opere, dove si ripete, nelle medesime circostanze, la medesima posizione giuridica », la presenza di un soggetto agente « nell'interesse dell'altro »<sup>(96)</sup>.

Alla stessa richiesta di modifica del diritto sostanziale si può giungere d'altra parte osservando la nuova realtà economica e la situazione dell'operaio in fabbrica. L'industria infatti « racchiude una causa perenne di pericolo »: gli infortuni, considerati nel loro complesso, non sono degli « imprevedibili avvenimenti » ma « accessori inevitabili » del lavoro in fabbrica e infatti « regolarmente si riproducono ». L'operaio di fronte agli « strumenti del suo lavoro »

<sup>(93)</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>(94)</sup> Fusinato si ispira ampiamente alla teoria di Adolf Exner [*Der Begriff der hoheren Gewalt*, Wien, Hoelder, 1883] volta a distinguere nettamente il caso fortuito dalla forza maggiore: con la *vis maior* si verifica un avvenimento estraneo all'industria, un avvenimento che 'sorpassa i casi della vita normale'. Solo in questa ipotesi si può escludere ogni responsabilità dell'industriale; il caso fortuito, invece, non elimina, secondo la teoria del rischio professionale, l'obbligo di risarcire i danni. Per una critica a tale distinzione tra caso fortuito e forza maggiore cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni*, cit. pp. 338 e ss.

<sup>(95)</sup> *Ibidem*, p. 75 (l'articolo cui si fa riferimento è il 1754).

<sup>(96)</sup> *Ibidem*, p. 76.

è oramai « un accessorio », « una dipendenza » delle macchine (« associato ai movimenti della macchina ... diventa un organo di questa » (97)). Di fronte a questi nuovi dati presenti nella società industriale l'unica conclusione possibile è dunque quella per cui l'onere degli incidenti deve gravare sull'industria (98).

Sia pure nell'ambito di un discorso *de jure condendo*, la separatezza della scienza giuridica dalle trasformazioni in corso pare spezzarsi: il giurista considera senza reticenze il sociale ed il giuridico, guarda nelle fabbriche e smitizza dogmi inapplicabili alla nuova realtà, rielabora giuridicamente — con uno strumentario, se si vuole, ancora grezzo — le situazioni di fatto di fronte a cui troppo a lungo il diritto civile aveva taciuto.

Qualora notassimo solo questo aspetto, la nostra lettura del testo di Fusinato resterebbe, però, monca e difficilmente riusciremmo a comprenderne la fortuna. Veniamo quindi al punto che ci interessa: perché tale teoria si sviluppò lontano dal diritto civile? In primo luogo occorre rilevare che il discorso di Fusinato è pensato come un contributo al legislatore, come richiesta di un'indispensabile « risoluzione legislativa » (99). Il nostro autore non intende forzare l'interpretazione delle norme del Codice, non intende utilizzare i dati economici e sociali per mutare la ricostruzione del diritto privato. Anzi, ciò che più colpisce nelle pagine di Fusinato è proprio il contrasto tra un'analisi in alcuni punti estremamente spregiudicata delle relazioni lavoristiche ed il permanere delle certezze civilistiche. « Primo compito del giureconsulto — afferma — è quello di studiare l'argomento esclusivamente dal punto di vista giuridico, e al di fuori di ogni preoccupazione estranea. Faccia altrettanto dal canto

---

(97) G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, p. 78: «Egualemente come il padrone sopporta i danni alla macchina che si guasta, deve sopportare e riparare quelli dell'operaio che sul lavoro è colpito da infortunio». Non ci interessa, giova ripeterlo, il grado di originalità della tesi di Fusinato — ampiamente tributaria di contributi scientifici d'oltralpe — bensì solo l'immissione di tale approccio nel dibattito italiano e le contraddizioni che esso genera nel discorso del giurista.

(98) G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, cit., pp. 77 e ss. Queste argomentazioni furono poi ampiamente utilizzate nel dibattito successivo. Cfr. per tutti T. BRUNO, *Infortunio sul lavoro*, in *Il digesto italiano*, XIII, I, 1904, pp. 782 e ss.

(99) *Ibidem*, p. 95.

suo l'economista »<sup>(100)</sup>. La scelta è quella di un (incongruo) isolamento del punto di vista giuridico, la stessa strategia utilizzata da Chironi per negare deroghe ai principi di diritto comune, per opporsi agli argomenti (sociali) dei fautori dell'inversione dell'onere della prova, per tenere lontano la questione giuridica dall'intervento dello Stato « a pro delle classi sofferenti », a tutela della « condizione tristissima degli operai colpiti dall'infortunio »<sup>(101)</sup>.

Le « considerazioni sociali », insomma, si presentano ancora come parte di una dimensione « indipendente » da quella giuridica; una dimensione quest'ultima che « per la sua natura » non può offrire 'soluzioni sociali': « non si presta mai infatti a giustificare l'intervento del legislatore in un rapporto giuridico con lo scopo di avvantaggiare uno dei contraenti a scapito dell'altro, per la considerazione che il primo è povero e il secondo è ricco »<sup>(102)</sup>.

Alle incertezze testé descritte occorre aggiungerne un'altra, più squisitamente tecnica, forse meno appariscente ma non per questo meno radicata nelle convinzioni del nostro autore. Fusinato individua due ipotesi di « obbligo di risarcimento » per il padrone: la prima è originata dalla colpa; la seconda dal caso fortuito (è esclusa la forza maggiore). Quest'ultima ipotesi non può però — precisa — essere ricondotta entro i confini della vera responsabilità. Il caso fortuito produce, sì, l'obbligo di risarcire i danni, ma non genera responsabilità. Il principio del rischio professionale, in altri termini, non attiene alla responsabilità. Fusinato è estremamente chiaro sul punto: l'obbligazione del datore di lavoro al risarcimento del danno si presenta « sotto due forme diverse: per una categoria di fatti come categoria regolata dalle norme di diritto comune, e la quale sta a carico del padrone come causa colpevole dell'infortunio; per l'altra come un obbligo di risarcimento derivante al padrone non già per *responsabilità*, che è *concetto correlativo di colpa*, mentre qui viene escluso ogni concetto di colpa, effettiva, finta o presunta, ma per la qualità che esso riveste di capo dell'intrapresa industriale »<sup>(103)</sup>. La

---

<sup>(100)</sup> *Ivi.*

<sup>(101)</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>(102)</sup> *Ivi.*

<sup>(103)</sup> *Ibidem*, p. 85.

configurazione classica della responsabilità non è posta in discussione.

L'argomento è, pochi anni dopo, così sviluppato da Ferraris: l'imprenditore in base alla teoria del rischio è colpevole per il solo fatto di essere imprenditore, è « inevitabilmente, permanentemente, perennemente in colpa civile », ma proprio per questo non più di vera colpa si tratta, non più di responsabilità vera, non più di diritto civile <sup>(104)</sup>. I termini sono capovolti ma il pensiero sviluppa coerentemente le affermazioni di Fusinato, ne trae tutte le conseguenze, estremizza la soluzione eterodossa per giungere ad un risultato pratico determinato dal principio dell'immutabilità della figura civilistica della responsabilità, quello per cui il problema degli infortuni può avere una soluzione solo *fuori* dal diritto e dalla responsabilità civile.

Ma ritorniamo, per concludere, a Fusinato. Dopo aver posto le premesse teoriche per affermare una responsabilità senza colpa, con la possibilità di attribuire con dei criteri civilistici anche il caso fortuito al datore di lavoro, egli poi nega lo stesso punto di partenza del suo discorso, concordando sostanzialmente con quanti ritenevano che la nuova realtà sociale non poteva (e non doveva) modificare gli istituti privatistici. La logica del diritto privato resta, alla fine, immutata. La soluzione al problema degli infortuni sul lavoro va trovata fuori dal diritto comune.

Si tornerà in seguito sul tema della soluzione pubblicistica data al tema degli infortuni. Quello che qui va sottolineato è che tale scelta era la più condivisibile da parte di una cultura giuridica ancora tutta protesa a difendere la costituzione civilistica e i tempi autonomi di trasformazione del nucleo 'vero' del giuridico. L'approdo delle leggi sociali al diritto pubblico, l'affermazione di una loro separazione dal diritto privato, rappresentavano il frutto di convinzioni dominanti che condizionavano anche l'analisi dei giuristi che intendevano affrontare senza reticenze i temi posti dall'industrializzazione. Le certezze del diritto privato (preindustriale) depotenziano, insomma, anche le proposte degli innovatori che, quando sono proposte radicali finiscono per muoversi lontano dai principi del

---

<sup>(104)</sup> Per la posizione di Ferraris cfr. *infra* 4. 1., in particolare nota 117.

diritto comune. La separazione tra giuridico e sociale (tra questione sociale e questione giuridica, tra leggi sociali-speciali e diritto comune) resta insuperabile anche in scritti che potrebbero permettersi il lusso di ignorarla. La ricostruzione ardita ma non iconoclasta <sup>(105)</sup> di Fusinato conferma l'operatività delle distinzioni della cultura giuridica dominante, conferma la difficoltà dei giuristi di fine secolo di abbandonare i dogmi consolidati per approntare senza pregiudizi strumenti tecnici di tutela per le emergenti situazioni di disuguaglianza sostanziale.

Non si deve però trarre da quanto sin qui detto l'affrettata conclusione che la scienza giuridica era immobile di fronte alle trasformazioni del sociale. Il tratto dominante nelle pagine dei giuristi a fine Ottocento non è infatti il rifiuto di un confronto col sociale ma la diffidenza verso un adeguamento del diritto civile alla società dettato da interventi particolari del legislatore; è il permanere del riferimento all'intangibilità della costituzione civilistica. Anche i fautori delle distinzioni non negano che esistano punti fragili nel sistema tradizionale, parti in cui il rispetto del rigore o del silenzio del Codice produce ingiustizie; la loro formazione li spinge, però, a sostenere che lo strumento per l'adeguamento del diritto civile alla società non possa essere dato né dai superficiali interventi del legislatore, né dalla piatta ripetizione negli studi giuridici di teorie e formule della scienza economica e della sociologia <sup>(106)</sup>.

---

<sup>(105)</sup> È quanto reclamava Giuseppe SALVIOLI: « bisogna essere radicali anche a costo di sembrare iconoclasti » (*I difetti sociali*, cit., p. 41).

<sup>(106)</sup> Va detto che i giuristi spesso non diffidavano completamente a torto di queste analisi. Basti pensare alla superficialità di tanti scritti sulla legislazione sociale ispirati dall'idea di trasporre automaticamente in linguaggio giuridico le acquisizioni dell'economia politica e della sociologia. Incomprensibilmente citato da MAYER MALY (*Arbeitsrecht*, cit., p. 3637), assieme ad uno scrittarello di un altro economista Edoardo GIRETTI (*Sull'intervento dello Stato nel contratto di lavoro*, Torino, Tip. L. Roux e C., 1894), come espressivo della « Entstheung eines Identitätsbewusstseins » della disciplina giuslavoristica in Italia, lo scritto di Aldo Contento è, ad esempio, una riproposizione acritica nel giuridico delle tesi degli economisti: la critica alla libertà contrattuale risoltasi « in potere maggiore accordato ai capitalisti di abusare delle misere condizioni degli operai » è incapace di superare lo stadio della denuncia per trasformarsi in concreto strumento di analisi giuridica delle norme della legislazione sociale italiana di fine secolo (A. CONTENTO, *La legislazione operaia. Origini, sviluppo, stato attuale*, Torino, Roux e Viarengo, 1901, pp. 18 e ss.). Oppure si pensi all'introduzione di Bassano GABBA ad una raccolta

L'esplicito ricorso alle distinzioni (e l'involontaria caduta in esse) è espressivo della perdurante convinzione che un'incidenza immediata del sociale sul giuridico sia impossibile. Offrendo un filtro all'assunzione dei nuovi fatti e dei nuovi soggetti nel giuridico, le rigorose distinzioni riaffermano le certezze di una scienza giuridica condizionata dall'ingombrante presenza dei principi 'di sempre' anche in anni caratterizzati da un convulso complicarsi delle relazioni sociali. Questa mentalità ebbe un ruolo relevantissimo nella configurazione della natura giuridica delle leggi sociali e anche nella prima formazione del diritto del lavoro, quel diritto novissimo che pur esigevo un pregiudiziale rifiuto delle distinzioni, un consapevole distacco dalla disciplina romanistica e dai silenzi del Codice. Non a caso, del resto, la ricostruzione più accorta del contratto di lavoro, quella di Lodovico Barassi, è opera di un giurista ben immerso nella mentalità della civilistica tradizionale, ed è un'opera che assume a suo indiscutibile fondamento il diritto romano, i silenzi del Codice e una rigida distinzione tra giuridico e sociale, tra diritto comune e diritto pubblico.

Le due principali direttrici che influenzarono il confronto tra la scienza giuridica e le prime leggi sociali sono caratterizzate a fondo da questa mentalità. Una prima direttrice (che potremmo definire

---

di leggi dell'ambizioso titolo *Trent'anni di legislazione sociale* (Torino, Bocca, 1901), una sorta di massimario — come sostenne anni dopo Francesco ARCA (*Legislazione sociale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, vol. VI, I, Milano, Società editrice Libreria, 1930, p. 29) — della « scuola sociologico-organicistica-solidaristica » teso a desumere 'conseguenze pratiche' nel campo del diritto dai principi della sociologia. Il diritto — scrive Bassano Gabba — deve adattarsi ai fondamentali principi della moderna sociologia per rispondere « allo stato della coscienza sociale »: « se pertanto la coscienza sociale oggi giorno è tutta informata alla nozione organica e al bisogno di solidarietà anche il diritto deve adattarsi a questa intonazione. Di qui deriva un nuovo concetto fondamentale di diritto che si impone ai legislatori »: « non ... più la uniformità ma la specialità, non più la legge di uguaglianza ma di proporzione », « il diritto-integrazione all'opposto del diritto-indifferenza » (pp. 15, 16 e 17). Un nuovo diritto solidaristico che è, naturalmente, in via di inevitabile realizzazione nelle leggi sociali: « Dai sommi vertici della gerarchia sociale al remoto, tranquillo gabinetto dello studioso, la parola riforma e quella di solidarietà vibrano, inseguendosi instancabilmente per tutti i meati della vita sociale. I legislatori trepidanti al proposito di sconvolgere il jus tradizionale, in leggi speciali si studiano di assecondare il movimento e consacrano le reclamate novità » (pp. 24 e 25).

*difensiva*) mirava ad espellere dal diritto civile l'intervento speciale, pubblicistico, dello Stato e intendeva in tal modo conservare la purezza e l'autonomia del diritto civile codificato. L'altra direttrice (che potremmo dire *offensiva*) perseguiva gli stessi fini, non più attraverso il progressivo restringimento dell'area civilistica, bensì attraverso un tentativo di estensione della normative di diritto comune alla nuova realtà. In quest'ultimo caso si giungeva al sociale non mediante il comando legislativo ma in virtù, diciamo così, di un moto espansivo proprio delle norme classiche: non si guardava al legislatore ma alla capacità della scienza giuridica di far fronte all'impatto dei mutamenti sociali accelerati coi suoi soli strumenti. La prima direttrice fu quella che più influenzò l'analisi della natura giuridica della legislazione sociale <sup>(107)</sup>; la seconda negò un'emarginazione del diritto comune in uno spazio sempre più limitato, mirando a riaffermare la sua capacità di lettura della mutata realtà sociale. È soprattutto in quest'ambito che si inquadra la nascita della scienza giuslavoristica <sup>(108)</sup>.

Avvinte dal fascino di una possibile purezza del discorso giuridico, entrambe le prospettive tentarono di comprendere e di analizzare in solitudine le nuove relazioni individuali e sociali; entrambe mirarono a non considerare come 'vero diritto' le leggi sociali ed entrambe, però, furono comunque costrette a fare i conti con l'intervento dello Stato come strumento riordinante di una realtà sociale sempre più difficilmente collocabile nelle forme della costituzione civilistica <sup>(109)</sup>.

#### 4. *Tra pubblico e privato: la natura giuridica delle leggi sociali.*

I problemi sociali posti dall'industrializzazione sono dunque osservati dai giuristi attraverso il filtro di nette distinzioni, quelle date dai confini tra diritto, economia e sociologia, quelle fissate dalle divisioni interne alla stessa area giuridica, prima fra tutte la dicotomia tra pubblico e privato. Collocate come sono sul crinale dei

---

<sup>(107)</sup> Cfr. *infra*, paragrafo 4.

<sup>(108)</sup> Cfr. *infra*, paragrafo 5.

<sup>(109)</sup> Cfr. *infra*, paragrafo 6.

diversi confini, le leggi sociali complicano la geografia del territorio ma i giuristi non si inoltrano nelle nuove terre e, forti delle loro certezze, si limitano per lo più a guardarle da lontano. Dalla fine degli anni Ottanta, mentre il dibattito sulle leggi sociali diviene più acceso, i giuristi rispondono al complicarsi della realtà sociale e istituzionale rimarcando in maniera ancora più forte i tradizionali confini.

È in particolare il dibattito sugli infortuni sul lavoro a subire una svolta: ispirandosi alla legislazione tedesca degli anni Ottanta, i disegni di legge pongono ora al centro dell'attenzione il sistema dell'assicurazione obbligatoria. Il passaggio a questa fase del dibattito è intesa come una vittoria da parte di quanti avevano puntato sulle distinzioni, su un rifiuto di qualsiasi contaminazione tra criteri giuridici e sociali. L'approdo a una soluzione di diritto pubblico suona come una conferma dell'impossibilità di risolvere il problema degli infortuni sul lavoro modificando il diritto civile, mettendo in discussione i principi del sistema codicistico in base al riconoscimento dell'esistenza di uno squilibrio sociale tra le parti contraenti uguali <sup>(110)</sup>. Con le sue ambiguità lo scritto di Fusinato confermava,

---

<sup>(110)</sup> È questo il problema più rilevante affrontato nel dibattito parlamentare sul progetto Berti per l'inversione dell'onere della prova. Cfr., ad esempio, l'intervento di Vincenzo Picardi (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Legislatura XV, I sessione, tornata del 16 maggio) che, dopo aver ribadito che nel diritto comune vi sono « principi immodificabili » — e tra questi spicca quello per cui la colpa non si presume — afferma che al legislatore non spetta il compito di andare alla ricerca dei deboli per farne una classe da proteggere: « una simile analisi sconvolgerebbe tutto il nostro diritto privato; il quale ci dice con formula eminentemente democratica che dinanzi alla legge gli uomini capaci sono tutti uguali ». Nel dibattito sull'inversione dell'onere della prova era stato soprattutto Francesco SCHUPFER a richiedere, in nome dei « superiori principi di uguaglianza », « il favore » per le classi lavoratrici dell'onere della prova (*La responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Roma, tip. Botta, 1883). « L'uguaglianza formale — scrive Schupfer — deve trovare il suo completamento nella uguaglianza materiale ... Le condizioni diseguali esigono anche un trattamento diseguale » (p. 25). Per ristabilire l'equilibrio è sufficiente, a dire di Schupfer, una trasformazione del solo diritto processuale; un diritto i cui principi sono « eminentemente relativi », un diritto che nel corso della storia non è mai stato considerato come assoluto ed immodificabile. L'eliminazione, quindi, delle « difficoltà della prova » (pp. 17 e ss) e delle « lungaggini del processo » (Schupfer condivide pienamente le norme del progetto Berti che disponevano una procedura in via sommaria e d'urgenza e l'eseguibilità provvisoria, nonostante opposizione od appello, della sentenza) avrebbero così dato piena ed uguale

del resto, che anche i giuristi più attenti alle tematiche sociali non riuscivano a valicare i confini della costituzione civilistica. Il legislatore non fu più coraggioso. Il dibattito parlamentare degli anni Ottanta e Novanta segue un analogo itinerario: si passa da una riforma impossibile nel diritto comune ad un diritto speciale, condannato nel diritto pubblico. La riforma appare possibile solo nel momento in cui ci si convince che la legge sociale non incide sulle immutabili certezze del Codice.

#### 4.1. *Una soluzione pubblicistica obbligatoria: dalla responsabilità civile all'assicurazione.*

La discussione parlamentare — del maggio 1885 alla Camera e dell'aprile 1886 al Senato sul progetto Berti per l'inversione dell'onere della prova nei casi di infortunio sul lavoro — segnò il momento più netto di contrapposizione tra i fautori di una soluzione della questione sociale che non si arrestasse dinanzi alla intangibilità del Codice e i difensori della costituzione civilistica.

Il dibattito in aula ricalcò fedelmente quello giuridico. Grimaldi — succeduto a Berti al Ministero di Agricoltura, Industria e Com-

---

attuazione al diritto sostanziale. La disponibilità di Schupfer a flettere le norme processuali in relazione ai concreti bisogni non trova alcuna corrispondenza nel campo del diritto sostanziale. Qui il nostro giurista non riesce a svincolarsi da una manichea distinzione tra norme evolute e 'barbare', tra romano e non romano: il restringersi della responsabilità alla sola imputabilità per colpa è presentato come una conquista di civiltà rispetto alla « massima dell'antico diritto barbarico » per cui l'individuo doveva rispondere a tutto quanto era in relazione causale con la sua persona. Riecheggiando Rudolf von JHERING (*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867), in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, pp. 155 e ss.), afferma che non si può « andare a ritroso » rispetto alle conquiste romanistiche. In base a tale assunto nega decisamente la possibilità di riconoscere per gli infortuni una responsabilità allargata sino al caso fortuito o, addirittura, sino alle ipotesi di colpa dello stesso danneggiato. L'immutabilità negata nell'elastico campo del diritto processuale riemerge in riferimento al diritto sostanziale ove non può aversi una teoria diversa da quella romanistica « senza sconvolgere i principi che regolano la materia della umana responsabilità » (p. 15). Preoccupazioni queste evidenti in maniera più grossolana nelle pagine di un altro fautore del principio dell'inversione: E. VIDARI, *La legislazione sociale in Italia*, in *Monitore dei tribunali*, XXVII, 1886, pp. 1045 e ss.; e soprattutto ID., *A proposito di alcuni progetti di legge sugli infortuni del lavoro*, in *Rendiconti del R. istituto lombardo di scienze e lettere*, serie II, vol. XXVIII, 1895, pp. 4 e ss. dell'estratto.

mercio — rivendicò le ragioni del legislatore a provvedere agli interessi sociali « sia col Codice ... sia anche senza e contro il Codice ». In questioni che sono allo stesso tempo giuridiche e sociali, il Codice non deve essere considerato un « ostacolo insormontabile » <sup>(111)</sup>. Il portavoce più accorto dei fautori delle distinzioni è invece il deputato calabrese Bruno Chimirri, relatore della Commissione: « a me sembra — afferma — che una cosiffatta mistura dell'elemento giuridico e dell'elemento sociale, in materia attinente al diritto privato, costituisca un vero e serio pericolo » <sup>(112)</sup>. Attorno a questo nodo la discussione continuò a svilupparsi anche al Senato, ove le resistenze al progetto furono vincenti <sup>(113)</sup>.

Illustrando alla Camera la sua posizione, Chimirri individua la linea che il dibattito avrebbe seguito negli anni successivi. Il contenuto del diritto privato — afferma — non può essere confuso con quello del diritto pubblico. Una confusione si può avere sia assor-

---

<sup>(111)</sup> *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XVI, I sessione, tornata del 18 maggio. « In argomenti di simil genere non si può scindere il criterio giuridico dal sociale; e tutti gli errori nascono dal voler separare questi due concetti che sono inscindibili » (p. 13783). « Noi siamo legislatori, e dobbiamo vedere soltanto se esistono e meritano protezione quegli interessi a cui vogliamo provvedere. Queste sono le ricerche che dobbiamo fare, non altre. Per me questa figura di Codice rigida, impettita, che cammina in mezzo alle genti senza tener conto dei lamenti di alcuno, restia a qualunque querela, restia a qualunque interesse, io questa figura non l'intendo » (p. 13795). Del resto, proseguiva il Ministro Grimaldi lanciandosi in ardite analogie, il Codice che protegge tante specie di debolezze, minori donne incapaci prodighi, deve proteggere anche la debolezza degli operai. Cfr. per argomentazioni simili M. AMAR, *Studi di diritto industriale*, cit., soprattutto nella parte in cui (pp. 467 e ss.) critica la divisione di Chironi tra giuridico e sociale.

<sup>(112)</sup> *Atti parlamentari*, ult. loc. cit., p. 13798. Cfr. inoltre la relazione della Commissione — era relatore lo stesso Bruno Chimirri — per le critiche ivi contenute al principio dell'inversione: « non è giustificato dalla ragione giuridica, perché la responsabilità civile, involgendo questioni di *tuo* e di *mio* non può determinarsi per criteri subbiettivi attinenti alla condizione sociale dell'offeso, ma deve sottostare alle norme del diritto comune, che regolano obbiettivamente tutta la materia dei quasi delitti. Ogni deviazione da queste norme costituirebbe un privilegio a favore di una classe con detrimento dell'altra » (*Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, Leg. XV, I, sessione, Doc. 73 A).

<sup>(113)</sup> Alla Camera il progetto era stato approvato con uno scarto di pochissimi voti. Sull'iter parlamentare del progetto si cfr. G. MONTELEONE, *La legislazione sociale al Parlamento. Gli infortuni sul lavoro*, cit.

bendo parti del privato nel pubblico, e in questo caso si dà luogo al socialismo di Stato, sia introducendo nel diritto privato i criteri e il contenuto del diritto pubblico. Delle due forme di confusione la seconda è senz'altro la più pericolosa: essa mira infatti non a una « limitazione della libertà e del patrimonio individuale a profitto della collettività », bensì alla « violazione del diritto privato a favore de' singoli », alla costruzione del « più funesto dei socialismi », quello in grado di sconvolgere il diritto civile, il diritto comune. La prima forma, quella del socialismo di Stato, pur essendo contraria all'iniziativa privata, non « ripugna ai fini dello Stato », non è altro che « l'esagerazione dell'ufficio suo » (114). Tra i due mali la scelta non può che ricadere su quello minore, quello meno a contatto con i principi del Codice posti a « fondamento del vivere civile » e con la proprietà, che non può « essere esposta ai venti della politica ed all'arbitrio della maggioranza » (115).

La posizione è chiara e schematica: dietro all'innocuo principio dell'inversione dell'onere della prova c'è lo sconvolgimento del diritto privato, lo spettro di un 'funesto socialismo'. Il timore di una violazione del diritto privato a favore dei singoli, di uno sconvolgimento del diritto comune uguale, riproduce fedelmente le convinzioni dei giuristi riguardo all'impossibilità di immettere nel diritto privato contenuti di diritto pubblico.

La soluzione allora non può che essere ricercata nell'assorbimento di parti di diritto privato nel diritto pubblico, nella (eccezionale e transitoria) rinuncia del diritto comune a regolare alcuni ambiti di sua competenza; una soluzione questa che appare come il male minore perché lascia intatte le certezze codicistiche, perché non minaccia la proprietà, perché non infrange l'immagine di un rapporto tra diritto e società affidato ad un corso naturale, cauto e lento, posto al sicuro dai possibili arbitrii del legislatore.

L'intransigente rifiuto di interventi sul Codice (la tenace opposizione all'inversione dell'onere della prova) rappresenta una strenua difesa del diritto uguale e dell'ordine degli individui, una complessiva difesa dell'ordine politico-giuridico dello Stato liberale. Rispetto

---

(114) *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Discussioni*, Leg. XVI, I sessione, tornata del 18 maggio, p. 13798.

(115) *Ibidem*, p. 13804.

al netto rifiuto di qualsiasi intervento dello Stato, la rappresentazione di una legge sociale operante esclusivamente nel diritto pubblico offre una tranquillizzante mediazione: attribuisce sì nuove competenze all'amministrazione ma non fa affiorare lo scontro tra le nuove esigenze sociali e i principi della costituzione civilistica. L'intervento dello Stato può essere anche tollerato, a patto però che il diritto privato, il diritto comune, sia posto al riparo dalla legge speciale.

Accettare la pubblicistica assicurazione obbligatoria appare meno pericoloso di una qualsiasi, sia pure lievissima, modificazione della responsabilità civile e del Codice. Non a caso a partire dal 1890 il tema degli infortuni viene sempre meno considerato dal punto di vista civilistico e sempre più assorbito dal riferimento a meccanismi ritenuti appartenenti al solo diritto pubblico <sup>(116)</sup>.

La fuga dal diritto civile è confermata dalle pagine dei giuristi riguardo al rischio professionale. Carlo Francesco Ferraris è, ad esempio, attentissimo a sviluppare gli argomenti di Fusinato <sup>(117)</sup> preoccupandosi di non fare alcun riferimento alla responsabilità civile e al contratto di lavoro. Unica conseguenza della teoria del rischio professionale è, a suo giudizio, l'attribuzione del carico

---

<sup>(116)</sup> Il primo progetto in questa direzione fu quello presentato dal Ministro Miceli nel 1890. Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, Leg. XVI, 4. sessione, Doc. 116; cfr. anche la relazione della Commissione, in *ibidem*, Doc. 116 A.

<sup>(117)</sup> Cfr. C.F. FERRARIS, *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità dei padroni per gli infortuni sul lavoro*, Roma, Botta, 1889, p. 6: « colui che prescrive in modo, che direi dispotico, le condizioni in cui si esercita il lavoro, e normalmente si appropria di tutto il lucro dell'impresa, deve anche provvedere a che si rimuovano tutti i danni che possono derivare alla persona dell'operaio dall'esercizio del lavoro ». Oppure, ancora, ben più drasticamente: « l'imprenditore è inevitabilmente, permanentemente, perennemente in colpa civile: crea l'impresa, diventa *ipso facto et ipso jure* colpevole degli infortuni che vi si avverano: è colpevole pel solo fatto di essere imprenditore. Ma appunto per questo alla sua colpa non si può più dare la figura giuridica che ha nel diritto comune » (Id., *Gli infortuni sul lavoro e la legge*, Roma, Botta, 1897, p. 47). La preoccupazione principale di Ferraris è quella di separare il nuovo principio dalla responsabilità civile. « Il vero e proprio principio del rischio professionale esclude la responsabilità nel senso del diritto comune: esso è la negazione del principio della responsabilità » (*ibidem*, p. 49). Comprensibile ci pare lo stupore di Pasquale JANNACONE (*Contratto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, III, 3, 1898, p. 1070): è ben strano che, dopo aver ammesso « tanti e tali elementi di colpa », Ferraris ne faccia derivare l'assenza di qualsiasi responsabilità civile.

pecuniario dell'assicurazione in capo al datore di lavoro. Il vantaggio del nuovo sistema sta proprio nella sua capacità di cancellare la responsabilità civile dei padroni <sup>(118)</sup>.

Nata inizialmente come ricostruzione volta a valutare il caso fortuito e le imprudenze dello stesso danneggiato come un prodotto inevitabile dell'industria, come una conseguenza inevitabile della «confidenza con il pericolo», nata dunque per affermare una responsabile dell'imprenditore indipendentemente dal meccanismo della colpa, la teoria del rischio professionale veniva sospinta in un campo in cui si riteneva che i suoi caratteri innovativi fossero depotenziati. La teoria che colpiva i pilastri fondamentali della teoria classica della responsabilità per colpa (il principio per cui non esiste responsabilità per i danni dovuti a caso fortuito e quello per cui non si ha responsabilità in caso di danno verificatosi per colpa dello stesso danneggiato), quella teoria che appariva a Vittorio Emanuele Orlando «una demolizione cosciente, scientificamente completa, della teoria tradizionale» <sup>(119)</sup>, si presenta ora come un innocuo corollario dell'assicurazione obbligatoria. Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria — si precisa — sono due termini «assolutamente inconciliabili tra loro» <sup>(120)</sup>.

Gli infortuni sul lavoro costituivano il caso più macroscopico di

<sup>(118)</sup> Cfr. C.F. FERRARIS, *L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità*, cit., p. 11; ID., *L'assicurazione degli operai in Germania*, in *Nuova Antologia*, XXII (terza serie), f. XVI, 1889, p. 736: ove i vantaggi del sistema pubblicistico dell'assicurazione obbligatoria sono contrapposti ai «cavilli e sotterfugi», alle «alterazioni nelle ordinarie norme giuridiche», alle «liti e lotte» e al «nuovo seme di malumore e di odio fra padroni ed operai» della soluzione civilistica. Lo stesso Fusinato, sia pure con maggiori sfumature, si schierò per una distinzione dei problemi, cfr. G. FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro alla Camera dei deputati* (1896), in ID., *Scritti giuridici*, cit. pp. 525 e ss.

<sup>(119)</sup> V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile. A proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1893, p. 338.

<sup>(120)</sup> Dopo l'approvazione della legge sugli infortuni questa è 'la verità' che deve guidare i giudici: «una verità indiscutibile e che deve costantemente illuminare chi è chiamato ad applicare la legge in questione ... [è] che il rischio professionale e la responsabilità civile sono due termini assolutamente inconciliabili tra loro»; il primo è infatti fondato sul diritto pubblico, la seconda sul diritto privato (A. BRUSCHETTINI, *La responsabilità civile dell'imprenditore secondo la legge 17 marzo 1898*, in *Rivista sugli infortuni del lavoro*, I, 1, 1899, p. 8).

‘distacco’ del diritto comune dalla nuova realtà sociale, il caso in cui era più semplice far emergere nella coscienza giuridica la necessità di un nuovo principio di responsabilità non più fondato sulla colpa <sup>(121)</sup>; invece di affrontare il nodo posto dalla responsabilità civile si preferì confinare il problema nel diritto pubblico, insistendo su uno scambio tra garanzia e via giudiziaria (con l’assicurazione obbligatoria l’operaio infortunato ottiene sempre un’indennità ma essa è minore di quella che avrebbe potuto ottenere attraverso il diritto comune) <sup>(122)</sup>. Forti della convinzione dell’immutata operatività del principio della responsabilità per colpa, convinti della netta separazione esistente tra la sfera del diritto privato e quella del diritto pubblico, gli interpreti si guardarono bene dall’utilizzare i nuovi principi nel diritto civile <sup>(123)</sup>.

L’insistenza nel dibattito parlamentare sul tema dell’impossibilità di affrontare particolari situazioni sociali attraverso una modificazione del Codice riproduce appieno gli schemi di quanti intendevano immunizzare il diritto civile da un contatto immediato con il mutamento sociale. L’approvazione della legge sociale di maggiore importanza non distrusse, come ritenevano gli innovatori, le distinzioni della scienza giuridica dominante ma le riconfermò. Seguendo proprio quelle distinzioni il dibattito aveva abbandonato « espedienti mezzo giuridici e mezzo sociali », non aveva confuso il terreno della severità del Codice, « i severi principi del diritto », con il campo ben diverso dominato dai « criteri più larghi e flessibili della pubblica utilità » <sup>(124)</sup>.

---

<sup>(121)</sup> Cfr. in tal senso. V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova tecnica sul fondamento giuridico della responsabilità civile*, cit.

<sup>(122)</sup> La legge del 1898 (art. 22) stabiliva che la responsabilità rimaneva solo nel caso in cui per il fatto da cui l’infortunio era derivato c’era stata una condanna penale. Cfr. ampiamente sul punto A. AGNELLI, *Commento alla legge sugli infortuni sul lavoro*, Milano, Società ed. Libreria, 1905, pp. 533 e ss.; G.G. BALANDI, *Un caso di archeologia industriale: ciò che resta oggi del « rischio professionale »*, in *Rivista giuridica del lavoro*, III, 1976, pp. 93 e ss.

<sup>(123)</sup> Cfr. in generale sul punto G. ALPA - M. BESSONE, *La responsabilità civile (Illecito per colpa. Rischio d’impresa. Assicurazione)*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 115 e ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.

<sup>(124)</sup> Cfr. esplicitamente in tal senso *Atti parlamentari, Camere dei deputati, Documenti*, Leg. XVI, 4. sessione (1889/90), Doc. 116 A, p. 2: « l’inversione dell’onere

La regolamentazione dei fatti che creavano una crisi nelle certezze dogmatiche era demandata al diritto pubblico: la costituzione civilistica si conservava pura (le questioni giuridiche restavano circoscritte nel campo giuridico), mutavano i rapporti di forza tra gli assetti disciplinari interni all'universo giuridico: una serie crescente di fatti sociali era attribuita alle regole 'non giuridiche' della regolamentazione amministrativa, il diritto civile restringeva il suo campo di applicazione ma restava 'immutato'.

Tale difesa dell'ordine dei privati ben si inseriva nella tendenza in atto di espansione degli apparati amministrativi e nell'affiorare della crisi dello Stato di diritto liberale. Il diritto pubblico cresceva a spese del diritto privato il quale però, secondo i giuristi, si sottraeva ai ritmi accelerati delle trasformazioni sociali in corso <sup>(125)</sup>: la soluzione dei nuovi conflitti sociali era affidata ad una legislazione ritenuta soltanto pubblicistica, extragiuridica <sup>(126)</sup>.

---

della prova, la colpa contrattuale ed altri simili espedienti, mezzo giuridici mezzo sociali non bastano ... perché le questioni giuridiche devono tenersi circoscritte nel campo giuridico, e risolversi coi severi principi del diritto; dove le questioni sociali occupano un campo affatto diverso, vanno trattate coi criteri più larghi e flessibili della pubblica utilità ».

<sup>(125)</sup> Le finzioni che sorreggono l'unitarietà del Codice sono accentuate allorché cominciano a delinearsi i primi segni della « dissoluzione dell'unità interna del diritto privato » di cui parla Franz WIEACKER (*Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, in particolare pp. 167 e ss., 285 e ss., ed orig. Göttingen, 1967). Cfr. anche ID., *Diritto privato e società industriale*, Napoli, E.S.I., 1983 (ed orig. Frankfurt am M., 1974) con una introduzione di G. Liberati.

<sup>(126)</sup> In questa tendenza si inserisce anche la legge 1893 sui proviviri del lavoro. I proviviri dovevano applicare non « le norme dello stretto diritto » ma i « benigni criteri dell'equità », simboleggiavano una « tenda di pace alzata tra capitale e il lavoro » (Luigi Luzzati), avevano una funzione conciliativa, pacificatrice, dovevano introdurre l'accordo, la 'pace' in luogo delle « perniciose lotte » nella « grande famiglia industriale ». Cfr. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti*, Leg. XV (unica), Doc. 113 (da cui è tratta la citazione di Luzzati); *ibidem*, Leg. XVII (unica), Doc. 117, Doc. 136 e 136 A; *ibidem*, Leg. XVIII (I sessione), Doc. 84 e 84 A, in cui si possono ripetutamente riscontrare i termini sopra riportati. Il privilegio dato alla « missione conciliativa » e all'attività decisoria solo « accessoria » attribuita ai proviviri si spiega non solo in base all'esigenza, realmente sentita, di non intaccare l'unitarietà della giurisdizione — nel 1888 erano stati aboliti i Tribunali di commercio — ma anche in base alla convinzione che le nuove relazioni sociali fossero 'extragiuridiche', poiché avevano un volto giuridico indecifrabile

#### 4.2. *L'impossibile superamento delle dicotomie.*

Il riferimento sempre più ampio al termine *legislazione sociale* sostiene la distinzione tra pubblico e privato, impedisce che essa crolli di fronte ai problemi connessi all'industrializzazione.

Gli esempi in proposito potrebbero essere numerosi ma è forse sufficiente far riferimento all'analisi di due studiosi dell'ambiente torinese: Cesare Nani e Gioele Solari. Le riflessioni dei due autori sono poste a più di un decennio l'una dall'altra, sono diversissime nell'impostazione e negli obiettivi; entrambe però sono il prodotto di giuristi particolarmente sensibili alle trasformazioni sociali in atto e, nello stesso tempo, ben immersi nella tradizione giuridica, entrambi — ed è il profilo che qui più ci interessa — mostrano la difficoltà di un abbandono della dicotomia tra pubblico e privato, e utilizzano la legislazione sociale come strumento teorico atto a confermare le certezze del diritto privato.

La preoccupazione principale di Nani è quella di mostrare erronea una tesi di Otto von Gierke che si andava pericolosamente diffondendo anche nella letteratura giuridica italiana. L'illustre germanista aveva proposto una soluzione giuridica per i temi sociali in contrasto con le distinzioni sopra considerate: movendo dalla critica alla distinzione romanistica tra diritto pubblico e diritto privato, Gierke aveva respinto decisamente la collocazione delle leggi sociali in un ambito speciale, staccato dalla sistematica coerenza di un diritto privato « individualista e romanistico », chiuso in una « dogmatica morta »<sup>(127)</sup>. Per Gierke *il compito sociale del diritto privato*

---

secondo i tradizionali canoni paleoliberali. Sul fallimento del compito istituzionale affidato dal legislatore ai probiviri e sulla funzione da essi effettivamente svolta nella prassi delle relazioni lavoristiche si rinvia a E. BALBONI, *Le origini dell'organizzazione amministrativa del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 7 e ss.; M. CAPPELLETTO, *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e i probiviri*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, pp. 1198 e ss.; G. MONTELEONE, *Una magistratura del lavoro: i Collegi dei probiviri nell'industria (1883-1911)*, in *Studi storici*, 1977, II, pp. 87 e ss. A. PROTO PISANI, *Lavoro (controversie in materia di)*, in *Appendice al Novissimo Digesto*, IV, pp. 62 e ss.

<sup>(127)</sup> O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), Frankfurt am M., Kostermann, 1943, p. 13. Si veda anche ID., *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1889, pp. II e ss. Per un'analisi del testo gierkiano si rinvia a G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein*

deve essere soddisfatto mediante una trasformazione capace di investire anche il suo centro, attraverso un mutamento complessivo dei suoi principi. Il perseguimento di un tale obiettivo — è, com'è noto, la tesi esposta nel *Vortrag* viennese del 1889 — esige prima di tutto l'abbandono dell'erronea, netta distinzione tra pubblico e privato ed il recupero del principio germanico dell'unità del diritto <sup>(128)</sup>. Inevitabilmente, nel tentativo di superare la grande dicotomia, il diritto sociale gierkiano non può che rifiutare le leggi sociali-speciali, non può che respingere l'argomento della loro transitorietà ed eccezionalità <sup>(129)</sup>.

Pochi anni dopo, nel 1892, in una ricognizione critica del socialismo giuridico effettuata presso l'accademia delle scienze di Torino, Nani si contrappone senza mezzi termini a tali argomentazioni.

La fusione in un'armonica unità — afferma lo storico del diritto — fra diritto pubblico e privato, fra interessi privati e generali, niente ci dice sui criteri con cui essa debba realizzarsi, non indica la misura con cui determinare « la porzione di interesse privato » e la « porzione di interesse pubblico ». Si determina con tale incertezza il pericolo che il diritto di proprietà e la libertà contrattuale siano vanificati da un assoggettamento senza limiti ai doveri sociali <sup>(130)</sup>. L'unità reclamata da Gierke riesce solo, con un modo di essere tipico dei diritti primitivi, a tener confusi due elementi eterogenei <sup>(131)</sup> e a riproporre una battaglia già persa: « la lotta pel diritto dell'avvenire non può più essere, come una patriottica illusione fa credere al Gierke, una lotta fra il diritto romano e il diritto germa-

---

« *juristensozialismus* » Otto von Gierke, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4, t. I, 1974/75, pp. 319 e ss.

<sup>(128)</sup> O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, cit., pp. 4 e ss.

<sup>(129)</sup> Sulla difficoltà di assumere il diritto sociale come categoria autonoma di fronte alla dicotomia pubblico-privato cfr. N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, XI, Torino, Einaudi, 1980, pp. 401 e ss.; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 696 e ss. P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, in *ibidem*, XXXV, 1986, pp. 660 e ss.

<sup>(130)</sup> C. NANI, *Il socialismo nel Codice civile*, Torino, Clausen, 1892, pp. 35 e ss.

<sup>(131)</sup> *Ibidem*, p. 30.

nico. Il gran duello si è già combattuto, e già da secoli ne furono decise le sorti » (132).

Al di là della polemica contro il diritto germanico, ciò che più preme a Nani è ristabilire la divisione tra il sociale e il diritto privato, « rivendicando al diritto privato una completa indipendenza »: « né in tutto né in parte, né al punto di partenza né in altro qualsiasi della loro carriera i due termini si trovano naturalmente confusi insieme; esso [il diritto privato] non ha per base la società e l'individuo in pari tempo, ma unicamente l'individuo; si svolge nell'ambiente sociale ma non si confonde con questo ambiente » (133). Nani, con maggiore accortezza di Delogu, non nega le relazioni del diritto privato con il diritto pubblico, egli si sforza, però, di mostrare l'inalterata operatività dell'antica distinzione, sia in riferimento al modo 'tipico' di essere del diritto civile, sia in riferimento ai problemi della società industriale.

La difesa della separazione del diritto privato individuale dal 'diritto sociale' non comporta l'elogio di uno sfrenato individualismo. Nani guarda ai meccanismi che mitigano i casi di « aperto contrasto » tra l'utilità dei singoli e quella generale, non solo al concetto di ordine pubblico (134) quale *limite negativo* dell'attività dei privati, ma anche al *limite positivo* attraverso cui, in caso di « necessità impellente » (135), si possono indirizzare determinate relazioni giuridiche verso fini prestabiliti. Già concretamente operante nel sistema codicistico (richiama in proposito i rapporti di vicinato e le servitù prediali), il limite positivo può essere utilizzato come criterio di politica legislativa per fissare nuovi principi giuridici lì dove esistono gravi lacune nel Codice. Un caso macroscopico in cui « la somma necessità esiste » è — dice — quello del contratto di

---

(132) *Ibidem*, p. 31.

(133) *Ibidem*, p. 36:

(134) *Ibidem*, p. 36 e 37. Nani fa riferimento all'art. 12 delle Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale. Sullo scarso interesse della dottrina privatistica di fine Ottocento per il concetto di ordine pubblico nel sistema del Codice del 1865 — che richiamava tale concetto anche nell'art. 1122 — cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 1038 e ss., in particolare pp. 1045 e ss.

(135) C. NANI, *Il socialismo nel Codice civile*, cit. pp. 37 e 38.

lavoro: qui la legge può e deve intervenire sulla libertà contrattuale con disposizioni intangibili di carattere imperativo <sup>(136)</sup>.

La rigidità della distinzione tra interessi individuali e sociali, tra diritto privato e diritto pubblico, si attenua e il mal teorizzato strumento della necessità apre un varco nel principio dell'autonomia negoziale attraverso cui si potrebbero apportare variazioni crescenti al sistema privatistico. La realtà sociale dell'industrializzazione e le nuove situazioni di debolezza possono per questa via fare ingresso nel Codice; la considerazione dei casi concreti spinge, dunque, l'analisi lontano dalla rigida ripartizione ideologica dei settori del giuridico che la ispirava. A ristabilire l'ordine, a ribadire la separazione tra diritto privato e fatti sociali interviene, però, l'argomento dell'intervento speciale, la presenza delle leggi sociali, che si rivela indispensabile per ricondurre la tesi alla sua nettezza iniziale.

Grazie al riferimento alla legislazione sociale Nani distacca la regolamentazione giuridica delle nuove situazioni dal « naturale ufficio » del Codice: i problemi connessi con « lo svolgersi e l'espandersi, così rapido ed immane, della grande industria a cui assistiamo ai giorni nostri » richiedono sì « provvedimenti sociali » ma essi « debbono rimanere all'infuori della cerchia del Codice civile dove si esplica il diritto dell'individuo. Essi entrano invece nella sfera del diritto pubblico, e se quello ha carattere di stabilità, questi sono invece per loro natura provvisori » <sup>(137)</sup>. L'emersione del sociale tra il diritto pubblico e il privato, complica in parte l'analisi ma non incide sul Codice che resta separato dai « rapidi » tempi di trasformazione della società industriale.

Stabilità contro transitorietà, immutabile logica individualistica contro contingente regolamentazione del sociale. A sostenere le distinzioni non ci sono indiscutibili ragioni tecniche ma precise convinzioni: rendere immune il diritto privato dai 'germi di socialità' presenti nelle leggi sociali <sup>(138)</sup>, negare la qualifica di vere norme giuridiche all'ingerenza coattiva dello Stato sulla società. Più che

---

<sup>(136)</sup> *Ibidem*, pp. 70 e 71.

<sup>(137)</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>(138)</sup> Cfr. per una critica dei criteri interpretativi seguiti dalla giurisprudenza nei confronti delle leggi speciali cfr. O. QUARTA, *Natura giuridica della legge 17 marzo 1898*, in *Rivista sugli infortuni del lavoro*, II, 4, 1900, cc. 158 e ss.; F. CARNELUTTI, *Criteri*

perseguire l'impossibile obiettivo di sottrarre la cittadella del Codice civile (il diritto dell'individuo) da ogni contatto con la realtà sociale, le distinzioni paiono voler accreditare tempi differenziati di contatto tra il diritto e le trasformazioni sociali: da un lato il contatto immediato, transitorio, a cui è costretto il legislatore, dall'altro il rapporto duraturo, immutabile, offerto dalla scienza giuridica e dal suo Codice.

La ricostruzione di Gioele Solari è più complessa sia riguardo alla natura giuridica delle leggi sociali, sia riguardo alla distinzione tra diritto pubblico e privato. La natura giuridica delle leggi sociali è comprensibile, a giudizio di Solari, solo individuando tra pubblico e privato, tra individuo e Stato, una nuova categoria intermedia, quella di società e di diritto sociale <sup>(139)</sup>.

Anche nello schema di Solari è però operante un meccanismo di allontanamento, di espulsione dal diritto privato di ogni elemento di incertezza e di contraddizione per i dogmi individualistici. La legislazione sociale non entra nel diritto privato, può solo « all'infuori di esso far sentire la voce dell'interesse sociale » <sup>(140)</sup>. L'intervento crescente del legislatore non muta gli istituti privatistici, non scalfisce l'idea di contratto, fa soltanto sì che le nuove figure siano allontanate dal vecchio ambito.

Non si può negare che lo sforzo di Solari di individuare un punto di fuga rispetto alla tradizionale distinzione sia notevole <sup>(141)</sup>; l'elemento più importante nel suo discorso sta però altrove. Per Solari il diritto privato è il diritto degli individui che resta (deve restare) caratterizzato dalla volontà delle parti; le trasformazioni giuridiche indotte dal sociale si svolgono necessariamente « all'infuori di esso ». Nel momento in cui il principio della libertà con-

---

*interpretativi della legge su gli infortuni* (1904), in ID., *Infortuni sul lavoro. Studi*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1913, pp. I e ss.

<sup>(139)</sup> G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), Milano, Giuffrè, 1980 (a cura di P. Ungari), pp. 201 e ss.

<sup>(140)</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>(141)</sup> Insiste forse eccessivamente sul punto Gustavo GOZZI, sottolineando la « lucida percezione » di Solari del « nuovo ordine sociale e politico portatore di elementi di socialità che stanno emergendo e che sono destinati a segnare la crisi del vecchio ordine giuridico dello Stato di diritto e dell'etica individualistica che lo pervade » (*Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto*, cit., p. 218).

trattuale è scalfito non si è più nel diritto privato. Ed è questo che occorre dunque sostenere riguardo al contratto su cui più pareva incidere l'intervento delle leggi sociali: « il contratto di lavoro industriale deve regolarsi a parte, all'infuori del diritto privato in quanto esula sempre più da esso il criterio della libertà contrattuale » (142).

Si allargano quindi le attribuzioni del diritto pubblico, si individua perfino un nuovo settore giuridico direttamente collegato alla società, ma resta comunque inalterata la convinzione per cui il diritto codificato non possa essere mutato in forza di interventi legislativi, non possa confondere i suoi principi a contatto con la nuova realtà. Il diritto delle obbligazioni resta concepibile come forma astratta, come esercizio di logica giuridica fondata su alcuni termini invariabili: la volontà assoluta del singolo e il rapporto tra uguali. La regolamentazione che, in considerazione delle situazioni sociali di individui o gruppi, mira a introdurre condizioni di parità sostanziale tra le parti non è di diritto privato, non può influire sulle sue regole perché privilegia una parte a danno della libertà contrattuale. Nel momento in cui il contratto perde la 'naturale' limpidezza dei suoi caratteri dogmatici tradizionali cessa, dunque, di essere di diritto privato, non rientra più nella coerenza sistematica della ricostruzione giuridica civilistica (143).

#### 4.3. *Il dibattito sulla configurazione giuridica delle assicurazioni sociali in Germania.*

La convinzione dell'immodificabilità dei dogmi privatistici vizia anche il dibattito più squisitamente tecnico sulla natura giuridica delle leggi sociali, indirizzandolo verso una soluzione obbligatoriamente pubblicistica. Non sorprende dunque che a farsi lettrici più

---

(142) G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato*, cit., p. 228.

(143) È in tal senso che può essere letta la critica di Solari alla scelta barassiana di una ricostruzione puramente civilistica del contratto di lavoro: « l'elemento che il Barassi chiama mutevole va diventando preponderante ed essenziale mentre quello che dovrebbe essere l'elemento essenziale, la libertà contrattuale, è ridotta a una parvenza » (*ibidem*, p. 215). La proposta di Solari di sottrarre il contratto di lavoro dal diritto privato lasciava totalmente intatto 'l'elemento essenziale' del contratto e per questo finiva per essere meno efficace della scelta tradizionale di Barassi. Cfr. sul punto ancora *infra* 5. 2.

attente delle nuove esigenze furono le scienze pubblicistiche, quelle più giovani ed « acerbe dogmaticamente », « più duttili ad adattarsi, anche dal punto di vista dottrinario, agli obiettivi di politica sociale via via posti » (144).

Abbiamo accennato a come il modello tedesco fosse utilizzato per sostenere soluzioni extraprivatistiche dei problemi sociali e per avvalorare la tesi della natura esclusivamente pubblicistica delle nuove forme di intervento dello Stato. In Germania il legislatore aveva optato per una soluzione amministrativa della questione sociale, ricorrendo nel campo delle malattie, degli infortuni, dell'invalidità e della vecchiaia all'assicurazione obbligatoria, attuata attraverso una vasta rete di organi amministrativi, comprendenti anche le corporazioni professionali (145).

Il dibattito giuridico tedesco era, dunque, indirizzato sulla via pubblicistica dalla precoce e chiara scelta del legislatore. Occorre dire, però, che i giuristi non erano vincolati a valutare come pubblicistiche tutte le fattispecie delle *Arbeiterversicherungsgesetze* e che la scelta del legislatore non poteva certo impedire un'interpretazione sistematica più ampia (tale da coinvolgere anche gli istituti del diritto privato) dei nuovi principi. L'ampio dibattito che accompagnò la nascita e i primi anni di applicazione delle leggi sociali mostra bene invece come le nette distinzioni che abbiamo visto presenti nella cultura giuridica italiana fossero ampiamente diffuse anche in Germania.

Quale natura giuridica hanno le assicurazioni sociali? È possibile che l'intervento legislativo abbia inciso solo nel settore pubblicistico? Quanto rimane nell'*Arbeiterversicherung* dell'istituto priva-

---

(144) P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 1987, p. 144.

(145) Le leggi cui si fa riferimento sono: la *Krankenversicherungsgesetz* del 1883, la *Unfallversicherungsgesetz* del 1884, e la *Alters- und Invaliditätsversicherungsgesetz* del 1889. Sul tema la letteratura è vasta, rinviamo a J. UMLAUF, *Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung*, cit., pp. 45 e ss.; E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 4, *Struktur und Krisen des Kaiserreichs*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1969, pp. 1201 e ss.; M. STOLLEIS (hrsg.), *Quellen zur Geschichte des Sozialrechts*, Göttingen/Frankfurt a. M./Zürich, Musterschmidt, 1976; V. HENTSCHEL, *Geschichte der deutschen Sozialpolitik (1880-1980). Soziale Sicherung und kollektives Arbeitsrecht*, Frankfurt am M., Suhrkamp, 1983.

tistico dell'assicurazione? In che misura il legislatore ha con queste leggi modificato anche la configurazione giuridica del contratto di lavoro? È intorno a questi interrogativi che si svolse, a partire dagli anni Ottanta, la parte centrale del dibattito giuridico tedesco sulle leggi sociali. Lo scioglimento dei nodi in questione coinvolgeva l'affermazione di un nuovo campo di diritti pubblici soggettivi a favore del lavoratore assicurato e, più in generale, la configurazione delle relazioni privatistiche.

Nella prima grande opera di sistematizzazione delle leggi sociali <sup>(146)</sup>, Heinrich Rosin affronta in più punti la questione della loro natura giuridica. La *ratio legis* della legislazione sociale è individuata nell'esigenza di supplire a quelle situazioni in cui il contrasto tra i formali principi privatistici di uguaglianza e la nuova realtà economica è più grave <sup>(147)</sup>. A fondamento dell'analisi c'è l'incapacità del diritto privato di far fronte alle situazioni di disuguaglianza della società industriale, di regolare la crescente dipendenza del lavoratore e di considerare i gruppi sociali; l'intera ricostruzione delle leggi volte a sanare tale situazione è, però, sviluppata nel solo campo del diritto pubblico ed ogni interferenza tra la nuova normativa e il diritto privato è evitata.

Il diritto privato appare impotente a risolvere 'da sé' i nuovi problemi perché non può rinunciare ai suoi principi fondamentali; di più, afferma Rosin, può e deve invece fare lo Stato <sup>(148)</sup>. Accertata la necessità dell'intervento legislativo speciale, resta completamente aperta però la questione della sua incidenza sui principi privatistici.

Il quesito più discusso è se l'assicurazione sociale possa considerarsi istituto di diritto privato. Rosin sostiene, con Laband <sup>(149)</sup>, che le *Arbeiterversicherungen* non rientrano nel concetto tradizionale di assicurazione. L'argomento è di natura squisitamente tecnica: la nuova forma — scrive — non presenta un rapporto giuridico

<sup>(146)</sup> H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung. Für Theorie und Praxis systematisch dargestellt*, Berlin, Guttentag, Bd. 1, 1893, Bd. II, 1905.

<sup>(147)</sup> *Ibidem*, I, pp. 139 e ss. Il riferimento riguarda soprattutto il contratto di lavoro, analizzato da Rosin utilizzando ampiamente le tesi di Lujo Brentano (su cui cfr. *infra* nota 169).

<sup>(148)</sup> *Ibidem*, pp. 142 e 143.

<sup>(149)</sup> Cfr. P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht* (Tübingen, 1919, 7. Auflage, bearb. von O. Mayer), Aalen, Scientia Verlag, 1969, pp. 299 e ss.

unitario ma è composta da due separate relazioni, quella principale, avente un fine previdenziale per la classe operaia, quella secondaria che, allo scopo di procurare i mezzi per l'assicurazione, impone ad alcune persone determinate prestazioni <sup>(150)</sup>. Tra le due relazioni non esiste — sia nel caso in cui il *Versorgungsberechtigte* e il *Zahlungspflichtige* siano soggetti diversi, sia nel caso in cui siano lo stesso soggetto — alcuna bilateralità: il diritto del lavoratore alla prestazione assistenziale rimane infatti anche quando i contributi non siano stati pagati <sup>(151)</sup>. L'indipendenza tra le prestazioni non può che allontanare il modello delle assicurazioni sociali da quello dell'assicurazione privatistica: il *Versorgungsanspruch* dei lavoratori non è fondato nella relazione contrattuale ma nella legge. Quello che più conta nella struttura dell'assicurazione obbligatoria prevista dalle leggi sociali non è quindi l'obbligo imposto a taluni soggetti di assicurarsi o di assicurare qualcuno, ma è la disciplina giuridica per cui al verificarsi di una malattia, di un incidente o di una invalidità, è dato *ipso iure* il diritto al lavoratore ad una prestazione patrimoniale <sup>(152)</sup>. Per confermare il carattere esclusivamente pubblicistico del nuovo istituto si invoca infine l'indisponibilità per le parti del contratto di lavoro sia del *Versorgungsanspruch* sia della *Zahlungsverpflichtung*.

I sostenitori della tesi pubblicistica mirano ad accreditare una visione puramente tecnica della loro scelta; non è difficile, però, scorgere anche altre preoccupazioni dietro le loro distinzioni. È sufficiente, del resto, considerare qualche argomento avanzato dagli

---

<sup>(150)</sup> H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung*, cit., I, pp. 255 e 256; P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, cit., p. 301. In tal senso anche A. HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, I, *Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, p. 695.

<sup>(151)</sup> H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung*, cit., I, pp. 262 e 263; P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, cit., p. 301. Faceva eccezione sul punto solo la legge per l'invalidità e la vecchiaia.

<sup>(152)</sup> P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, cit., pp. 302 e 301: « Es handelt sich hier nicht um Leistung und Gegenleistung wie bei den Obligationen des Privatrechts, sondern um ein publizistisches Verhältnis. Der Staat hat die Fürsorge für die Arbeiter zu seiner Aufgabe gemacht ». Cfr. anche W. LEWIS, *Lehrbuch des Versicherungsrechts*, Stuttgart, Enke, 1889, p. 353: « Unter dem Namen einer Versicherung handelt es sich hier um eine staatliche Unterstützung der Arbeiter ».

oppositori di tale soluzione per avere un quadro più ampio della questione. La limitazione della libertà contrattuale — affermano — non rappresenta un argomento determinante per stabilire la natura pubblicistica delle leggi sociali. Non si può dire, infatti, che rientrino nel dominio privatistico solo le libere autodeterminazioni degli individui e che ogni limitazione di libertà sia ad esso estranea <sup>(153)</sup>. Certo, le leggi sociali hanno indubbie disposizioni di diritto pubblico, ma la sola presenza di alcune norme pubblicistiche in una legge non è sufficiente ad eliminare ogni riferimento al diritto privato e a trasferire completamente l'intero istituto nel settore pubblicistico. Nel caso dell'assicurazione non ha dunque senso affermare, movendo dal presupposto che il fondamento del diritto non sta nella volontà delle parti ma nella legge, che non più di diritto privato si tratta <sup>(154)</sup>.

Chi si oppone all'esclusiva configurazione pubblicistica delle leggi sociali ritiene, dunque, che esse debbano interagire col diritto privato tradizionale e sottolinea che la netta separazione tra diritto individuale e diritto sociale non tiene conto dell'assurdità di una rappresentazione di un diritto dei privati immune da qualsiasi contatto con elementi esterni all'autonomia dei singoli, collocato fuori da ogni contatto con la società. La tendenza ad isolare le leggi sociali emerge però anche dalle pagine di coloro che chiedono di farle interagire col diritto dei privati. Lo stesso Menzel, di cui sopra richiamavamo le argomentazioni a proposito dell'assicurazione, tende ad esempio ad escludere l'applicazione dei principi delle leggi sociali ad istituti particolarmente rilevanti come il contratto di lavoro e la responsabilità civile <sup>(155)</sup>.

Dal dibattito tedesco sulla natura giuridica delle leggi sociali

---

<sup>(153)</sup> A. MENZEL, *Die rechtliche Natur der Unterstützungsansprüche aus den Reichsgesetzen über die Kranken- und Unfallversicherung der Arbeiter*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, I, 1889, pp. 327 e ss., p. 329.

<sup>(154)</sup> *Ibidem*, pp. 328 e 333.

<sup>(155)</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 339 ss. contro le ricostruzioni tese a ricondurre l'*Unterstützungsanspruch* del lavoratore nell'ambito del contratto di lavoro; pp. 341 e ss. contro le tesi miranti a ricondurre l'interpretazione della legge sugli infortuni nell'ambito della responsabilità civile senza colpa (in tal senso soprattutto si cfr. V. MATAJA, *Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1888). Per Menzel le nuove leggi andavano interpretate in riferimento all'assicurazione

emergono convinzioni non dissimili da quelle che abbiamo visto presenti nella scienza giuridica italiana. Seguendo la disputa si ha l'impressione che la vittoria della configurazione esclusivamente pubblicistica delle assicurazioni sociali risieda anche in questo caso, più che nelle argomentazioni tecniche, nella sentita necessità di evitare ogni confusione tra l'intervento 'compensatorio' dello Stato nelle relazioni lavoristiche e le fattispecie privatistiche. L'indirizzo favorevole alla natura pubblicistica esprime attraverso soluzioni tecniche convinzioni radicate nella mentalità giuridica del periodo: l'intervento (coattivo, sociale) dello Stato nelle relazioni lavoristiche non può veramente mutare il contratto di lavoro, l'assicurazione, la responsabilità civile; l'intervento sociale dello Stato può creare nuovi istituti di diritto pubblico (istituti che possono essere caratterizzati dalla limitazione o dall'esclusione della libertà dei soggetti) ma non può incidere sul diritto privato. Con l'aumento dell'intervento statale il diritto privato si restringe ma rimane immutato. La fondazione di diritti pubblici soggettivi nel settore previdenziale (l'intera costruzione pubblicistica delle leggi sociali) può essere letta, da questo punto di vista, come il prezzo che il diritto privato è costretto a pagare per conservare la sua purezza.

Un'ultima riflessione su questa vicenda. Si individua spesso nell'assicurazione obbligatoria e nella configurazione giuridica del *Versorgungsanspruch* come diritto pubblico soggettivo il momento di rottura della tradizione liberale classica e l'avvio dello Stato sociale, dello Stato amministrativo <sup>(156)</sup>. Quel momento che per tanti versi segna la fine delle certezze tradizionali e l'inizio di una nuova fase può anche essere visto, però, come un tentativo della cultura giuridica di conservare e tutelare le sue certezze nel fondamentale settore civilistico. Le costruzioni della dottrina razionalizzano le nuove

---

privatistica: la legge fonda il rapporto ma il diritto del singolo non muta, resta di diritto privato (cfr. pp. 348 e ss.).

<sup>(156)</sup> Cfr. P. FLORA - J. ALBER, *Sviluppo del 'Welfare State' e processi di modernizzazione e democratizzazione nell'Europa occidentale*, in *Lo sviluppo del Welfare State*, cit., pp. 55 e ss., in particolare p. 73; J. UMLAUF, *Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung*, cit., pp. 81 e ss. Anche nella letteratura di fine Ottocento le leggi sociali sono spesso indicate come la prima manifestazione di una nuova epoca, cfr. per tutti T. BÖDIKER, *Die Arbeiterversicherung in den europäischen Staaten*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. III e IV.

forme di intervento dello Stato sulla società ma mirano anche a preservare una tradizione culturale incentrata sul primato del diritto privato individualistico e sull'immutabilità dei suoi dogmi. Che senso avrebbe affermare con tanto vigore che le assicurazioni sociali non hanno alcuna incidenza sulle relazioni contrattuali, sulla responsabilità, sul contratto di lavoro, se non quello di tutelare un nucleo giuridico non immediatamente confrontabile con la transitorietà del sociale?

L'ipertrofia del pubblico assume una funzione di salvaguardia dell'ordine privatistico tradizionale: nonostante le nuove forme di intervento dello Stato, nonostante le leggi sociali, è ancora possibile far riferimento a un diritto dei privati tutto fondato su modelli di relazione fra i singoli individui autonomi, su una razionalità pura e priva di condizionanti rapporti con il diritto pubblico, con il diritto sociale. Tale presunta purezza del diritto dei privati appariva sempre più staccata dal divenire dei rapporti sociali; indicava un progetto contraddittorio e 'perdente' che avrebbe, comunque, influenzato non poco la cultura giuridica del Novecento.

##### 5. *Un nuovo diritto senza oggetto.*

Se applicata al contratto di lavoro, la tesi dell'immodificabilità dei principi privatistici (accompagnata dal 'confino' della normativa sociale in leggi pubblicistiche) era particolarmente fragile. Ciò che mancava in questo caso era la stessa regolamentazione dell'istituto che il Codice del 1865 affidava a due sole norme. Come pretendere di affidare ad una regolamentazione inesistente la disciplina di un contratto così rilevate? <sup>(157)</sup> Come tenere distinti elementi giuridici ed elementi sociali in un contratto immesso nella società industriale e nelle sue trasformazioni?

Il Codice non offriva riguardo al contratto di lavoro una disciplina della parte stabile, non offriva cioè una disciplina di quella

---

<sup>(157)</sup> Cfr. L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, Tip. Bianchini, 1893, pp. 8 e 9; A. MENDER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, in *Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik*, II, 1889, pp. I e ss., 419 e ss., III, 1890, pp. 57 e ss.

parte del giuridico che i fautori delle distinzioni intendevano preservare dalle confusioni della sociologia e dalla invadenza delle leggi speciali. Nella *locatio operarum* il distacco tra il Codice e la nuova realtà sociale appariva incolmabile: la mitizzata libertà contrattuale era priva di senso per la parte debole del rapporto e i troppi silenzi del Codice mostrava appieno solo privilegi di classe. Negli anni Ottanta e Novanta non mancarono — come sappiamo — vibranti critiche a tale assetto e al ‘fanatismo del passato’ dei giuristi che erano ancora intenti ad esaltarlo, così come non mancarono tentativi di approntare nuove costruzioni giuridiche.

A metà degli anni Ottanta siamo già lontani dal completo silenzio e dalla totale insensibilità per il tema del lavoro e della persona del lavoratore presenti nei Commentari post-unitari al Codice, siamo già lontani dalle interpretazioni esegetiche dei Pacifici Mazzoni, dei Borsari e dei Ricci. L’analisi della *locatio operarum* era ridotta da questi giuristi a quella dell’articolo 1628 e il loro dilemma era quello di stabilire se quell’articolo fissasse una nullità assoluta o relativa <sup>(158)</sup>. Tutta incentrata sul tema della libertà individuale e della dignità umana tutelate dal divieto di obbligare la propria opera all’altrui servizio a tempo indeterminato, tale dotto discussione era del tutto incapace di osservare, sia pure per un attimo, le continue violazioni di libertà presenti al di là della striminzita normativa del Codice, al di là della *società del Codice* <sup>(159)</sup>.

---

<sup>(158)</sup> Cfr. E. PACIFICI MAZZONI, *Trattato delle locazioni, Codice civile italiano commentato*, IV, Firenze, Cammelli, 18773, pp. 391 e ss.; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, IV, I, Torino, Ute, 1878, pp. 779 e ss.; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VIII, Torino, Ute, 1882, pp. 361 e ss.

<sup>(159)</sup> A Borsari che riteneva la nullità dell’art. 1628 relativa — pertanto non dichiarabile da parte del giudice di ufficio, ma solo ad istanza del locatore (*contra* Ricci e Pacifici Mazzoni) — la limitazione della libertà contrattuale delle parti stabilita nel Codice appariva di portata enorme: « questa grande eccezione deve essere tenuta nei limiti della sua causa, e nei termini dello scopo che la legge si proponeva » (*Commentario*, cit., p. 784). L’opinione dominante era per la nullità assoluta, opponibile in qualunque momento da entrambe le parti e rilevabile d’ufficio dal giudice. Ciò, come fu notato, costituiva « un eccesso »: « una disposizione esclusivamente intesa a garantire e proteggere la personale libertà di chi lavora viene così a ritorcersi in suo pregiudizio a suo danno » (L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit., p. 31).

### 5.1. *La letteratura prima di Barassi.*

Un primo attacco ai silenzi del Codice si ebbe con quelle interpretazioni che, nel tentativo di risolvere il problema degli infortuni sul lavoro attraverso la responsabilità contrattuale, ampliarono la sfera degli obblighi del conduttore, aggiungendo all'obbligo del pagamento della mercede quello di predisporre al locatore i mezzi idonei all'esecuzione del contratto e quello di vegliare alla sua sicurezza. Il lavoratore colpito da infortunio non avrebbe più dovuto provare (secondo i principi della responsabilità extracontrattuale) la colpa del datore di lavoro ma solo il danno subito, l'infortunio, che si configurava così come un inadempimento contrattuale del datore di lavoro. Solo apparentemente più innocua della richiesta di un'inversione dell'onere della prova, la teoria della responsabilità contrattuale, oltre a raggiungere lo stesso risultato (il lavoratore, come il creditore richiedente il pagamento, non doveva provare la colpa del debitore ma solo il credito), veniva anche ad incidere sulla struttura del contratto inserendo in esso la garanzia della sicurezza della persona del lavoratore <sup>(160)</sup>.

La teoria della responsabilità contrattuale ebbe il grosso merito di affrontare il tema delle insufficienze del contratto di lavoro. Si prende atto che il legame contrattuale tra le parti è irriducibile alla semplicità del Codice, che nella società industriale gli obblighi del datore di lavoro non possono esaurirsi nel pagamento della mercede. Attraverso una finzione (quella per cui al momento della conclusione del contratto il datore di lavoro assume anche un obbligo di sicurezza) si incide in uno dei dogmi più solidi del liberalismo, quello per cui dal contratto non possono scaturire diritti diversi da

---

<sup>(160)</sup> Cfr. Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie. Accidents de transport et de travail*, Bruxelles - Paris, Bruylant, 1884, pp. 110 e ss.; M. AMAR, *Studi di diritto industriale*, cit., pp. 470 e ss.; e gli interventi di E.A. PORRO nel *Monitore di tribunali* (XXXVII, 35, 1896, p. 687; e *ibidem*, 51, pp. 1029 e ss.). Quest'ultimo scritto era una risposta alle critiche mosse al principio della responsabilità contrattuale da E. BRASCHI, *Il contratto di locazione d'opere e gli infortuni sul lavoro*, in *ibidem*, 43, p. 845 e ss.; ID., *Di nuovo sul tema il contratto di locazione d'opera e gli infortuni sul lavoro*, in *ibidem*, 51, pp. 1024 e ss. Riguardo alle posizioni della giurisprudenza cfr. L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, cit., pp. 45 e ss.

quelli voluti dal comune accordo dei contraenti, un accordo avente *valore di legge*.

Spesso si giungeva a risultati simili anche attraverso un'ingenua utilizzazione delle disposizioni della locazione di cose, sostenendo che tra gli obblighi del conduttore rientravano quelli di « custodire », di « difendere » e di « restituire in buono stato » la persona del lavoratore <sup>(161)</sup>. Argomenti questi ultimi che, come si può facilmente immaginare, offrirono facili bersagli ai critici. Voci di dissenso nei confronti della sistematica del Codice e della sua pedissequa imitazione da parte dei giureconsulti esegeti si levarono anche nella 'dottrina ufficiale' più restia ad una considerazione sociale del tema del contratto di lavoro. Nel clima di rinnovamento metodologico della civilistica degli anni Ottanta è spesso « l'ansia del sistema », « l'istanza di una teorizzazione più raffinata » <sup>(162)</sup> a dettare l'insofferenza dei giuristi per « l'ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta di opere » <sup>(163)</sup>; unione rispondente ancora all'istituto della schiavitù, espressione di una « anti-giuridica reminiscenza » e « ripugnante alla umana dignità » <sup>(164)</sup>.

---

<sup>(161)</sup> Cfr. P. JANNACCONE, *Il contratto di lavoro*, in *Archivio Giuridico*, LIII, 1894, pp. 111 e ss., in particolare pp. 143 e ss.; Id., *Contratto di lavoro*, in *Enciclopedia giuridica*, III, 3, 1898, pp. 1029 e ss. L'autore è per un'estensione alla locazione d'opere dei principi della « forma giuridica più evoluta » (p. 1028), la locazione di cose. Da qui trae l'obbligo del conduttore per i danni derivanti da infortunio: « la parte che dirige, che usa, [ha] il dovere di ben usare, di ben dirigere, di ben utilizzare ... Quest'obbligo è riconosciuto manifestamente nella locazione di cose ... ma non è proprio soltanto della locazione delle cose: esso sgorga invece del concetto di locazione in generale poiché giova che chi loca ... eserciti sulla cosa locata quella sorveglianza, quella cura che il proprietario non è in grado di esercitare: la custodisca, la difenda e la restituisca in buona salute » (p. 1068). Inutile dire che, nel caso della *locatio operarum*, la 'cosa' locata sarebbe stata la persona del lavoratore o, secondo la distinzione di Jannaccone, « la potenza di lavoro che l'operaio mette a disposizione » (p. 1068).

<sup>(162)</sup> P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5/6, 1976/77, pp. 314 e 315.

<sup>(163)</sup> V. POLACCO, *Appunti sulla locazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IV, 1887, p. 409; cfr. anche L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit., p. 26; L. ABELLO, *Della locazione*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di P. Fiore), *Contratti speciali*, V, 1, *Locazione di cose*, Torino, Utet, 1913, pp. X e ss.

<sup>(164)</sup> V. POLACCO, *Appunti sulla locazione*, cit., pp. 409 e 410.

Sicuramente però l'attacco più consistente nei confronti della figura codicistica della *locatio operarum* fu dovuto ai giuristi appartenenti al cosiddetto socialismo giuridico. Le pagine di Cimbali, di Salvio, di Gianturco, di Vadalà Papale, utilizzando dati economici e sociali e il riferimento alle situazioni di disegualianza sostanziale tra le parti, misero a nudo sul punto la « disarmonia » esistente « fra vita reale e diritto » <sup>(165)</sup> e richiesero una nuova codificazione ispirata dal principio di socialità e di solidarietà <sup>(166)</sup>.

Non mancarono negli anni Novanta studi specifici sul contratto di lavoro che tendevano a dargli un'architettura, a inserirlo tra le « figure nuove », espressioni della « società moderna », imbastendo un'analisi sia pure elementare dei suoi caratteri peculiari <sup>(167)</sup>. Si tratta di scritti spesso ricalcati sulle tesi generali degli autori del socialismo giuridico e riproducenti le critiche all'individualismo del Codice. Non sono sufficienti, si dice, « ritocchi » o « modificazioni » ma occorre che « si sostituisca al principio romano dell'individualismo, il principio moderno della socialità, all'interesse privato quello collettivo di tutta la comunanza » <sup>(168)</sup>. Altre volte le pagine sono palesemente ispirate dagli scritti di Lujo Brentano e dall'analisi delle particolari caratteristiche della merce-lavoro, una 'merce' indissolu-

---

<sup>(165)</sup> Così, in specifico riferimento al contratto di lavoro, e richiamandosi agli autori citati nel testo, I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, in *Il circolo giuridico*, XXVII, 1896, p. 113; cfr. anche C. BETOCCHI, *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Napoli, Jovene, 1897, p. 24 ove si parla di « antagonismo tra il diritto e la realtà ».

<sup>(166)</sup> Un'aspra critica alle idee e al mito della 'pace sociale' del socialismo giuridico è effettuata da S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico. Esposizione critica*, Genova, Libreria Moderna, 1906, in riferimento soprattutto al contratto di lavoro.

<sup>(167)</sup> L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit.; I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile*, cit.; ID. *Costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Il circolo giuridico*, XXVIII, 1897, pp. 205 e ss., 237 e ss.; P. JANNACCONE, *Il contratto di lavoro*, cit.; G. VADALÀ PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Atti del IV congresso giuridico nazionale* (Napoli, 1897), vol. II, *Relazioni della sezione di diritto civile*, Napoli, tip. A. Tocco, 1899 (2. ed.), pp. 9 e ss.; C. BETOCCHI, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *ibidem*, pp. 93 e ss.; ID., *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, cit. Per una breve analisi del contributo di questi autori cfr. L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 246 e ss.

<sup>(168)</sup> Così, ad esempio, I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile*, cit., p. 114.

bile dalla persona del venditore stesso <sup>(169)</sup>. È questo il caso degli scritti di Betocchi e Vadalà Papale.

Vadalà Papale afferma di voler discutere « da giurista » il tema del contratto di lavoro e centra la sua analisi sull'esigenza di 'spostare' l'oggetto del contratto: esso non deve essere individuato nella « attività lavorativa » della *locatio operarum* ma nel « lavoro », espressione del nuovo contratto « preparato negli ambienti operai » <sup>(170)</sup>, capace di far entrare nel Codice non solo « il servizio », « il fatto singolo della prestazione d'opera », ma « la figura dell'operaio, sconosciuta fin oggi » <sup>(171)</sup>. Il proclama di una trasformazione completa del diritto contrattuale non è accompagnato da un'ade-

---

<sup>(169)</sup> Cfr. L. BRENTANO, *Das Arbeitsverhältniß gemäß dem heutigen Recht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1877, pp. 182 e ss.: « In der absolut unlösbaren Verbindung der Arbeit mit der Person ihres Verkäufers also besteht das wesentliche Merkmal, wodurch sich die Arbeit von allen anderen Waren unterscheidet » (pp. 185 e 186). La 'merce lavoro' si distingue inoltre dalle altre merci perché il suo venditore è sottoposto alle condizioni fissate unilateralmente dal 'padrone'. Com'è noto per Brentano occorre ricorrere, più che all'intervento protettivo dello Stato, alla organizzazione degli operai in *Gewerkvereine*: « Sie erlangen die Verfügungsfreiheit über ihre Arbeit und über sich selbst, welche die Gesetzgebung ihnen zuerkennt und zuschreibt. Indem die Gewerkvereine die Arbeit in Stand setzen, die nachteiligen Folgen der Untrennbarkeit der Arbeit von der Person ihres Verkäufers zu beseitigen, wird durch sie statt des Arbeiters die Arbeit zur Ware, der Arbeiter zum Menschen » (p. 293). Sul tema cfr. ancora L. BRENTANO, *Der Arbeiter - Versicherungszwang, seine Voraussetzungen und seine Folgen*, Berlin, Habel, 1881, pp. 75 e ss. Le tesi di Brentano erano particolarmente diffuse in Italia anche a seguito della pubblicazione nella *Biblioteca dell' Economista* (serie terza, vol. XIII, 1899) di *La questione operaia*, come parte del manuale di economia politica di Schönberg. Cfr. sulle tesi di Brentano: D. LINDENLAUB, *Richtungskämpfe im Verein für Sozialpolitik. Wissenschaft und Sozialpolitik im Kaiserreich, vornehmlich vom Beginn des « Neuen Kurses » bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges (1890-1914)*, Wiesbaden, Steiner, 1967; H.J. TEUTEBERG, *Die Doktrin des ökonomischen Liberalismus und ihre Gegner dargestellt an der prinzipiellen Erörterung des Arbeitsvertrages im « Verein für Sozialpolitik » (1872-1905)*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* (hrsg. H. Coing und W. Wilhelm), Frankfurt am M., Klostermann, 1977, pp. 43 e ss.; A. ROVERSI, *Il magistero della scienza. Storia del Verein für Sozialpolitik dal 1872 al 1888*, Milano, Angeli, 1984.

<sup>(170)</sup> G. VADALÀ PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, cit., pp. 19 e ss. e p. 30.

<sup>(171)</sup> *Ibidem*, p. 28: « Mercè il contratto di lavoro entra a far parte della codificazione la figura dell'operaio, sconosciuta fin oggi — figura dei nuovi tempi, che farà comprendere il vero lavoro libero, le vere garanzie della conservazione della forza lavoro,

guata ricostruzione sistematica capace di realizzare « la funzione sociale del lavoro » su cui tanto si insiste <sup>(172)</sup>, e il discorso diventa sempre più incerto, accompagnato com'è da un confuso solidarismo e da contraddittorie richieste: l'eliminazione dei probiviri del lavoro e dei sindacati operai <sup>(173)</sup>, la presentazione della teoria del rischio professionale come rischio volontariamente assunto dall'operaio entrando in fabbrica <sup>(174)</sup>.

La letteratura sul contratto di lavoro antecedente al contributo di Barassi esprime più una confusa esigenza di un discorso giuslavoristico che il tentativo di porvi fondamento. Lo scritto forse più noto di questo periodo, quello del 1893 di Luigi Tartufari, è sicuramente più di un invito ai giuristi di porsi al passo con il « largo e fecondo » contributo sul tema del contratto di lavoro che « di continuo vengono arrecando i cultori delle scienze economiche » <sup>(175)</sup>. Tartufari ricostruisce con precisione le manchevolezze del Codice del 1865, rifiuta con consapevolezza la 'ripugnante' interpretazione estensiva delle norme della locazione di cose alla persona del lavoratore <sup>(176)</sup> e individua con lucidità la peculiarità del contratto di lavoro: « in nessun altro caso — afferma — la prestazione oggetto del contratto si presenta così strettamente connessa alla persona che ne è il soggetto, e in nessun altro caso la persona medesima entra in modo così diretto nell'adempimento degli obblighi contrattuali; onde, fra locatore e conduttore una continuità di rapporti personali e spesso una personale dipendenza del primo verso il secondo, congiunta ad una morale ed economica padro-

---

attualmente lasciata in dominio delle forze incoscienti e dissoltrici delle crisi, degli scioperi, e, se vuolsi, del capitale ».

<sup>(172)</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>(173)</sup> *Ibidem*, p. 88: « con loro [coi probiviri] si eliminerà quell'altra istituzione dei *sindacati operai* che ci offre la Francia, la quale, se può restare nell'ordinamento economico e sociale del lavoro, non deve restare per l'ordinamento giuridico del lavoro, che deve dipendere dalle norme di diritto civile informate al principio di giustizia, e non alla prevalenza di ambienti più o meno sani in ordine alle esigenze delle masse lavoratrici ».

<sup>(174)</sup> *Ibidem*, pp. 81 e ss.

<sup>(175)</sup> L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit., p. 8.

<sup>(176)</sup> *Ibidem*, pp. 26 e 27.

nanza di questo su quello, che negli altri contratti è affatto sconosciuta »<sup>(177)</sup>.

Tartufari non riesce però a individuare nuovi principi unitari staccati dalla figura giuridica tradizionale e conclude la sua denuncia con la richiesta dell'intervento legislativo. Tale richiesta riconferma per diversi aspetti le distinzioni che conosciamo: non si domanda una nuova normativa unitaria delle situazioni lavoristiche (tale da integrare i dati 'speciali' delle leggi sociali e le disposizioni generali sul contratto di lavoro) ma ci si schiera per una codificazione delle sole disposizioni generali che lasci alla disciplina transitoria delle leggi speciali tutto quanto attiene a « una manifesta disuguaglianza della posizione reciproca di contrenti »<sup>(178)</sup>.

Non è, d'altronde, la ricerca del sistema che costituisce il motivo centrale della letteratura 'prebarassiana'. Evidenziare le « nuove esigenze » e gli « antichi mali » significa per questi autori soprattutto reclamare un intervento dello Stato, mostrare l'opportunità di colmare il silenzio del Codice con « l'opera riformatrice del legislatore », « serena e benefica »<sup>(179)</sup>. Non la scienza giuridica ma il legislatore, non il sistema dei giuristi ma l'intervento statale, la codificazione del contratto di lavoro, rappresentano il nucleo più solido di questi scritti.

Al di là del riaffiorare della separazione tra leggi sociali e Codice, la richiesta di una codificazione dei principi del contratto di lavoro è indubbiamente rimarchevole, così come lo è lo schierarsi apertamente a favore di una normativa capace di considerare i fondamenti economici e sociali del contratto. Si tratta di un merito non irrilevante: le affermazioni degli innovatori spingevano verso una rappresentazione del diritto civile svincolata dalle rigide forme romanistiche e dalla netta separazione tra giuridico e sociale, esigevano una necessaria valutazione congiunta della dimensione giuridica e della dimensione economica e sociale, richiedevano una valorizzazione giuridica dei nuovi soggetti. Si negava la separatezza del diritto civile dalle trasformazioni sociali, reclamando, sia pure tra

---

<sup>(177)</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>(178)</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>(179)</sup> *Ibidem*, p. 37. Cfr. in tal senso anche gli scritti sopra richiamati di Modica, Vadala Papale e Betocchi.

non poche incertezze, un diverso rapporto tra diritto e società. A dar forza alla tesi di questi autori c'era, però, soprattutto la richiesta della codificazione del contratto di lavoro: essi ritenevano che il nuovo diritto si sarebbe affermato solo dopo l'intervento (sereno e benefico) del legislatore.

La rottura con le insensibilità della tradizione dogmatica del passato è, dunque, ben evidente, ma sarebbe errato sopravvalutare il peso della letteratura 'prebarassiana' nella formazione della prima scienza giuslavoristica <sup>(180)</sup>. Più che il dato estrinseco del mancato raggiungimento dell'obbiettivo della codificazione del contratto di lavoro, è soprattutto il contrasto con le convinzioni diffuse nella scienza giuridica dominante a rendere fragile l'apporto di questi giuristi le cui posizioni restarono minoritarie e 'improduttive'. I loro scritti furono percepiti come operanti fuori dallo spazio giuridico autentico soprattutto perché essi reclamavano una modificazione del sistema dall'esterno, dal legislatore.

Il punto è decisivo per evidenziare il contrasto tra il successo dell'opera di Barassi e la sfortuna degli scritti antecedenti. Facendo propria la diffusa sfiducia nei confronti di una trasformazione del diritto privato 'imposta' dal legislatore e la critica nei confronti di una salvifica codificazione sociale, Barassi riuscì a collegare lo studio del contratto di lavoro con le certezze dominanti. La prima elaborazione giuslavoristica reca pochissimo i segni del cosiddetto socialismo giuridico <sup>(181)</sup> ed è caratterizzata a fondo dalle certezze cultu-

---

<sup>(180)</sup> Afferma che « l'inizio vero e proprio del diritto del lavoro si ebbe in Italia con il socialismo giuridico » G. PINO, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *Politica del diritto*, XV, 2, 1984, p. 208. L'autore critica l'attribuzione del titolo di 'padre' della scienza giuslavoristica italiana a Barassi in quanto egli conservò sempre la « precisa volontà di tener distinto il contratto di lavoro dalle tematiche economico sociali emergenti ». Come vedremo nelle pagine successive, fu proprio in virtù di quelle distinzioni che Barassi riuscì ad imporre l'ingresso dei temi del diritto del lavoro nella scienza giuridica ufficiale, non scalfita invece dalle richieste del socialismo giuridico.

<sup>(181)</sup> La cui influenza può essere percepita comunque in più direzioni. Cfr., ad esempio, le interpretazioni del socialismo giuridico come « paleocorporativismo giuridico italiano » e come variante riformistica della tradizione protezionistico-solidaristico-corporativistica. Cfr. G. TARELLO, *Corporativismo*, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, Scienze politiche, 1, Stato e politica*, Milano, Feltrinelli, 1970, p. 74; P. COSTA, *Il 'solidarismo' giuridico di Giuseppe Salvioli*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1974/75, pp. 475 e ss.

rali della scienza giuridica di fine Ottocento, dalle sue distinzioni nette tra il giuridico e il sociale, tra il privato e il pubblico, dal suo rifiuto di contaminare il diritto civile con il particolarismo del sociale.

### 5.2. *Una rigorosa autonomia civilistica: il contributo di Lodovico Barassi.*

Nel 1899 compare nella rivista *Il Filangeri* un saggio di Lodovico Barassi, significativamente intitolato « Sui limiti della codificazione del contratto di lavoro ». Pagine destinate a una non breve fortuna: furono riprodotte integralmente come parte introduttiva della nota monografica del 1901 su « Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano » e le ritroviamo ancora, con delle modifiche, nella seconda e più ampia edizione di quest'opera <sup>(182)</sup>. Questo scritto può essere considerato una sorta di manifesto della prima scienza giuslavoristica italiana, un manifesto — come vedremo — involontario: fonda l'affermazione del diritto del lavoro e la successiva individuazione di uno spazio per la scienza giuslavoristica sulla negazione dell'unica certa acquisizione della letteratura antecedente, l'esigenza di una codificazione e di una lettura congiunta di giuridico, economico e sociale. Lo spazio autonomo è singolarmente affermato attraverso una sua negazione e attraverso l'esaltazione della purezza degli strumenti del civilista.

Due punti centrali possono individuarsi nello scritto: l'importanza della « distinzione tra il campo sociologico e quello giuridico » <sup>(183)</sup>, la negazione di una « cristallizzazione » nel Codice della *parte variabile* del « rapporto giuridico tra capitale e lavoro » <sup>(184)</sup>, e l'attribuzione al giurista di uno spazio ampio per l'interpretazione

---

<sup>(182)</sup> Il primo volume della seconda edizione (completamente rifatta) è del 1915, il secondo del 1917. Su Lodovico Barassi (1873-1961) cfr. le poche informazioni contenute in D. BARBERO, *Ludovico Barassi*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1961) e G. MAZZONI, *Ludovico Barassi*, in *Rivista di diritto del lavoro* (1961); entrambi gli interventi furono poi ricompresi come introduzione agli *Studi in memoria di Lodovico Barassi*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 14 e ss.

<sup>(183)</sup> Qui si cita dalla *Introduzione* alla prima edizione del *Contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 2 e non dal testo comparso nel *Filangeri*.

<sup>(184)</sup> *Ibidem*, p. 6.

della *parte stabile* del contratto. Si tratta di aspetti inscindibili; l'affermazione del secondo punto è sorretta dalla presenza del primo, il quale era in decisa opposizione con le ricostruzioni del contratto di lavoro sino ad allora proposte dagli innovatori.

Considerando il primo aspetto, Barassi fa ampio riferimento alle leggi sociali. È una « assurda affermazione » di « qualche moderno sociologo » quella per cui il contratto di lavoro è un prodotto dell'attuale ordinamento industriale. La « grande industria » ha indubbiamente assunto forme nuove, « ha avuto per effetto un aggravamento di talune responsabilità degli industriali e un maggior intervento dello Stato a protezione degli operai. Ma — prosegue — il contratto di lavoro, nella sua essenza, nella sua costruzione giuridica... <sup>(185)</sup> non ha risentito di questo novello elemento ... Sociologicamente influirà questa differenza ... Giuridicamente si può solo notare l'aumento delle cosiddette leggi sociali, che hanno per caratteristica di non toccare menomamente l'essenza degli istituti giuridici » <sup>(186)</sup>.

L'affermazione riguardo alle leggi sociali non è per noi nuova, quello che più conta, però, è il riferimento al contratto di lavoro. Una codificazione sarebbe opera vana se pretendesse di disciplinare a fianco della « parte immutabile » del contratto di lavoro (parte « vera del diritto romano, e vera ancor sempre oggi » <sup>(187)</sup>); « parte di

---

<sup>(185)</sup> L'introduzione reca in questo punto, tra parentesi, una aggiunta rispetto al testo de *Il Filangeri*: « l'unica cosa che ci interessa in queste pagine ». Barassi dà subito le coordinate della sua ricerca: essa si interessa solo del *sistema* e dell'*essenza* del contratto.

<sup>(186)</sup> *Ibidem*, pp. 1 e 2. Barassi riprende sul punto la tradizione di pensiero che dicevamo volta ad espellere nel diritto pubblico le mutevoli leggi sociali. Estremamente chiare su questo tema anche le affermazioni di Pietro COGLIOLO (*Le alte idealità del diritto privato*, 1898, in *Id.*, *Scritti vari di diritto privato*, Torino, Utet, 1910, vol. I, pp. 21 e 22) che critica il difetto della legislazione volta ad unire « la parte giuridica permanente del contratto con la parte amministrativa pubblica »: « indipendentemente da queste leggi sociali speciali sta la costruzione giuridica del contratto di lavoro, il quale deve avere nel Codice configurata, come per gli altri contratti, la propria figura con linee generali e schematiche, in modo da permettere che, restando essa inalterata, si provveda con mutevoli leggi speciali al progredire dei tempi e delle cose ». Cfr. anche C. CAVAGNARI, *Le controversie del lavoro. Note di giurisprudenza*, Milano, Società Editrice Libreria, 1900, pp. 4 e ss.

<sup>(187)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 6.

diritto privato nel senso più rigoroso del termine, concernente il libero incontro delle due volontà »<sup>(188)</sup>) anche la « parte moderna, contingente », « parte transeunte »<sup>(189)</sup>, « elemento variabile »<sup>(190)</sup> del contratto. Alle leggi sociali è attribuito il compito di regolamentare la parte moderna e sociale del rapporto ed esse devono rimanere fuori dall'analisi di stretto diritto privato perché non toccano la « *struttura vera* che per la tecnica giuridica abbia una *vera*, l'unica importanza »<sup>(191)</sup>. Le limitazioni dell'autonomia dei privati fissate dalle leggi sociali costituiscono (ripetendo in negativo l'aggettivo tanto caro a Barassi) una parte *non vera* del giuridico; il civilista anche in presenza di nuove normative deve guardare al contratto di lavoro così come a tutti i contratti, come al risultato dell'incontro di volontà libere e uguali.

Barassi si richiama *apertis verbis* ad alcune pagine di Gian Pietro Chironi che costituivano una lucida e consapevole difesa della civilistica tradizionale (e una negazione degli spazi giuslavoristici). Il giurista di Nuoro aveva affrontato nel suo studio sulla colpa contrattuale il tema del contratto di lavoro senza mezzi termini: « nel diritto privato non si può immettere senza sconvolgerne il contenuto, il concetto della condizione sociale di una classe di persone »<sup>(192)</sup>; ciò comprometterebbe la « vera libertà », quella « dell'uguaglianza del diritto »<sup>(193)</sup>. Il civilista è ben consapevole che « l'uguaglianza così rigidamente intesa » può essere nelle sue concrete applicazioni fonte di materiale ingiustizia, ma il rimedio non

---

<sup>(188)</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>(189)</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>(190)</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>(191)</sup> *Ibidem*, p. 11. Cfr. in tal senso anche T. BRUNO, *Locazione*, in *Digesto italiano*, XIV, 1905, p. 1163: « Si è a causa di questi nuovi rapporti che i sociologi hanno invaso il campo dei giuristi e hanno preteso di dimostrare che il contratto, che possiamo pure chiamare contratto di lavoro, era da costruire su basi del tutto nuove, con nuovi intendimenti e con metodi nuovi, mentre la verità è che il contenuto di questo contratto si riduce sempre a un semplice ordine di obbligazioni reciproche, in virtù delle quali vi è chi promette di fare e chi promette di dare. La base giuridica, adunque, è sempre la stessa ... Tutto il resto è accessorio, talvolta utile ... ma non suscettibile di essere preso a base di ciò che chiamasi costruzione o ossatura giuridica del contratto e che si riduce pur sempre ai noti elementi subbiettivi ed obiettivi del diritto classico ».

<sup>(192)</sup> G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, cit. p. 124.

<sup>(193)</sup> *Ibidem*, p. 125.

sta nel diritto privato bensì nell'intervento dello Stato, nella « previdenza di carattere sociale » (194). Discorso che riproduce fedelmente riguardo al contratto di lavoro le convinzioni che abbiamo già avuto modo di notare: la tecnica giuridica non ha interferenze con la valutazioni della « astratta » condizione sociale cara ai sociologi, il giurista deve appagarsi della sola 'concreta' considerazione delle « condizioni di fatto in cui un contraente si trova ... al momento del consenso » (195); una costruzione unitaria dei diversi aspetti è inconcepibile, è distruttiva del rigore dei principi civilistici.

In Barassi, come in Chironi, la distinzione tra campo giuridico e sociale diviene una distinzione tra diritto privato e leggi sociali, tra immutabile e transeunte. Fondandosi su tali distinzioni, Barassi denuncia i limiti dei progetti tendenti ad una codificazione del contratto di lavoro: non si può codificare ciò che è per sua natura transeunte, non si può fissare in tecnica giuridica ciò che non può essere sottoposto ad un trattamento uniforme ma solo ad « una saggia legislazione sociale ... che non abbia la pretesa di godere l'immunità di una lunghissima vita » (196).

L'invocata regolamentazione minuziosa del contratto di lavoro non offre vantaggi, non crea un effettivo collegamento tra il diritto e la società: la cristallizzazione legislativa dei nuovi aspetti sociali legati al contratto di lavoro, « la fissazione di un'astratta norma di legge », si porrebbe inevitabilmente in contrasto « con la *vita vera vissuta* » (197), introdurrebbe un'uniformità che presto verrebbe a bloccare il quotidiano lavoro della giurisprudenza, a spegnere la preziosa libertà lasciata all'interprete dal silenzio della legge (198).

---

(194) *Ibidem*, p. 125: « queste provvidenze di carattere sociale, se, finché durano, hanno pur influenza sul diritto privato, non lo sconvolgono, non ne turbano i criteri fondamentali e cessano col cessare o con l'indebolirsi delle difficoltà che li provocano ».

(195) *Ibidem*, p. 124.

(196) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 17.

(197) *Ibidem*, p. 6.

(198) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 6: « la giurisprudenza brancica talora nel buio, nella designazione e nella configurazione scientifica di alcuni principi e di alcune norme: ma d'altra parte è libera ne' suoi movimenti ... può seguire d'avvicino gli usi, risente immediatamente l'efficacia della pratica quotidiana ». In tal senso anche C. CAVAGNARI, *Le controversie del lavoro*, cit., p. 7. Dure critiche alla utilizzazione degli usi

Pur schierandosi contro la codificazione del contratto di lavoro, Barassi ritiene però ammissibile una riforma della « parte immutabile » del contratto. L'ossimoro ben sintetizza le contraddizioni, i disagi e i progetti della scienza giuridica italiana fra Otto e Novecento.

*Riformare l'immutabile*: non occorrono mutamenti radicali ma « solo riforme parziali, ritocchi, estensioni di applicazione »<sup>(199)</sup> della dimensione puramente privatistica, l'unica in cui è concepibile una stabile architettura giuridica; e non occorre — a ben vedere — neppure l'intervento legislativo. Il compito di ben delineare la « parte immutabile » del rapporto non spetta al legislatore ma alla stessa scienza giuridica da sempre abituata a confrontarsi con la struttura solida, perenne, vera, del contratto. È questa l'unica possibile riforma del contratto di lavoro, ed essa è stata ignorata dagli innovatori: « prima di pensare alle riforme radicali cominciamo col porre in sodo questa parte immanente, che è la lacuna assai grave del nostro Codice, ed è così ignorata da coloro che più alto sventolano il vessillo delle riforme »<sup>(200)</sup>.

L'intera ricostruzione di Barassi mira a « porre in sodo » l'essenza del contratto di lavoro, mira a piegare le certezze tradizionali

---

locali nel contratto di lavoro sono presenti invece in L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro*, cit., p. 36: « siffatti usi non possono che rappresentare il diritto e la volontà di coloro cui l'attuale ordinamento economico assicura nel contratto la posizione prevalente, e cioè il diritto e la volontà dei più forti ».

<sup>(199)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 6. In Germania Lotmar si pose dinanzi alla letteratura antecedente con un atteggiamento simile a quello di Barassi: suo obiettivo primario era la costruzione scientifica di un sistema per il contratto di lavoro che lo rendesse intelligibile con lo strumentario classico del giurista. Egli richiama spesso l'analisi degli economisti, ma tiene a discostarsene con specifici riferimenti alle peculiarità tecniche del diritto (cfr. Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs*, Leipzig, Duncker & Humblot, Bd. I, 1902, Bd. II, 1908; in particolare I, pp. 41 e ss., II, pp. 473 e ss.). Le relazioni lavoristiche, insomma, possono anche per Lotmar essere comprese giuridicamente soltanto nell'ottica offerta dal tradizionale diritto delle obbligazioni; anche se va detto, in ogni caso, che ben diversa rispetto a Barassi è l'attenzione prestata da Lotmar nei riguardi della contrattazione collettiva. Per riferimenti alla letteratura antecedente a Lotmar, cfr. A. SÖLLNER, *Der industrielle Arbeitsvertrag in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* (a cura di W. Wilhelm), Frankfurt am M., Klostermann, 1972, pp. 288 e ss.

<sup>(200)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 7.

con ritocchi ed estensioni di applicazioni. Egli ricerca principi più ampi di quelli romanistici ma che siano un inveroamento di questi; ricerca una struttura che non possa essere scossa dalla « smania innovatrice » e dalle « trasformazioni violente » (201). Ricerca, insomma, principi capaci di assecondare la natura del diritto privato, di rispettare i suoi tempi di trasformazione, tempi lenti, così lenti da risultare immutabili (202).

L'approccio sistematico al contratto di lavoro nasce dal rifiuto delle ricostruzioni 'ibride' degli innovatori, nasce dal rifiuto di una rivoluzione nel diritto civile. Riformare l'immutabile significa restare in una dimensione esclusivamente giuridica, significa rifiutare di assumere al centro della riflessione un doppio oggetto, giuridico e sociale; ed è proprio la negazione di un contatto immediato del diritto con le trasformazioni sociali ad aprire la possibilità ricostruttiva, a consentire di tracciare le stabili linee di un sistema per il contratto di lavoro, ad avviare la riflessione giuslavoristica.

Appropriandosi delle nette distinzioni della scienza giuridica ufficiale, Barassi propone uno studio puramente dogmatico del contratto individuale di lavoro, uno studio che ostentatamente si presenta in continuità con le certezze della civilistica e che, in contrasto con le ricostruzioni sociali dell'immediato passato, ostentatamente difende l'individualismo del diritto privato. È l'azzerramento della prospettiva del socialismo giuridico ma è anche l'avvio di una riflessione scientifica sui temi del diritto del lavoro non più marginalizzata.

La scelta di campo è presentata come definitiva e netta: ricostruzione di un sistema civilistico senza riferimento alcuno agli

---

(201) *Ivi*.

(202) L'immagine di uno sviluppo 'lentissimo' dei principi fondamentali del diritto civile viene spesso, in omaggio all'evoluzionismo, a sostituire quella di una loro 'immutabilità'. Cfr., ad esempio, G.P. CHIRONI, *Sociologia e diritto civile*, cit., p. 13: « vi hanno nel diritto principi adattantisi a qualunque tempo, a qualunque condizione, e dirò più esattamente, che sono soggetti meno degli altri a lenta evoluzione »; ID., *Il darwinismo nel diritto*, cit., p. 22: « nel movimento continuo i nuovi aspetti del diritto corrispondono alle nuove convinzioni, ma le idee fondamentali rimangono perché intorno ad esse si compie l'evoluzione ». Il contrasto tra le professioni di fede evoluzionistiche di parte della dottrina civilistica e la tenace difesa della 'immodificabilità' di taluni istituti fondamentali è spesso solo apparente.

elementi variabili, alla superficie del giuridico, a quei fatti che si affiancano solo per un momento alla struttura portante del sapere giuridico senza lasciare segni; elaborazione sistematica dei rapporti stabili, permanenti, esistenti tra capitale e lavoro per carpirne l'essenza, il nucleo immodificabile, il solo che possa aiutare a comprendere anche le relazioni lavoristiche presenti nella società industriale. Barassi è convinto che la vera costruzione giuridica non possa essere dettata da ogni minima trasformazione del sociale: il giurista deve tener conto che la rivoluzione industriale non ha prodotto il contratto di lavoro, deve aver presente che il lavoro nell'industria non ha inventato una nuova struttura giuridica del contratto.

La prima riflessione giuslavoristica italiana assume, dunque, come suoi punti fermi il distacco dalle trasformazioni sociali, la convinzione dell'impossibilità di tradurre *immediatamente* nel giuridico le nuove relazioni industriali, la negazione di ogni confusione tra giuridico e sociale. Un siffatto accostamento teorico al tema del contratto di lavoro era sostenuto dalla perdurante convinzione che le norme interpretate dal giurista si disponessero entro una precisa gerarchia che, anche se non scritta, la scienza giuridica scorgeva ben presente nel rapporto tra Codice e leggi speciali, tra costituzione civilistica e leggi sociali, tra norme immutabili e norme transeunti, tra norme di diritto privato e norme di diritto pubblico. La scelta di Barassi risulta vincente perché ben immessa entro questa mentalità: egli esalta le divisioni, nega la possibilità di un lavoro comune tra il giurista, il sociologo e l'economista, nega ogni contatto tra le fonti 'vere' e le leggi speciali. Il suo discorso verte senza alcun pudore storicista sull'immutabile, su concetti utilizzati da duemila anni, su una *sostanza* operativa da sempre.

Cosa intende Barassi per *immutabile* e in che senso egli apre finalmente uno spazio per la scienza giuslavoristica?

L'istituto della locazione di opere — scrive — « s'è andato svolgendo in un movimento notevole senza trasformarsi nella sostanza » (203). La sostanza rimasta « intatta » è naturalmente quella offerta dal « diritto immortale », dalla concezione romanistica che

---

(203) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 32.

«l'opera provvida del momento evolutivo»<sup>(204)</sup> non ha potuto rivoluzionare. L'immodificabilità della sostanza non relega però l'opera dell'interprete in uno spazio angusto, tutt'altro. Il «gran merito del diritto romano» sta proprio nell'«aver dato alla più gran parte dei suoi istituti una elasticità tale da renderli sempre accetti, sempre rigogliosi di vitalità fino ad oggi»<sup>(205)</sup>. È il principio fecondo su cui deve fondarsi l'opera del giurista, ed è quanto non hanno compreso i critici del diritto romano.

La parte immodificabile non imprigiona l'interprete nella contemplazione di una forma rigida e sempre uguale ma, al contrario, gli fornisce in virtù della sua elasticità uno spazio ampio di indagine; uno spazio in cui la fantasia del giurista non esegeta può continuare a ricercare la parte stabile di tutte le relazioni individuali e sociali. Lontano da dati epidermici, da fatti sociali superficiali e transeunti, l'indagine del giurista si svolge a contatto con l'essenza del giuridico, con l'indole vera del contratto: «non dobbiamo soffermarci a criteri meramente esteriori e formali, ma andando fino in fondo col coltello anatomico del giurista coscienzioso cercare nella fattispecie quegli elementi di fatto da cui si desume l'indole vera del contratto: questo è il sistema più opportuno e sicuro»<sup>(206)</sup>.

Ed è solo lavorando sull'elasticità della sostanza dell'istituto giuridico che si può dare alle relazioni lavoristiche una struttura scientifica capace di comprendere anche quei fattori sociali polemicamente tagliati fuori dal discorso. Barassi insiste sull'elasticità dei principi da porre a base del contratto di lavoro: il concetto di «dipendenza» (il tratto fondamentale individuato per distinguere la *locatio operis* dalla *locatio operarum* e per aggregare i tratti multi-formi dei contratti di lavoro) è «molto elastico, vario»<sup>(207)</sup>; l'ele-

---

<sup>(204)</sup> *Ivi*. Anche gli innovatori non esitano, però, a richiamare «la purezza e la semplicità scultoria dei principi di diritto romano in tema di locazione d'opera» (così E. GIANTURCO, *Sul contratto di lavoro* (1902), in *Id.*, *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, La libreria dello Stato, 1947, p. 272).

<sup>(205)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 30.

<sup>(206)</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>(207)</sup> *Ibidem*, p. 34. Cfr. anche L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, II ed., vol. I, pp. 597 e ss. Per un'attenta analisi della subordinazione nell'opera di Barassi si rinvia a L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, Morano, 1967. L'autore sottolinea che la nozione di contratto di lavoro subordinato

mento della direzione del lavoro da parte del conduttore d'opera è « un concetto eminentemente elastico » (per cui la direzione potrà rintracciarsi anche lì dove essa sia di « proporzioni minime » <sup>(208)</sup>); ed è nella « elasticità del concetto di diligenza del buon padre di famiglia » che « sta il segreto della vitalità che questo istituto ha ancor oggi » <sup>(209)</sup>; infine è ancora in riferimento ad una norma di contenuto elastico, l'art. 1124 del Codice civile, che si possono scorgere obbligazioni del creditore di lavoro che vanno oltre l'unico obbligo stabilito dal Codice (art. 1570), il pagamento della mercede.

Il richiamo all'art. 1124 ben esprime il modo di procedere di Barassi. Dopo aver affermato che l'unico obbligo scaturente dal contratto per il datore di lavoro è il pagamento della mercede, dopo aver negato le interpretazioni che richiamavano le norme della locazione di cose, Barassi aggiunge che il contratto tradizionale non è fermo, può essere comunque innovato se posto « sotto l'egida della bona fides ». Tramite l'articolo 1124 è possibile porre nel contenuto dell'obbligazione « una parte la quale non è o almeno non è sempre il risultato dell'accordo vero e proprio delle parti, ma una inserzione nell'orbita del contratto, opera dell'equità cui la legge rimette l'ulteriore regolamento del contratto di lavoro » <sup>(210)</sup>. Il riferimento

---

« rappresenta il punto di incontro, e di compromesso, tra la tradizione civilistica, insensibile prima che ostile verso la realtà che si muove sotto le norme e i dogmi, e la normativa lavoristica, tutta rivolta invece alla considerazione del dato economico e sociale » (*ibidem*, p. 75). In riferimento al compromesso barassiano tra esigenze dogmatiche di salvaguardare la tradizione civilistica e riammodernamento delle fattispecie privatistiche, più che cogliere le « incongruenze », le « contraddizioni », il « difettoso procedimento logico » (*ibidem*, pp. 125 e ss.), occorre mettere in evidenza che la negazione di un discorso giuridico coinvolgente le leggi speciali e gli aspetti economico sociali è perfettamente complementare alla utilizzazione dogmatica degli elementi negati. Quello che interessa Barassi è difendere l'autonomia privatistica e negare ogni ingerenza dell'intervento dello Stato sul diritto privato. Una volta respinta l'incidenza delle normative 'pubblicistiche' nel diritto privato, Barassi può guardare da un punto di vista 'puramente civilistico' alla realtà sociale, può assorbirla nei concetti tradizionali senza ritenere che esistano contraddizioni. Ampie contraddizioni caratterizzeranno invece il discorso di Barassi nel momento in cui egli riconoscerà l'efficacia delle leggi sociali anche nel diritto privato (cfr. *infra* 5. 3).

<sup>(208)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., I ed., p. 38.

<sup>(209)</sup> *Ibidem*, p. 549.

<sup>(210)</sup> *Ibidem*, pp. 497 e ss., in particolare pp. 548 e ss.

all'art. 1124 diviene così essenziale per « rinsanguare » gli istituti giuridici, per far sì che « vi penetri la corrente fresca e vitale della corrispondenza alla vita » <sup>(211)</sup>. La sistematica utilizzazione dei concetti elastici dà, insomma, la possibilità di creare con gli strumenti antichi della civilistica una teoria giuslavoristica sui silenzi del Codice.

La prospettiva è quella del « sapere depurato » del formalismo pandettistico con le sue negazioni della condizionalità storico-sociale del diritto e l'attribuzione di una puchtiana missione creativa alla scienza giuridica <sup>(212)</sup>. L'aspirazione ad un contatto più stretto con la realtà sociale, il richiamo ai valori della vita e della concretezza, si esprime nell'alveo del formalismo, non in antitesi, in rivolta contro di esso. L'immutabilità dei concetti giuridici non è posta in discussione ma è resa produttiva per fornire risposte anche alle nuove esigenze.

L'approccio alle trasformazioni sociali è spesso discutibilissimo nei suoi contenuti, nelle sue scelte e nelle sue manchevolezze <sup>(213)</sup>; occorre ancora sottolineare però come sia proprio la negazione della commistione tra sociale e giuridico a immettere in seno alla civilistica lo studio dei problemi giuslavoristici. Lo sforzo è quello di adeguare le fattispecie tradizionali alle nuove situazioni: negata in sede metodologica, l'unità di sociale e giuridico affiora come tratto indispensabile del discorso dogmatico allorché il giurista contrappone concetti elastici alle rigide norme inadeguate alla nuova realtà <sup>(214)</sup>.

---

<sup>(211)</sup> *Ibidem*, p. 559. Cfr. anche L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, II ed., vol. I, p. XXXIX: « io non so quali norme dettagliate, sia pur sapientemente escogitate, avrebbero potuto raggiungere meglio lo scopo loro di questa norma (l'art. 1124) ... vero polmone ossigenatore attraverso il quale, come fu felicemente detto da Polacco, tutto il nostro diritto privato codificato respira largamente conservando intatta la propria vitalità. Con questo articolo non vi è novella esigenza, recente aspirazione che non possa subito penetrare nel contratto: cosa si vuole di meglio? ».

<sup>(212)</sup> Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966 (ed. orig. Berlin, 1960); W. WILHELM, *Metodologia giuridica del secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974 (ed. orig. Frankfurt am M., 1958); M. PORZIO, *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica moderna*, Napoli, Jovene, 1969; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, cit.

<sup>(213)</sup> Nella prima edizione c'è una totale assenza di riferimenti alla contrattazione collettiva. Cfr., invece, nella seconda edizione vol. I, pp. XLIII e ss.; vol. II, pp. 41 e ss.

<sup>(214)</sup> Nella seconda edizione Barassi può così sottolineare come il lavoro sistema-

L'opera di Barassi stravolge e devitalizza i precedenti contributi innovatori ma fornisce finalmente uno spazio al diritto del lavoro nella riflessione della scienza giuridica. Tutto ciò avviene senza rivoluzioni, senza strappi nei confronti del diritto comune e del diritto romano. Il diritto del lavoro di Barassi vuole, del resto, essere proprio questo: uno strumento per riconfermare l'immutata capacità di comprensione dei nuovi fenomeni sociali da parte della civilistica tradizionale. Il filo rosso che guida la sua ricerca (e che spiega le tortuosità del suo itinerario) sta nella volontà di conservare il diritto comune, di ribadire la capacità di quel diritto di racchiudere l'intera realtà senza far riferimento alle nuove forme di intervento dello Stato: dal discorso del civilista — si afferma ripetutamente — « esula » il riferimento ad « ogni ingerenza coattiva dello Stato » <sup>(215)</sup>.

Il sistema barassiano delle relazioni lavoristiche vuole leggere la nuova e complessa realtà sociale coi soli strumenti del privatista, vuole mostrare che il valore 'costituzionale' del diritto civile può restare inalterato anche in una terra di confine assediata da leggi sociali. Solo nel lungo periodo una tale lettura si sarebbe rivelata miope, necessariamente perdente di fronte a un intervento sociale

---

tico della dottrina, indotto dalla scarsa normativa codicistica, avesse portato a dei risultati coincidenti con quelli ottenuti tramite un'utilizzazione accorta del metodo sociologico. Richiama Sinzheimer per notare come il compito della scienza giuridica sia quello di seguire « i nuovi fenomeni che vanno assumendo vita, per trovare ad essi una espressione giuridica » e, con notazione che apparentemente poco si intona alla sua metodologia, aggiunge: « se c'è un campo in cui i giuristi ed economisti debbono darsi la mano è proprio questo del lavoro: non più analisi astratta del fenomeno del lavoro in base ai puri testi di legge ma esame di esso nella sua vita palpitante. Bisogna con ciò ossigenare i testi di legge » (*Il contratto di lavoro*, II ed., vol. I, p. 451). L'analisi giuridica 'pura', posta a contatto con la vita, poteva aprirsi a riconoscere « l'importanza » del nuovo « metodo giuridico-economico » (cfr. *ibidem*, p. 451). L'apertura al sociale sta dunque per Barassi nel sistema; non a caso, del resto, egli insiste nel rivendicare il suo contributo all'abbattimento della « esegesi arida, fredda, astratta dei testi di legge » (*ibidem*, p. XLV). All'iniziale scelta per la separazione tra giuridico e sociale Barassi fa quindi seguire una ricostruzione che non esita a richiamarsi ai dati della scienza economica e della sociologia: la purezza dogmatica affermata in partenza (contro 'l'ingerenza' del legislatore) non è confermata in arrivo e il 'puro civilista' lascia spazio al giuslavorista.

<sup>(215)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, I ed., cit., p. 17; II ed., p. XLVI.

dello Stato non più transitorio ma oramai stabile, e di fronte alla crescita della contrattazione collettiva: fenomeni sempre meno collocabili nelle tradizionali gerarchie, nelle certezze del diritto civile degli individui, nella *società del Codice*.

### 5.3. *Incertezze sistematiche.*

Lo scontro tra le antiche convinzioni e il complicarsi della realtà istituzionale e sociale nei primi decenni del Novecento è ben visibile nell'accrescersi delle incertezze e delle contraddizioni presenti nelle ricostruzioni dei giuristi. La seconda edizione del *Contratto di lavoro* di Barassi ne è una prova.

Non siamo di fronte a nuova fase, a un nuovo periodo nella produzione del nostro autore, non siamo di fronte insomma a un 'secondo Barassi'. Il modello tracciato nella prima edizione rimane invariato ma è arricchito dalla presenza di nuove consapevolezze e da qualche complicazione teorica. Non si tratta di inserimenti innocui: i nuovi elementi sono potenzialmente distruttivi della purezza civilistica dell'originario modello e, una volta accolti all'interno del vecchio impianto, creano contraddizioni e continue incertezze sistematiche.

L'introduzione della seconda edizione si conclude ancora con il riferimento ad un diritto privato (alla parte del contratto di lavoro « che si attiene strettamente al diritto privato »<sup>(216)</sup>) senza rapporti con le leggi sociali transitorie, senza rapporti con l'ingerenza coattiva dello Stato. Il punto di avvio dell'analisi non poteva essere abbandonato, pena la distruzione della salda base su cui si erano fondate le scelte del giovane civilista quindici anni prima. Ma il filo conduttore ora non può più ravvisarsi in questo principio la cui applicazione rigorosa è turbata da molti ripensamenti: « non mi pare che si possano assegnare queste norme, di cui consta la legislazione sociale tutrice del lavoro, al diritto pubblico, come invece ho creduto di poter sostenere altre volte. Infatti se una norma categorica che rappresenta sempre l'intervento coattivo dello Stato, e l'esclusione dell'autonomia individuale, perciò solo si dovesse assegnare al di-

---

<sup>(216)</sup> *Ibidem*, II ed., p. XLV.

ritto pubblico, quante norme di diritto pubblico non sarebbero comprese in quello che è vero diritto privato? »<sup>(217)</sup>.

Nascosta in una nota, e presentata come innocuo riconoscimento di una lievissima colpa giovanile, tale affermazione smantella completamente il precedente modello del nostro giurista. È l'acoglimento dell'argomento, sempre respinto, per cui la stessa struttura 'puramente privatistica' contiene già in sé non poche limitazioni dell'autonomia dei privati; è il riconoscimento che l'ordinamento civilistico considerato come espressione delle sole determinazioni della volontà delle parti (in modo esente da coazioni esterne) non è che una parte e non tutto (e il vero) diritto privato.

Il ripensamento non è di poco conto<sup>(218)</sup>. L'opposizione netta alla confusione tra sociale e giuridico, tra leggi sociali e diritto comune, tra norme pubblicistiche e norme privatistiche si fondava, come sappiamo, proprio sul rifiuto di ogni elemento estraneo alla purezza civilistica, sul rifiuto di ogni intervento particolare ('protettivo', di 'garanzia', di 'riequilibrio') rivolto a particolari situazioni sociali. Il diritto del lavoro barassiano rappresentava l'offensiva della civilistica nei confronti del mutamento sociale accelerato, nasceva all'interno del diritto comune per difenderlo dal particolarismo del sociale. L'espulsione delle leggi sociali nel diritto pubblico era perfettamente complementare all'inserimento delle relazioni lavoristiche entro il diritto comune, era essenziale per riconfermare la capacità della scienza giuridica di ricomprendere nella sua rete concettuale anche la società industriale senza tener conto dell'intervento dello Stato.

Il riconoscimento di un'operatività dell'intervento sociale dello Stato anche nel diritto privato rivela ora la fragilità della difesa del nucleo 'intangibile' del giuridico affidata a tempi separati di con-

---

<sup>(217)</sup> *Ibidem*, p. 330. Argomenti simili — come sappiamo — erano stati avanzati senza successo molti anni prima, ad esempio, da Tortori.

<sup>(218)</sup> Non si possono in questa sede rilevare tutte le differenze tra la prima e la seconda edizione del *Contratto di lavoro*. Abbiamo già accennato alla presenza nella seconda edizione di un'ampia analisi della contrattazione collettiva; un rilievo fondamentale ha anche nella seconda edizione il tema dell'inseparabilità del lavoro dalla persona del lavoratore, un tema che, a dire dello stesso Barassi, costituisce il motivo conduttore della sua trattazione (II ed., vol. I, p. 459). Sul punto un'influenza notevolissima è quella delle ricordate teorie di Brentano (cfr. in *ibidem*, pp. 23 e ss.; pp. 452 e ss.).

fronto tra il diritto e la società: si ammette che il diritto del lavoro è anche la risultante della crescente attività legislativa volta a porre nel diritto privato norme inderogabili, norme impossibile da relegare nel settore pubblicistico.

Se tali sono le potenzialità distruttive che si possono leggere nella 'innocua' affermazione di Barassi, occorre però sottolineare ancora che tale riconoscimento non modifica l'architettura della sua costruzione, né i suoi intenti programmatici. È sufficiente, del resto, scorrere l'ampliata introduzione al *Contratto di lavoro* per verificare la continuità del progetto. I nuovi inserimenti ribadiscono con forza la scelta della prima edizione attraverso sprezzanti attacchi alle analisi non giuridiche del lavoro (« giudizi usciti da cervelli in cui diritto e sociologia si sono trovati nella più ibrida mescolanza: cosicché non si sa se siano giuristi che si impancano a sociologi o sociologi che si atteggiavano a giuristi » <sup>(219)</sup>) e incongrue riproposizioni della netta contrapposizione tra gli « elementi fondamentali », « invariabili » <sup>(220)</sup>, del diritto comune e le norme sociali.

Barassi non tenta in alcun modo di appianare le contraddizioni introdotte nelle sue pagine dalle nuove consapevolezze che finiscono per essere funzionalizzate ad uno schema interpretativo che riconferma le stesse verità. Ogni nuovo dato è immesso nel sistema come estensione all'infinito della stessa *sostanza*: « la sostanza è sempre quella, *non muta*: è questione di retta intelligenza nella applicazione dei principi » <sup>(221)</sup>. La scelta di fine Ottocento continua, nonostante tutto, a dar forma al suo diritto del lavoro.

Le incertezze sistematiche segnalano la difficoltà di trovare una sintesi tra utilizzazione dell'eredità dogmatica civilistica e la fattualità di un diritto del lavoro caratterizzato sempre più da norme inderogabili e da contratti collettivi non inquadrabili entro visioni 'atomistiche', rispecchiano il disagio della scienza giuridica di fronte alla nuova società non più coincidente con quella del Codice. Ancora intrisa da mitizzati riferimenti alla purezza del sistema, ancora caratterizzata dalla certezza di possedere chiavi di lettura universalmente valide, buone per aprire le porte della comprensione

---

<sup>(219)</sup> *Ibidem*, vol. I, p. XXII.

<sup>(220)</sup> *Ivi*.

<sup>(221)</sup> *Ibidem*, p. 392.

di ogni relazione sociale, la civilistica è disorientata, stenta a ricondurre all'unità del diritto comune civilistico le nuove normative, le nuove consapevolezze sociali.

Nelle pagine successive si tenterà di mettere in luce alcune complicazioni del modello fin qui tracciato. L'obiettivo non è quello di fornire al lettore una rappresentazione completa degli studi giuridici sulle relazioni lavoristiche, ma quello di cogliere alcuni aspetti complementari al percorso del diritto del lavoro 'puramente civilistico' tracciato da Barassi in opposizione alle leggi sociali.

#### 6. *Intervento dello Stato e modelli civilistici.*

Tramite le leggi sociali l'idea della necessità di un intervento dello Stato sulla società civile si affermò anche negli ambienti giuridici. Il punto cruciale dello scontro tra i giuristi non riguardò, come abbiamo visto, la necessità di leggi sociali ma l'incidenza dell'azione dello Stato sul diritto privato, la natura giuridica delle leggi speciali, il posto da attribuire loro nella gerarchia delle fonti, la loro capacità di incidere o meno sulla costituzione civilistica.

Con le sue distinzioni tra leggi sociali transeunti e principi immodificabili del diritto comune, l'opera di Barassi sintetizza il percorso più frequentato dalla scienza giuridica per rapportarsi tra Otto e Novecento alle trasformazioni sociali. Si possono naturalmente individuare letture che si accostarono alla distinzione tra giuridico e sociale, tra privato e pubblico, in maniera differente. Anche in esse, però, le certezze del diritto comune civilistico affiorano spesso come un punto obbligato di riferimento o come una carsica corrente ispiratrice. Quelle certezze, del resto, rappresentavano in questi anni parte integrante del patrimonio culturale anche dei giuristi che avevano posizioni sociali più avanzate, che proponevano nuove metodologie e non erano più propensi ad esaltare l'immutabilità del diritto comune.

Questi contrasti sono ben evidenti negli scritti giovanili di Francesco Carnelutti.

Nel 1913, introducendo una sua raccolta di interventi in materia di infortuni sul lavoro, Carnelutti esprimeva la sua insoddisfazione per lo stato della dottrina giuridica riguardo alle leggi sociali. Non è

possibile, affermava, ponendo al centro della sua attenzione la divisione tra pubblico e privato, continuare a considerare la legislazione sociale « come una specie di terra infeconda, la quale non meriti il lavoro dei maestri. È tempo di snebbiare quella comoda imprecisione intorno al carattere privatistico o pubblicistico del suo contenuto » (222). Le leggi sociali vanno dunque assunte al centro del discorso del civilista: esse mostrano le incrinature presenti nel vecchio sistema e la nascita dei nuovi principi; gli interpreti devono oramai comprendere che il sistema non può essere più costruito senza far riferimento ad esse, senza uno studio paziente di coordinamento e di sintesi tra le loro norme e quelle del diritto comune (223). Andando ben oltre il problema degli infortuni sul lavoro, Carnelutti richiede alla scienza giuridica « imperturbabilmente borghese » un atteggiamento più attento nei confronti delle trasformazioni sociali, più attento nei confronti dei « problemi giuridici del lavoro » (224).

Le pagine di Carnelutti non hanno ambiguità riguardo alla natura giuridica delle leggi sociali, propongono una consapevole apertura della sistematica civilistica all'influenza dell'intervento speciale dello Stato, rifiutano i comodi schemi divisorii tra giuridico e sociale, tra privato e pubblico, tra norme transitorie e norme immutabili. Ed egli accompagna alle dichiarazioni programmatiche l'analisi concreta delle nuove fattispecie: indica come con la legge sugli infortuni sia mutato l'inquadramento scientifico della responsabilità civile e del contratto di lavoro (225); si spinge ad analizzare dettagliatamente campi molto lontani da quello direttamente riformato, come ad esempio quello delle successioni. Anche in questo settore, superando nell'attribuzione dell'indennità i limiti della famiglia legittima per considerare la concretezza dei rapporti di dipendenza economica e le situazioni di bisogno create dall'infortunio, la legi-

---

(222) F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. VIII.

(223) Cfr. *ibidem*, pp. VIII e ss.; e F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, cit.

(224) F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. XII.

(225) *Ibidem*, p. IX; nonché ID., *Sul concetto di operaio nella legge sugli infortuni*, in *ibidem*, pp. 45 e ss.

slazione sociale ha aperto un varco nei principi del Codice e ha preannunciato le linee di un nuovo sistema <sup>(226)</sup>.

Bastano questi pochi rilievi a mostrare un approccio molto diverso da quello di Barassi. Nelle pagine di Carnelutti l'esigenza di organizzare il sistema giuridico è successiva alla lettura dei nuovi dati normativi; il sistema del giurista non elimina il riferimento alla legge speciale ma lo esalta nel tentativo di rendere i nuovi principi elementi essenziali di una costruzione civilistica più ampia. Le divisioni barassiane paiono del tutto superate: le riforme incidono sull'intero assetto del diritto comune civilistico e il compito dell'interprete è quello di rendere evidenti le trasformazioni ampliando e rinnovando il sistema, guardando al 'diritto dell'avvenire' presente nei 'germi fecondi' offerti dalle leggi sociali.

Si può certo rilevare che affermazioni non dissimili erano presenti anche in alcune pagine degli innovatori; il discorso carneluttiano ha, però, nuovi dati rilevanti: la volontà di sistematizzare anche la normativa sociale, l'impianto rigorosamente tecnico, l'intento di rinnovare la tradizione agendo dal suo interno, senza rifiutare l'antico sistema e senza attendere il Codice sociale. Il giovane Carnelutti non ama le vaghezze e le generalizzazioni sociologiche; se alcune fumosità sono riscontrabili nella sua opera giovanile, esse sono attribuibili alla puntigliosità del giurista e alla sua tensione ossessiva verso l'armonica completezza del sistema.

---

<sup>(226)</sup> F. CARNELUTTI, *Il diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni*, in ID., *Infortuni sul lavoro*, cit., vol. II, pp. 123 e ss. L'analisi verte sull'art. 10 del testo unico del 1904 che aveva modificato il testo della legge del 1898 (n. 5 dell'art. 9) ispirato ancora ai criteri del diritto comune. Per una critica al sistema della legge del 1898 su questo punto cfr. U. GOBBI, *I diritti di successione e la legge sugli infortuni del lavoro*, in *Monitore dei tribunali*, 1900, 1, pp. 3 e 4. Secondo il nuovo articolo i successori nell'indennità non potevano essere altri che quelli fissati dalla legge (restava esclusa quindi la possibilità di disporre diversamente per volontà testamentaria); la designazione legale dei successori seguiva un criterio diverso da quello fissato nel Codice, varcando i limiti della famiglia legittima. Carnelutti parla in proposito di « un istituto successorio speciale » (p. 174) contenente « per chi ami aguzzare lo sguardo in cerca di tracce segrete del diritto futuro, un segno pur minuscolo ma prezioso d'una impressionante trasformazione nei concetti fondamentali del diritto privato » (p. 159).

La differenza più evidente con la posizione di Barassi sta, dunque, nella valutazione dell'intervento speciale dello Stato. Per Barassi, come sappiamo, tale intervento è da relegare il più possibile in una sfera necessaria ma transeunte, mai incidente sul vero diritto privato; per Carnelutti, invece, esso non è delimitabile nell'ambito pubblicistico, è uno strumento di trasformazione del diritto comune, degli istituti fondamentali del diritto privato. La convergenza di opinioni riguardo all'opportunità di adoperare strumenti speciali di intervento sul sociale svanisce nel momento in cui si considera l'incidenza giuridica di tale intervento sul sistema civilistico. L'ingenua difesa barassiana dell'assoluta autonomia privatistica è gravida di scoperti legami con i dogmi della civilistica dell'Ottocento; il discorso di Carnelutti è ben diverso ma, a ben vedere, si presenta anch'esso caratterizzato da solidi legami con le certezze culturali della civilistica.

Carnelutti appare consapevole che il giurista non ha e non può avere il monopolio sulle fonti del diritto, che non può agire in solitudine dilatando all'infinito le certezze del passato, che è relativamente libero nella costruzione del sistema ma che deve utilizzare tutti i dati normativi presenti nell'ordinamento senza arbitrarie distinzioni. Eppure anch'egli nella sua opera giovanile propone certezze 'complementari' rispetto a quelle che abbiamo visto presenti in Barassi. Riaffiora anche nelle sue pagine l'utilizzazione dell'intervento dello Stato come strumento di difesa delle certezze del diritto privato individuale, emerge il rifiuto di trasformazioni del giuridico adagate su « anomale » trasformazioni del sociale. La questione può essere messa a fuoco considerando più da vicino i compiti che egli affida alle nuove forme di intervento giuridico dello Stato sulla società civile.

Tra Otto e Novecento i giuristi accettano l'intervento 'coattivo' dello Stato sulla società per ragioni molto diverse; la legge speciale è soprattutto però uno strumento indispensabile per affermare ordine, per eliminare il disordine, 'la guerra', presente nella società. Lo Stato interviene per eliminare forme involute di conflitto sociale, per indirizzarle verso forme avanzate, progredite, per stabilire equilibrio, per farsi « garante di un equilibrio altrimenti non raggiungi-

bile » (227). Sin dagli scritti degli anni Ottanta l'immagine degli squilibri sociali evoca la disarmonia tra vita reale e diritto ed evoca, soprattutto, la presenza di pericolosi conflitti sociali da eliminare, da ricondurre ad un ordine pacifico di relazioni. Forti del « sentimento di solidarietà » che « vibra nei cuori » (228), occorre intervenire sulla società per far cessare « lo stato di guerra » (229); tramite l'intervento dello Stato occorre imporre nelle relazioni tra capitale e lavoro la pacificazione, una 'solidarietà forzosa'. Ai termini *legislazione sociale* e *tutela del lavoro* è difficile, insomma, che non si accompagni il riferimento alla necessità di eliminare gli effetti 'perturbanti' della conflittualità sociale (230), di ristabilire la pace sociale minacciata.

La legge sociale non mira a stabilire un ordine qualsiasi, l'ordine a cui si fa riferimento assume a suo parametro fondamentale le certezze giuridiche delle relazioni individuali, l'ordine dei privati affermato dal diritto comune civilistico. Il necessario intervento

(227) P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 370 e pp. 365 e ss.

(228) C. VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Critica sociale*, XII, 1902, p. 18. Nel pensiero di Vivante si saldano elementi socialistici con tratti solidaristici e con specifiche certezze dogmatiche riconducibili alla civilistica tradizionale. Cfr. in *ibidem*, pp. 347 e 348: « Il contratto non ha modificato nemmeno oggidi il suo tipo quale ci fu tramandato dal diritto romano, perché le figure essenziali del contratto sono le prime a cogliersi, le ultime a modificarsi. Il movimento riformista non tende, a mio avviso, a modificare la struttura elementare del contratto ». Il Vivante più autentico non è tanto il riformista quanto il solidarista che resta comunque convinto dell'essenzialità del tecnicismo. Cfr., ad esempio, C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio*, Milano, 1899 (estratto dal *Monitore dei Tribunali*), pp. 26 e ss.: « il diritto scritto nei Codici custodisce il tesoro delle dottrine, degli ideali e degli interessi legittimati da secoli; la sua forza di resistenza ci difende contro l'impeto dissolvante delle rivoluzioni ». E ancora: « nel tecnicismo c'è una forza, purtroppo quasi vergine ancora, per ringiovanire il carattere morale del nostro paese ».

(229) C. VIVANTE, *I difetti sociali*, cit. p. 18. Le citazioni sul punto potrebbero facilmente essere moltiplicate facendo riferimento a quasi tutti gli autori del cosiddetto socialismo giuridico.

(230) Il nesso è particolare diffuso nella letteratura schierata per una codificazione del contratto di lavoro; cfr., ad esempio, I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile*, cit., pp. 119 e 120: « è necessario che lo Stato intervenga e risolva con provvide leggi l'importante questione del lavoro. ... assicurare, proteggere il lavoro, regolare sulla base del diritto e dell'equità tutti i rapporti nascenti da esso non è soltanto tutelare la vita e il diritto di chi lavora ... ma è anche promuovere il progresso e garantire da ogni perturbazione la vita di tutta la società ».

coattivo dello Stato mira, in fondo, a reintegrare nella sua pienezza l'impero del diritto comune; ed è per questo, come abbiamo visto, che il discorso dei giuristi si sdoppia, continuando da una parte ad esaltare i principi cardine del diritto civile individualistico (proprietà, contratto, responsabilità) come perenni strumenti di ordine e, dall'altra, ricorrendo all'intervento dello Stato per ricondurre all'ordine la 'guerra' del sociale.

Se la legislazione speciale ha il compito di ricondurre le instabilità del sociale all'ordine del sistema civilistico, accentuare l'intervento coattivo dello Stato, sino a fargli assumere connotati autoritari, non significa allora negare le certezze dell'ordine giuridico degli individui ma semplicemente ricercare con più energia una riconduzione del sociale all'ordine del diritto. I due aspetti non appaiono in contraddizione: l'intervento dello Stato è visto come una provvisoria sostituzione delle soluzioni autonome date dall'ordine giuridico degli individui; le leggi sociali non pongono in discussione la continuità della costituzione civilistica, anzi, è proprio la necessità di conservarla a spingere i giuristi ad accettare l'intervento statale destinato a ristabilire un nesso armonico tra il diritto e la società, indirizzato a contenere le passeggere anomalie del sociale <sup>(231)</sup>.

Guardando al rapporto tra ordine dei privati e intervento 'speciale' dello Stato, è possibile intravedere una convinzione diffusa nella cultura giuridica italiana del primo Novecento, quella per cui l'esasperazione dell'intervento dello Stato sulla società è (provvisoriamente) necessaria per difendere e riaffermare gli interessi dell'ordine giuridico degli individui. L'intervento autoritario dello Stato è accettato solo in quanto funzionale a garantire le certezze del diritto comune. Il liberalismo si snatura per rimanere fedele a se stesso, per non rinunciare ai suoi postulati indiscutibili nelle relazioni privatistiche.

---

<sup>(231)</sup> L'intervento di politica sociale dello Stato, congiunto alla limitazione degli spazi di azione sindacale, fu, com'è noto, uno dei cardini della politica bismarkiana. Un progetto chiaramente sintetizzato da Adolf WAGNER: « Je mehr Gesetzgebung, Staat und Gemeinde eingreifen mit Arbeiterschutz, Arbeiterversicherung, mit sonstigen sozialen Hilfen, desto weniger brauchen wir Gewerkvereinigungen und Organisationen der Arbeiter selbst ». Cit. in D. LINDENLAUB, *Richtungskämpfe im Verein für Sozialpolitik*, cit., p. 219.

In uno scritto dedicato ai rapporti tra legislazione sociale e ordinamento sindacale corporativo, Guido Zanobini individuava come contenuto tipico della legislazione sociale la limitazione autoritaria da parte dello Stato delle libertà individuali ed affermava: « dal punto di vista storico la legislazione sociale sorge e si sviluppa nello Stato liberale secondo principi che sono in contrasto coi generali postulati politici di esso »<sup>(232)</sup>. L'affermazione ha del vero ma non coglie le aspettative liberali nei confronti delle leggi sociali. Sia il legislatore sia la scienza giuridica eludevano il contrasto spinti dalla convinzione che l'accentuazione autoritaria dell'intervento dello Stato fosse necessaria per ristabilire la stabilità dei comportamenti sociali fissata una volta per sempre nelle regole del diritto comune civilistico.

Lo Stato interviene per « mettere le parti in condizione di lottare ad armi uguali » ma la sola lotta giusta rimane quella data dal modello del contratto individuale e dai valori ad esso collegati: « il contratto è la risultante di una lotta, di un conflitto e il più forte vi imprime una impronta propria prevalente. È giusto? Sarà anche poco equo, anzi spesso lo è: ma se le parti lo hanno accettato come è possibile disfare quello che non è se non il logico risultato dell'odierno naturale, spontaneo assetto economico, sociale? »<sup>(233)</sup>. Il modello 'naturale' di lotta e conflitto è lo scontro tra individui; è a quel modello 'logico' che l'intervento statale deve ricondurre 'la guerra' presente nel sociale. Il libero consenso delle parti, le certezze del contratto individuale possono restare forme fisse del sapere giuridico proprio perché sono sempre di più affiancate da una retorica 'interventista' e 'statualista' ritenuta innocua per le vere certezze giuridiche.

Quando dicevamo sopra che in alcune pagine di Carnelutti è possibile riscontrare convinzioni 'complementari' a quelle di Barassi, alludevamo proprio a questa tradizione. Carnelutti che pur accetta di ridiscutere alla luce delle norme speciali-sociali poste dallo Stato

---

<sup>(232)</sup> G. ZANOBINI, *La legislazione sociale*, in *Archivio di studi corporativi*, II, 1931, p. 195. Cfr. anche G. BOTTAI, *La concezione corporativa dello Stato*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, p. 12.

<sup>(233)</sup> L. BARASSI, *Consuetudine e contratto di lavoro*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, 2, p. 590.

gli istituti civilistici, è anch'egli fermamente convinto che l'intervento statale non debba far altro che confermare le certezze del diritto degli individui, che esso debba essere al servizio di una difesa incondizionata dell'ordine della proprietà e del contratto. Soltanto considerando quest'aspetto si possono esattamente comprendere le note pagine dedicate da Carnelutti alle *nuove forme di intervento dello Stato nei conflitti collettivi di lavoro*. Per negare il conflitto sociale Carnelutti utilizza il modello « evoluto » della contrattazione individuale <sup>(234)</sup>: lo Stato deve indirizzare la prassi lavoristica verso la « guerra lecita », deve imporre ai gruppi il 'male minore', l'arbitrato obbligatorio, deve vietare lo sciopero e la serrata, deve insomma uniformare la nuova società alle certezze del diritto degli individui <sup>(235)</sup>.

Il giurista sceglie, si può dire rubando la metafora allo stesso Carnelutti, « la soluzione chirurgica, senza dubbio inferiore alla soluzione igienica, ma spesso praticamente inevitabile » <sup>(236)</sup>; e, si sa, « la chirurgia aborre dalle mezze misure. Il male deve essere estirpato fino alla radice » <sup>(237)</sup>. Oltre a una continuità con la retorica dei civilisti riguardo alla missione delle leggi sociali, non è difficile

---

<sup>(234)</sup> F. CARNELUTTI, *Le nuove forme di intervento dello Stato nei conflitti collettivi di lavoro*, in *Rivista di diritto pubblico*, III, 1911, 1, pp. 407 e 408. Questo saggio di Carnelutti è attentamente analizzato da P. COSTA, *Lo stato immaginario*, cit., pp. 382 e ss.; cfr. anche U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia*, in Id., *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, il Mulino, 1974 e Id., *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in *ibidem*. Per delle informazioni di carattere generale su Carnelutti, si rinvia a G. TARELLO, *Carnelutti, Francesco*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, 1972, vol. XX, pp. 452 e ss.; cfr. ancora Id., *Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti ed il suo progetto del 1926*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974, pp. 499 e ss., interessante soprattutto per l'appendice contenente una *Bibliografia giuridica di Francesco Carnelutti* (pp. 525 e ss.).

<sup>(235)</sup> F. CARNELUTTI, *Le nuove forme di intervento dello Stato*, cit., pp. 409 e 412. Una dura requisitoria contro il movimento sindacale può leggersi in O. RANELLETTI, *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione* (Prolusione al corso di diritto amministrativo dell'Università di Napoli, tenuta il 9 febbraio 1920), in *Annali della Regia Università di Macerata*, 1927, vol. II, pp. 28 e ss.

<sup>(236)</sup> F. CARNELUTTI, *Le nuove procedure per le controversie negli infortuni dell'agricoltura* (1918), in Id., *Studi di diritto processuale*, Padova, Cedam, 1925, p. 511.

<sup>(237)</sup> *Ivi*.

scorgere la prefigurazione del modello corporativistico <sup>(238)</sup>. Alla rigorosa autonomia privatistica, al silenzio su un intervento sociale dello Stato estraneo al diritto privato, corrisponde ora un pieno sostegno verso un indispensabile riconduzione delle 'anomale' forme del sociale all'ordine, ad un pacifico sviluppo, ad una conflittualità « seria e quieta » <sup>(239)</sup>, controllata dallo Stato <sup>(240)</sup>.

Più che scorgere le crescenti limitazioni dell'autonomia contrattuale e la fragilità della mitizzazione della libertà di contratto, si esalta l'autorità dello Stato per negare le nuove forme collettive di libertà contrattuale, per ricondurle al modello ordinato e mitizzato, 'serio e quieto', del contratto tra individui proprietari. Le aperture di Carnelutti alla normativa sociale si mostrano, da questo punto di vista, nelle loro nudità come un approccio sistematico attento più alle coerenza formale del discorso giuridico che all'effettiva prassi delle relazioni lavoristiche, come una visione complessa dell'ordinamento ancora pesantemente condizionato da certezze tradizionali <sup>(241)</sup>. Resta ferma anche nelle sue pagine la convinzione che la scienza giuridica possa conservare un suo statuto scientifico solo lavorando su dati stabili, prevedibili, non staccati cioè dalla collaudata razionalità dell'ordine degli individui. Gli indirizzi di politica legislativa che fornisce il giurista, le sue aspettative di fronte al divenire sociale, il modo di influenzarlo, restano impostati sulle certezze della ottocentesca costituzione civilistica. Una costituzione costretta ora a non poter fare più a meno dell'intervento autoritario dello Stato.

---

<sup>(238)</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 384; U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia*, cit., p. 153; ID., *Il diritto sindacale e corporativo e i suoi interpreti*, cit., pp. 154 e ss. e p. 186. Sul punto si cfr. ancora *infra* II. 4.3.

<sup>(239)</sup> F. CARNELUTTI, *Le nuove forme di intervento dello stato*, cit., p. 413.

<sup>(240)</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro. Lezioni di diritto industriale*, Padova, Cedam, 1927, pp. 61 e ss. ove sono ripresi gli stessi argomenti del 1911 ora 'inveratisi' nella realtà istituzionale con la legge del 3 aprile del 1926 che aveva reso 'quieta' la contrattazione collettiva.

<sup>(241)</sup> Lo stesso approccio caratterizza il nostro giurista negli anni del fascismo allorché le linee del nuovo sistema sono ricercate nel « germe » di rinnovamento offerto questa volta dalla legge del 1926. Cfr. F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, Ed. del Diritto del lavoro, 1930, vol. I, p. 60.

La legge del 3 aprile del 1926 segnò significativamente per Carnelutti il passaggio dal « disordine » al « regno del diritto » nei conflitti tra i gruppi <sup>(242)</sup>.

Autonomia privatistica senza contatti con il settore pubblicistico ed intervento coattivo dello Stato volto a riordinare il sociale, si erano mossi in direzioni coincidenti; fu entro questi poli, solo apparentemente contrastanti tra loro, che si sviluppò la vicenda della giuslavoristica italiana dei primi decenni del Novecento <sup>(243)</sup>. Lo spazio per l'affermazione della giovane disciplina restò condizionato dall'impossibile superamento delle antiche dicotomie, dal peso di una tradizione che si voleva esclusivamente privatistica o esclusiva-

---

<sup>(242)</sup> F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema*, cit., p. 44.

<sup>(243)</sup> Ci pare che entro queste linee direttrici possa essere letto anche il rilevantissimo tentativo di Giuseppe Messina di giungere a una costruzione scientifica privatistica del contratto collettivo. L'opera di Messina è stretta tra la verifica dell'impotenza della normativa di diritto comune a dare una configurazione giuridica appropriata alle nuove forme di autonomia collettiva e la richiesta di una *lex publica* idonea a risolvere dall'alto, dall'esterno, il problema cruciale dell'inderogabilità del *contrabere* collettivo. Cfr. G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro* (1904), in ID., *Scritti giuridici*, IV, *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 3 e ss.; ID., *I « contratti collettivi » ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, in *ibidem*, pp. 57 e ss.; ID., *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffa* (1907), ora in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 29, 1986, pp. 113 e ss. (con una nota introduttiva di Umberto Romagnoli). Per una bibliografia della letteratura sul punto si rinvia a G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Angeli, 1985. Anche negli scritti giovanili di Enrico Redenti si può notare il contrasto tra adesione alla nuova realtà sociale ed esigenza di 'pensarla' ed inserirla ancora negli schemi degli istituti tradizionali. Il discorso non può esaurirsi in poche battute ma giova comunque presentare qualche esemplificazione. I tentativi innovatori non omogenei alla logica tradizionale rappresentano per Redenti soltanto « una inutile e dannosa rivolta »; egli è convinto che la figura giuridica centrale delle relazioni lavoristiche resti sempre il « vecchio contratto di lavoro » e critica la provocatoria negazione del contratto di lavoro avanzata da Lorenzo Ratto. Cfr. E. REDENTI, *Sulla funzione delle Magistrature industriali* (introduzione al *Massimario della giurisprudenza dei proviviri*, 1906), poi in ID., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 615, 627 e 613. Cfr. anche ID., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei proviviri*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, I, pp. 365 e ss. Sulla posizione 'estremistica' ed isolata di Ratto nel dibattito del periodo giolittiano cfr. C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali tra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in A. Mazzacane (a cura di) *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 144 e ss.

mente statualistica, e che era ‘puramente’ privatistica e statualistica al tempo stesso. La pura autonomia civilistica rimandava ad un ente esterno, sovraordinato, cui era demandato il compito di fissare le regole del conflitto, di conferirgli effettività normativa, di mantenerlo sempre in una ‘fase evoluta’: per conservarsi la purezza civilistica non esigea più una transitoria legislazione sociale-speciale, ma un continuo intervento legislativo dello Stato, una presenza autoritaria dello Stato.

La negazione di una vera rilevanza giuridica dell’intervento sociale-speciale dello Stato resta teoricamente indispensabile, così come è indispensabile la necessità pratica di quell’intervento: il rilievo marginale dato alla normativa ‘coattiva’ dello Stato rinvia al termine negato; il diritto del lavoro ‘puramente’ privatistico rinvia, provvisoriamente, al polo statale e ottiene da questi la situazione ordinata su cui poter fare imperare la sua disciplina, mira a riaffermare la sua purezza rinviando al polo che la nega (244).

---

(244) Una ricostruzione decisamente volta a superare tali dicotomie e ad affermare un’autonomia giuslavoristica distaccata dalle rigide forme del passato si ha con Hugo Sinzheimer e i giuristi della sua scuola. Sinzheimer contrappone il diritto del lavoro alla purezza civilistica e agli apporti provenienti dall’alto, dallo Stato: sono le trasformazioni del sociale a produrre una normativa ‘autonoma’ delle relazioni lavoristiche, a produrre un diritto del lavoro che si oppone alla uguaglianza formale (alle ‘falsità’) del diritto delle obbligazioni e all’intervento statale volto a risolvere dall’esterno le conflittualità della società civile. Il primo tema, quello della ‘emancipazione’ del diritto del lavoro dal diritto civile, si lega in Sinzheimer al superamento della rigida divisione tra diritto pubblico e diritto privato, tra scienze sociali e scienze giuridiche; il secondo argomento ripropone invece, da un punto di vista diverso di quello liberale individualistico, la richiesta di una ‘purezza’ del nuovo diritto. Espressivo della autonomia delle forze sociali, il diritto del lavoro è prodotto dal sociale e si manifesta soprattutto attraverso l’agire di gruppi liberamente organizzati e attraverso la contrattazione collettiva. La legislazione sociale, l’intervento assistenziale dello Stato, che pur ha rappresentato un momento importante nell’evoluzione del movimento operaio, non può considerarsi parte del ‘vero’ diritto del lavoro. L’affermarsi del diritto dei gruppi sociali si pone, dunque, come elemento di crisi sia del diritto individualista, sia del diritto statale: il diritto sociale, il diritto prodotto dall’autonomia collettiva dei gruppi e dall’affermarsi del movimento operaio, sostituisce il diritto individuale e non ha bisogno della legislazione sociale che torna ad essere tagliata fuori. Anche questa ‘purezza’ dell’autonormazione sociale non può, però, essere conservata a lungo e anche la ricostruzione di Sinzheimer torna a fare riferimento al versante statale: è infatti con l’intervento dello Stato che occorre misurarsi allorché la via dell’autonomia collettiva mostra le sue contraddizioni, nel momento in cui il conflitto

Tali polarità furono conservate anche nel periodo fascista. Di fronte alle richieste di una visione politica delle tematiche giuridiche, di una interpretazione del corporativismo come « nuova costruzione integrale del mondo sociale »<sup>(245)</sup>, di fronte alle esplicite critiche degli strumenti tecnici tradizionali e alle domande di una nuova dogmatica corrispondente all'ordine corporativo<sup>(246)</sup>, di fronte alle perentorie affermazioni del carattere pubblicistico di tutto il diritto e della dissoluzione della divisione tra pubblico e privato<sup>(247)</sup>,

---

tra i gruppi non produce più equilibrio. Anche l'incontaminata affermazione di un primato giuridico del sociale è costretta insomma a fare di continuo i conti con l'ingombrante presenza dello Stato: l'autonomia del sociale rinvia anch'essa all'intervento dello Stato, all'organizzazione dall'alto del sociale, rinvia insomma al ruolo ordinante dello Stato. Anche il diritto del lavoro 'sociale' è costretto, come quello puramente civilistico, a rinviare al polo statale, al versante autoritario, che intendeva negare. È qui sufficiente rinviare a H. SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden* (ed. Otto Kahn Freund, Thilo Ramm), Frankfurt-Köln, Europaische, 1976 ed a Id., *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, Fischer, 1927 [ma si veda sul punto, *infra* II. 4.4.]

<sup>(245)</sup> *Programma*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, p. 4.

<sup>(246)</sup> Cfr. G. MAGGIORE, *Il diritto corporativo e la trasformazione della dogmatica giuridica*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, pp. 543 e ss. Si cfr. anche, riguardo alle posizioni di Carlo Costamagna, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale e corporativo e i suoi interpreti*, cit., p. 195.

<sup>(247)</sup> Cfr. A. VOLPICELLI, *I fondamenti ideali del corporativismo*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, p. 197. Per più ampi riferimenti cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 115 e ss. I corporativisti erano convinti di aver superato le polarità sopra descritte e di aver eliminato ogni riferimento nell'analisi delle relazioni lavoristiche, sia al versante conflittuale, sia a quello statale. Non a caso il corporativismo svaluta lo strumento della legislazione sociale (presentato come uno strumento « autoritario ») e rivendica una piena autonomia normativa del nuovo ordinamento sindacale: « la differenza consiste nel carattere autoritario e di vera intromissione e coercizione statale che è proprio della legislazione sociale, in confronto al carattere di autonomia e libertà che domina l'ordinamento sindacale » (G. ZANOBINI, *La legislazione sociale*, cit., p. 197). L'ordine 'autonomo e libero', quell'ordine che pretendeva di essere autosufficiente e puro, riposava proprio sulla *quiete* imposta dallo Stato autoritario, dalla *coercizione statale* che aveva soffocato ogni forma di conflittualità *anomala*. Il discorso giuslavoristico poteva raggiungere, certo, in questo ordine una sua unitarietà, ma il prezzo era alto: era l'assorbimento statale della società civile, l'esprimersi dei gruppi come enti dello Stato, la repressione del conflitto. Le contraddizioni che avevano segnato la nascita del diritto del lavoro rimanevano in realtà ancora aperte. [Sul punto si cfr. comunque *infra* II. 4.5. e ss.]

Barassi ripropone le sue distinzioni dell'inizio del secolo, sia pure arricchendole qua e là di ossequiosa retorica verso il regime.

Respinge gli argomenti confusi di quanti proponevano di cancellare « in nome di una frenesia rinnovatrice »<sup>(248)</sup> i rapporti tra diritto privato e diritto pubblico, di quanti richiedevano una piena corrispondenza tra ordine corporativo e diritto del lavoro civilistico o, peggio, guardavano a un diritto del lavoro come espressione del « diritto privato sociale »<sup>(249)</sup>. Presentando il suo *Diritto del lavoro* nel 1934, egli non può che sottolineare (pur richiamando il nuovo clima politico e la presenza di una disciplina lavoristica « prodotto squisito dell'ordinamento sindacale e corporativo, che è quanto dire espressione di spirito fascista »<sup>(250)</sup>) le continuità del suo scritto con la sua opera civilistica degli inizi del secolo e indicare a guida del sapere del giurista non i principi fascisti ma quelli 'immortali' del diritto romano<sup>(251)</sup>.

Contro « l'illusione » di poter fare a meno del « severo tecnicismo giuridico ricostruttivo », Barassi conserva immutata la sua fiducia nell'interpretazione tradizionale degli istituti di diritto comune<sup>(252)</sup>: la lettura congiunta di « ragione giuridica » e di « ragione politica », le critiche al metodo scientifico<sup>(253)</sup>, non lo convincono. Egli non può che ripetere che « il diritto va concepito in funzione della vita » e, se si vuole, anche della politica ma solo allorché « cessa di essere la politica mutevole ... quando ha informato di sé gli istituti e gli ordinamenti giuridici »<sup>(254)</sup>. Questa, però, tiene a precisare, non è una consapevolezza dei nuovi tempi, del

(248) L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, p. 69.

(249) La proposta era stata avanzata da L. MOSSA, *Modernismo giuridico e di diritto privato*, in *Archivio di studi corporativi*, I, 1930, pp. 259 e ss., in particolare pp. 273 e ss. Per le critiche di Barassi e Mossa cfr. L. BARASSI, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1935, pp. 4 e ss. [cfr. *infra*, II, 4.5.].

(250) L. BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., p. VII.

(251) *Ibidem*, p. VIII.

(252) L. BARASSI, *Diritto sindacale e corporativo*, Milano, Giuffrè, 1934, p. 95.

(253) Cfr. G. BOTTAI, *L'ordinamento corporativo nella costituzione dello Stato*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., pp. 21 e ss., in particolare p. 23.

(254) L. BARASSI, *Diritto sindacale e corporativo*, cit., p. 93.

nuovo ordine, si tratta di un'antica certezza del giurista, di una « verità che il diritto romano insegnava » (255): il giurista deve ravvivare la legge, adattarla alle mutevoli esigenze dei tempi. Riconoscere ciò, e riconoscerlo guardando ancora al diritto romano, significa non soffocare la scienza giuridica nella grettezza dell'immediato, nel transitorio della politica, nella sola 'sensibilità della vita in cui si vive'.

Come ieri le leggi sociali riordinavano a misura dell'immutabile il transitorio e non dovevano distogliere il giurista dalle certezze del diritto comune, così oggi il corporativismo è uno strumento ordinante della realtà sociale, una nuova fonte del sapere giuridico che non crea, però, un diritto nuovo « sospeso senza tentacoli che l'accostino al diritto comune ... senza radici che si affondino in quest'ultimo » (256). E, nell'ottica di Barassi, sono soprattutto le radici che contano. Anche nel 'nuovo ordine' il privatista può continuare a coltivare il suo antico sapere e a difendere dai nuovi tentativi di contaminazione i principi puri del diritto comune. Una limpidezza, certo, che è sempre più sfocata, sempre più difficile da considerare. Essa, però, non mancherà di essere riproposta ancora come il segno specifico, come la misura peculiare dell'autonomia tecnica della scienza giuridica, che potrà proclamarsi, dopo il frettoloso abbandono del corporativismo, « incontaminata » (257) e proporre ancora una nuova revisione degli stessi 'immodificabili' principi. Fallito il rinnovamento dell'ordinamento giuridico *ab imis*

---

(255) *Ivi*.

(256) L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, cit., p. 56.

(257) Cfr. S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1950, pp. 49 e ss., e, più di recente, C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Bari, Laterza, 1985, in particolare pp. 219; 237; 260 e 261. È forse utile richiamare la nota tesi così come riproposta da Ghisalberti: « La resistenza e la sostanziale impermeabilità ad ogni contaminazione ideologica e politica del tecnicismo caratterizzante la materia privatistica — resistenza e impermeabilità esaltate di fatto in quella visione asettica e formalistica del fenomeno giuridico proprio della cultura italiana, sempre tesa a respingere ogni contaminazione tra questo e le realtà metagiuridiche e pregiuridiche — avevano impedito al fascismo di omogeneizzare il codice plasmandone principi e contenuti » (pp. 60 e 61). Invece, come abbiamo visto, era stata proprio la pretesa di conservare incontaminata la purezza privatistica che aveva spinto i giuristi a scomporre l'oggetto della loro analisi e ad esasperare le valenze autoritarie del versante con cui non intendevano contaminarsi.

*fundamentis*, restavano le antiche certezze. Sfumato il delirio metafisico, avrebbe forse ripetuto compiaciuto Brugi, si profilava ancora un nuovo adattamento del diritto romano alla società.

L'eredità delle 'immutabilità' e della 'purezza' della costituzione civilistica, pur nel rinnovato quadro politico e sociale del secondo dopo-guerra e in presenza di una Costituzione rigida, non mancherà, in effetti, di influenzare ancora a lungo la cultura giuridica perfino nel suo avamposto giuslavoristico.



## II. 4

### L'AUTONOMIA DEL DIRITTO DEL LAVORO NEL DIBATTITO GIURIDICO TRA FASCISMO E REPUBBLICA

« spiccano ancora a tutti gli angoli giganteschi manifesti della socialdemocrazia per il 1° Maggio. Nessuno se ne cura — forse neppure per il 1° Maggio qualcuno se n'è curato, non so. Ah! Il mondo non è perfetto. »

(ROSA LUXEMBURG, *Lettera a Luise Kautsky, giugno 1909*)

1. « Scrivere daccapo... » (premessa). — 2. Diritto comune civilistico e diritto del lavoro. — 3. Intervento dello Stato e « sindacalismo puro ». — 4. Diritto del lavoro e democrazia collettiva. — 5. Diritto del lavoro e diritto privato sociale. — 6. Autonomia dei principi. — 7. Diritto del lavoro e corporativismo. Interessi collettivi e interesse nazionale, pluralismo giuridico e diritto statale. — 8. Crisi del corporativismo e autonomia scientifica senza progetto. — 9. Costituzione e autonomia collettiva. — 10. Taormina 1954.

1. « *Scrivere daccapo...* » (premessa).

Su quali basi il diritto del lavoro ha affermato una propria identità e ha rivendicato una propria autonomia scientifica dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, nel passaggio dall'Italia fascista all'Italia repubblicana?

Anche di fronte a forti discontinuità, dopo grandi svolte politiche, le discipline scientifiche vivono di memoria, di letture e di riletture del proprio passato, quel passato comunque iscritto negli strumenti tecnici utilizzati. Anche i giuristi che erano propensi a credere che la (neutrale) descrizione della normativa esistente fosse tutto il loro universo stentavano a porre il semplice racconto formale della *fine* del diritto del lavoro del fascismo e della *nascita* del diritto del lavoro della democrazia, indugiavano sul vuoto presente tra

quella fine e quell'inizio, costretti a interrogarsi sui destini di un'identità scientifica. I dati che maggiormente segnavano la discontinuità rispetto al periodo fascista — la libertà sindacale e, poi, la normativa costituzionale — esigevano un'interpretazione, la ricerca di un ordine scientifico: 'scrivere daccapo' nel nuovo assetto politico significava in ogni caso attingere dalla memoria della disciplina, rivedere il senso di percorsi scientifici individuali e collettivi, interrogarsi sulla possibile presenza di un'identità autonoma.

Data la gracilità del diritto del lavoro nell'Italia liberale, la questione della sua autonomia scientifica si era posta in termini meno drammatici di fronte all'avvento del fascismo; anzi, l'abbraccio del corporativismo nei confronti della scienza giuslavoristica italiana degli inizi del secolo era stato così coinvolgente da far ritenere ad alcuni che si fosse di fronte a una vera e propria fondazione della disciplina. Al momento della caduta del fascismo la situazione è diversa: le riviste specializzate, l'enorme mole di studi sul diritto corporativo e l'esistenza di stabili insegnamenti universitari, mostravano un percorso difficile da azzerare e, nello stesso tempo, impossibile da porre come presupposto puramente scientifico della disciplina nella democrazia da edificare. Ben al di là dell'abbandono della dicitura « Diritto corporativo » a favore di « Diritto del lavoro », la svolta politica del 1943/1944 imponeva una necessaria ridefinizione degli spazi di autonomia del diritto del lavoro attraverso il confronto con quei vistosi tratti consolidatisi nel passato, facili da abbattere ma difficili da dimenticare.

Dopo la caduta del fascismo il dibattito sull'autonomia scientifica della disciplina fu imprigionato soprattutto entro la semplificante e rigida gabbia della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. L'affermazione netta dell'appartenenza ad uno dei due settori finiva spesso con lo svilire le peculiarità della disciplina: « il diritto del lavoro venne reso ancillare al diritto pubblico o a quello privato, e quantità d'inchiostro furono versate nella futile disputa circa la sua appartenenza a questo o a quel ramo del diritto » (1).

---

(1) G. GIUGNI, *Introduzione a Lavoro legge contratti*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 10. Riguardo al « divario tra indirizzo privatistico e indirizzo pubblicistico — alimentato quest'ultimo dalla posizione sistematica già propria del diritto corporativo », cfr. M. GRANDI, *I problemi del lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica: organizzazione sindacale, contratto collettivo e sciopero*, in S. Zaninelli (a cura di), *Il sindacato nuovo*.

Superare quell'approccio risultava in quel momento impossibile: nella transizione politica i *privatisti* e i *pubblicisti* mostravano volti diversi dell'autonomia, esaltavano appartenenze a una storia ritenuta non assimilabile a quella del versante opposto.

L'eliminazione del riferimento al corporativismo così come era stato concretamente realizzato durante il fascismo era il dato che si imponeva e che in qualche modo univa le diverse prospettive; da quel punto in poi si aprivano le divisioni. Il confronto con la tradizione disciplinare privatistica appariva come un ovvio ripudio dell'eredità pubblicistica, rappresentava per molti una *soluzione di libertà* da accogliere senza discussioni assieme alla democrazia: il diritto privato era percepito come meno coinvolto nelle scelte autoritarie del fascismo e la riutilizzazione del *puro* strumentario civilistico si presentava come il modo più semplice per affermare una rigenerazione della scienza accompagnata, nello stesso tempo, dalla presenza di principi giuridici immediatamente utilizzabili. Delimitare un'appartenenza così netta del diritto del lavoro al diritto privato significava per altri menomare la disciplina, negando le sue peculiarità nate proprio dalla ricerca di una via intermedia tra le semplificanti e assolute categorie dell'universo giuridico moderno, l'individuo e lo Stato, il diritto privato e il diritto pubblico. L'abbandono del *corporativismo reale*, degenerato in una macchina burocratica, non impone — si dice — un necessario ritorno alle semplificazioni del passato ed esige comunque una visione piena della complessità sociale al di là degli schemi del diritto civile. Nessuno poteva però dimenticare che quella ricerca scientifica di una via intermedia era stata costantemente sepolta e che spesso aveva fornito un sostegno alle scelte autoritarie del fascismo.

Il dibattito si sviluppò così attorno a una distinzione ancora grossolana dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, presentati come due solidi blocchi nettamente contrapposti, nettamente distinguibili. L'esigenza di porre un « passato » alle spalle della disciplina da delimitare nel « futuro » acuì le distinzioni, sino a proporre anche percorsi separati tra le vicende *pubblicistiche* e

---

*Politica e organizzazione del movimento sindacale in Italia negli anni 1943-1955*, Milano, Angeli, 1981, pp. 185 e ss.

quelle *privatistiche* (2). Nella storia si ricercarono certezze, purezze scientifiche ancora utilizzabili nel presente; e istintivamente l'affermazione di quelle *vere* caratteristiche della disciplina spinse ad esasperare l'autenticità del proprio modello di riferimento. Dal passato ciascuno cercava di isolare soluzioni tecniche e teoriche per disegnare il presente e naturalmente, delineando il progetto del presente, ciascuno ricostruiva, *inventava* il suo passato. Linee diverse di continuità erano evocate: movendo dalla giuslavoristica liberale antecedente al fascismo, insistendo sul percorso (*impermeabile alla politica*) dei principi di diritto privato, oppure guardando alla storia lunga del corporativismo non assimilabile con la breve vicenda politica del totalitarismo, o ancora isolando alcune costruzioni tecniche elaborate durante il periodo fascista.

La storia in cui ci si riconosceva era diversa — come diverse erano le analisi del presente e le speranze per il futuro — ma l'esigenza di prospettare un'autonomia scientifica faceva emergere un comune disagio di fronte al mutamento istituzionale e politico. La svolta politica — si dice — non può tradursi in una rifondazione completa dell'assetto disciplinare, la svolta politica non implica « la bancarotta della scienza », non impone che si ricominci « a scrivere daccapo » (3). Non è chiaro quali pagine conservare, ma esistono

---

(2) Per un'esemplificazione efficace (anche se tanto netta da risultare rozza) di letture del passato e progetti per il futuro giocati in relazione alla distinzione pubblico/privato, si veda F. CARNELUTTI, *Stato Democratico: Stato Corporativo* (1949), in A. Canaletti Gaudenti e S. De Simone (a cura di), *Verso il corporativismo democratico*, Bari, Cacucci, 1951, pp. 247 e ss., ma in particolare p. 250: « Se dunque il passato del principio corporativo non è punto il passato prossimo del fascismo, ma un passato remoto, anzi assai remoto, quale sarà il suo futuro? A questo proposito io mi trovo su un piano completamente diverso da quella del mio amico Santoro Passarelli, il quale lo considera sotto un punto di vista esclusivamente privato. Per me questa è una visione antistorica, angusta, che mortifica la realtà. Il campo di azione del diritto corporativo è certamente il diritto pubblico ». Le affermazioni furono pronunciate nel corso del Convegno di Studi Sindacali nel 1949 (sulla questione si veda comunque *infra*, al n. 3 e al n. 9).

(3) Così U. PROSPERETTI (*Compiti degli studi di diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, I, pp. 57 e ss., poi in ID., *Problemi di diritto del lavoro. I: Lavoro e vita economica*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 3 e ss.) che richiama le parole opposte nel 1924 da Vittorio Emanuele Orlando alle tendenze che, valorizzando la 'forza dissolvente' del sindacalismo, affermavano l'incapacità teorica del diritto pubblico di comprendere quei

confluenze sul come individuarle: tutti concordano nell'affermare che occorre cogliere le teorie giuridiche non contaminate dalle contingenze politiche, le *evoluzioni* dei principi tecnici, trasformazioni *relativamente autonome* della scienza giuridica. La visibilità della rottura istituzionale con il fascismo non impone, insomma, anche nel settore del diritto del lavoro — così coinvolto nelle vicende politiche e istituzionali del fascismo da dissolversi in esse — una discontinuità assoluta del discorso del giurista. Tale impostazione presenta l'autonomia dei principi della scienza come momento di stabilità nel mutamento: l'assetto disciplinare scorre lento per la sua strada e, pur essendo ovviamente caratterizzato dalla politica, è comunque irriducibile al solo comando politico (4).

La difesa della specificità tecnica del discorso più che ergere (come spesso si afferma) una netta barriera tra aspetto formale del diritto e realtà sociale, si fonda soprattutto su una diffidenza nei confronti del legislatore che si presenta come un retaggio di profonde convinzioni maturate tra Otto e Novecento dalla civilistica alle prese con le prime trasformazioni sociali accelerate (5). Punto cru-

---

fenomeni: si è nell'impossibilità di far scienza « se ad ogni mutato atteggiamento del pensiero umano e dello spirito delle istituzioni, noi proclamiamo senz'altro la bancarotta ... e cancelliamo con un colpo di spugna tutto quanto avevamo faticosamente studiato, per ricominciare a scrivere daccapo ... ». Lo scritto di Orlando cui si fa riferimento è *Lo Stato sindacale nella letteratura giuridica contemporanea* (1924), in *Id., Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1940, pp. 319 e ss.; cit. a p. 320.

(4) Le versioni più dichiaratamente politiche delle ricostruzioni scientifiche avanzate nel passato potevano essere collocate in un cantuccio come tessere marginali e superflue nel mosaico della disciplina (e nell'elenco delle pubblicazioni di molti giuristi); tutto ciò senza rinunciare, però, ad un confronto con il passato filtrato attraverso il discorso sull'autonomia scientifica e dal richiamo alla tecnica in grado di trasformare 'in altro da sé' il mero comando politico.

(5) La lettura continuistica dell'autonomia della scienza giuslavoristica ripropone il tema per cui il 'vero diritto' è dato dall'interpretazione della scienza e non dalle 'imposizioni' del legislatore. In quel momento l'argomento accentuava le distanze della scienza giuridica nei confronti del fascismo: l'impossibilità di un'integrazione piena del diritto nella politica relativizza le rivoluzioni politiche; nello stesso tempo si può argomentare, però, che un'integrazione piena tra realtà sociale e diritto è realizzabile attraverso una riflessione interna al giuridico. Solo da quest'ultimo angolo visuale, accettando cioè le regole del gioco delle trasformazioni autonome della disciplina, i giuristi possono prendere anche molto sul serio le svolte politiche. Le ripetute invoca-

ciale è quello dell'intervento dello Stato, quello della relazione tra diritto del lavoro scientificamente autonomo e legge dello Stato. In particolare è il tema — che aveva giocato un ruolo essenziale nella crisi dello Stato liberale e che, dissolto nella nebulosa dei dibattiti corporativistici, era stato risolto con atto d'imperio dal fascismo — a tornare a riproporsi nella transizione degli anni Quaranta. « L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti », « il diritto collettivo e il diritto statale », « lo Stato e la conflittualità sociale », « lo Stato e il conflitto tra gruppi organizzati » e la « guerra » tra i sindacati, tornano a confrontarsi nelle pagine dei giuristi al di là delle barriere dei riferimenti normativi. Il senso di vuoto si confonde con quello della riconquistata libertà, quasi come se tutte le soluzioni fossero possibili.

I pochi cenni sin qui fatti bastano per dirci che nel passaggio dal fascismo alla Repubblica si intersecano fili difficili da dipanare con lo sguardo rivolto alla semplice cronaca di quegli anni in cui furono poste le basi su cui sarebbe stato edificato il diritto del lavoro della Repubblica. Si ripete spesso, con Gino Giugni, che « il diritto del lavoro italiano appare come il prodotto di una stratificazione alluvionale », che lo compongono una pluralità di modelli segnati da ideologie spesso confliggenti tra loro <sup>(6)</sup>. Il quadro teorico dei dibattiti sull'autonomia disciplinare costruito nel lungo periodo, sebbene ci offra ricostruzioni molto astratte, può forse fornirci un angolo visuale privilegiato per scorgere i segni impressi nella memoria storica della disciplina. Nel *vuoto* della transizione tra fascismo e Repubblica, la proposizione di un discorso scientifico all'interno dell'etichetta *diritto del lavoro* impose una rilettura dello strumentario teorico antecedente, costrinse i giuristi ad analizzare e a rielaborare le proprie radici, quelle vistosamente pubblicistiche diramatesi durante il fascismo e soprattutto quelle della tradizione civilistica. Per cogliere su quali basi si affermò l'identità disciplinare

---

zioni di attuazione legislativa del dettato costituzionale e le conseguenti *speranze deluse* della scienza giuridica si inserirono nel dibattito dei primi anni Cinquanta in una mentalità ancora dominata da queste convinzioni. Sulla questione si cfr. comunque *infra*, in particolare nn. 8 e 9.

<sup>(6)</sup> G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro degli anni '80* (1982), ora in ID., *Lavoro legge contratti*, cit., pp. 295 e 296.

alla caduta del fascismo occorre dunque volgere uno sguardo più ampio alle stratificazioni presenti nel diritto del lavoro italiano. L'obiettivo non è ovviamente quello di tracciare un quadro completo del discorso giuslavoristico dall'inizio del secolo, ma più semplicemente quello di verificare i programmi, i manifesti volti ad affermare la presenza di una scienza autonoma, tentando attraverso questi di cogliere il complessivo impianto teorico posto a sostegno delle diverse ricostruzioni giuslavoristiche (7). Le rivendicazioni di specialità, le affermazioni di principi autonomi e di nette appartenenze, le diverse ricostruzioni riguardo alla peculiarità del rapporto del giuslavorista con la realtà sociale, compongono di volta in volta un quadro teorico utilizzato per « disserrare lo spirito del diritto del lavoro », per mostrarne « l'essenza » (8), per affermare come presente una 'vera' scienza giuslavoristica italiana (9); un quadro che — come vedremo — è a volte confuso, spesso astratto, ma mai privo di

---

(7) Farò riferimento in queste pagine al termine autonomia in senso ampio e generico: mi interessa porre in evidenza quelle rappresentazioni che di volta in volta hanno tentato di mettere in luce quello che viene denominato come *l'essenza, lo spirito, la particolarità, la specificità*, del diritto del lavoro (un dibattito questo che è stato a lungo caratterizzato dall'esigenza di far emergere principi autonomi, una complessiva autonomia scientifica della disciplina). Mi interessano, dunque, i progetti utilizzati per affermare l'esistenza e la visibilità della disciplina. Da questo punto di vista non mi interessero delle distinzioni più volte proposte tra *autonomia, relativa autonomia e specialità* del diritto del lavoro. Sulla questione è sufficiente rinviare a R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1960, 1, pp. 7 e ss.; e a F. SANTORO PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro* (1967), in *Id.*, *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, Cedam, 1977, pp. 331 e ss.

(8) F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro* (1948), in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, Jovene, 1961, pp. 1069 e ss.; p. 1074.

(9) Proporrò un solo riferimento ad una modello non italiano, accennando agli scritti di Hugo Sinzheimer e al diritto del lavoro di Weimar. Il *vero* diritto del lavoro è incontenibile — a dire di Sinzheimer — entro le tradizionali distinzioni del giuridico, e in particolare entro i confini del diritto civile patrimoniale (si veda *infra* nel terzo paragrafo): il messaggio fu recepito chiaramente da quanti in Italia intendevano scindere le sorti di una società civile sempre più articolata dalle troppo semplici linee del diritto civile codificato, prospettando una complessiva socializzazione del diritto privato, contrapponendo la nuova complessità del diritto dei privati alla semplicità del diritto civile individualista. Il richiamo a quel diritto del lavoro tedesco fu presto assorbito e falsato dai dibattiti sul corporativismo.

ricadute sulla « costituzione del lavoro »<sup>(10)</sup>. Mi soffermerò, da questo punto di vista, solo sui *progetti dottrinali* volti ad affermare, inevitabilmente tra continuità e trasformazioni rispetto al passato, nuove identità culturali<sup>(11)</sup>.

---

(10) Sul composito (e forse troppo ricco) concetto di « costituzione del lavoro » come strumento che « consente di comprendere più agevolmente l'intreccio fra diritto e realtà », si cfr. i saggi di Thilo RAMM ora raccolti in ID., *Per una storia del diritto del lavoro tedesca*, Milano, Giuffrè, 1989, in particolare pp. 26 e ss.; 43 e ss.; 73; 153 e ss.

(11) Da quanto detto emerge che non saranno qui analizzate le « teorie e ideologie del diritto sindacale », brillantemente messe a fuoco da Giovanni Tarello. Non mi interessa cioè distinguere « ciò che i giuristi fanno » da « ciò che i giuristi dicono », né decifrare la cifra ideologica (consapevole o inconsapevole) presente dietro le ricostruzioni « formali » dei giuristi (cfr. G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972<sup>2</sup>, citazione da p. 13); l'obiettivo, più modesto, è quello di prendere sul serio i diversi manifesti (che spesso sono espressione di un intero impianto dottrinale) avanzati dai giuristi per prospettare il 'vólto autentico' del diritto del lavoro, quello di verificare come mai ciò che alcuni giuristi hanno detto (e molto spesso quanto i giuristi dicono è tutto quanto i giuristi fanno) sia stato configurato come un discorso appartenente ad un'area del diritto munita di una sua (relativa) autonomia. Le diverse definizioni della disciplina giuridica *diritto del lavoro* sono state esclusivamente elaborate dalla dottrina, ed è questa pertanto l'unica fonte che sarà analizzata in queste pagine: non mi interessa infatti vedere *che cosa* il diritto del lavoro è concretamente stato negli anni presi in considerazione, ma più semplicemente vedere *come* lo hanno rappresentato i giuristi. In altri termini, è pienamente condivisibile il rilievo circa l'impossibilità di affrontare i temi del diritto del lavoro, e in particolare quelli delle relazioni sindacali, senza considerare le interpretazioni fornite dalla giurisprudenza e la realtà della formazione extralegislativa del diritto (ha insistito recentemente sul punto G. GHEZZI, *Diritto sindacale e del lavoro*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*. Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-28 settembre 1996, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 104 e 105); è chiaro infatti che il diritto del lavoro 'vive' di questi aspetti 'concreti' (decisioni, contratti collettivi, procedimenti di concertazione sociale) che lo forgianno come e spesso più della dottrina. Ciò non toglie, però, che sia stata la dottrina a segnare (magari prendendo atto delle avvenute trasformazioni sociali e politiche) i percorsi del discorso che qui mi preme mettere a fuoco, quello sull'autonomia della disciplina, quello sull'indicazione delle caratteristiche essenziali di una costruzione giuridica che voglia dirsi 'veramente' giuslavoristica. Affermare la preminenza del ruolo della dottrina in tale operazione di apposizione dei cippi di confine della disciplina non significa coltivare illusioni riguardo all'insularità della scienza dal contesto politico e culturale, né tantomeno ritenere che i diversi manifesti dei giuristi siano sempre divenuti effettivi nella prassi. Si può, ad esempio, senz'altro convenire che è « azzardato presentare la teoria del contratto collettivo di diritto comune quale creazione dottrinale imposta alla giurisprudenza » [così, in contrapposizione a Tarello, G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi*

## 2. *Diritto comune civilistico e diritto del lavoro.*

Il giurista che maggiormente avrebbe influenzato le sorti del diritto del lavoro italiano nel corso del primo Novecento, Lodovico Barassi, fornì a fine Ottocento il disegno di quanto la civilistica poteva offrire riflettendo congiuntamente su diritto e lavoro: non era moltissimo, ma era sicuramente molto di più del niente presente nel Codice civile del 1865. Il saggio di Barassi « Sui limiti della codificazione del contratto di lavoro »<sup>(12)</sup> può essere considerato come una sorta di manifesto della prima giuslavoristica italiana; un manifesto involontario, sintesi dei disagi del presente più che articolato programma per il futuro.

Di fronte ai convulsi dibattiti che rivendicavano un deciso intervento del legislatore al fine di offrire al *diritto operaio* un Codice del lavoro, un Codice permeato di socialità in opposizione al Codice civile individualista, Barassi offre come unico viatico per la nuova disciplina il silenzio e la fierezza di un'appartenenza da non porre in discussione, l'appartenenza al diritto civile. Il punto essenziale del disegno di Barassi è la continua evocazione della capacità della civilistica — fiera di una tradizione forte di duemila anni di storia e di una tecnica capace di scorgere *l'essenza immutabile degli istituti giuridici* — di far fronte ai cambiamenti senza compromettersi con l'intervento del legislatore, senza accettare la legge sociale come elemento fondante del nuovo settore<sup>(13)</sup>. Barassi recide le aperture

---

*interlocutori* (1970), ora in ID., *Lavoro legge contratti*, cit., p. 209 in nota], ma è difficile negare che sono stati soprattutto i giuristi accademici (*l'élite* dottrinale) a inserire quella costruzione in un ambito scientifico, a darle spazio e a, diciamo così, legittimarla nella loro disciplina, considerandola come una tra le espressioni più autentiche del diritto del lavoro realizzatosi nell'Italia repubblicana.

<sup>(12)</sup> Il saggio fu pubblicato in *Il Filangieri* (1899) e poi riproposte integralmente come parte introduttiva per *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (Milano, Soc. Ed. Libreria, 1901) e poi ancora presente, con alcune modifiche, nella seconda e più ampia edizione dell'opera (Milano, Soc. Ed. Libreria, vol. I, 1915; vol. II, 1917).

<sup>(13)</sup> Per uno svolgimento diverso dei dibattiti maturati alla fine del secolo cfr. G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), Milano, Giuffrè, 1980, che configura il « diritto sociale » come intermedio tra diritto pubblico e diritto privato, un diritto « che ha per oggetto non l'individuo come tale ... ma come membro di una classe sociale, di un'associazione professionale » (p. 207); « il contratto di lavoro è ... sottratto al diritto privato ed è diventato oggetto della legislazione sociale » (p. 216); il contratto di lavoro

del giuridico che avevano caratterizzato parte della civilistica di fine Ottocento e propone un discorso che è ricco di rifiuti: la sottolineatura dei limiti della codificazione del contratto di lavoro, quale inutile cristallizzazione delle relazioni giuridiche tra capitale e lavoro, si accompagna alla negazione di ogni commistione tra aspetti giuridici e aspetti sociologici, tra vera essenza del giuridico (« struttura vera », « parte immutabile » degli istituti) e parte « moderna », « contingente », « variabile » (14). La scienza trascura ciò che è transeunte e non stacca lo sguardo dalla struttura degli istituti, quella struttura che si trasforma solo grazie all'impercettibile lavoro di generazioni di giureconsulti. Solo elaborando e rielaborando lo stesso tessuto essenziale di principi, il giurista può assicurare una corrispondenza tra il diritto e le mutevoli esigenze della vita.

La realtà del lavoro industriale non modifica nella sostanza tale assetto: il civilista può affrontare le nuove relazioni semplicemente praticando il suo mestiere di sempre, confrontando i suoi principi con le esigenze della realtà sociale, attento a « ossigenare » il diritto e a « rinsanguare » gli istituti, a ravvivare la loro apparente immobilità con « la corrente fresca e vitale della corrispondenza alla vita » (15). La nuova realtà delle relazioni lavoristiche non può — è questo il punto essenziale del messaggio del giovane Barassi — essere colta scientificamente seguendo le imposizioni del legislatore, assecondando interventi settoriali volti a infrangere la complessiva unitarietà del diritto attraverso un riferimento particolaristico alla condizione sociale di una classe di persone, ponendo le disuguaglianze come base per una vaga regolamentazione sociale e per una crescente limitazione della libertà contrattuale.

La scelta di campo nel dibattito riguardo alle relazioni tra diritto e questione sociale (un dibattito vivacissimo negli ultimi decenni

---

« tende nelle sue manifestazioni più moderne ad assumere forma collettiva » (p. 215). Una rivendicazione di una disciplina autonoma del lavoro, fornita di « una teoria generale comune » e capace di superare « le barriere convenzionali fra il diritto pubblico e il diritto privato », può essere letta in L. RATTI, *I problemi del lavoro*, Prolusione all'anno accademico 1903-1904 nell'Università di Roma, in *Il contratto di lavoro*, 1904, pp. 1 e ss.

(14) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, pp. 4, 6, 10, 16.

(15) *Ibidem*, p. 559; cfr. anche, nella seconda edizione, in particolare, vol. I, pp. XXXIX.

dell'Ottocento <sup>(16)</sup>) è netta: la legislazione sociale, che aveva costituito sino a quel momento la punta più avanzata delle rivendicazioni di un diritto operaio <sup>(17)</sup>, non può rappresentare l'asse attorno a cui aggregare la costruzione giuridica, né può fornire un nuovo angolo visuale privilegiato attraverso cui confrontare il diritto con i mutamenti sociali. Tale rifiuto della *giuridificazione* in materia di lavoro <sup>(18)</sup> ha — a dire di Barassi — il vantaggio di conservare inalterata la centralità della civilistica e quella del diritto comune come base essenziale della generalità dei rapporti giuridici. Nonostante gli eventuali interventi imperativi della legge (configurati come eccezionali), lo studio dei rapporti di lavoro resta, dunque, saldamente ancorato alle certezze del diritto comune delle obbligazioni e agli assetti (logici, naturali, spontanei) prodotti dalla libertà contrattuale <sup>(19)</sup>.

Barassi esclude dal suo orizzonte *l'intervento coattivo dello Stato*, frettolosamente classificato come diritto pubblico destinato a non incidere sul *vero diritto privato*, e affronta le trasformazioni sociali armato dello strumentario a disposizione della civilistica di fine secolo affrancatasi dalla « esegesi arida, fredda, astratta dei testi di legge » <sup>(20)</sup>: l'elasticizzazione dei principi porge silenziosamente quanto chi, afflitto da una « smania innovatrice », esige attraverso « trasformazioni violente » <sup>(21)</sup>; la paziente costruzione del sistema consente di « cogliere la vita palpitante » e di trovare « una espressione giuridica » ai « nuovi fenomeni che vanno assumendo vita » <sup>(22)</sup>. Al di là dell'enfasi posta sull'immutabilità dei principi di diritto comune, la scelta barassiana propone dunque soprattutto

---

<sup>(16)</sup> Cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* ». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo*. 1893-1896, Milano, Giuffrè, 1988, in particolare pp. 55 e ss.

<sup>(17)</sup> Cfr. *infra*, II, 3.

<sup>(18)</sup> Cfr. G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano* (1986), in *Id.*, *Lavoro legge contratti*, cit., p. 343.

<sup>(19)</sup> Cfr. L. BARASSI, *Consuetudine e contratto di lavoro*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, 2, p. 590.

<sup>(20)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., seconda edizione, vol. I, p. XLV.

<sup>(21)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., prima edizione, p. 7.

<sup>(22)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., seconda edizione, vol. I, p. 451. È significativo che sul punto Barassi richiami senza contrasti Sinzheimer: l'apertura verso la realtà sociale sono insite insomma nella progressiva estensione del sistema.

l'idea di un'interazione tra diritto e trasformazioni sociali realizzata dalla scienza e non dal legislatore, dal sistema e non dalla legge sociale; una scelta che è del tutto in linea con quella rivitalizzazione del ruolo dell'interprete che rappresentava il patrimonio culturale più prezioso della civilistica italiana tra Otto e Novecento (23).

Quali spazi esistono, seguendo i binari imposti da Barassi, per una scelta di autonomia giuslavoristica?

Il settore autonomo di studi è posto sotto tutela, rinserrato entro i confini del diritto civile di fine Ottocento. I confini di quel diritto comune civilistico (che è percepito come un tutto *immodificabile*) sono mobili ma inevitabilmente segnati dal bagaglio delle convinzioni culturali di una civilistica improvvisamente posta di fronte alla complessità sociale delle relazioni industriali (24). Convinzioni contrastanti si sovrappongono: la diffusa consapevolezza dell'inadeguatezza del Codice civile individualista e l'esigenza di « ossigenare i testi di legge » si sovrappongono alla perdurante esaltazione delle virtù insite nell'assetto spontaneo prodotto dal libero conflitto tra i singoli; la percezione delle novità presenti nelle forme collettive di conflitto si coniuga con il disinteresse verso quel tipo di conflitto ritenuto eversivo e pericoloso; l'estensione a fini di tutela di principi pensati per soggetti sempre uguali si scontra con l'affermazione per cui i temi di diretta rilevanza sociale sono sottratti alla lente del civilista. L'effettiva disuguaglianza tra i soggetti è affermata e negata al tempo stesso: il giurista guarda alla forma del contratto di lavoro (uguale ieri come oggi) e si sforza di cogliere la cruda realtà disuguale del rapporto di lavoro senza nominarla, senza porla mai in primo piano, lenendo le piaghe più vive attraverso equità, buona fede, usi (25). Per quanto resi mobili dall'ossigeno dell'interpretazione di una scienza giuridica consapevole dei suoi strumenti culturali, i confini di quel diritto civile restano ancora inadeguati a contenere i nuovi territori.

---

(23) Si cfr. sul punto i saggi di P. GROSSI raccolti in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(24) Cfr. M. GRANDI, *Diritto del lavoro e società industriale*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1977, pp. 3 e ss.; p. 6.

(25) Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 61.

L'idea fondamentale attraverso cui configurare lo spazio di autonomia per il diritto del lavoro passa attraverso l'elasticizzazione dei principi del diritto comune e, in particolare, l'uso ampio della clausole generale di buona fede. In questa zona l'opera del giurista deve permeare il Codice di socialità, sopperendo di volta in volta alle eventuali incongruenze delle forme del diritto individualista e uguale. Il silenzio della legge — ripete Barassi — offre alla scienza il vantaggio di affermare, partendo dai principi e da un'utilizzazione ampia di buona fede ed equità, un'intelaiatura sistematica per il nuovo contratto di lavoro. Il massimo di libertà concessa dal diritto comune civilistico a chi si muove in questa zona di confine segnata da pochissime regole è in fin dei conti quella del buon senso, del buon senso borghese <sup>(26)</sup>. Non si può chiedere di più: il diritto del lavoro non è infatti costruito *contro* ma *entro* i principi del diritto comune di fine Ottocento. L'intangibile centralità del contratto di lavoro, da affermare sui frammenti della *locatio operarum*, rappresenta la punta più avanzata della ricostruzione sistematica e, nello stesso tempo, il suo limite più forte: mai segnata a fondo dalle *eccezionali* limitazioni esterne imposte dagli interventi sociali del legislatore, quella zona rappresenta il piccolo universo entro cui il giurista individua tutto il diritto del lavoro.

La configurazione di una complessiva unitarietà del diritto, tutta segnata dal primato della costituzione civilistica (sostenuta dalla convinzione per cui solo il diritto comune civilistico fosse *vero diritto*) spinge verso una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato tanto netta quanto fragile: l'intervento del legislatore produce leggi speciali incapaci di incidere nell'assetto delle relazioni civilistiche tracciate dal diritto comune, produce una normativa imperativa di diritto pubblico incapace di segnare la struttura essenziale degli istituti *di sempre*. L'analisi giuridica del nuovo

---

<sup>(26)</sup> La stessa « elasticità meravigliosa di questa meravigliosa concezione romantica » (quella presente nell'art. 1224 del Codice civile del 1865) è utilizzata per attenuare le rigidità del diritto comune in entrambe le direzioni del rapporto di lavoro. Per un uso direttamente volto a impedire « iniquità » nei confronti dell'imprenditore si cfr., a mo' d'esempio, L. BARASSI, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore ai fini dell'art. 1226 Cod. civile*, Addizione a G. Baudry-Lacantinerie, *Trattato teorico pratico di diritto civile*, Milano, Vallardi, s. d., pp. 568 e ss. (la citazione è tratta da p. 587).

territorio è caratterizzata dalla convinzione dell'impossibilità di un'interazione tra legge sociale (volta a limitare o ad escludere l'autonomia individuale) e diritto civile. L'intera ricostruzione di Barassi si fonda su tale vizio ricostruttivo profondamente radicato nella mentalità dei civilisti del periodo: l'intervento *coattivo* dello Stato non è da considerare ai fini del sistema civilistico, il limite all'autonomia dei privati non rappresenta un aspetto essenziale nemmeno del diritto del lavoro. Nella seconda edizione del *Contratto di lavoro* Barassi riconoscerà la fragilità teorica di tale impostazione <sup>(27)</sup>; ma essa aveva comunque segnato l'avvio della riflessione giuslavoristica italiana (e — come vedremo — sarà ancora a lungo utilizzata).

La specificità del diritto del lavoro non è collegata alla presenza di una nuova normativa ma a una rinnovata fiducia nella capacità sistematiche della scienza giuridica: l'edificazione del nuovo settore non è affidato all'intervento *costitutivo* del legislatore; il silenzio del Codice non ostacola una ricostruzione scientifica capace di generare dal vecchio diritto nuovi principi. La rigorosa difesa del diritto comune civilistico contro *le ingerenze* del legislatore non mira a scorgere e a tutelare le nuove forme di pluralismo sociale affioranti nella società civile, ma mira a ribadire la possibilità di affrontare le trasformazioni sociali in atto con la sola arma dei *perenni* meccanismi del diritto civile padroneggiati dalla civilistica. L'estremismo civilistico di Barassi (quell'estremismo ingenuo che lo spinge ad espellere qualsiasi 'norma sociale' dal diritto civile) è sostenuto da un'immutata fiducia nel diritto comune e nel valore *sacrale* della libertà contrattuale <sup>(28)</sup>.

Entro i rigidi confini imposti dalla costituzione civilistica, l'affiorare di un'autonomia per il diritto del lavoro è segnata da un

---

<sup>(27)</sup> « Non mi pare che ... si possano assegnare queste norme di cui consta la legislazione sociale tutrice del lavoro, al diritto pubblico, come invece ho creduto di poter sostenere altre volte. Infatti se una norma categorica che rappresenta sempre l'intervento coattivo dello Stato, e l'esclusione dell'autonomia individuale, perciò solo si dovesse assegnare al diritto pubblico, quante norme di diritto pubblico non sarebbero comprese in quello che è vero diritto privato? » (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., seconda edizione, vol. I, p. 330).

<sup>(28)</sup> Si cfr. B. VENEZIANI - G. VARDARO, *La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, pp. 468 e ss.

modello antiquato di confronto con il legislatore e con la nuova complessità sociale. Ne nasce un diritto del lavoro monco, il cui ordine scientifico è tutto centrato sul contratto individuale e completamente privato dell'apporto *eccezionale* della legislazione sociale e della vivacità *anomala* del diritto sindacale. In tale contesto la configurazione di una specialità del diritto del lavoro si pone soprattutto come atto di presunzione di una civilistica convinta di poter far fronte alle trasformazioni in corso attraverso le capacità espansive del sistema e ignorando i nuovi protagonisti in campo: il ruolo modernizzante dello Stato legislatore e la vitalità del pluralismo sociale delle associazioni sindacali.

Da questo punto di vista, la prima riflessione giuslavoristica rispecchia, ingigantendoli, i limiti che contrassegnavano l'intera cultura giuridica italiana del periodo. Si pensi, riguardo al primo dei due punti ora menzionati, a quella sorta di ingenuo stupore che coglie anche giuristi di rango quando analizzano il fenomeno della legislazione eccezionale di guerra e, a più di un secolo dalla codificazione, scoprono *la potenza del legislatore*, il ruolo modernizzante <sup>(29)</sup> della normativa intervenuta in molti campi a tagliare con la spada nodi teorici su cui la scienza giuridica dibatteva da anni, i nuovi confini delineati da quelle norme anche per il diritto privato, l'affiorare di nuovi principi completamente svincolati dalla logica del sistema del Codice del 1865 <sup>(30)</sup>. E, sull'altro versante, si pensi al

---

<sup>(29)</sup> Riguardo alla « commistione di modernità e repressione che contraddistinse l'intervento statale in tempo di guerra » si cfr. la sintesi di G. PROCACCI, *L'Italia nella grande guerra*, in G. Sabbatucci e V. Vidotto (a cura di), *Storia d'Italia*, 4: *Guerre e fascismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 38 e ss.; p. 41.

<sup>(30)</sup> Si cfr. la nota prolusione di F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1919), in *Id.*, *Studi giuridici*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 337 e ss.; e, in particolare il richiamo alle « forme di protezione » attuate dalle legislazioni sociali prima della guerra che avevano reso « incompiuta la definizione privatistica dell'istituto »: « l'aspetto di diritto pubblico si rivela in una molteplicità di ingerenze e di compiti della pubblica amministrazione, per cui l'interesse dell'operaio è realizzato non tanto dalla volontà riconosciuta e protetta dalla legge, quanto, e prima ancora, dall'attività concreta della pubblica amministrazione ». Pertanto « se anche l'istituto conservi il nome tradizionale o la sua casella nel sistema di diritto privato, la sua essenza di diritto privato ne è mutata, e anzi tolta » (*ibidem*, pp. 341 e 342). Una visione questa della 'riduzione del diritto privato' che è completamente sconvolta dalle legislazioni eccezionali di guerra: « non sono chiusi i confini fra diritto privato e diritto

diffuso disagio (e alle scomposte reazioni) generate dalla vivacità del pluralismo sociale di gruppi che, volti a costituirsi *in una cerchia indipendente*, evidenziavano la crisi dello Stato moderno e la fragilità dell'armamentario teorico sin lì utilizzato per cogliere la realtà sociale <sup>(31)</sup>; un disagio che — com'è noto — genererà un dibattito che confonderà ampie innovazioni nella rappresentazione giuridica della società civile e antichi timori per un « ritorno di particolarismo e di egoismo di classe ... grave regresso verso le forme medievali di ordinamento politico » <sup>(32)</sup>.

---

pubblico»; « non v'è istituto il quale per la sua particolare natura abbia ad essere piuttosto di diritto privato che di diritto pubblico. La distinzione è puramente di diritto positivo ... tutto dipende dalla valutazione che ne fa il legislatore in un dato momento » (*ibidem*, p. 346).

<sup>(31)</sup> Il riferimento va ovviamente a S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909) e a ID., *L'ordinamento giuridico* (il noto passo parafrasato nel testo è — nell'edizione Firenze, Sansoni, 1962 — alla p. 113). Dell'ampia letteratura esistente sul punto è qui sufficiente richiamare S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de 'l'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 21 e ss.; ma in particolare p. 48 riguardo ai nessi tra le due opere di Romano menzionate sopra. Si veda anche L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 29 e ss. Il collegamento tra 'crisi dello Stato moderno' e creazione di un nuovo ordine giuridico diventerà — com'è noto — uno dei luoghi comuni dei dibattiti giuridici sul corporativismo e dello scontro tra pluralità e statualità degli ordinamenti; cfr. per tutti, G. MAZZONI, *Introduzione al diritto corporativo. I presupposti. L'ordinamento. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1941, pp. 72 e ss.: la crisi dello Stato si è manifestata nella « tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno 'una cerchia indipendente' »; la soluzione è stata la creazione dell'ordinamento corporativo che « coordina e riassorbe nello Stato, imprimendovi così il carattere della statualità, le numerose e spontanee energie sociali » che debbono perseguire gli stessi fini dello Stato. Sulla questione si cfr. comunque *infra*, in particolare al paragrafo 7. In generale sul tema 'crisi dello Stato/corporativismo' si cfr. le osservazioni di L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 21 e ss.

<sup>(32)</sup> Così una delle voci che si stagliano più nette nella difesa di « un impianto costituzionale sostanzialmente immobile » e di una visione « statocentrica », ma che qui ripropone un luogo comune anche ai sostenitori di tesi differenti: O. RANELLETTI, *Il sindacalismo nella pubblica amministrazione* (in *Rivista di diritto pubblico*, 1920), ora in ID., *Scritti Giuridici scelti*, V, *L'organizzazione pubblica*, Napoli, Jovene, 1992, p. 135. Si cfr. anche ID., *I sindacati e lo Stato* (prolusione al corso di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione nella R. Università di Napoli, 9 febbraio 1920), ora in *ibidem*, I, pp. 371 e ss. (la citazione all'inizio della nota è tratta dal saggio introduttivo

I limiti dell'autonomia scientifica endocivilistica proposta da Barassi erano dunque tracciati dalle convinzioni dominanti nella civilistica del periodo. Non mancarono ovviamente approcci alle relazioni lavoristiche più sofisticati; ma non ebbero la fortuna del manifesto del giovane Barassi anche perché, pur complicando le linee del disegno barassiano, non riuscirono a alterarlo nella sostanza e a fornire un modello alternativo a quello della preminenza dei principi del diritto comune civilistico di cui Barassi si era fatto interprete <sup>(33)</sup>.

Un giurista che non amava gli astratti proclami, Enrico Redenti, prestò attenzione a quanto accadeva nella prassi della giurisprudenza probivirale e, contro ragionamenti posti « *a priori* », criticò una scienza « la quale in questo campo ha costruito finora senza una larga e solida base di esperienza e di insegnamenti della pratica » <sup>(34)</sup>. L'approccio empirico è essenziale per cogliere la struttura di un contratto di lavoro che, pur restando « l'elemento semplice fondamentale, la *cellula* dell'ordinamento giuridico del lavoro » <sup>(35)</sup>, si presenta come un contratto *definito* ma non *regolato* dal Codice civile <sup>(36)</sup>. L'attenzione per l'attuazione concreta dei rapporti di lavoro e l'audacia in alcune scelte ricostruttive <sup>(37)</sup> non eliminano, però, le consonanze di fondo con il disegno barassiano.

di B. SORDI, *Un giurista ottocentesco*, in *ibidem*, I, p. XVII). Riguardo al dibattito sullo Stato sindacale si cfr. S. CASSESE-B. DENTE, *Una discussione nel primo ventennio del secolo: lo Stato sindacale*, in *Quaderni storici*, 1971, pp. 959 e ss.

<sup>(33)</sup> Il progetto di autonomia endocivilistica del diritto del lavoro sarà — come vedremo — mantenuto fermo da Barassi anche negli anni del fascismo. Cfr. *infra*, in particolare, al n. 6 e al n. 8.

<sup>(34)</sup> Cfr. E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (Roma, 1906), Torino, Giappichelli, 1992, p. 144. Sulla questione si cfr. ampiamente nella Introduzione premessa al citato volume dal curatore: S. CAPRIOLI, *Redenti giurista empirico*, pp. 3 e ss.

<sup>(35)</sup> E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei Probiviri*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, I, p. 358.

<sup>(36)</sup> E. REDENTI, *Sulla 'funzione delle magistrature industriali'* [Introduzione al Massimario della giurisprudenza dei probiviri], poi in *Id.*, *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 613 e 622.

<sup>(37)</sup> Cfr., ad esempio, E. REDENTI, *Sul diritto di sciopero e sul concetto di interesse professionale* (1909) in *Id.*, *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, cit., pp. 677 e ss.. Si cfr. sul punto U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia* (1973), in *Id.*, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 137 e ss.

Ad accomunare sensibilità così diverse è la stessa insofferenza verso chi propone rivoluzioni nei principi giuridici <sup>(38)</sup> e verso « certi apostoli della legislazione sociale » <sup>(39)</sup>, è la stessa attribuzione di una preminenza assoluta ai principi fissati da una fonte normativa previamente definita priva di regole. La *rivoluzione* nei principi impedisce « la piena ed integrale esplicazione del sistema vigente » e « riesce verosimilmente a ritardarne o forse fuorviarne l'evoluzione » <sup>(40)</sup>: compito della giurisprudenza probivirale è di mantenersi « nell'ambito del diritto vigente », come compito del giurista — anche del giurista consapevole delle iniquità collegate alle « premesse economico-giuridiche, cui si informa la nostra società, soprattutto dei principi della uguale libertà e della proprietà privata del capitale » <sup>(41)</sup>, e della « artificiosità » di un sistema di certezza contrattuale fondato sulla piena libertà del consenso dell'operaio <sup>(42)</sup> — è quello di rintracciare la fonte normativa di ogni obbligo <sup>(43)</sup>, resta comunque quello di impedire che il pericoloso strumento dell'equità possa giungere, una volta posto nelle mani di giudici non togati, a prevalere sulla stessa legge e a falsare l'evoluzione lenta e naturale dei principi <sup>(44)</sup>.

Le dense pagine di Giuseppe Messina sulla contrattazione collettiva rappresentano quanto di meglio offra la civilistica degli inizi del secolo allorché finalmente *incrocia* il diritto sindacale <sup>(45)</sup>. Anche Messina è cauto nel richiedere l'intervento del legislatore ed

---

<sup>(38)</sup> « Non è logicamente concepibile che si possa compiere una *rivoluzione* nei principi (e cioè nella stessa costituzione sociale) ad occasione e nei limiti di un singolo contratto nominato di diritto civile ». E. REDENTI, *Sulla 'funzione delle magistrature industriali'*, cit., p. 615.

<sup>(39)</sup> *Ibidem*, p. 616 in nota.

<sup>(40)</sup> *Ibidem*, p. 615.

<sup>(41)</sup> *Ibidem*, p. 616.

<sup>(42)</sup> Una consapevolezza questa che deve comunque restare estranea alle valutazioni, *de jure condito*, del giurista. Cfr. E. REDENTI, *Sulla 'funzione delle magistrature industriali'*, cit., p. 613 in nota.

<sup>(43)</sup> « La sua cultura giuridica — nota Veneziani — non poteva esimerlo dal ricercare il fondamento giuridico di ogni responsabilità, la fonte normativa di ogni obbligo » (B. VENEZIANI - G. VARDARO, *La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*, cit., pp. 476).

<sup>(44)</sup> E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei Probiviri*, cit., p. 359.

<sup>(45)</sup> U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 73.

esige soprattutto una puntuale disamina del diritto vigente <sup>(46)</sup>. La cautela, nel suo caso, nasce dalla fiducia nei confronti degli strumenti di autotutela collettiva; una fiducia che è un'erba rarissima nell'orto della civilistica degli inizi del secolo: « noi crediamo all'associazione quale strumento di difesa professionale e di progresso economico »; « l'intervento protettivo della legge a favore dei deboli non può avere che funzioni di profilassi indiretta ... ma il rimedio diretto ed efficace non può attendersi ... se non dalla organizzazione stessa dei deboli, dalla coalizione delle loro forze » <sup>(47)</sup>. Messina è attento a calare il contratto nel gioco delle forze sociali ed economiche in campo, attento a cogliere la mentalità degli interlocutori organizzati e le « anacronistiche convinzioni » che caratterizzano imprenditori adagiati nella miope difesa della loro « autonomia » <sup>(48)</sup>; e non ha incertezze nel proporre il rimedio: il superamento dell'isolamento dell'operaio, la contrapposizione al datore di lavoro della « pressione di una coalizione » <sup>(49)</sup>. L'analisi di quanto il diritto vigente offre e le esigenze dei 'deboli coalizzati' stentano però a trovare un equilibrato punto di incontro <sup>(50)</sup>. La configura-

---

<sup>(46)</sup> « S'è invocata la necessità dell'intervento del legislatore senza prima rendersi conto di quanto il diritto vigente ci dà al riguardo » (G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro* (1904), in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 4).

<sup>(47)</sup> *Ibidem*, p. 9 testo e note.

<sup>(48)</sup> Guarda « alle difficoltà che i contraenti incontrano a ben intendersi nelle trattative, guidati come sono o da una diffidente prevenzione o dall'ignoranza delle condizioni effettive e dei bisogni reali della parte avversaria » e nota la « convinzione anacronistica, persistente in certi imprenditori, padroni dei mezzi di produzione e di un *diritto al lavoro* dei salariati » volta a configurare la conclusione del « contratto di tariffa » come una menomazione della loro autonomia (G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, cit., p. 16).

<sup>(49)</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>(50)</sup> « Il precetto della norma giuridica opera sempre con la ipotesi che di fronte al datore di lavoro si trovi soltanto un unico operaio: le masse lavoratrici, raggruppate in imprese o stabilimenti giganteschi, non esistono per esso che come somme di individui »; « la volontà collettiva, necessitata a rifugiarsi sotto uno schema idoneo a raccogliere soltanto la volontà individuale, ne resta compresa e snaturata »; « la considerazione puramente atomistica non permette ... che si tenga conto a sufficienza degli intenti di solidarietà, da cui si manifestano cementate le singole unità personali che compongono il mestiere e l'industria ». G. MESSINA, *Per il regolamento legislativo dei concordati di tariffa* (1907), ora in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1986, pp.

zione di Messina del concordato di tariffa come atto complesso è un generoso tentativo di superare i limiti intrinseci ad una visione 'atomistica' del diritto civile; ma la possibilità accordata dal diritto vigente « di concludere validamente un contratto di lavoro difforme dalle tariffe da cui le parti sono vincolate » si rivela ostacolo insormontabile e « tale ... da minacciare nel suo sviluppo vitale il contratto collettivo »<sup>(51)</sup>. Non resta dunque che affidarsi a soluzioni legislative<sup>(52)</sup>; anche se tale progetto si scontra con un legislatore ancora bloccato dalla « esagerata fiducia ... nel principio dell'intangibilità della libertà contrattuale »<sup>(53)</sup>. L'opera di Messina resta così stretta tra la puntuale verifica dell'impotenza della normativa individualistica di diritto comune a dare una configurazione giuridica appropriata alle nuove forme di autonomia collettiva e la richiesta di una *lex publica* idonea a risolvere il problema cruciale dell'inderogabilità del *contrahere* collettivo; un dilemma cruciale che metteva a nudo i limiti presenti sia nelle visioni pancivilistiche che nei progetti di intervento legislativo. La denuncia non riuscì, però, a fornire un manifesto programmatico capace di diffondere le nuove consapevolezze<sup>(54)</sup>: volutamente contenute entro una dimessa veste tecnica, le pagine di Messina non riuscirono a condizionare le scelte di una civilistica dominante che non comprendeva o non intendevano ascoltare<sup>(55)</sup>.

---

113 e 114. Si cfr. anche la nota introduttiva di U. ROMAGNOLI, *I 'concordati' di Giuseppe Messina*, in *ibidem*, pp. 107 e ss.

<sup>(51)</sup> G. MESSINA, *I 'contratti collettivi' ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 72.

<sup>(52)</sup> Cfr. C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Otto e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, cit., pp. 144 e ss. p. 152.

<sup>(53)</sup> G. MESSINA, *I 'contratti collettivi' ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, cit., p. 81. Si cfr. sul punto L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 173 e ss. (e poi in *Id.*, *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1985, pp. 247-286).

<sup>(54)</sup> Mi pare eccessivo però rimproverare a Messina di non aver saputo risolvere quel dilemma andando oltre il suo tempo per « prospettare interventi legislativi riformatori di promozione o almeno di sostegno della nuova realtà sociale ». Così G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Angeli, 1985, p. 62.

<sup>(55)</sup> Si veda, a mo' d'esempio, la difesa a tutto tondo del « trattamento giuridico atomistico », accompagnata da una serrata critica nei confronti della « sistematica

### 3. *Intervento dello Stato e « sindacalismo puro ».*

La preminenza del modello individualistico del diritto comune civilistico caratterizza anche l'apporto di Francesco Carnelutti al diritto del lavoro. Il personaggio — com'è noto — è ingegnoso e versatile; tanto versatile da rendere difficile ogni operazione volta ad isolare il suo contributo ad un solo ambito disciplinare del giuridico, anche quando — come nel caso del diritto del lavoro — si tratta di un settore cui dedicò un'attenzione costante, costellata di solide analisi tecniche e soprattutto di programmi, metafore e parole d'ordine spesso fortunate. Alle minuziose e innovative ricostruzioni del periodo giovanile, volte a trarre nuovi principi di diritto dall'analisi della legislazione sociale, faranno seguito negli anni del fascismo prese di posizione come sempre acute ma sempre più roboanti e ambigue; e infine negli anni del post-corporativismo il prolungato rapporto tra Carnelutti e il diritto del lavoro si chiuderà all'insegna del rimpianto e dell'incomprensione: rimpianto per forme *pacifiche* di composizione dei conflitti da contrapporre al ritorno della « guerra » dei sindacati, incomprendimento di fronte al dettato costituzionale, attaccato per il riconoscimento del diritto di sciopero con una « retorica apocalittica » <sup>(56)</sup>.

Gli scritti giuslavoristici di Carnelutti sono dunque dislocati in un arco temporale molto ampio, ma il suo manifesto per la disciplina è delineato soprattutto nei suoi scritti giovanili; gli interventi successivi rappresentano una sorta di necessario sviluppo di quell'iniziale progetto radicato nella crisi dell'onnicomprendività del diritto comune civilistico. Nelle pagine di Carnelutti troviamo il fronte più

---

artificiosa » volta a superarlo (« una sistematica da prestigiatore che riesce a nascondere più oggetti in uno solo come se un solo oggetto complessivamente sussista ») in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., seconda edizione, vol. II, pp. 98 e ss. La critica è accompagnata dalla solita convinzione riguardo all'inutilità di una disciplina legislativa per un istituto « ancora in pieno processo formativo »: « c'è il rischio che una legge, rigida necessariamente nelle sue linee, soffochi o comprima l'istituto nascente, anziché favorirne lo sviluppo. Gli usi invece possono plasmare il concordato più liberamente » (*ibidem*, pp. 285 e 286 in nota).

<sup>(56)</sup> Così U. ROMAGNOLI, *Francesco Carnelutti (1879-1965)*, in *Lavoro e diritto*, 1997, p. 126; ma si cfr. soprattutto, ID., *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, pp. 419 e ss.

avanzato dell'elaborazione sistematica del diritto comune ma ritroviamo anche miopie e incomprendimenti culturali della civilistica tradizionale nei confronti delle nuove realtà sociali incontenibili entro gli schemi consolidati. Si può tentare di dipanare l'intreccio tra i diversi aspetti guardando al tema dell'intervento dello Stato sulla società civile e alla relazione tra diritto privato e diritto pubblico. Tra il Carnelutti giovane che si accosta al diritto del lavoro con un atteggiamento di insofferenza verso la superficialità della distinzione pubblico/privato e il vecchio maestro che nel secondo dopoguerra (ancora) oppone con decisione al diritto del lavoro civilistico di Francesco Santoro Passarelli un diritto corporativo di squisita marca pubblicistica c'è un filo di continuità, interamente segnato dal progetto tracciato nei primi decenni del secolo.

Gli scritti di Carnelutti in tema di infortuni sul lavoro rappresentano il confronto più serio e articolato della civilistica dell'inizio del Novecento con le leggi sociali. L'intervento dello Stato non è più relegato in un angolo appartato, diviene un prezioso punto di osservazione attraverso cui scorgere le trasformazioni in corso e fare emergere un sistema più ampio e un diritto del lavoro capace di abbandonare i binari imposti da Barassi. Mentre nella disputa sul contratto di lavoro come locazione o vendita di energie Carnelutti è incapace di liberarsi dalle alchimie del diritto civile patrimoniale<sup>(57)</sup>, negli scritti in tema di infortuni egli mostra appieno nuove sensibilità. Le pagine introduttive alla raccolta di scritti presentano un disegno chiaro e ambizioso: nei *principi* presenti nella normativa *speciale* sugli infortuni sul lavoro si deve scorgere un nuovo diritto che complica il diritto comune civilistico e ne accelera la trasformazione. La proposta è semplice: i giuristi devono distogliere lo sguardo dal Codice per « frug[are] con pazienza in questi angoli reconditi, tra le pieghe delle leggi speciali »<sup>(58)</sup>; devono abbandonare interpretazioni fondate sui criteri aprioristici della *generalità* e della *eccezionalità* per guardare « al diritto che vive nella coscienza

---

<sup>(57)</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, pp. 354 e ss. (poi in ID., *Studi di diritto civile*, Roma, Athenaeum, 1916, pp. 179 e ss.).

<sup>(58)</sup> F. CARNELUTTI, *Introduzione, a Infortuni sul lavoro (Studi)*, Roma, Athenaeum, 1913, p. XIV.

collettiva, sia o non sia scritto nelle pagine dei codici », « al diritto *latente* ... che sta, indipendentemente dalle norme dei codici nell'intimo della vita sociale » (59). Non è più sufficiente appagarsi delle linee sistematiche del diritto comune civilistico e della *immutabilità* dei suoi principi di fronte alle sempre più ampie *eccezioni*; occorre far riferimento a un sistema composito, adeguato a far fronte a una realtà sociale complessa. I nuovi territori non rappresentano, dunque, « una specie di terra infeconda »; in essi sta infatti nascendo, grazie alla « pressione di istituti speciali su istituti di diritto comune », un nuovo diritto che è incontenibile nella sfera della *eccezionalità* e che non è emarginabile ricorrendo alla « comoda imprecisione intorno al carattere privatistico o pubblicistico del suo contenuto » (60).

Le semplicistiche distinzioni poste a sostenere l'intelaiatura di un diritto del lavoro innocuo ospite entro la fortezza del diritto comune civilistico sono dunque respinte. Il giurista deve essere disposto a rivedere le sue certezze per ricercare « la coordinazione al diritto comune di questi speciali istituti di diritto del lavoro » (61); principi aventi uguale dignità perché la legge sociale non va considerata come « una legge di favore » ma come « un principio di diritto » (62). L'intervento sociale dello Stato incide sui concetti fondamentali del diritto privato e non è relegabile in una transeunte sfera pubblicistica. La scienza giuridica « imperturbabilmente borghese », chiusa nel suo atteggiamento « quasi indifferente » nei

---

(59) F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge su gli infortuni* (1904), in ID., *Infortuni sul lavoro*, cit., pp. 9 e 10.

(60) *Ibidem*, pp. 8 e ss. e F. CARNELUTTI, *Introduzione a Infortuni sul lavoro*, cit., pp. VII e VIII.

(61) *Ibidem*, p. XIV.

(62) F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione*, cit., p. 31. Attraverso la legge sugli infortuni si può notare un diverso inquadramento scientifico anche di temi lontani dal settore direttamente riformato, dalla responsabilità civile al contratto di lavoro, ai diritti successori. Insomma, « chi ami aguzzare lo sguardo in cerca di tracce segrete del diritto futuro » potrà scorgere « una impressionante trasformazione nei concetti fondamentali del diritto privato » (F. CARNELUTTI, *Il diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni*, in ID., *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 159).

confronti dei « problemi giuridici del lavoro » <sup>(63)</sup>, è invitata a prendere atto della complessità dell'ordinamento.

Tale sensibilità verso le trasformazioni in atto e tale considerazione innovativa dell'intervento dello Stato nell'ambito del diritto comune civilistico subiscono in Carnelutti un'immediata torsione nel momento in cui la sua attenzione si sposta verso il fenomeno sindacale. Di fronte al fenomeno della conflittualità tra gruppi organizzati il filo conduttore del discorso muta per proporre, ancora in base alla separazione tra diritto pubblico e diritto privato, la consolidata rappresentazione di un intervento *pacificatore* dello Stato atto a regolamentare un fenomeno *primitivo*, di per sé non configurabile in termini giuridici. L'intervento dello Stato qui impone un modello di ordine *evoluto* al conflitto tra i gruppi, elimina la conflittualità *anomala* ristabilendo *il regno del diritto*. Il discorso del giurista si sdoppia. Il filo conduttore dell'analisi non è più dato dalla ricerca, oltre il Codice e oltre i confini consolidati del diritto comune civilistico, di un assetto giuridico corrispondente alla mutevole coscienza sociale, ma dalla difesa di uno stereotipo di conflittualità tutto ricalcato sul modello ottocentesco dello scontro tra i singoli come unica espressione del giuridico. Le certezze dei principi giuridici individualistici sono opposte al destabilizzante conflitto tra gruppi organizzati; la *quiete* del diritto è opposta alla 'guerra' tra gruppi <sup>(64)</sup>.

Il diritto del lavoro di Carnelutti è liberato dai tratti rigidi impressi da Barassi ma non riesce ad andare oltre il modello individualistico, oltre la rappresentazione *puramente civilistica*. Carnelutti si spinge al di là del Codice ma non intende confrontarsi (non intende confrontare la dimensione giuridica) con una realtà estranea allo scontro virtuoso tra cittadini proprietari intenti a regolare i loro assetti di interesse con forme di conflittualità *evoluta, seria, quieta*. Il conflitto collettivo, il diritto sindacale, non può essere ignorato ma

---

<sup>(63)</sup> F. CARNELUTTI, *Introduzione a Infortuni sul lavoro*, cit., p. XII.

<sup>(64)</sup> Riguardo alla « invincibile diffidenza per qualsiasi forma stabilmente organizzata e non meramente individuale assunta dalle relazioni tra capitale e lavoro » e riguardo al « linguaggio ricco di metafore belliche » tra Otto e Novecento si cfr. G.C. JOCTEAU, *L'armonia perturbata. Classi dirigenti e percezione degli scioperi nell'Italia liberale*, Roma-Bari, Laterza, 1988, in particolare pp. 183 e ss.

non può essere neppure accolto nel sistema civilistico: più che come un nuovo ordine, il conflitto tra gruppi si mostra infatti al giurista come una guerra, come la fine della struttura ordinante del diritto, come la sicura negazione dell'ordine della proprietà e del contratto.

La 'guerra tra gruppi', Carnelutti ne è certo, è incompatibile con l'ordine del diritto civile ed egli dunque è costretto a distinguere, a dividere: esiste un *diritto del lavoro privato* che accoglie le trasformazioni del diritto comune con esso compatibili ed esiste un *diritto del lavoro pubblico* che si può cogliere giuridicamente solo grazie a all'indispensabile intervento ordinante dello Stato. Il diritto del lavoro legato alla conflittualità dei gruppi è inevitabilmente *pubblico* perché è incompatibile coi principi del diritto privato, perché è giuridicamente visibile solo dopo 'la pace' imposta dallo Stato (perché è *il trattato di pace* che impone il diritto sulla *guerra*).

Dissolta di fronte alle leggi sociali, la distinzione tra pubblico e privato (e la difesa delle certezze della costituzione civilistica) ritorna a imporre il suo schema ordinante e a guidare il confronto tra scienza giuridica e trasformazioni sociali. Il filo di continuità che lega le pagine 'profetiche' di Carnelutti in tema di intervento dello Stato sul fenomeno sindacale antecedenti al primo conflitto mondiale <sup>(65)</sup> e la sua successiva attenzione verso il corporativismo fascista <sup>(66)</sup> nascono da un uso spregiudicato della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. La 'comoda imprecisione' data dalla partizione pubblico/privato consente ancora di combinare assieme aperture nei confronti delle trasformazioni sociali e rigide chiusure autoritarie, espansioni del sistema civilistico e imposizione di vesti formali indiscutibili per le relazioni sociali. La distinzione consente altresì di guardare con partecipazione e allo stesso tempo con distacco alle scelte politiche del fascismo: la *depurazione del sindacalismo*, la fissazione per legge di un

---

<sup>(65)</sup> Si cfr. soprattutto F. CARNELUTTI, *La nuove forme di intervento dello Stato nei conflitti collettivi di lavoro*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1911, 1, in particolare pp. 407 e 408. Si cfr. la puntuale analisi di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 382 e ss.

<sup>(66)</sup> Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 384: « le successive (e ripetitive) argomentazioni corporativistiche intorno all'intervento dello Stato sul conflitto e ai suoi presupposti coincidono sostanzialmente con le linee che Carnelutti, agli inizi del nostro secolo, fissava esprimendo a sua volta una precisa continuità con l'immagine dell'azione statale familiare alla giuspubblicistica antecedente ».

*sindacalismo puro* è condizione indispensabile per garantire ancora le certezze della proprietà e del contratto; l'accentuazione dell'intervento autoritario dello Stato si presenta come necessaria difesa dell'ordine del diritto, come affermazione di un ordine 'evoluto' e non come espressione specifica di un particolare regime politico. Di fronte alla legge del 1926, con disarmante candore Carnelutti potrà dire, come del resto farà poi di fronte alla Costituzione repubblicana, che il giurista non ha in fondo cose nuove da dire.

Il diritto del lavoro di Carnelutti complica, dunque, i rapporti tra diritto pubblico e diritto privato ma nello stesso tempo conferma l'indiscutibilità delle certezze della costituzione civilistica. Scrive Carnelutti nel 1927: « Il processo di depurazione del sindacalismo è compiuto. Noi abbiamo oggi, in Italia, il sindacalismo puro ». E il « sindacato puro » può adempiere finalmente alla sua « funzione vera », quella di operare una giusta ripartizione della ricchezza tra i diversi fattori della produzione. Abbattute le illusioni della « nascita e adolescenza », il sindacalismo può finalmente svolgere, utilizzando il contratto collettivo, la funzione di « comandare veramente ai terzi » e mostrare così quelle nuove forme di rappresentanza idonee a colmare « la crisi della legislazione negli Stati moderni » e a dare dignità alla categoria dei lavoratori-produttori, riscattandoli dal rango di meri consumatori (« il cittadino non esercita la sua parte di funzione sovrana *perché consuma*, ma *perché produce* ») <sup>(67)</sup>. « Ho scritto queste cose — così conclude — perché si intenda bene che il 'diritto del lavoro' oggi in Italia è una cosa assai più vasta e complessa che non fosse ieri ... Una volta il diritto del lavoro era soltanto una parte del diritto privato: riguardava la disciplina di quella che noi giuristi chiamiamo ancora la *locazione di opere* ... Oggi il diritto del lavoro è penetrato nel cuore del diritto pubblico ». Oltre al diritto che regola il rapporto tra gli uomini (*diritto interindividuale*) e a quello che regola i rapporti tra i popoli (*diritto internazionale*), si può finalmente cogliere una « nuova forma o una terza dimensione del diritto »: il diritto che regola « i rapporti tra le

---

<sup>(67)</sup> F. CARNELUTTI, *Sindacalismo*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, pp. 4 e ss. (citazioni dalle pp. 5, 7, 8).

classi », « un terzo piano del diritto, il *diritto intersindacale*. Or questo è, almeno in gran parte, il diritto del lavoro » (68).

La costruzione giuridica del nuovo settore del diritto può essere complessa solo perché *gran parte* del diritto del lavoro è entrata nel *cuore del diritto pubblico*. Una volta *depurato*, il conflitto collettivo offre un *terzo piano del diritto* che non è più incompatibile con le certezze del diritto civile, con *i monumenti più insigni della civiltà giuridica*, la *proprietà* e il *contratto* (69). Una volta depurata la nuova realtà sociale non è più destabilizzante e può entrare a far parte del « regno del diritto » (70): il contratto collettivo espressione di un *sindacato puro*, immunizzato dal « *virus della guerra* », può così mostrare al giurista nuovi orizzonti (71), indicare « una nuova terra da conoscere » (72) e da bonificare (occorre « una *bonificazione giuridica* di queste terre appena emerse » (73)).

Il corporativismo emerge come uno strumento di difesa dei

(68) *Ibidem*, p. 9.

(69) Ho parafrasato l'inciso che chiude il saggio sul *Sindacalismo*, essenziale a spiegare il senso di un itinerario: « ciò che bisogna capire e sapere prima di tutto è come e perché queste nuove formazioni della storia integrino ma non distruggano i due monumenti più insigni della nostra civiltà giuridica, che sono la *proprietà* e il *contratto* » (F. CARNELUTTI, *Sindacalismo*, cit., p. 9).

(70) F. CARNELUTTI, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi* (Roma 2/3 maggio 1930), Roma, Ed. del Diritto del lavoro, 1930, vol. I, *Relazioni*, pp. 35 e ss. Naturalmente la ricostruzione giuridica è possibile in quanto è cessato il 'disordine': la legge del 3 aprile del 1926 ha instaurato « il regno del diritto » (*ibidem*, p. 44). Ma si cfr. anche F. CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro. Lezioni di diritto industriale*, Padova, Cedam, 1927, in particolare pp. 61 e ss.

(71) « Il contratto collettivo ... opererà a spese del contratto individuale e della legge »; « il contratto collettivo sarà destinato, in gran parte, a surrogare alla c.d. legislazione protettiva degli operai ». F. CARNELUTTI, *Contratto collettivo*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, 1, pp. 181 e ss. (citazioni dalle pp. 181 e 184).

(72) La legge del 3 aprile del 1926 ha — ripete Carnelutti — « a guisa di un profondo movimento sismico » inciso nella « teoria generale del diritto »: « più di tutto sono le distanze o le proporzioni fra le forme note e classiche del comando giuridico, cioè tra la legge, la sentenza, il negozio e, in particolare, il contratto, che si spostano, si accorciano e sembra perfino, in certi punti che siano svanite ». F. CARNELUTTI, *Il nuovo diritto del lavoro*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1927, 1, p. 142.

(73) *Bonificazione giuridica* significa porre una visione più tecnica, *pura* del nuovo ramo dell'ordinamento: « neanche nelle sue parti più conosciute la scienza del diritto pubblico ha forse ancora raggiunto quel grado di purezza che possiede (si intende, per

monumenti della costituzione privatistica e Carnelutti non fa nulla per nascondere la sua insofferenza verso quanti puntavano alla *distruzione* dei principi del diritto individuale, verso « questa abominevole e sconclusionata retorica che inneggia alla scomparsa dell'uomo nel diritto » (74). Nel Secondo Convegno di studi corporativi la questione diviene l'oggetto di un'accesa disputa i cui termini, spogliati dalla retorica del momento, possono essere utili per inquadrare il percorso giuslavoristico di Carnelutti. Nella sua relazione Arnaldo Volpicelli si scaglia con forza contro l'approccio debole di Carnelutti al corporativismo, facendone il campione degli studiosi intenti a uno sviluppo tradizionale del diritto, a una visione « logica » completamente incapace di prescindere dagli schemi di stampo individualistico (75). Il corporativismo di Carnelutti — argomenta Volpicelli — è viziato da una concezione del diritto come mero strumento atto a « eliminare la guerra »; da una visione « pessimisticamente hobbesiana » che non aiuta a scorgere la nuova e composita realtà (76). In discussione è l'intera teoria generale del diritto di Carnelutti, incapace — a dire di Volpicelli — di scorgere l'elemento aggregante del nuovo ordine scientifico del corporativismo e, più in generale, di comprendere cosa fondi l'unità e l'ordine del diritto: « dato anche e non concesso che possano sorgere, l'unità e l'ordine, ossia la società e il diritto postulati dal Carnelutti, sono mere ombre e simulacri di realtà » (77).

La replica di Carnelutti, sebbene accompagnata ad ogni passaggio da calorosi applausi dell'uditorio, appare fragile: non si può —

---

ragioni di età) la dottrina del diritto privato ». F. CARNELUTTI, *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., p. 144.

(74) *Ibidem*, p. 143. Carnelutti si sforza di mantenere un difficile punto di equilibrio: « io ora mi trovo a dover combattere su due fronti: gli uni mi considerano come un pavido conservatore, gli altri come un innovatore incauto » (F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul comando collettivo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1932, pp. 145 e ss.).

(75) A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi* (Ferrara 5-8 maggio 1932), Roma, Tip. del Senato, 1932, Vol. I, *Relazioni*, pp. 125 e ss., in particolare pp. 130 e ss.

(76) Con l'approccio individualistico di Carnelutti « né si giustifica la molteplicità dei soggetti, né si fondano la società, il diritto, lo Stato, come realtà 'positive' e dotate di una 'intrinseca' ed obiettiva ragion d'essere ». A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, cit., p. 134.

(77) *Ibidem*, p. 135.

dice — ipervalutare l'elemento giuridico nel corporativismo, non si può cogliere l'essenza di un fenomeno giuridico nella collaborazione, perché lì dove c'è collaborazione non c'è più bisogno del diritto (78). Volpicelli insiste: espellere dal concetto di diritto il riferimento al « concetto di organizzazione degli uomini in unità, non ha nessun senso; il diritto non traccia i confini tra gli individui, li organizza in un sistema e in un lavoro comune, li unifica »; la teoria di Carnelutti — prosegue — è da respingere perché ancora inficiata da un « fantastico ... dualismo tra individuo e società » (79).

Non è qui rilevante soffermarsi sul tentativo di Volpicelli di superare il dualismo tradizionale tra Stato e società civile (80), sviluppando le teorie di un Santi Romano attento a non lasciarsi coinvolgere più di tanto nello scontro (81); vale la pena invece di insistere ancora un momento sulla sua critica riguardo al carattere di « ufficio negativo » (82) attribuito da Carnelutti al diritto corporativo. A dire di Volpicelli « *individualismo* giuridico » e « *negatività* del diritto » si saldano strettamente assieme nelle pagine di Carnelutti, impedendogli di cogliere gli aspetti innovativi del corporativismo: la nozione esclusivamente « giurisdizionalistica » impedisce di cogliere l'intrinseca socialità (istituzionale) del diritto e immiserisce così la visione del diritto entro la sola sfera *negativa* di un sistema di 'limiti atti a impedire che la coesistenza diventi una guerra' (83).

---

(78) Cfr. F. CARNELUTTI, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., Vol. III, *Discussioni*, pp. 75 e ss., in particolare pp. 78 e 79. Si cfr. inoltre ID., *Nuove riflessioni sul comando collettivo*, cit. pp. 147 e ss.

(79) A. VOLPICELLI, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., Vol. III, *Discussioni*, pp. 86 e ss., in particolare p. 88.

(80) Cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 333.

(81) Volpicelli attenuando le sue critiche iniziali manifesta un amore non ricambiato nei confronti di Santi Romano (« mi sono riattaccato all'opera scientifica di Santi Romano »: A. VOLPICELLI, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., p. 89). L'intervento di ROMANO è in *ibidem*, pp. 95 e ss.

(82) A. VOLPICELLI, *Intervento*, cit., p. 88.

(83) A. VOLPICELLI, *Corporativismo e problemi fondamentali di Teoria generale del diritto (Nuova replica al Prof. Carnelutti)*, in *Archivio di studi corporativi*, 1932, pp. 609 e ss., in particolare pp. 617 e 619.

Più che come il segno della non entusiastica adesione di un giurista 'tradizionale' al corporativismo scientifico, la visione *negativa del diritto* può essere assunta a limite fondamentale del manifesto di Carnelutti per il diritto del lavoro. Il corporativismo di Carnelutti è mero prolungamento del tema dell'intervento dello Stato sulla società, è strumento di difesa di una costituzione civilistica più complessa ma comunque ritenuta incompatibile con la presenza dei gruppi, con la conflittualità sociale. Fortemente radicato nella crisi del diritto comune, il *nuovo diritto del lavoro* — che per essere *nuovo* esige un confronto con la *terza dimensione del diritto intersindacale* — è possibile solo quando il giurista può accedere a strumenti in grado di trasformare la nuova realtà sociale in un ordinato e pacifico *simulacro di realtà*. Per far ciò un'impostazione fortemente individualistica può anche divenire, senza molta convinzione, corporativistica: quello che più conta non sono gli sviluppi ma il punto di partenza, e quel punto di partenza è la depurazione di un conflitto sociale che il giurista non intende affrontare, non intende comprendere.

Entro questa linea a Carnelutti si può imputare tutto ma non l'assenza di coerenza. Nel 1949 difende senza mezzi termini la legge di Rocco, « Alfredo Rocco, il costruttore di quella legge corporativa del 3 aprile del 1926, che se è stata più tardi sovraccaricata di soprastrutture barocche e spesso balorde, aveva nella sua origine una linea da fare onore a qualsiasi Stato e a qualsiasi legislazione » (84). Alla fine degli anni Quaranta, in un momento in cui nuovi cori si stanno formando e non tutti ben ricordano quanto hanno scritto anni prima, Carnelutti propone una storia lunga del corporativismo e insiste sul valore intrinseco di un principio corporativistico « rovinato » dal fascismo (85). L'analisi molto probabilmente aiuta — come egli dice — a fornire, sfatando « una superstizione contro la quale è necessario reagire », un percorso meno banale del corporativismo rispetto a quello tracciato nella « storiografia recente del fenomeno sindacale e corporativo »; sicuramente

---

(84) F. CARNELUTTI, *Stato Democratico: Stato Corporativo*, cit., p. 249.

(85) « Il principio corporativo, le cui radici si perdono non tanto nel secolo decimo nono quanto nei secoli anteriori, era oramai maturo quando il fascismo è stato inventato ». *Ibidem*, p. 249.

però non muta quel percorso che da una configurazione ampia del diritto del lavoro lo aveva portato ad una concezione asfittica del diritto sindacale. Il filo conduttore appare in questo caso difficilmente riscattabile da quella piatta banalità che comunque legò molti intellettuali giuristi alle scelte del regime: impedire che *la guerra* tra i gruppi divenisse portatrice di un diritto contrastante con i *principi-monumento* dell'ordinamento giuridico.

L'approccio di Carnelutti non muta dunque nel periodo post-corporativo: lo sciopero — scrive — « è una figura che trascende le categorie del diritto privato »; « lo sciopero, come la serrata, è un vero atto di guerra sociale »; « la Costituzione ... riconoscendo il diritto di sciopero ha riconosciuto agli operai il diritto di guerra ». E sul punto la visione *logica* del vecchio Carnelutti non è certo disposta a scendere a compromessi con i tempi: « la questione più grossa è quella del se la guerra, sia pure economica, tra gruppi sociali, nell'interno di uno Stato possa essere consentita. Se questa fosse davvero una conseguenza del carattere democratico dello Stato, povera democrazia! »<sup>(86)</sup>. Affermazioni queste che già nel vivo del dibattito della fine degli anni Quaranta hanno valenze prevalentemente *storiche*: aiutano molto poco a comprendere quanto in quel momento accade, sono l'espressione di una voce che manifesta un disagio maturato prima del fascismo e frettolosamente risolto con la *quiete* imposta dalla legge del 1926 (quella legge *che aveva nelle sue origini una linea da far onore a qualsiasi Stato*). Sostanzialmente isolate nella dottrina giuridica del dopo Costituzione<sup>(87)</sup>, quelle

---

<sup>(86)</sup> *Ibidem*, pp. 254 e 255. Si cfr. soprattutto però F. CARNELUTTI, *Sciopero e giudizio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1949, I, pp. 1 e ss., in particolare p. 12: « Diritto di sciopero e diritto di guerra hanno il medesimo valore. L'organizzazione dei lavoratori reclama il diritto di sciopero allo stesso modo che lo Stato rivendica il diritto di guerra. Il potere di fare la guerra è un potere di sottrarsi al diritto... Un ordinamento giuridico, il quale, come l'ordinamento italiano, riconosce il diritto di sciopero, confessa la sua impotenza a regolare i conflitti collettivi del lavoro, posto che regolare un conflitto significa anzitutto evitare e pertanto proibire la guerra tra gli uomini, ai quali appartengono gli interessi relativi. La proclamazione del diritto di sciopero implica la tolleranza della guerra entro le frontiere dello Stato e pertanto l'incompiutezza del suo apparato giuridico ».

<sup>(87)</sup> Cfr. M. GRANDI, *I problemi del lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica*, cit., p. 248. Sul punto si cfr. ancora *infra* al n. 10.

pagine non raccontano solo il permanere di vecchi timori ancora proiettati sul presente, ma anche il coerente esito della parabola del diritto del lavoro di Carnelutti. Un diritto del lavoro di cui è perfettamente inutile misurare la fragilità nei primi anni della Repubblica in quanto completamente radicato in quel progetto di trent'anni prima, un progetto sospeso tra la lucida percezione della crisi del diritto comune civilistico e la pressante richiesta di intervento autoritario dello Stato<sup>(88)</sup>. Giuridicamente invisibile nel vivo delle relazioni sociali e dei conflitti collettivi, il diritto del lavoro disegnato da Carnelutti poteva esistere solo grazie all'intervento dello Stato capace di imporre (senza decorazioni *barocche e balorde*) il sobrio abito del *sindacalismo puro*.

#### 4. *Diritto del lavoro e democrazia collettiva.*

Nei primi decenni del Novecento la visibilità del diritto del lavoro è affidata soprattutto alla forza espansiva e alle inevitabili miopie del diritto civile. Dominato com'è dalla preminenza del diritto comune civilistico, il diritto del lavoro offre risposte alle trasformazioni sociali complicando e elasticizzando gli schemi tradizionali: le estensioni o le restrizioni dell'area 'comune' sono ottenute, come abbiamo visto, muovendo la linea di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato.

La più consistente affermazione di un'autonomia giuslavoristica distaccata dalle forme civilistiche del passato e dalle costrizioni del diritto delle obbligazioni, il più ampio tentativo di fondazione di una scienza capace di sintetizzare sociale e giuridico, superando le consolidate delimitazioni tra diritto pubblico e privato, si ebbe con gli scritti di Hugo Sinzheimer e dei giuslavoristi della sua scuola. È opportuno, prima di riprendere il filo dei dibattiti italiani, fare qui un brevissimo cenno a tale modello di diritto del lavoro che, pur essendo noto e utilizzato dalla scienza giuridica italiana, fu in genere

---

<sup>(88)</sup> È condivisibile la sintesi posta da Giuseppe Pera a chiusura di un breve ritratto di Carnelutti giuslavorista: « resta, vivo e attuale, nella nostra storia per quanto costruì agli albori » (il riferimento va naturalmente agli studi sugli *Infortuni del lavoro*). G. PERA, *Francesco Carnelutti giuslavorista*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1996, p. 111.

frettolosamente liquidato come espressione di una ricostruzione di tipo sociologico e politico. Non si tratta di assumere il diritto di lavoro di Sinzheimer ad astratto polo di riferimento, quanto di considerare un altro modello di autonomia scientifica affermatasi nella crisi degli schemi civilistici 'generali', per comprendere poi come le nuove parole d'ordine maturate nel dibattito tedesco circolarono in Italia.

Nella cultura giuridica italiana il diritto del lavoro, essendo un prodotto interno alla vivacità sistematica del diritto comune civilistico, non riesce comunque a configurare, ignora o trascura l'autonomia collettiva. Gli scritti di Sinzheimer hanno soprattutto il merito di rendere visibile questa dimensione che spinge a rivendicare un diritto del lavoro irriducibile nei consueti schemi del giuridico. Netta è infatti in Sinzheimer la critica ai modelli teorici del passato: il diritto del lavoro è visibile solo grazie al distacco dai modelli teorici e tecnici tradizionali.

Philipp Lotmar aveva realizzato in Germania un'ampia costruzione scientifica *romanistica* del diritto del lavoro: la costruzione aveva a suo centro il contratto e il diritto delle obbligazioni, il rapporto di prestazione e di controprestazione<sup>(89)</sup>. Anche se attento al fenomeno della contrattazione collettiva, l'atteggiamento di Lotmar nei confronti della letteratura giuridica antecedente non è lontanissimo da quello di Barassi: l'obiettivo primario è la costruzione scientifica (attraverso lo strumentario 'classico' del giurista) di un sistema civilistico; un diritto del lavoro come scienza giuridica può esistere solo entro i confini del diritto civile. Il sistema è tendenzialmente aperto all'esterno ma è comunque presunta auto-sufficiente; gli apporti esterni sono tollerati ma non indispensabili: l'analisi degli economisti è, ad esempio, richiamata precisando però che la comprensione giuridica delle relazioni lavoristiche resta comunque affidata all'etica tradizionale del diritto delle obbligazioni<sup>(90)</sup>; e, allo stesso modo, estranea alla vera comprensione

---

(89) Su Lotmar si cfr. L. NOGLER, *Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Lavoro e diritto*, 1997, pp. 129 e ss.; C.A. GASSER, *Philipp Lotmar (1850-1922), Professor der Universität Bern. Sein Engagement für das Schweizerische Arbeitsrecht*, Frankfurt am Main- Berlin, Peter Lang, 1997.

(90) Cfr. Ph. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen*

giuridica del fenomeno lavoristico è ritenuta la normativa *pubblicistica* insita nella legislazione sociale.

Sinzheimer ha il merito di impostare in modo diverso il tema dell'autonomia del diritto del lavoro: l'autonomia della nuova disciplina non è affidata alla rassicurante espansione dei modelli civilistici, ma sta in qualcosa che è incontenibile negli schemi antecedenti, nell'autonomia dei gruppi sociali che è in grado di produrre una propria normativa e una nuova forma di democrazia, *la democrazia collettiva*. Il diritto del lavoro può emergere solo dal netto rifiuto degli schemi consueti: bisogna rinunciare alla piatta e rigorosa uguaglianza civilistica delle obbligazioni e ai suoi costringenti schemi individualistici; occorre fare a meno dell'intervento statale volto a risolvere dall'esterno le nuove forme di conflittualità della società civile; occorre abbandonare le formalistiche espulsioni dei dati economici e sociologici dal discorso tecnico del giurista; abbandonare il dogma di una distinzione rigida tra pubblico e privato. L'autonomia del diritto del lavoro è, insomma, espressione di un nuovo ordine sociale che può essere realizzato solo *contro* la tradizionale costituzione civilistica e le sue consolidate e astratte schematizzazioni, guardando direttamente in basso, alle nuove forme di organizzazione del sociale.

« Il vero diritto del lavoro — afferma Ernst Fraenkel in uno scritto degli anni in cui la crisi del diritto del lavoro weimeriano era già ben chiara — nasce solo quando viene riconosciuto il carattere speciale del rapporto di lavoro che viene così liberato dalle astratte regole del diritto delle obbligazioni »<sup>(91)</sup>. Due sono a tal fine le strade percorribili: l'intervento dello Stato oppure lo svolgimento autonomo dei rapporti di forza sociale. Fraenkel non ha dubbi riguardo al recente passato: « il decisivo progresso del diritto del

---

*Reiches*, Leipzig, Dunker & Humblot, Bd. I, 1902 (Bd. II, 1908), pp. 41 e ss.; 473 e ss. L'attenzione di Lotmar nei confronti della contrattazione collettiva cui si fa riferimento nel testo emerge chiara confrontando gli scritti raccolti in Id., *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie* (hrsg. J. Rückert), Frankfurt am Main, Keip, 1992.

<sup>(91)</sup> E. FRAENKEL, *Il significato politico del diritto del lavoro* (1932), in G. Arrigo e G. Vardaro (a cura di), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Roma, Ed. lavoro, 1982, p. 120.

lavoro è stato ottenuto senza l'intervento statale »<sup>(92)</sup>; il *vero diritto del lavoro* contrapposto al mito delle purezze civilistiche e alle *falsità* del diritto delle obbligazioni si è sviluppato grazie allo svolgimento autonome dei rapporti di forza sociale, senza alcun contatto con l'intervento statale.

I due argomenti costituivano i nuclei più rilevanti del progetto di Sinzheimer. Il primo, quello della *emancipazione* del diritto del lavoro dal diritto civile, si lega in Sinzheimer al superamento della centralità del contratto di lavoro (orientate in tal senso sono le critiche al suo maestro Lotmar<sup>(93)</sup>) e al superamento delle tradizionali dicotomie (a favore di una *Verschmelzung* tra diritto pubblico e diritto privato<sup>(94)</sup>, tra scienze sociali e scienze giuridiche<sup>(95)</sup>). Il diritto del lavoro smette di essere la Cenerentola delle scienze giuridiche<sup>(96)</sup>, solo smettendo di essere un'appendice del diritto

(92) E. FRAENKEL, *Il significato politico del diritto del lavoro*, cit., p. 121.

(93) Cfr. in particolare H. SINZHEIMER, *Philipp Lotmar und die deutsche Arbeitsrechtswissenschaft* (1922), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden* (a cura di Otto Kahn Freund e Thilo Ramm), Frankfurt a. M. - Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1976, pp. 408 e ss.; nonché *Die Neuordnung des Arbeitsrechts* (1919), in *ibidem*, pp. 62 e ss. e p. 69: « Auch Lotmars Meisterwerk begnügt sich mit der Darstellung des Arbeitsvertrags, der ... nur ein Teil des Arbeitsrechts überhaupt ist. Überdies beschränkt es sich auf den privatrechtlichen Teil dieses Gebiets, so dass die Verschmelzung der öffentlich-rechtlichen Beziehungen mit den privatrechtlichen zu einem einheitlichen Ganzen als eine noch ungelöste Aufgabe erscheint ». Riguardo all'importanza del superamento della rigida distinzione tra diritto pubblico e diritto privato in Sinzheimer si cfr. O. KAHN FREUND, *Hugo Sinzheimer (1875-1944)*, in *ibidem*, pp. 3 e ss.; si cfr. anche E. FRAENKEL, *Hugo Sinzheimer (1958)*, in *Reformismus und Pluralismus* (Hamburg, 1973, pp. 131 e ss.), ora in ID., *Gesammelte Schriften*, I, *Recht und Politik in der Weimarer Republik* (hrsg. von H. Buchstein), Baden Baden, Nomos, 1999, pp. 620 e ss.

(94) Il tema dell'unità tra diritto pubblico e diritto privato è in Sinzheimer di derivazione gierkiana, come pure volutamente gierkiana è la ricorrente affermazione per cui « das neue Arbeitsrecht wird sozial sein oder es wird nicht sein ». Cfr. H. SINZHEIMER, *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht* (1922), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit., pp. 402 e ss.; nonché *Das Wesen des Arbeitsrechts* (1927), in *ibidem*, pp. 108 e ss.; e *Die Fortbildung des Arbeitsrechts* (1922), in *ibidem*, p. 90.

(95) Cfr. H. SINZHEIMER, *Über soziologische Methode und dogmatische Methode in der Arbeitsrechtswissenschaft* (1922), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit., vol. II, pp. 33 e ss. e p. 41: « Die Hauptfrage der Reform ist eine Verschmelzung des rechtsdogmatischen mit dem rechtssoziologischen Unterricht in allen Rechtsdisziplinen ».

(96) Su tale ruolo del contratto di lavoro nei Codici nessuno nutriva dubbi: « das

civile (97). Libero dalle astratte forme civilistiche indifferenti alla concreta situazione delle classi, il diritto del lavoro diviene vera espressione della realtà sociale (98). Il secondo argomento ripropone (da un punto di vista differente rispetto a quello liberale individualistico) il tema di una *purezza*: il diritto del lavoro è autonomo in quanto esprime senza filtri prevaricanti l'autonomia delle forze sociali che si manifesta attraverso l'azione delle organizzazioni sindacali e la contrattazione collettiva (99). La legge dello Stato non è essenziale all'esserci del diritto del lavoro: la legislazione statale, l'intervento assistenziale a favore dei lavoratori, hanno rappresentato un momento dell'evoluzione del diritto del lavoro ma non rappresentano il suo *vero* volto, la sua essenza che sta nel sociale, nei gruppi che creano diritto. L'autonoma normativa dei gruppi sociali è posta come elemento di crisi delle polarità che avevano costituito l'irrinunciabile fondamento di tutte le architetture giuridiche ottocentesche: l'individuo e lo Stato. Il diritto del lavoro è un diritto sociale che sostituisce il diritto individuale; cammina con le sue gambe e non ha bisogno di interventi *coattivi* dello Stato volti a mantenerlo artificiosamente in vita: la legislazione sociale è tagliata fuori dal discorso giuslavoristico (100) che si concentra soprattutto sull'autonomia del sociale (101).

Il manifesto che emerge da questa rappresentazione è ben diverso dal diritto del lavoro che si realizzò nella vicenda politico

---

Bürgerliche Gesetzbuch behandelt diesen Arbeitsvertrag als Aschenbrödel » (A. STADTHAGEN, *Das Arbeiterrecht. Rechte und Pflichten des Arbeiters in Deutschland*, Stuttgart, Dietz, 1904<sup>4</sup>, p. 9).

(97) L'insistenza di Sinzheimer su questo punto è continua. Si cfr., a mo' d'esempio, H. SINZHEIMER, *Über den Grundgedanken und die Möglichkeiten eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland* (1914), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit., p. 49; ID., *Die Neuordnung des Arbeitsrechts* (1919), in *ibidem*, p. 62; ID., *Arbeitsrecht und Arbeitsbewegung* (1927), in *ibidem*, p. 101.

(98) H. SINZHEIMER, *Die Fortbildung des Arbeitsrechts*, cit., p. 88. Ma si cfr. naturalmente su tutti questi temi H. SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, G. Fischer, 1927<sup>2</sup> (I ed. 1921).

(99) È sufficiente rinviare ai saggi contenuti nella seconda parte (*Das Koalitionrecht*) di *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit., I, pp. 145 e ss.

(100) Cfr. H. SINZHEIMER, *Die Neuordnung des Arbeitsrechts*, cit., p. 63.

(101) H. SINZHEIMER, *Der Kampf um das neue Arbeitsrecht* (1924), in ID., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit., I, pp. 91 e ss.; p. 96.

istituzionale della socialdemocrazia tedesca, in relazione ai limiti intrinseci alla democrazia weimeriana. La purezza di un'autonoma normazione sociale svincolata da condizionamenti esterni si rivelò fragile e lo stesso discorso giuridico tornò a far riferimento alle polarità che intendeva ignorare ai fini della costruzione del suo sistema: nel concreto dell'esperienza (e della stessa ricostruzione giuridica <sup>(102)</sup>) il primato del sociale e dei gruppi non riesce a mantenersi 'puro' e rinvia ancora a un primato statale, ad una regolamentazione dall'alto del sociale; rinvia insomma a quei modelli concettuali che la rappresentazione autonoma del diritto del lavoro intendeva negare <sup>(103)</sup>. Il pluralismo della democrazia collettiva è frustrato dal prevalere di scelte politico istituzionali di stampo statualistico <sup>(104)</sup>, dalle convinzioni della magistratura, dalla sua tendenza a « respingere l'idea che il diritto possa svilupparsi attraverso il conflitto sociale » <sup>(105)</sup>. La realizzazione politico istituzionale muta la rappresentazione del manifesto programmatico e distrugge il sogno di un diritto del lavoro come pura espressione del sociale: riemerge la centralità del ruolo ordinante dello Stato, la tendenza « volta ad eliminare il conflitto come fattore di produzione giuridica

---

(102) L'intervento dello Stato è, ad esempio, utilizzato per mostrare come le relazioni lavoristiche siano state oramai spogliate delle loro caratteristiche privatistiche (cfr. H. SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Arbeitsbewegung*, cit., p. 102), il settore delle assicurazioni sociali conferma il delinarsi di un settore giuridico attento all'uomo non in quanto proprietario ma in quanto uomo (Id., *Der Wandel im Weltbild des Juristen* (1928), in Id., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, cit., I, p. 102): qui l'autonomo discorso giuslavoristico si fonda sull'intervento dello Stato che non solo preannuncia ma già 'produce' il nuovo diritto sociale.

(103) Cfr. O. KAHN FREUND, *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro* (1932), ora in *Laboratorio Weimar*, cit., pp. 221 e ss.; si cfr. anche G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, cit., pp. 186 e ss.; J. CLARK, *Otto Kahn-Freund: gli scritti del periodo tedesco*, in G. Balandi - S. Sciarra (a cura di), *Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund*, Roma, Edizioni lavoro, 1982, pp. 59 e ss., ma in particolare pp. 64 e 65.

(104) Cfr. W. LUTHARDT, « *Democrazia collettiva* » nella Repubblica di Weimar. Una concezione semicorporativa di depoliticizzazione sociale?, in G. Vardaro (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milano, Angeli, 1988, pp. 57 e ss.

(105) O. KAHN FREUND, *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro*, cit., p. 239.

e a subordinare le organizzazioni collettive ai fini dello Stato » (106), una « ideologia assistenziale di stampo burocratico », « una politica sociale solo come pura assistenza e non anche come autotutela organizzata degli interessi » (107).

Non è il caso di insistere ancora sui contrasti esistenti tra il nome e la cosa, tra il progetto e il diritto del lavoro effettivamente realizzato a Weimer. Si è parlato di panstatualismo della cultura giuridica weimeriana (108); qui è sufficiente sottolineare la sua incapacità di sottrarsi del tutto ai modelli tradizionali per affermare un diritto del lavoro come specchio delle trasformazioni sociali. Il 'vero' diritto del lavoro fondato sulla democrazia collettiva e sull'autonomia dei gruppi sociali trovava infine un suo ordine solo grazie all'intervento ordinante dello Stato.

La riflessione giuslavoristica fondata su una traduzione immediata, 'pura', del sociale nel giuridico si dissolve nel momento in cui, al pari del modello giuslavoristico di stampo civilistico 'puro', per affermarsi rinvia al termine che nega i suoi presupposti. Entrambi i modelli teorici danno visibilità al diritto del lavoro attribuendo un rilievo secondario alla legge, all'intervento dello Stato: il *vero* diritto del lavoro scaturisce esclusivamente dal polo privilegiato (è espressione del diritto comune, dell'ordine giuridico degli individui; è espressione della democrazia collettiva, dell'ordine giuridico dei gruppi organizzati); tale autonomia dall'intervento dello Stato per affermarsi rimanda però proprio al polo statale ed è esso ad imporre, *transitoriamente*, l'*ordine* che il puro 'modello individuale' e il puro 'modello sociale' non riescono a garantire. Entrambi i modelli esigono dall'esterno la condizione della loro purezza, della loro 'autonomia'.

---

(106) *Ibidem*, p. 241.

(107) *Ibidem*, p. 241.

(108) Cfr. G. VARDARO, *Il diritto del lavoro nel 'laboratorio Weimar'* (1982), ora in ID., *Itinerari*, Milano, Angeli, 1989, pp. 23 e ss.; nonché, sempre dello stesso Autore, *Oltre il diritto del lavoro: un Holzweg nell'opera di Franz Neumann* (presentazione alla raccolta di scritti di F. NEUMANN, *Il diritto del lavoro tra democrazia e dittatura*, Bologna, il Mulino, 1983) ora in G. VARDARO, *Itinerari*, cit., pp. 63 e ss.

### 5. *Diritto del lavoro e diritto privato sociale.*

All'inizio degli anni Venti le pagine di Sinzheimer sono ripetutamente richiamate da Lorenzo Mossa in una prolusione che possiamo collocare a pieno titolo tra i manifesti programmatici della giuslavoristica italiana <sup>(109)</sup>. Mossa non propone una scolastica ripetizione dell'autore tedesco: netto è il suo distacco critico dall'opera degli « esponenti socialisti del movimento delle masse » che considerano il lavoro nell'ordinamento giuridico dal punto di vista professionale, decisa è la sua volontà di restare esclusivamente entro il campo giuridico, lontano dalla « concezione prevalentemente politica di Sinzheimer » <sup>(110)</sup>. La prolusione di Mossa appare segnata a fondo dai temi presenti nella letteratura tedesca ma egli conserva una sua voce autonoma: il suo diritto del lavoro non sta negli schemi antecedenti, vuole sottrarsi alle rigidità e ai formalismi del diritto comune civilistico ma vuole anche, con altrettanta decisione, restare nel diritto privato. Esso è *diritto privato sociale*.

Nelle pagine di Mossa il diritto del lavoro come diritto privato

---

<sup>(109)</sup> L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, Discorso inaugurale della R. Università di Sassari per l'anno accademico 1922-23, Sassari, Stamperia della Libreria italiana e straniera, 1923. L'importanza della prolusione di Mossa nel clima culturale dei primi anni Venti è sottolineata nel ricordo di Mario CASANOVA, *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo: rievocazioni e considerazioni*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, pp. 230 e ss., pp. 231 e 243.

<sup>(110)</sup> Cfr. L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 4 e 5 (e nota 5). Di Sinzheimer è richiamata la prima edizione del manuale (*Grundzüge des Arbeitsrechts*, cit.), ma Mossa appare impressionato soprattutto da « una relazione sul futuro del diritto del lavoro, presentata ad un congresso del lavoro a Lipsia, nel 1922 » (il testo è richiamato solo in tal modo; sicuramente, però, Mossa fa riferimento a H. SINZHEIMER, *Das zukünftige Arbeitsrecht in Deutschland* (Vortrag, gehalten auf dem Kongress des Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 19-24/6/1922 zu Leipzig, Berlin, Verlagsgesellschaft des Allg. Deutschen Gewerkschaftsbundes, 1922); un testo questo che è ripetutamente richiamato (e parafrasato) riguardo all'autonomia del diritto del lavoro svincolato dalla preminenza del diritto statale e riguardo al diritto del lavoro come diritto della persona. Ampi comunque sono i richiami (oltre che ai commercialisti) all'intera scienza giuridica tedesca di quegli anni, a Heinz Potthoff, Hans Carl Nipperdey, Alfred Hueck, Gustav Radbruch. Allorché nel 1951 Mossa ritornerà a considerare il suo scritto del 1922 (cfr. *infra* alla nota 145) si riconoscerà debitore solo nei confronti di quest'ultimo Autore: « Gustav Radbruch, il giurista della libertà e della giustizia ».

sociale orbita attorno al concetto di impresa <sup>(111)</sup>. Nell'assetto della società industriale in cui « la dipendenza del lavoro dall'altrui volontà » si lega a « imprese organizzate », l'obiettivo di « fare del diritto del lavoro una materia giuridica autonoma » si raggiunge solo, sostiene Mossa, coordinando il lavoro all'impresa <sup>(112)</sup>. Ed è proprio l'osservatorio privilegiato dell'impresa che consente a Mossa un approccio originale e articolato al tema dell'autonomia giuridica del diritto del lavoro.

La premessa da cui muove la prolusione è ancora barassiana; molto diverso è, però, lo svolgimento del discorso, vivacizzato dalla sensibilità del commercialista conscio della relatività degli astratti schemi civilistici <sup>(113)</sup> e dalla lettura 'politica' di Sinzheimer. Mossa non è particolarmente critico nei confronti di Barassi (« in fondo — scrive — la concezione del Barassi non è troppo dissimile dalla nostra » perché egli avverte « tutto il valore dell'equità » e richiama « i principi generali del diritto » che « sono indispensabile strumento di ogni creazione di norme particolari del giudice ») ma la distanza tra le due proposte è ben visibile. Barassi si accosta alle lacune del Codice in tema di lavoro utilizzando i principi generali del diritto al fine di ridurre la nuova materia a « semplice istituto del codice »; Mossa coglie le caratteristiche della nuova materia per indicare un diritto permeato di socialità. Il diritto del lavoro è — dice — « diritto privato sociale »; affermazione che intende contrastare sia il diritto comune civilistico, sia la tendenza volta a segnare con « una natura pubblicistica » ogni aspetto di socialità <sup>(114)</sup>.

---

<sup>(111)</sup> Cfr. P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28 (1999), t. II, pp. 1005 e ss.

<sup>(112)</sup> Un aspetto questo — aggiunge — trascurato persino da chi ritiene che l'impresa formi « il centro di tutto l'ordinamento giuridico, più di quello che non formi la persona nel diritto comune ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 6 e 7.

<sup>(113)</sup> Mutuando Ascarelli, si può dire che Mossa si differenzia da Barassi perché gli manca quel « disdegno dei giuristi verso l'indagine della realtà » che « è particolarmente accentuato nella tradizione civilistica che a volte si pone, e allora non senza sussiego, come esponente di una logica giuridica nei confronti delle deviazioni che, ispirate a una diabolica economia, si ritroverebbero nei diritti speciali » (T. ASCARELLI, *Per uno studio delle realtà giuridica effettuale*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, pp. 775 e 776).

<sup>(114)</sup> « Con questo procedimento si confonde l'elemento sociale, che nutre le norme giuridiche del lavoro, col diritto della società. Il rapporto giuridico ... non

Si può pertanto accogliere solo la premessa di Barassi (quella per cui la costruzione del diritto del lavoro è agevolata dal silenzio del Codice <sup>(115)</sup>), perché essa non vincola ma libera il discorso del giurista disposto a guardarsi attorno senza pregiudizi. È sufficiente, del resto, gettare uno sguardo alla prassi sociale che fa orbitare i contratti individuali attorno al nucleo dei *contratti di tariffa* per prendere atto che « il diritto del lavoro chiamato a regolare questa materia non può essere compreso nei sistemi attuali di diritto » <sup>(116)</sup>. L'incontenibilità del nuovo diritto negli schemi del diritto codificato diviene il punto essenziale del discorso: « la lacuna non può colmarsi che all'infuori dello stesso codice »; la disciplina giuridica del lavoro « è una nuova materia di diritto che è sorta *in contrasto* col codice civile », una materia che è « *distinta e contrapposta al diritto civile comune* ». Se vuole affermare un diritto del lavoro, il giurista deve dunque « liberarsi dai vincoli della tradizione per richiedere alla stessa nuova materia giuridica il suo ordinamento », deve guardare oltre gli steccati tradizionali per scorgere il nuovo diritto che si va affermando di fronte al diritto di proprietà, « un nuovo e imponente diritto della persona », un diritto che « ha una finalità comune e grandiosa: l'elevazione della personalità umana » <sup>(117)</sup>.

Una volta configurata « la natura essenzialmente sociale di questo diritto privato » occorre trarne le conseguenze: la socialità condurrà ad una sempre più estesa « inderogabilità », « in opposizione a regole generali o tradizionali » <sup>(118)</sup>; le norme protettive che affiorano dalle leggi sul contratto di lavoro dovranno essere raccolte e coordinate « in modo da farne un tipo giuridico tutto informato ai

---

acquista valore pubblicistico, né perde quello privatistico, sol perché vive in esso una corrente sociale, invece che individuale. Il diritto privato — aggiunge, richiamando ancora Sinzheimer — non è e non può essere unicamente diritto individualista: può essere diritto sociale ed anzi socialista » (L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 8 e 9).

<sup>(115)</sup> « Il diritto civile ignora, od almeno non regola, il contratto di lavoro »; « in fondo neanche il Barassi contesta che si tratti di vera lacuna e non di semplice laconismo come egli dice ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 7 e nota 20.

<sup>(116)</sup> *Ibidem*, cit., p. 7.

<sup>(117)</sup> Principi questi — aggiunge in nota — richiamati « molto energicamente da Sinzheimer ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, p. 8 e nota 24 (il corsivo è mio).

<sup>(118)</sup> *Ibidem*, cit., p. 9.

supremi interessi della personalità umana » (119). E per realizzare questi obiettivi occorre innanzitutto abbattere le contraddizioni di una dottrina incapace di sottrarsi al chiuso sistema individualistico di stampo romanistico (« la dottrina del contratto di tariffa si è dibattuta, sino a questi tempi, tra l'imperativo categorico dei sistemi privatistici a base romanistica ed un fatto sicuramente esorbitante dal sistema » (120)), incapace di riconoscere giuridicamente quanto è già evidente nella realtà sociale: « il contratto di tariffa ... ha soprattutto il valore di una legge » (121).

Il diritto del lavoro autonomo può realizzarsi solo fuori da schemi giuridici predefiniti e vincolanti: « Il diritto del lavoro nella sua unità non è legato a nessun corpo grande o piccolo di leggi »; il giurista non ha a sua disposizione « il codice generale del lavoro » ma una serie di frammenti normativi e « l'osservazione dei fatti e dei sentimenti sociali » (122). In questo quadro richiamarsi al diritto libero non è una scelta stravagante ma indispensabile (123). Proprio perché l'unità deriva dal tutto, la vitalità del nuovo diritto può essere garantita solo superando i confini imm modificabile (« al giudice deve attribuirsi la facoltà di modificare il contratto » (124)), solo promuovendo le nuove manifestazioni del giuridico (al giudice spetta il compito di affermare l'inderogabilità del contratto collettivo (125)): « nel flusso delle lotte, delle oscillazioni di prepotere, l'opera del giudice diviene quindi la salvezza della giustizia dei rapporti di lavoro » (126).

*Nuovo e imponente diritto della persona*, il diritto del lavoro è incontenibile entro le regole del diritto comune civilistico: il diritto

---

(119) *Ibidem*, p. 17.

(120) *Ibidem*, p. 14.

(121) « I suoi caratteri specifici dovranno essere la assolutezza, la generalità, la illimitatezza, l'automatismo; d'ordinario tutti propri della legge e non del contratto » (L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 14).

(122) *Ibidem*, cit., p. 10.

(123) « Quando tutta una materia giuridica nuova non può regolarsi che dal giudice, nella pratica, non si possono rifiutare i metodi del diritto libero » (L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 10-11).

(124) *Ibidem*, p. 12.

(125) *Ibidem*, p. 16.

(126) *Ibidem*, p. 11.

del lavoro è segno tangibile di un diritto privato sociale che non è un'astratta e scomoda rivendicazione politica urlata nel chiuso degli ambienti giuridici (così come accadeva nella seconda metà dell'Ottocento), è bensì un diritto visibile nella viva realtà delle relazioni sociali, un diritto che si afferma nell'impresa, nuova dimensione vitale del diritto dei privati destinata a trascinare il classico diritto di proprietà entro « una parabola sociale »<sup>(127)</sup>. È entro l'impresa che si realizza appieno il disegno di un diritto del lavoro segnato dalla socialità e svincolato dalle assolutezze del diritto civile. Ed è entro l'impresa, nella « partecipazione del lavoro all'impresa », che si consuma tutta la dimensione collettiva del diritto del lavoro di Mossa: partecipazione del lavoro all'impresa « non significa repubblica dei consigli, ma invece significa, nello stato economico attuale, associare il lavoro alle sorti dell'impresa, in modo da avvincerlo e legarlo indissolubilmente alla sua vita e al suo destino »<sup>(128)</sup>.

Il manifesto di Mossa del 1922 è dirompente e, come vedremo, resterà inascoltato, sarà falsato e susciterà semplicemente incomprendimento e scandalo per l'esplicito richiamo al diritto libero. Guarderemo questi aspetti nel paragrafo successivo, qui è utile invece fare un breve cenno alle riproposizioni del progetto avanzate negli anni successivi.

La dimensione della socialità del diritto del lavoro richiamata da Mossa affiora principalmente entro l'impresa, è una socialità fondata sul superamento dei limiti intrinseci al diritto civile patrimoniale, esaltata dalla *partecipazione* ma completamente priva dell'aspetto della conflittualità. È una socialità depurata dal versante conflittuale. Lo stesso richiamo ad un contratto collettivo da intendersi come *legge sociale* appare affermazione tanto importante quanto priva di reale operatività, svincolata com'è da qualsiasi richiamo agli strumenti di autotutela collettiva in grado di realizzare i nuovi assetti. La riproposizione del progetto nel 1930 non può che accentuare nel nuovo contesto istituzionale questa rappresentazione del diritto del

---

<sup>(127)</sup> *Ibidem*, pp. 19 e 20: « L'organismo di impresa deve essere orientato nel comune interesse dell'imprenditore e dei lavoratori, interesse che coincide sostanzialmente con quello della comunità ».

<sup>(128)</sup> L. MOSSA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 21.

lavoro come diritto privato sociale privo di strumenti per una sua realizzazione.

La prospettiva di fondo resta ferma: con il diritto del lavoro « un diritto della persona si innalza e diviene potente oltre i classici diritti della proprietà e del contratto »; il diritto del lavoro « come diritto dell'uomo che immola al lavoro la sua personalità, come diritto delle imprese che organizzano la massa del lavoro, è diritto privato e diritto generale ». È diritto privato « non inferiore, nella sua generalità, a quello che chiamiamo diritto comune ». È « diritto privato sociale » che « mantiene netto il carattere privatistico », diritto che « non può concepirsi neppure un istante come semplice parte del diritto privato generale ». Insomma: « il diritto del lavoro non deve soffrire di una pretesa supremazia del diritto comune » (129).

Occorre prendere atto — questo continua ad essere il messaggio di Mossa — che la configurazione di un diritto comune civilistico come modello ispiratore della generalità delle relazioni giuridiche tra privati è inutile e dannosa: « non si può parlare oggi di diritto civile come generale diritto privato, di fronte all'espansione del diritto commerciale e all'imponenza del diritto del lavoro » (130). È in particolare il diritto del lavoro ad avere una « forza di propulsione » che spinge a modificare i precedenti assetti generali (131); la sua presenza si inserisce e produce « la trasformazione del diritto privato, lenta ma sicura » (132). Ben al di là della nuova e imponente normativa del fascismo, la presenza innovativa del diritto del lavoro deve essere colta guardando alle trasformazioni presenti nella realtà

(129) L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 273 e 274 (saggio poi pubblicato in Id., *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, Sansoni, 1935, pp. 31 e ss.). « Simile concezione avvilisce il diritto del lavoro e lo riduce ad un povero tipo contrattuale, ultimo arrivato nel diritto delle obbligazioni. Impedisce l'espandersi del diritto della persona e soprattutto recide la potenza di irradiazione del nuovo diritto, che non avrebbe vita propria, ma riflessa. Incomparabile, al contrario, la forza di propulsione del diritto del lavoro, quando forma diritto privato generale » (p. 274).

(130) L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 274.

(131) « Sotto la pressione del diritto del lavoro, passa al diritto commerciale l'idea dell'impresa-istituzione, ed a tutto il diritto privato si comunica l'idea assoluta della destinazione sociale dell'impresa ». L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 276; cfr. anche pp. 279 e ss.

(132) *Ibidem*, p. 279.

sociale, presenti nel *diritto non ufficialmente espresso*, nel *diritto vivente* <sup>(133)</sup>. Questa consapevolezza distanzia il corporativismo dal fascismo <sup>(134)</sup> e lega lo « svolgimento del diritto corporativo » al più ampio « svolgimento del pensiero giuridico sociale »: « sorto in relazione alle concezioni di uno stato a nuovo tipo, esso ha tuttavia in se stesso la principale e durevole ragione di esistenza. Non è infatti un riflesso del nuovo stato, ma piuttosto l'erompere della nuova coscienza sociale » <sup>(135)</sup>.

Mossa intende svincolare il suo progetto dallo Stato fascista ma, imprigionato entro le costringenti maglie normative fissate dalle legge del 1926, il diritto del lavoro come espressione di un diritto privato sociale appare oramai privo di qualsiasi realizzabilità pratica. La 'relativizzazione' della legge del 1926 è, d'altronde, operazione ben diversa dalla costruzione entro le lacune del Codice e contro le forme del diritto delle obbligazioni; nel diritto del lavoro *depurato* dal fascismo è molto difficile intravedere i segni del diritto privato sociale e conservare la propria voce isolata dal coro di quanti esaltano le magnifiche sorti della pacifica collaborazione del lavoro all'impresa come unico aspetto rilevante dell'erompere della *nuova coscienza sociale*.

Il diritto del lavoro come colonna portante del diritto dell'economia e come avamposto della nuova socialità del diritto privato è sempre più difficile da scorgere e lo stesso Mossa è costretto a prenderne atto. Si entusiasma per la Carta del Lavoro ma deve

---

<sup>(133)</sup> Il giudice deve considerare anche quel « diritto, non ufficialmente espresso, e che deve essere riconosciuto operante anche nei riguardi del diritto espresso. D'altra parte le norme espresse hanno carattere di dogmi (o cristallizzazioni), mentre il fatto giuridico è in movimento. La realtà giuridica, questa la conclusione, deve considerarsi accanto alla legge » (L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 264). « La scuola del diritto libero ... mira a rendere il giudice cosciente della sua decisione, a liberarlo semplicemente dal cieco e automatico ossequio della legge, elevandolo a conoscitore dei suoi scopi. Mira a porre in contatto la legge ed il giudice con la realtà giuridica, con il diritto vivente, che si manifesta nella miriade di atti giuridici di ogni giorno, che incarnano effettivamente quella coscienza giuridica che i codici e le leggi manifestano » (*ibidem*, p. 265).

<sup>(134)</sup> « Non dimentichiamo che le regole e i principi odierni sono possibili solo in quanto una preparazione lenta e metodica, anche se inconscia, ha preceduto i nuovi tempi » (L. MOSSA, *Modernismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 262).

<sup>(135)</sup> *Ibidem*, p. 273.

constatare che le applicazioni date dalla giurisprudenza sono molto distanti dal « diritto vivente »<sup>(136)</sup>. Valuta positivamente il libro del lavoro nel Codice e il riconoscimento legislativo del Carta del lavoro (finalmente « balzata all'onere di legge fondamentale, di regola generale del diritto italiano »<sup>(137)</sup>) ma deve sempre di più prendere atto che il suo diritto del lavoro (« ariete contro i baluardi legislativi del passato »; « pioniere del diritto sociale »; « diritto dai più vasti orizzonti »; diritto che « cammina alla testa del nuovo diritto privato sociale »<sup>(138)</sup>) non ottiene nella sistematica complessiva del nuovo Codice quel posto centrale che egli avrebbe auspicato all'insegna della 'incarnazione del Codice nei fatti'<sup>(139)</sup> e della centralità dell'impresa. Più che dal libro del lavoro, il Codice appare caratterizzato dal libro delle obbligazioni, che — scrive Mossa — ancora « rigurcita » dell'individualismo della romanistica e della pandettistica<sup>(140)</sup>. Di fronte a un tale assetto « la scienza del diritto del

---

<sup>(136)</sup> L. MOSSA, *La Carta del lavoro e la giurisprudenza*, in *Archivio di Studi Corporativi*, 1937, pp. 7 e ss., p. 9.

<sup>(137)</sup> L. MOSSA, *Il diritto del lavoro nel Codice civile*, in *Archivio di studi corporativi*, 1942, pp. 98 e ss.; p. 100.

<sup>(138)</sup> *Ibidem*, pp. 102; 105; 107; 110. Si veda anche L. MOSSA, *Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1946, pp. 105 e ss. Scritto quest'ultimo del 1941 che fu accompagnato, al momento della pubblicazione, da una postilla che è il caso di riprodurre parzialmente: « per la storia del pensiero commercialista, per non dire del pensiero libero, pubblichiamo questo contributo che dovevamo stampare quasi clandestino, il 1° febbraio del 1941, quattro giorni avanti della famosa pubblicazione *in bianco* del famoso codice unitario nella *Gazzetta Ufficiale*. Ne fu impedita la pubblicazione in questa nostra *Rivista* con il veto categorico degli esponenti ufficiali del Regime, cfr. per tutti Asquini ». Lo scritto riprende tutti i temi cari a Mossa e in particolare quello del diritto del lavoro come « diritto sociale », come diritto di « avanguardia » perché « risente più forti di ogni altro diritto gli impulsi sociali nei rapporti privati » (*ibidem*, p. 122). Sul contrasto tra Alberto Asquini e Mossa si veda R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 242 e ss.

<sup>(139)</sup> « La parola della socializzazione, della socializzazione del diritto privato, sorge luminosa ed implacabile nella incarnazione del codice nei fatti ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il Codice sociale*, in *Scritti giuridici in onore di Ludovico Barassi (Jus. Rivista di scienze giuridiche)*, Milano, Soc. ed. « Vita e Pensiero », 1943, pp. 144 e ss., p. 147.

<sup>(140)</sup> L. MOSSA, *Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il Codice sociale*, cit., p. 174.

lavoro e del diritto commerciale » ha ancora il compito di essere « avanguardia », di restare voce autonoma delle trasformazioni del sociale senza « essere schiacciata in una comune scienza civilistica »<sup>(141)</sup>. Il Codice, ripete Mossa, « non può incatenare la vita ai suoi articoli »; il Codice è « tanto più sociale e rivoluzionario, quanto meno è perfetto, quanto più è generale »<sup>(142)</sup>: la contraddittoria unitarietà del Codice civile può essere riscattata soltanto da una visione scientifica ampia del diritto dell'economia presente nel libro del lavoro, quel libro in cui è possibile intravedere i primi segni del diritto privato sociale<sup>(143)</sup>. Ma la centralità del libro delle obbligazioni e la marginalità del diritto privato sociale aprono definitivamente la via del disincanto. Qualche anno dopo Mossa si lancerà in formidabili attacchi retorici contro il *Codice fascistissimo*, « Codice di Babele e d'inganno », frutto della « tecnica di servi, non della tecnica di scienziati »<sup>(144)</sup>.

Nel 1951 nella sua rivista Mossa lega la « breve » storia del diritto del lavoro e le vicende della sua proposta del 1922: quella prolusione — scrive — « aveva un intendimento che andava assai al di là dell'occasione e del programma », « intendeva fissare il punto decisivo del diritto del lavoro, della partecipazione dei lavoratori, dell'impresa, del rapporto di lavoro, del contratto collettivo »<sup>(145)</sup>. L'intento era « quello di maturare il lievito sociale dell'ordinamento, di contribuire a rendere sempre più sociale il diritto »<sup>(146)</sup>. Quello del 1922 era un manifesto per un diritto del lavoro come compo-

---

<sup>(141)</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>(142)</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>(143)</sup> Un complessivo contributo per una lettura in tale direzione del Codice è offerta in L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice civile del 1942*, Vol. I: *Il libro del lavoro e dell'impresa*, Milano, Società Ed. Libreria, 1942; le critiche al libro delle obbligazioni sono riproposte alle pp. 147 e ss.

<sup>(144)</sup> Cfr. L. MOSSA, *Per il diritto dell'Italia*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1945, I, pp. 1 e ss..

<sup>(145)</sup> L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1951, 1, pp. 104 e ss.; p. 108. La prolusione era intesa a « testimoniare le esigenze e il destino di un'epoca », voleva essere « specchio della coscienza sociale espressa liberamente dall'uomo del diritto » (*ivi*).

<sup>(146)</sup> L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 109.

nente preziosa del diritto dell'economia, come avamposto del diritto privato sociale. Il regime — aggiunge — « riuscì a formare un diritto del lavoro » ma i principi di socialità « furono perennemente tenuti in scacco dalle classi conservatrici italiane »; i progetti di rinnovamento sociale (« rivestiti di programmi grandi, tanto grandi da essere solamente un insieme di parole sonore ») furono dimenticati da una giurisprudenza poco coraggiosa, schiacciati dal sopraggiungere di una codificazione in cui il diritto del lavoro, al di là di alcuni riconoscimenti, risultava « oppresso dal codice generale », « oppresso dallo spirito capitalistico » (147).

La situazione del diritto privato sociale e del diritto del lavoro non è, però, certo migliorata dopo la caduta del regime. Mossa non conosce mezzi termini: oggi, scrive, il diritto del lavoro si sviluppa nel vuoto e nell'ipocrisia. Il Codice fascista è stato conservato, mentre è stata completamente distrutta la macchina corporativa: « si bandì dai codici e dalle leggi tutto quello che era corporativo dichiarandolo fascista, e quindi antidemocratico ed antisociale. Il risultato fu eguale a quello di un bombardamento aereo a tappeto. Cadde tutto l'ordinamento del lavoro, caddero le sue fonti, caddero i suoi istituti dal contratto collettivo alla magistratura del lavoro, dai suoi sindacati alle corporazioni » (148). Il vuoto della transizione appare dominato dal prevalere di « una lotta inesausta ed inesauribile » nelle relazioni tra imprenditori ed operai, da una scienza giuridica e da una giurisprudenza che in tema di contratto collettivo paiono aver completamente smarrito consapevolezza che non erano solo il frutto di una legge imposta (149). Mentre ritornano i « puri ed aridi schemi del diritto contrattuale », si diffonde nella classe operaia attraversata da scissioni e separazioni « una esaltazione della forza e

---

(147) *Ibidem*, pp. 109; 110; 111.

(148) *Ibidem*, p. 112.

(149) « Il progresso del contratto o dell'accordo collettivo si era raggiunto sì attraverso una legge, ma non solamente in virtù di essa. La legge era stata preceduta e accompagnata da grandi mutazioni nella coscienza sociale, nelle convinzioni degli individui e delle classi. Giuristi seri e giuristi dilettranti si erano, alla fine, messi d'accordo sulla efficacia giuridica dell'accordo collettivo ... Si trattava, dunque, solamente di parole gettate al vento? » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 113).

della potenza della lotta » che « sopravanza il diritto » <sup>(150)</sup>. Prevale « un senso di obnubilamento del diritto » <sup>(151)</sup>.

Il suo vecchio manifesto del 1922 resta però, Mossa ne è certo, ancora attuale: il diritto del lavoro — ripete — è lo strumento privilegiato per permeare il diritto privato di « spirito sociale » <sup>(152)</sup>; l'autonomia del diritto del lavoro va difesa contro la visione assolutistica del diritto civile unitario presente nel « codice generale », quel Codice ancora lì « intatto come se nulla fosse accaduto, dal 1942 ad oggi » <sup>(153)</sup>. Il progetto del 1922 è ancora valido anche perché dalla Costituzione è possibile trarre quello che a Mossa pare un punto di orientamento, quel principio della partecipazione dei lavoratori alle gestione delle imprese che, pur essendo nato come « accordo della Partitocrazia italiana », deve essere comunque inteso come una necessaria conseguenza della rinnovata concezione giuridica dell'impresa <sup>(154)</sup>. La « via della libera socializzazione » è principio che « non può essere dimenticato, ma intanto sta in fatto che esso è negletto ed è almeno caduto in letargo » <sup>(155)</sup>.

Nel presente, come trent'anni prima, la fortuna del diritto del lavoro si lega al concetto di impresa <sup>(156)</sup>. La voce di Mossa appare

<sup>(150)</sup> L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 113.

<sup>(151)</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>(152)</sup> « Lo spirito sociale che si era vantato dal Regime ma che il Regime stesso aveva tradito » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., pp. 111 e 112).

<sup>(153)</sup> « ... e si capisce che le classi padronali italiane non abbiano nessun desiderio di toccare l'arca santa della società capitalistica, che forma poi per esse il patrimonio sacro ereditato dal Regime caduto » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 112).

<sup>(154)</sup> « Il diritto operaio alla partecipazione alla gestione dell'impresa non è che la conseguenza ineluttabile dell'esistenza giuridica dell'impresa » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 116). Una lettura questa che nel momento in cui Mossa scriveva era già ampiamente illusoria. Sul tema si può cfr. G. GHEZZI, *Commento all'art. 46 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), *Rapporti economici*, III, Art. 45-47, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 69 e ss.

<sup>(155)</sup> L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., pp. 115 e 116.

<sup>(156)</sup> « Non abbiamo sbagliato un quarto di secolo addietro, additando l'impresa come organo, cellula, centro di interesse e di potenza del diritto commerciale e dell'economia ... Non crediamo di sbagliare quando affermiamo che la via della libera socializzazione è quella che sola può dare la pace nei rapporti di lavoro in Italia » (L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 116).

ora però ancora più isolata <sup>(157)</sup>, distante com'è dal rappresentare un possibile momento di aggregazione per una disciplina che, attenta a marcare i confini tra diritto privato e diritto pubblico, non intende

---

<sup>(157)</sup> Cfr. A. GRECHI, *La giurisprudenza e il diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1952, 1, pp. 23 e ss. Il saggio è in particolare volto a difendere l'opera della giurisprudenza dalle accuse lanciate da Mossa: ieri (di fronte alla Carta del lavoro) come oggi (di fronte ad un Codice civile caratterizzato da « una doppiezza del legislatore di cui il giudice non può essere considerato compartecipe », e di fronte alla Costituzione) non si può imputare ai giudici « insensibilità », accusandoli di non aver valorizzato il diritto del lavoro e il concetto di impresa svincolato da quello di imprenditore. Il parallelo tra 'ieri' e 'oggi' su cui insiste l'Autore mi pare utile per comprendere al contempo l'unitarietà dell'itinerario di Mossa e alcune posizioni legalistiche, accompagnate spesso da anguste consapevolzze ermeneutiche, della giurisprudenza. Come nel passato, così nel presente il giudice — si afferma — è chiamato ad applicare la legge e non a lasciarsi andare ad interpretazioni ispirate da generici 'programmi': « Questa scissione dell'imprenditore dall'impresa, questa soggettivazione dei beni che fa parte delle aspirazioni sociali più sviluppate non era una realtà giuridica, mancando gli istituti giuridici per realizzare questo distacco da secoli sconosciuto, perché i beni sono sempre stati in funzione del soggetto e non questi in funzione di quelli. Se non era ancora stato elevato l'ordine giuridico della impresa ... perché allora imputare alla giurisprudenza di non aver fatto applicazione delle regole della unità dell'impresa? Se la tradizione che aveva atomizzato e polverizzato l'impresa andava spezzata, è certo che questo non poteva essere compito della giurisprudenza, la quale ha da attendere alla interpretazione delle leggi non alla loro creazione ... Sarebbe come pretendere del resto che attraverso l'azione della giurisprudenza si concretassero tutti i programmi e tutte le indicazioni della vigente Costituzione, mentre, come è noto, non tutto ciò che forma il contenuto del documento è di immediata applicazione, poiché si è solo voluto rispetto ad alcune materie ed istituti di diritto del lavoro segnare degli indirizzi da sviluppare in un futuro più o meno prossimo » (*ibidem*, pp. 25 e 26). Insomma: i 'programmatici' manifesti costituzionali restano, come quelli della scienza, pur sempre dei manifesti. Giova precisare, però, che nella pagina immediatamente successiva per contestare Mossa riguardo al ritorno della configurazione giuridica dei contratti collettivi ai 'puri ed aridi schemi del diritto contrattuale', Grechi richiama una sentenza della Cassazione (12 maggio 1951, n 1184) come esempio di una giurisprudenza che (ispirata da un nuovo « spirito sociale », da una nuova « coscienza sociale ») « è riuscita a dar rilevanza a interessi collettivi ed a fissarne la preminenza sugli interessi individuali nell'ambito del diritto privato ». « Quella coscienza sociale, che il Mossa ha contestato alla nostra giurisprudenza, si manifesta ... così con tutta la sua forza vincolante nelle sentenze dei giudici, rendendo anche viva ed attuale ed operativa anche quella esigenza fondamentale per la tutela del lavoratore il più delle volte insoddisfatta: di una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa ». Dopotutto, insomma, qualcosa dei manifesti rimane. Su questi temi comunque si cfr. ancora *infra*, n. 8 e ss.

prestare attenzione al 'comiziale' racconto di Mossa e all'*abusatissimo* richiamo al diritto sociale <sup>(158)</sup>.

Con tutte le sue contraddizioni segnate da uno splendore possibile solo nel guscio dell'organismo-impresa, il diritto del lavoro prospettato da Mossa conserva il merito di aver saputo sottrarsi al gioco delle appartenenze e delle distinzioni per rivendicare una sua piena socialità nell'aderenza ai fatti. Il diritto del lavoro di Mossa, al pari del suo diritto dell'economia 'incarnato nei fatti', è un diritto sociale che vuole essere completamente integrato nel diritto privato; un *diritto privato* libero dalle ipoteche di un *diritto civile* generale volto a rivendicare una sua astratta universalità, un *diritto privato* svincolato dalla mentalità dei molti giuristi ancora intenti a coniugare 'socialità del diritto' e 'appartenenza al diritto pubblico'.

## 6. *Autonomia dei principi.*

Ci siamo spinti molto innanzi per seguire l'itinerario di Mossa il cui progetto per il diritto del lavoro resta — come abbiamo visto — fortemente unitario. Giova ritornare, però, alla prolusione del 1922 che negli anni successivi fu ritualmente richiamata in tema di autonomia e costantemente osteggiata per la sua esplicita richiesta del 'diritto libero del lavoro'.

Accettando il diritto libero « si corre il gravissimo rischio di cadere nel caos » e di « invelenire la lotta di classe »: tutto quello che si può concedere — scrive Ferruccio Pergolesi — è che in determi-

---

<sup>(158)</sup> Si vedano, a mo' d'esempio, le critiche di Barassi al diritto del lavoro come diritto sociale prospettato da Mossa: « lascerei da parte anche l'abusatissima espressione ... di 'diritto sociale': troppo fluida, alquanto comiziale e (me lo consenta Mossa) per nulla tecnica giuridicamente ». È possibile, certo, associarsi alla « voce ardente » di Mossa quando critica l'egoismo, ma non si può andare oltre: la lettura del Codice (dopo la caduta del corporativismo) e la Costituzione negano l'interpretazione di Mossa: « la verità è che il codice civile del regime democratico non può non essere ... un codice liberale » (L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, I. *Le fonti, il rapporto di lavoro, le qualifiche*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 14 e 39). L'appartenenza del diritto del lavoro al 'diritto sociale' non ha fortuna neppure nelle pagine dei giuristi che, ponendo al centro dell'attenzione la Costituzione, si muovono su posizioni molto distanti da quella di Barassi. Cfr., ad esempio, C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro (Lineamenti di una teoria generale)*, Milano, Feltrinelli, 1958, p. 25.

nati settori « il legislatore lasci al giudice una qualche libertà, sia pur delimitata, di prendere norma al di fuori della legge scritta; ma anche in tal caso, in ultima analisi, si avrà applicazione della legge. Del resto, a tal proposito, abbiamo già quel polmone ... che è costituito dall'articolo 1124 del codice civile » (159). Di più non si può concedere e quanto si concede non è niente di più dell'estensione del diritto comune civilistico: la stessa 'frantumazione giurisdizionale' e il fenomeno delle giurisdizioni d'equità — si afferma — non devono essere enfatizzate; il loro compito infatti è necessariamente transitorio, in quanto lo Stato non può abdicare alla sua funzione di « garantire la protezione dei diritti » (160).

A raccogliere un consenso pressoché generale sino a rappresentare una sorta di comune denominatore formale nei dibattiti dei decenni successivi è, invece, la questione dell'autonomia dei principi del diritto del lavoro che si inserisce nel vivo delle riflessioni che accompagnano la crescente frammentazione disciplinare. Dalle pagine di Mossa si può trarre un punto, accettato tanto da chi discute di autonomia scientifica del diritto agrario che del diritto marittimo (161): non è la mera esistenza della legge, neppure nel caso in cui essa si traduca in un corpo organico, in Codice, a disegnare l'autonomia scientifica; per esistere questa esige principi generali, 'speciali' ma comuni a tutta la materia. A colorare di nuovo i principi e a imporre la loro relativa insularità, a smuovere le certezze della partizioni antecedenti è soprattutto la crescente fusione di istituti pubblici con istituti privati.

Al fine di inquadrare in quest'ambito di rivendicazioni di autonomie disciplinari i dibattiti relativi al diritto del lavoro può essere utile richiamare alcuni scritti di Alberto Asquini. Giova precisare subito però che la posizione di quest'autore non è significativa per la

---

(159) F. PERGOLESÌ, *Il diritto del lavoro come diritto libero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1924, pp. 301 e 302.

(160) *Ibidem*, pp. 302 e ss.; p. 306.

(161) Le pagine più significative del dibattito sono quelle di A. ARCANGELI, *Il diritto agrario e la sua autonomia*, in *Rivista di diritto agrario*, 1928, pp. 6 e ss.; G. ZANOBINI, *Il problema dell'autonomia del diritto agrario*, in *ibidem*, pp. 370 e ss.; A. SCIALOJA, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1928, pp. 1 e ss.; e, soprattutto, T. ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e la trasformazione del diritto commerciale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1934, 1, pp. 1 e ss.

presenza di un manifesto giuslavoristico ma per la sua assenza. Il discorso sull'autonomia disciplinare è in Asquini fine a se stesso, vuoto di contenuti. E sarà proprio seguendo il crinale di una progressiva indifferenza verso i contenuti che parte della scienza giuridica affronterà l'interminabile (e spesso vacua) discussione riguardo alle relazioni tra diritto del lavoro autonomo e diritto corporativo.

In una recensione a Bonnacase, nell'*Archivio giuridico* del 1922, Asquini si sofferma sulla questione dell'autonomia del diritto marittimo. Bonnacase ne aveva negato l'autonomia che, a suo dire, era inconfigurabile dopo la codificazione e l'affermazione di un unitario diritto 'legale' e nazionale: esiste un unico sistema e, all'interno della grande partizione tra diritto civile e diritto commerciale, non è più possibile scorgere alcuna distinzione tra diritto commerciale terrestre e marittimo <sup>(162)</sup>. Contro questa tesi Asquini insiste nella rivendicazione di autonomia: pur costituendo 'eccezioni', le norme dei 'sottosistemi' rappresentano comunque « sistemi giuridici organici che contengono in sé principi generali capaci di chiudere le lacune apparenti del sistema ». L'autonomia che il giurista è chiamato a scorgere è quella dei principi, sta nella presenza di « un sistema organico » <sup>(163)</sup> che è del tutto indipendente dalla formale presenza del Codice. Sbaglia dunque Bonnacase a concentrarsi sul

---

<sup>(162)</sup> La questione è — come al solito — ritenuta particolarmente rilevante ai fini dell'applicazione dell'estensione analogica: ci si chiede se, pur costituendo il diritto commerciale marittimo un diritto eccezionale rispetto al diritto civile e al diritto commerciale generale, sia possibile applicare l'estensione analogica delle norme commerciali prima di risalire al diritto civile, oppure di applicare l'estensione analogica delle norme del diritto marittimo prima di risalire al diritto commerciale generale. Cfr. A. ASQUINI, *Sulla autonomia del diritto marittimo* (Nota critica, a proposito di J. Bonnacase, *Le particularisme du droit commercial maritime*, 1921), in *Archivio giuridico*, 1922, pp. 206 e ss. (poi in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1936, vol. I, pp. 83 e ss.).

<sup>(163)</sup> L'autonomia sta nel fatto « che il complesso delle norme eccezionali, costituenti il diritto commerciale forma un sistema organico corrispondente a certe direttive peculiari richieste dalle esigenze del commercio (libertà di forma, più energica tutela del credito ecc.) e il complesso delle norme eccezionali costituenti il diritto marittimo forma un sistema organico rispondente a certe direttive particolari richieste dalle esigenze del commercio marittimo (particolare aleatorietà dell'industria marinara in relazione ai maggiori rischi della navigazione; comunione d'interesse e di rischio fra i partecipi della navigazione ecc.) ». A. ASQUINI, *Sulla autonomia del diritto marittimo*, cit., p. 210.

solo aspetto legislativo e a trascurare il sistema: « è relativamente indifferente » che si sia o meno in presenza di un Codice di diritto marittimo, non è la riforma legislativa che consente di misurare l'autonomia scientifica di un settore. « Quello che noi sosteniamo è questo; che, qualunque sia il raggruppamento *esteriore* dato alle norme del diritto marittimo, tali norme *nella sostanza* dovranno essere coordinate e sistemate in modo autonomo, così da rispondere a quelle particolari esigenze tecniche della navigazione ... esigenze che non verrebbero meno anche se il legislatore tutelasse gli opposti interessi di classe in modo più equo o più severo di quanto oggi non faccia » (164).

Nel 1925 Asquini affronta negli stessi termini il tema dell'autonomia del diritto del lavoro. Quello che occorre ricercare — scrive — non è solo l'unitarietà storica di tale diritto ma la sua più profonda unitarietà sistematica, i caratteri particolari della sua eventuale autonomia nel sistema generale del diritto. La ricerca impone l'abbandono di equivoci condizionanti: la legislazione sociale non è configurabile come legislazione di diritto pubblico; le leggi sociali infatti, pur dettando norme d'ordine pubblico, sono da considerare nell'ambito del diritto privato. La certezza da cui muovere è quella per cui « il diritto che regola i rapporti tra privati ... è sempre diritto privato » (165). Forte di tale certezza, la scienza giuridica deve costruire « un sistema organico di diritto nuovo » guardando alle particolari esigenze della realtà, partendo dalla « congerie caotica e grezza delle leggi speciali », senza lasciarsi condizionare dalla presenza di un Codice: « l'autonomia del diritto del lavoro ... non ha bisogno di un codice autonomo per essere riconosciuta dalla scienza » (166).

Le pagine di Mossa sono ripetutamente richiamate e il messaggio per un diritto del lavoro svincolato dalle regole del diritto civile (ma pienamente inserito nel diritto dei privati) è recepito. L'impo-

---

(164) *Ibidem*, p. 209 e 211.

(165) A. ASQUINI, *Sull'autonomia del diritto del lavoro* (Prolusione al corso di diritto del lavoro tenuto nel 1925 nella Facoltà di Scienze politiche della R. Università di Roma), in *Archivio giuridico*, 1926, pp. 215 e ss. (poi in *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., vol. I, pp. 99 e ss.)

(166) *Ibidem*, pp. 231 e 232.

stazione dei due commercialisti è, però, profondamente diversa: l'acceso discorso programmatico di Mossa a favore del diritto privato sociale diviene in Asquini freddo elenco burocratico. L'autonomia esiste perché è visibile nella legislazione sociale (la elevazione del lavoratore — si precisa — non deve essere valutata « come espressione di uno scopo generalmente umanitario », « come tutrice d'interessi essenzialmente individualistici » ma « come tutela di un interesse collettivo: la salvaguardia e il potenziamento delle forze lavoratrici nell'interesse dell'economia collettiva della nazione » (167)), nel collegamento tra il lavoro e la persona umana (collegamento posto a sostegno dell'interesse dell'economia collettiva della nazione), nella diffusione dei contratti collettivi, nella presenza di giurisdizioni di equità, nella progressiva internazionalizzazione delle norme sul lavoro. Il discorso di Mossa è sterilizzato da qualsiasi riferimento al diritto libero, da ogni richiamo espansivo ai principi di socialità, da qualsiasi cenno all'uso 'come legge' della contrattazione collettiva (rispetto al « progetto Rocco » si sottolinea l'importanza del fatto che il sindacato sia non solo *ricosciuto* ma anche *controllato* dallo Stato). Resta un'autonomia attenta a marcare confini tra concetti devitalizzati, involucro di un 'sistema organico' segnato con pedanteria didattica (168); rivendicazione puramente formale dell'autonomia dei principi del diritto del lavoro (169).

---

(167) *Ibidem*, p. 228 (testo e note).

(168) « Parlare di diritto autonomo della vendita, del mandato, del trasporto sarebbe certo scorretto. Non ci sembra invece scorretto parlare di un diritto autonomo agrario, di un diritto autonomo aereo, di un diritto autonomo minerario, perché si tratta di branche del diritto di vasto dominio, rispondenti a fenomeni economici aventi note distintive ben marcate, assise su un sistema di principi generali propri, soggette a un procedimento formativo ed evolutivo ad esse caratteristico. ... [il] diritto del lavoro ... da questo punto di vista organico ... ha tutti i requisiti per essere considerato come una branca autonoma di diritto privato » A. ASQUINI, *Sull'autonomia del diritto del lavoro*, cit., p. 226. Sulla legge del 1926 e sulla figura del maestro di Asquini, Alfredo Rocco, è qui sufficiente rinviare ai due classici lavori di A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1995 (prima ed. 1965), in particolare pp. 126 e ss. e a P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963.

(169) Un'autonomia verso cui Mossa non mostra gradimento: « non abbiamo bisogno di formulare un programma del diritto del lavoro, perché nella ricerca scientifica, come nella realtà della vita, i programmi di formule non contano nulla e solamente la realizzazione conta. Non è che perdere tempo fermarsi a dire che il diritto del lavoro

Resta, però, nella prolusione di Asquini l'affermazione del complessivo carattere privatistico del diritto del lavoro autonomo. È quanto basta per trasformare, nei dibattiti immediatamente successivi alla legge del 1926, Asquini in un sostenitore estremo della « natura privatistica di tutto il complesso degli istituti di diritto sindacale »<sup>(170)</sup>.

Nel deludente dibattito riguardo al *Nuovo diritto del lavoro nel sistema giuridico moderno* promosso dalla rivista *Il diritto del lavoro*, si assiste a un susseguirsi di prese di posizioni tanto ferme quanto generiche, di vuoti proclami, di *novissime* distinzioni. Dopo un altisonante messaggio di Brugi volto a mostrare come « le leggi speciali » non spezzino l'unità del diritto<sup>(171)</sup>; gli altri interventi sono tutti impegnati a configurare la natura privatistica o pubblicistica del nuovo diritto e il coro di condanna nei confronti della tesi dell'autonomia privatistica è unanime: « non esito a qualificare il diritto del lavoro come diritto pubblico »<sup>(172)</sup>; la legge sindacale

---

è un gruppo sistematico di regole, fonti, concetti, fatti essenziali obbedienti ad una unità che fa un blocco entro qualunque più vasto sistema. L'interessante non è questo, sibbene realizzare ». L. MOSSA, *Il diritto del lavoro nel Codice civile*, cit., pp. 108 e 109.

<sup>(170)</sup> Si cfr. la nota (firmata dalla Direzione), *La sistemazione del diritto del sindacale nel quadro del diritto moderno*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, 1, pp. 36 e ss. p. 37. Si cfr. anche nello stesso volume (pp. 66-67) la *Recensione* alla prolusione di Asquini, firmata da Dario GUIDI.

<sup>(171)</sup> « Le leggi speciali che hanno spaventato tanti i giuristi sino a scuotere gran parte del Codice civile, non sono che il tentativo di sfuggire alla tirannide delle astratte uguaglianze per dare giusto valore a diversità di fatto che niuno potrà mai sopprimere »: la legislazione del fascismo fa « diventa[re] giuridica una questione politica », trasforma l'« embrione di diritto del lavoro ... soltanto in qualche punto toccato dalla legislazione dello Stato » dell'età liberale in vero « Diritto del lavoro ». E ancora: « il Diritto del lavoro non è una legge di privilegio, ma una constatazione della realtà » che fa cadere « l'idea dell'unità tirannica ed ingiusta di un Diritto astratto ». B. BRUGI, *Intervento*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, 1, pp. 543 e ss., p. 544. Una rappresentazione dell'esigenza di « correggere le astratte norme giuridiche », favorendo una consapevole « considerazione casistica » (« il codice non ci può offrire che schemi e formule generali la cui concreta determinazione è come una legge del singolo caso. Bisogna pur avere il coraggio di dirlo. Il nostro giudice fa in molti casi necessariamente ciò che lo autorizza apertamente a fare l'art. 1, ormai famoso, del codice civile svizzero. Il giudice diviene legislatore ») era presente in B. BRUGI, *Sindacati leciti*, Nota a Corte di Cassazione di Torino, 12 luglio 1910, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, pp. 5 e 10 (dell'estratto).

<sup>(172)</sup> S. LESSONA, *Intervento*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, p. 547.

(« legge composta, organica, animatrice ... nucleo poderoso di una autonoma disciplina giuridica ») « instaura un *novus ordo* nell'assetto statale », incontenibile nella configurazione privatistica del diritto del lavoro di Asquini e di Mossa <sup>(173)</sup>. Insomma, « il diritto del lavoro costituisce una pietra miliare, non soltanto nel diritto contrattuale, ma anche nella stessa organizzazione dello Stato » <sup>(174)</sup>.

È singolare che sia proprio Asquini a costituire il capro espiatorio dell'estremismo privatistico resistente all'innovazione; ed Asquini, convinto sostenitore del nuovo assetto politico, non è certo disposto a diventare il campione dell'autonomia privatistica del diritto del lavoro: le considerazioni della mia prolusione romana riguardavano — si affretta a dire — un assetto antecedente alla legge del 1926; « sono stato tra i primi a riconoscere il carattere squisitamente pubblico del nuovo ordinamento sindacale » <sup>(175)</sup>. Nessuna rivendicazione, dunque, dell'unitarietà privatistica dell'assetto *autonomo* del diritto del lavoro; quello che non si può negare è soltanto che « le leggi organiche sul lavoro sono insieme leggi di diritto pubblico e di diritto privato », così come non si può negare la crescente « funzione sociale » degli istituti di diritto privato. Se si vuole rintracciare un approccio ancora tenacemente privatistico anche di fronte alla legge del 1926, insinua in un inciso Asquini, si cerchi altrove e si guardi a quanto scrive Barassi <sup>(176)</sup>.

Ed è proprio a Barassi che è utile volgere l'attenzione, senza atardarsi a seguire tutte le schermaglie in tema di autonomia in cui i richiami all'organicità dei principi si confondono con l'esaltazione dei « nuovi vastissimi orizzonti [che] si aprono al diritto del lavoro » <sup>(177)</sup>,

<sup>(173)</sup> G. DE SEMO, *Intervento*, in *ibidem*, p. 550 e 552.

<sup>(174)</sup> N. STOLFI, *Intervento*, in *ibidem*, p. 918.

<sup>(175)</sup> A. ASQUINI, *Intervento*, in *ibidem*, pp. 912. Fa immediatamente da eco Carlo COSTAMAGNA (*Posizione del diritto corporativo fra le altre scienze giuridiche*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1928, pp. 147 e ss., p. 149) che ovviamente rivendica per sé la primogenitura: « Posso riconoscere a me stesso il merito, nella prima edizione del mio libro 'Diritto corporativo italiano' pubblicato a tre mesi di distanza ... [dalla promulgazione della legge del 1926] di aver tracciato la distinzione ».

<sup>(176)</sup> A. ASQUINI, *Intervento*, cit., pp. 912; 915; 917.

<sup>(177)</sup> L. ABELLO, *I nuovi orizzonti del diritto del lavoro*, in *Diritto e pratica commerciale*, 1928, pp. 239 e ss.; p. 245.

col confuso richiamo a obiettivi generici e contrastanti <sup>(178)</sup>. Oltre (e più) che sulle cose, non ci si intende sui nomi. Si fa forza sulle connotazioni pubblicitiche della legge del 1926 per negare, anche nella terminologia, nessi con il passato. 'Diritto del lavoro' è definizione obsoleta, urla Costamagna: la stessa nozione di diritto sindacale è stata « giustiziata » (come « la vecchia figura dell'autonomo 'sindacato di diritto privato' ») dalla legge del 1926 <sup>(179)</sup>; « per la retta interpretazione del nuovo diritto » occorre liberarsi della dizione diritto del lavoro, così come bisogna rifiutare il « pregiudizio civilistico » e la vecchia « nomenclatura 'sindacalista' » <sup>(180)</sup>.

---

<sup>(178)</sup> S. DE CRISTOFARO, *L'obiettivo del diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, pp. 920 e ss.

<sup>(179)</sup> C. COSTAMAGNA, *Diritto professionale o diritto del lavoro?*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, pp. 331 e ss. Si veda anche *La postilla* di D. GUIDI, *Diritto sindacale o diritto corporativo?*, in *ibidem*, pp. 334 e ss. E, soprattutto, si veda la replica di F. PERGOLESI, *L'autonomia del diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, pp. 443 e ss. Pergolesi riprende Asquini e sviluppa ancora il tema della relativa autonomia del diritto del lavoro contro le argomentazioni « politiche » di Costamagna e contro il suo indeterminato 'diritto professionale'. Costamagna reagisce attaccando « il formidabile preconcetto individualistico » posto a sostenere il diritto del lavoro di Pergolesi: « la sua tesi diminuisce la dignità e svisa la realtà della riforma compiuta dal Fascismo. Per quanto nobili e grandi siano il concetto e il nome di 'Lavoro' e di 'Diritto del lavoro', è assurdo pensare che una riforma che ha mutato le basi dello Stato, erigendo il sindacato a corpo istituzionale e il contratto collettivo a fine della legislazione, possa ridursi al denominatore di un ramo del diritto privato 'avente per centro la prestazione del lavoro umano retribuito' »; il termine 'diritto del lavoro' riproduce, inoltre, « il vietato pregiudizio della lotta di classe trasferito nell'ordine giuridico, assolutamente contrario alla concezione solidaristica dei rapporti sociali che implica il sistema corporativo fascista » (C. COSTAMAGNA, *Ancora in merito al 'diritto del lavoro'*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, pp. 545 e ss.; pp. 547 e 548).

<sup>(180)</sup> C. COSTAMAGNA, *Posizione del diritto corporativo fra le altre scienze giuridiche*, cit., in particolare pp. 151 e 157. Anche in questo caso si confronti la replica di F. PERGOLESI, *Sul concetto di 'diritto corporativo'*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1928, in particolare alle pp. 529 e 530: « se il corporativismo contraddistingue lo Stato fascista, esso deve permeare tutta la legislazione, e se così è (o tende ad essere) non può parlarsi di un diritto corporativo a sé stante ... Nel termine finale tutto il diritto viene ad avere carattere corporativo (fascista). Raggiunto che sia questo termine, non viene meno ... la necessità ... di distinguere i suoi rami fondamentali ... Ad una disciplina sembra che si debba finalmente riconoscere il diritto alla vita: intendo dire *il diritto del lavoro* ». Per un confuso ritorno di Costamagna sul tema, questa volta all'insegna del valore costituzionale del diritto corporativo, si cfr. C. COSTAMAGNA, *Diritto*

È interessante isolare in questo coro sempre più confuso di voci la posizione di Barassi. Di fronte all'insinuazione di Asquini, Barassi reagisce con una brevissima nota in cui il commercialista non è neppure menzionato: « non ho mai inteso asserire che il 'Diritto sindacale' sia diritto privato », ho prospettato — scrive — una distinzione tra un diritto del *lavoro in senso stretto* di stampo privatistico e un diritto del lavoro *ampio* connotato dagli aspetti pubblicistici del diritto sindacale<sup>(181)</sup>. Barassi insiste sulla appartenenza « indubbia » del primo settore al diritto privato e si limita a seminare dubbi sistematici sul carattere necessariamente pubblicistico del diritto sindacale.

La precisazione di Barassi è comprensibile prestando attenzione ad uno scritto antecedente (quello richiamato da Asquini) sulla « delimitazione » dei confini tra le « branche del diritto »<sup>(182)</sup>, sulla necessità, imposta dall'accrescersi delle zone grigie, di porre in evidenza le caratteristiche proprie di ciascuna nuova zona. Esistono poche certezze: « la determinazione legislativa non è mai così precisa da eliminare i dubbi dell'interprete » ed è difficile anche di fronte ai nuovi assetti abbandonare le ripartizioni consolidate (« a parte la cosiddetta legislazione sociale, si può ritenere che il diritto del lavoro non sconfini dal diritto privato, ma non è sicuro che questo sia vero anche per il diritto sindacale plasmato dalla legge 3 aprile 1926 n. 563 »). Volendo si può affermare (anche se in base ad argomenti che « non sono pien provanti ») che con la legge del 1926 si realizza uno spostamento verso il diritto pubblico; quello che si deve escludere in

---

*corporativo o diritto costituzionale?*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 77 e ss. (più tardi, e in modo sempre più confuso, Costamagna agiterà la bandiera di un 'diritto privato di ordine pubblico': cfr. Id., *Diritto pubblico e diritto privato nel sistema del diritto italiano*, in *Archivio di studi corporativi*, 1942, pp. 47 e ss.). Per una sintesi delle diverse posizioni cfr. G. ZANOBINI, *Interferenze tra il diritto corporativo e gli altri rami del diritto*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., I, *Relazioni*, pp. 395 e ss. Il contrasto tra Pergolesi e Costamagna va considerato anche alla luce degli scontri concorsuali tra i due autori; interessanti osservazioni in proposito in F. LANCHESTER, « *Dottrina* » e *politica nell'università italiana: Carlo Costamagna e il primo concorso di diritto corporativo*, in *Lavoro e diritto*, 1994, pp. 49 e ss.

<sup>(181)</sup> L. BARASSI, *A proposito del carattere pubblicistico del nuovo diritto sindacale*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, 1, pp. 68 e 69.

<sup>(182)</sup> L. BARASSI, *Le zone di confine nelle singole branche del diritto*, in *Studi dedicati alla memoria di Pier Paolo Zanzucchi dalla facoltà di giurisprudenza*, Milano, « Vita e pensiero », 1927, pp. 147 e ss.

ogni caso è l'affermarsi di « un *tertium genus* autonomo » (183). Le *zone di confine* infatti non hanno regole isolabili a quel solo territorio e restano — insiste Barassi — pur sempre zone di confine: « le varie branche del diritto corrispondono, sì, a una reale diversità di categorie, ma ... non vi è un solco profondo e ben nitido tra esse, che ne faccia altrettanti organismi autonomi. È la vecchia verità, non sufficientemente tenuta in considerazione, dell'unità sostanziale del diritto » (184).

Il discorso allusivo è pienamente sviluppato qualche anno dopo allorché Barassi affronta in modo diretto il tema del rapporto tra *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo* (185). La linea di fondo resta quella della difesa dell'unità sostanziale del diritto comune civilistico; una difesa che costringe a ridurre il diritto del lavoro civilistico in spazi sempre più angusti. *L'unità sostanziale del diritto* è data, Barassi ne è certo, dai principi del diritto comune civilistico: « Insisto su questo punto: perché è oggi molto diffusa l'illusione che il diritto che si è andato in questi anni e si va ancora plasmando faccia divorzio completamente dal diritto comune che si ritiene (ed è certo in alcune parti) un monumento venerabile per gloriosa vetustà. Nessun diritto nuovo, per singolare che sia (in quanto interessi anche il diritto privato), sta a sé come un mondo tutto chiuso e sospeso nell'aria, senza tentacoli che l'accostino al diritto comune: meglio senza radici che si affondino in quest'ultimo » (186). Non si tratta di una questione irrilevante. Partendo da questa certezza, Barassi tenta di ridurre il peso del diritto corpora-

---

(183) *Ibidem*, pp. 151 e 153.

(184) *Ibidem*, p. 157.

(185) L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 47 e ss.

(186) *Ibidem*, p. 56. È evidente l'assonanza con le argomentazioni utilizzate da Barassi trent'anni prima per difendere la *parte immutabile* del diritto delle obbligazioni dall'*intervento coattivo* dello Stato: di fronte alla « complessità dei rapporti sociali » anche i « rapporti giuridici tra capitale e lavoro » sono « divenuti assai complessi » ma « siamo ben alieni dal dire, come oggi è vezzo, che ogni rapporto sia rotto con il passato; che la teoria romanistica sia oggimai, in questa parte, nulla più di un complesso di nozioni da collocarsi nella rancida archeologia del diritto, da abbandonarsi alle curiose indagini dello storico avido di rimestare il passato » (così nella *Introduzione a Il Contratto di lavoro*, cit., prima edizione, p. 3).

tivo: il diritto corporativo deve essere valutato alla stregua di una fonte tra le altre fonti del diritto, esso « si limita a somministrare i mezzi dai quali risulta la tutela e la disciplina del lavoro: ma il contenuto di essi, cioè questa disciplina in quanto incide sul rapporto giuridico di lavoro (di lavoro effettivo: dunque rapporto giuridico individuale) è cosa molto diversa » (187).

La « natura del mezzo » non incide « sul contenuto che col mezzo viene plasmato ». Anche se il diritto corporativo è oramai la principale fonte del diritto del lavoro, i due aspetti restano separati: « sono così differenti come differente è il concetto dello Stato e dell'interesse collettivo da quello dell'individuo e dell'interesse individuale; quello della coazione proveniente dalla potestà d'impero da quello dell'autonomia individuale. Potremmo dire: come il diritto pubblico da quello privato » (188). I termini della questione, nonostante la configurazione ampia data al « mezzo » diritto corporativo, non sono mutati rispetto a quanto Barassi scriveva agli inizi del Novecento: « lo Stato e quindi il corporativismo non annulla l'individuo, ma anzi lo presuppone; e così accanto all'interesse collettivo della produzione nazionale vi è quello puramente individuale dell'imprenditore che, per i fini della propria azienda, assume un lavoratore, e un lavoratore che per scopo di sostentamento si colloca in un'azienda. Accanto alla produzione nazionale, risultato di più energie e più fattori associati, vi è l'azienda privata, dove domina l'iniziativa individuale ... Ora qui domina, appunto, il diritto privato; qui troviamo il diritto del lavoro in senso proprio » (189).

La delimitazione è netta, così come netta è l'opposizione ad una visione pubblicistica (« nessuno vorrà fare dell'impresa un organismo del diritto pubblico »; « nessuno vorrà fare del contratto una

---

(187) L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, cit., p. 66.

(188) *Ibidem*, p. 67. L'interesse collettivo è, come si vede, nettamente collocato nella sfera del diritto pubblico; il diritto privato riguarda esclusivamente l'interesse individuale.

(189) *Ibidem*, p. 67. Può essere utile cfr. G. OLIVETTI, *La dottrina giuridica e il diritto corporativo*, in *Il diritto del lavoro*, 1929, 1, pp. 177 e ss., in cui (sia pure all'interno dell'affermazione del diritto corporativo come « nuova branca di scienza giuridica, alla quale non può contestarsi carattere di autonomia ») si ribadiscono gli stessi principi (in particolare alle pp. 181 e ss.).

figura del diritto pubblico » (190)). Contro la « frenesia innovatrice », è essenziale pertanto che « la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico continui a permeare di sé in modo fondamentale il nostro sistema giuridico » (191). Quella distinzione — insiste Barassi — non è obsoleta: serve per ribadire che « il diritto del lavoro » ha una « natura prevalentemente privatistica » e che è configurabile come diritto (autonomo) munito di principi propri (192). L'autonomia è invece da escludere per un diritto corporativo 'infiltrato' in tutte i diversi settori del diritto « così da non avere una sua autonomia fisionomica che lo separi nettamente da quelle branche » (193).

Il diritto del lavoro (« prevalentemente privatistico ») è ovviamente in contatto col diritto corporativo (presentato come sinonimo di diritto fascista, generica fonte di intervento sociale dello Stato) ma il *fondamentale* confine tra diritto privato e diritto pubblico genera l'illusione, così come era accaduto agli inizi del secolo nei confronti della legislazione sociale, di poter ancora affermare una purezza *civilistica* non contaminata dall'*intervento coattivo* dello Stato.

L'unitarietà del diritto difesa da Barassi è quella data dalle 'radici', dal diritto comune civilistico individualistico, un diritto da affermare contro le visioni « acontrattuali », contro *gli zelanti novatori*: « con buona pace di questi zelanti novatori il diritto comune, cioè i principi generali che ci vengono dal diritto civile, è più vivo e robusto che mai. ... Io non credo che il regime fascista rappresenti il totale capovolgimento di tutta la vetusta tradizione che ci è venuta dal diritto romano. Questi istituti che, come il rapporto di lavoro,

(190) L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, cit., p. 67.

(191) *Ibidem*, p. 69.

(192) *Ibidem*, p. 73: « Per un'autonomia vera e propria non basta naturalmente l'indice meramente esteriore della raccolta in un 'Codice del lavoro' ... occorre invece che una data materia abbia caratteri propri peculiari che esigano norme costituenti un sistema a sé, ravvivato da un'anima sua sotto forme di direttive generali che le sono proprie ».

(193) *Ibidem*, p. 74. Per una negazione dell'autonomia scientifica del diritto corporativo si veda anche G. SALEMI, *Concetto, partizione e natura del diritto corporativo*, in *Il diritto del lavoro*, 1929, 1, pp. 186 e ss., in particolare pp. 192 e ss. Pur all'interno di una struttura che si dice disinteressata al problema (« di limitata importanza pratica ») della natura e dell'autonomia del diritto corporativo, la questione è ampiamente affrontata anche da G. CHIARELLI, *Il diritto corporativo e le sue fonti*, Perugia-Venezia, « La Nuova Italia », 1930, in particolare pp. 19 e ss. (citazione da p. VII).

hanno subito oggi una profonda rielaborazione non possono ... vivere tra cielo e terra, staccati dal sottosuolo del diritto comune; da questo, come manifestazione dell'attività dei singoli, ricevono pur sempre nutrimento » (194). Il diritto del lavoro civilistico appare però sempre più povero di contenuti e propone oramai un'unitarietà illusoria, *un sottosuolo* sempre più staccato dal diritto corporativo, dalla legislazione sociale, dalle assicurazioni sociali (195). Da qualunque parte si guardi il diritto del lavoro 'prevalentemente privatistico' proposto da Barassi in questi anni, si ha l'impressione di una sua evanescenza: presentato 'in senso ampio' semplicemente non esiste e 'in senso stretto' è così mutilato di sue parti essenziali da essere irriconoscibile.

La nettezza della linea di confine tra pubblico e privato tracciata da Barassi offre solo incidentalmente un'opposizione alle visioni 'panpubblicistiche' del diritto corporativo e continua a presentare tutti i limiti culturali del suo originario manifesto degli inizi del Novecento. I confini negano un incontro tra il diritto del lavoro *privatistico* (che si riduce al contratto individuale di lavoro) con la dimensione della socialità sostenuta da eccezionali, transitorie, coazioni *pubblicistiche* (non assimilabili al diritto comune, al vero diritto).

---

(194) L. BARASSI, « *Il rapporto di lavoro* » e *la sua contrattualità*, in *Il diritto del lavoro*, 1939, pp. 69 e ss.; pp. 71 e 76. Solo dopo aver affermato che « non si è spezzato interamente il filo della tradizione », si potrà partecipare, « senza nessuna esagerazione retorica », al coro volto ad esaltare il carattere fondamentale e rivoluzionario della legge Rocco e il ruolo dello Stato che ha abbandonato la tolleranza dello sciopero (che una parte della dottrina aveva addirittura considerato « quasi come un diritto della collettività differente da quello dei singoli »): « oggi non è più così. Lo Stato è sceso nella piazza nella fucina negli uffici nei campi a imporre il dovere del lavoro, in nome di interessi nazionali che esigono la collaborazione di tutti » (L. BARASSI, *Il decennale dell'ordinamento sindacale*, in *Il diritto del lavoro*, 1937, pp. 61 e ss., pp. 61 e 62).

(195) Si cfr. L. BARASSI, *Il sistema delle assicurazioni sociali nell'ordinamento sindacale e corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1932, pp. 159 e ss.; scritto in cui si insiste nel rimarcare l'appartenenza esclusiva del sistema delle assicurazioni sociali al diritto pubblico, escludendo qualsiasi 'contaminazione' con il sistema del diritto civile, qualsiasi riforma dell'assetto del diritto comune, qualsiasi possibilità della teoria del rischio professionale di incidere negli assetti contrattuali tra privati come insegnavano 'superate' costruzioni privatistiche (si cfr. in *ibidem*, in particolare alle pp. 162; 165; 169; 173 e 175).

Se le distinzioni di Barassi appaiono oramai meri esercizi di stile; non risultano molto più solide però le classificazioni di chi, sposando i diversi termini, prospetta una *natura giuridica del nuovo diritto del lavoro* in cui *la spontanea disciplina del diritto privato del lavoro* svanisce in prima battuta per essere poi recuperata dopo il salutare bagno pubblicistico. « Qualunque sia ... la soluzione concreta, proposta dallo Stato fascista del problema del lavoro, è chiara questa direttiva: di mettere il diritto privato del lavoro sotto la tutela del diritto pubblico del lavoro; o, in altri termini, di fare intervenire lo Stato a vigilare in qualche modo, diretto o indiretto, sul rapporto privato di lavoro »<sup>(196)</sup>. Il *nuovo diritto italiano del lavoro* ricongiunge aspetti disgiunti, è finalmente « *combinazione tra diritto pubblico e privato*, nella visione della unità del diritto, attraverso l'unità della vita sociale ». Su tutto domina però incontrastato l'interesse dello Stato (« modesta, ma chiara e sintetica verità: non l'interesse dello Stato soggiace all'interesse individuale; ma l'interesse delle categorie, delle classi deve soggiacere all'interesse collettivo, impersonato nello Stato ») che consente la  *fusione* dei diversi termini: « il diritto pubblico sindacale corporativo tende a divenire una spontanea disciplina del diritto privato del lavoro, devesi senz'altro convenire, che la illuminata provvidenza legislativa fascista inizia una nuova storia nel diritto italiano »<sup>(197)</sup>.

Chi tenta di definire *il concetto del diritto del lavoro*, isolandolo sia dalle simmetrie del diritto comune civilistico che dall'abbraccio del diritto corporativo, afferma la sua « essenza », « la novità dei principi », le sue caratteristiche autonome, nella presenza 'congiunta', 'inscindibile', 'indissolubile' di elementi patrimoniali e di elementi personali, cui si ricollega « l'essenza stessa del diritto del lavoro »<sup>(198)</sup>. Pur isolando tale specificità, resta difficile sottrarsi al

---

<sup>(196)</sup> B. DONATI, *Natura giuridica del nuovo diritto del lavoro*, in *Dizionario di legislazione sociale*, 1928 (a p. 4 dell'estratto). Da questo punto di vista la questione è mero prolungamento del tema dell'intervento dello Stato sulla società civile: « la determinazione del carattere pubblicistico o privatistico del diritto del lavoro » è rilevante « perché, sotto questa luce, viene in giuoco il capitale problema del grado maggiore o minore, di intervento dello Stato rispetto all'iniziativa del privato o delle libere categorie professionali nella disciplina del rapporto di lavoro » (p. 3).

<sup>(197)</sup> B. DONATI, *Natura giuridica del nuovo diritto del lavoro*, cit., pp. 19 e 20.

<sup>(198)</sup> Cfr. G. D'EUFEZIA, *Sul concetto del diritto del lavoro*, in *Rivista italiana per le*

gioco delle appartenenze pubblicistiche o privatistiche e alla definizione dei confini con il diritto corporativo <sup>(199)</sup>. La ricerca della unitarietà del concetto, per quanto sofisticata, resta dominata da scissioni insanabili.

Chi si affanna a provare le ragioni *logiche* dell'autonomia del diritto del lavoro riesce soprattutto a dimostrare le incongruenze presenti nella visione privatistica e in quella pubblicistica, ma non riesce poi a colmare la frattura. Può aiutarci a comprendere la questione uno scritto che si presenta debolissimo nella parte propositiva, ma che è efficace nell'illustrare come, alla fine degli anni Trenta, l'immagine del diritto del lavoro fosse quella di un diritto smembrato e incapace di ottenere una sua unitarietà: « da parti opposte, da cultori di diritto privato e da cultori di diritto pubblico, si muovono ... attacchi al concetto di diritto del lavoro » <sup>(200)</sup>.

La negazione di autonomia del diritto del lavoro è dovuta — si afferma — alla congiunta miopia dei privatisti e dei pubblicisti: i privatisti, guidati da Barassi, si limitano a vedere il diritto del lavoro solo lì dove esiste un contratto di lavoro (come se « all'infuori del contratto non esist[er]e diritto », come se « giuridico sia semplicemente il contrattuale » <sup>(201)</sup>); i pubblicistici, muovendo da una concezione amministrativistica e paternalistica, restringono il diritto del

*scienze giuridiche*, 1935, pp. 307 e ss., in particolare pp. 315 e ss. Il saggio presenta critiche sia nei confronti di Sinzheimer che di Mossa, ma è comunque a questi due autori che si rinvia ripetutamente per marcare « l'essenza stessa del diritto del lavoro », il lavoro collegato alla « dignità umana », al diritto della persona (p. 310). Per una presa di distanza rispetto a Mossa (la critica va al tendenziale assorbimento del diritto del lavoro nel diritto dell'economia) si veda anche G. D'EUFEMIA, *Diritto del lavoro e diritto economico*, in *Il diritto del lavoro*, 1935, 1, pp. 211 e ss. Riguardo all'indissolubilità di *realtà e personalità* si cfr. ID., *Nozioni generali sul contratto individuale di lavoro*, in U. Borsi e F. Pergolesi, *Trattato di diritto del lavoro*, I, Padova, Cedam, 1938, pp. 85 e ss., in particolare pp. 104 e ss. (le pagine dedicate a 'il contratto di lavoro come categoria autonoma di contratto').

<sup>(199)</sup> G. D'EUFEMIA, *Sul concetto del diritto del lavoro*, cit., pp. 331 e ss. riguardo alla disputa sull'appartenenza al diritto pubblico e privato; pp. 334 e ss. riguardo alle differenze tra diritto del lavoro e diritto corporativo.

<sup>(200)</sup> R. MARROSO, *Sul concetto di diritto del lavoro italiano. La dottrina*, in *Il diritto del lavoro*, 1938, (pp. 30 e ss. e 190 e ss.) p. 30.

<sup>(201)</sup> *Ibidem*, pp. 33 e 35.

lavoro alla *tutela giuridica del lavoro* (202) o si soffermano semplicemente « attorno all'isola emersa dal mare delle nuove norme, il diritto corporativo » (203). Gli uni e gli altri prospettano un diritto del lavoro scisso e impoverito da zone interferenti impossibili da unire in un solo concetto; gli uni e gli altri incapaci di comprendere che « il diritto del lavoro nella sua unità è irriducibile agli schemi delle tradizionali branche del diritto privato ... e parimenti ... agli schemi delle discipline del diritto pubblico » (204). Ultimata la *pars destruens*, la ricerca di « principi propri » resta tutta da compiere. Di fronte a « un diritto del lavoro [che] perde terreno », ad una scienza ufficiale che oramai lo dà per « morto », la domanda riguardo a cosa sia il diritto del lavoro (inteso in senso unitario, in senso lato) resta priva di risposta. Si offre un semplice rinvio a « norme classificate intuitivamente quali norme giuridiche del lavoro »; « norme che gravitano attorno ad un nucleo centrale: il lavoro » (205). È solo questa tautologia che consente di prospettare l'unitarietà della disciplina.

Nel susseguirsi di demarcazioni volte ad affermare configurazioni (più o meno nette) di principi generali propri (206), traballanti linee di confine tra pubblico e privato poste a difendere una libertà contrattuale dai contorni sempre più indistinti (o, al contrario, a mostrare che « l'elemento contrattuale del diritto del rapporto

---

(202) *Ibidem*, pp. 35 e ss.

(203) *Ibidem*, p. 190.

(204) *Ibidem*, p. 198; e p. 199: « La barriera posta non tra due branche del diritto, ma tra due diritti, il pubblico e il privato, i cui residui restano ad esercitare una perniciosa influenza nell'ostacolare la concezione unitaria del diritto del lavoro, si era già eretta per opporsi alla visione unitaria di singoli istituti, ad esempio, del rapporto di impiego ».

(205) R. MARROSU, *Sul concetto del diritto del lavoro italiano. La ricerca logica*, in *Il diritto del lavoro*, 1937, pp. 261 e ss.; pp. 261; 267; 272.

(206) Per una sialba rassegna delle diverse opinioni, accompagnata dalla ricerca di una « demarcazione esatta », di un « criterio distintivo netto », tra diritto del lavoro e diritto corporativo si cfr. L. VIESTI, *Diritto del lavoro e diritto corporativo*, in *Il diritto del lavoro*, 1934, pp. 288 e ss. Si cfr. anche G. MAZZONI, *A proposito della distinzione tra diritto corporativo e diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1934, pp. 409 e ss. Le dispute sul punto continuano anche negli anni successivi, si cfr. per tutti, O. FANTINI, *Legislazione corporativa del lavoro*, Milano, Vallardi, 1938, pp. 12 e ss.

individuale di lavoro si è volatilizzato »<sup>(207)</sup>), particolarmente equilibrata appare la voce di Paolo Greco che, in una tra le monografie più rilevanti del periodo, sceglie di non occuparsi del tema, mostrando scetticismo nei confronti di « un preteso diritto autonomo » dall'estensione controversa, con un carattere pubblicistico e privatistico difficile da definire, con dei connotati tipici (svalutazione dell'autonomia contrattuale degli individui, ingerenza e controllo dello Stato) oramai « connessi ad ogni forma di attività economica »<sup>(208)</sup>. Meglio, allora, rinunciare alle distinzioni e alle nette separazioni per tentare, senza proclami, di « delineare una disciplina integrale del rapporto di lavoro subordinato, quale risulta da tutte le norme, di qualunque colore esse siano »<sup>(209)</sup>.

---

<sup>(207)</sup> « Lo speciale rapporto giuridico di lavoro è il primo ad allontanarsi dalle direttive fondamentali del diritto comune civile ... e man mano viene acquistando energia propulsiva di principio trasformatore di tutto l'ordinamento giuridico dei rapporti economici. ... Leva di questa forza espansiva è la sostituzione del principio contrattualistico di diritto privato col principio normativo di diritto pubblico » (C. ARENA, *I principi corporativi di trasformazione del diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1935, pp. 286 e ss.).

<sup>(208)</sup> P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, Utet, 1939, pp. 93 e 94. Anche Greco però non si era sottratto alle dispute sull'autonomia e sull'individuazione dei confini disciplinari, si cfr. Id., *Diritto sindacale e corporativo*, Relazione al primo Congresso giuridico italiano, Tivoli, Mantero, 1933 (in particolare pp. 4 e ss. dell'estratto). Un veemente attacco contro la relazione di Greco è in A. VOLPICELLI, *Diritto sindacale e corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1934, pp. 12 e ss. che gli rimprovera di riproporre il « solito angusto e stilizzato cliché » di un diritto corporativo come « semplice piano giuridico insinuantesi nella struttura dello Stato liberale, in guisa da non scalarlo o riforamarlo radicalmente, ma proprio da integrarlo » (pp. 15 e 17). Da questo punto di vista particolarmente attaccata è l'affermazione di Greco secondo cui « l'ordinamento corporativo ha soprattutto integrato la struttura giuridica della società *sovrapponendo* al piano dei rapporti individuali, riconosciuti e conservati nei loro fondamentali tipi economico-giuridici e nelle rispettive configurazioni di diritti soggettivi, il piano dei rapporti collettivi » (nella citata relazione di Greco alle pp. 15 e 16; per le critiche di Volpicelli, si veda nell'articolo citato, in particolare alle pp. 16 e ss.; 29 e ss.).

<sup>(209)</sup> P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 93 e 94 (con in nota un richiamo a Sinzheimer riguardo alla inscindibilità degli aspetti pubblicistici e privatistici del rapporto di lavoro e della sua disciplina). Per una critica, a difesa dell'autonomia, si cfr. L. RIVA SANSEVERINO, *Rassegna di diritto del lavoro*, in *Archivio di studi corporativi*, 1940, p. 308; per una riproposizione negli stessi anni delle argomentazioni sull'autonomia, si cfr. F. PERGOLESI, *Nozione, sistema e fonti del diritto del lavoro*, in U. BORSI e F. PERGOLESI, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., pp. 41 e ss.; L. DE LITALA, *Introduzione al diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1938, 1, pp. 421 e ss., pp. 427 e ss.

Il dibattito sull'autonomia dei principi si era sclerotizzato: la formalistica presa d'atto (dal sapore realistico) della presenza di un diritto non più caratterizzato dalle pesanti certezze del diritto comune civilistico era quanto di meglio si riusciva ad opporre alla sterili distinzioni, ultimo baluardo di purezze perdute. A quanti non erano disposti a lasciarsi andare alla *frenesia innovatrice* rimaneva ben poco; la principale assenza, nel momento in cui si tentava di svincolare l'autonomia del diritto del lavoro dall'assetto istituzionale posto in essere dal regime, era proprio quella di un progetto e di un assieme di principi *autonomi* attorno a cui aggregare i molteplici aspetti della disciplina.

7. *Diritto del lavoro e corporativismo. Interessi collettivi e interesse nazionale, pluralismo giuridico e diritto statutale.*

*Il bilancio* del primo anno di attività della rivista *Il diritto del lavoro* sottolinea con enfasi la presenza di « un diritto nuovo » (« branca giuridica autonoma del sistema giuridico vigente ») caratterizzato da « norme nuove e capaci di vivere nel sistema del diritto vigente, come regime autonomo e facente fine a sé stesso ». Non si parla del diritto del lavoro, ma del diritto corporativo da classificare « non più *tra* le altre branche » del diritto ma « *al di sopra* di esse » (210).

L'affermazione può essere volta in più direzioni. La concezione corporativa può essere intesa come originale risposta alla crisi dello Stato moderno, come nuovo e complessivo sistema di organizzazione delle fonti del diritto (211); ma anche nel senso 'debole' visto sopra negli argomenti di chi ripete che, essendo posto *al di sopra*, il diritto corporativo si irradia dappertutto e non può dunque rivendicare una sua autonomia, né può imporre la dissoluzione degli altri settori giuridici esistenti e, in particolare, del diritto del lavoro. È

---

(210) Cfr., con la firma della Direzione, *Bilancio*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, 1, pp. 3 e ss.; pp. 3 e 4. Cfr. anche D. GUIDI, *L'oggi e il domani del diritto corporativo*, in *Diritto e pratica commerciale*, 1928, pp. 619 e ss., p. 627.

(211) Cfr. G. БОГТАИ, *La concezione corporativa dello Stato*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 7 e ss.

inutile però attardarsi ancora nelle dispute terminologiche riguardo alla nomenclatura ufficiale della disciplina e alla definizione dei confini tra diversi spazi di autonomia scientifica: al di là delle barriere, occorre semplicemente constatare che (anche nei più tenaci difensori dell'insularità dei diversi settori) il dibattito sul corporativismo si intrecciò e assorbì la questione dell'autonomia del diritto del lavoro che rimase malamente in piedi in una versione ristretta e mutilata. Giova abbandonare, dunque, le posizioni dei fautori delle distinzioni per considerare brevemente quale rappresentazione del diritto del lavoro (*in senso ampio*) si può cogliere nella prospettiva di quanti presero sul serio il corporativismo e proposero una *nuova dogmatica*.

Alcune pagine molto note di Giuseppe Maggiore pongono in termini essenziali la questione del corporativismo come « superamento della dogmatica tradizionale »<sup>(212)</sup>. Le diverse « teorie circa l'esistenza di un diritto corporativo come organismo giuridico autonomo » sono — sostiene — destinate a non approdare ad alcun risultato; quei dibattiti sono significativi soltanto perché dimostrano « la resistenza del diritto corporativo a essere costretto negli schemi della dogmatica tradizionale »<sup>(213)</sup>. Ed è proprio questo l'aspetto che Maggiore invita a prendere sul serio, attaccando direttamente la teoria delle fonti quale punto cruciale della dogmatica tradizionale: il « nuovo diritto sindacale fascista » è « incompatibile » con la « rigidità » della tradizionale teoria delle fonti del diritto; esige « una revisione del concetto usuale di legge, intesa restrittivamente come legge parlamentare », impone che si superi il proclama « tutto nella legge e per la legge », che si abbandoni « l'identificazione di tutto il diritto oggettivo con la legge »<sup>(214)</sup>. L'abbandono della centralità dei singoli individui per quella dei sindacati non si traduce in dispute formali sulla configurazione di assetti autonomi, ma pone in discussione i caposaldi teorici della dogmatica tradizionale: le nuove fonti del diritto sono lì a mostrare l'impossibilità di identificare ancora legge e diritto (« il monopolio legislativo del parlamento

---

(212) G. MAGGIORE, *Il diritto corporativo e la trasformazione della dogmatica giuridica*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, pp. 543 e ss.

(213) *Ibidem*, pp. 544-545.

(214) *Ibidem*, pp. 545 e 546.

oggi non è più senza eccezioni») e la presenza di un nuovo quadro complesso di cui tener conto senza pregiudizi <sup>(215)</sup>.

Le ricostruzioni giuridiche orientate in questa direzione non mancarono; anche se, nella maggior parte dei casi, non si andò più in là di semplici suggestioni pluralistiche sempre pronte ad arretrare di fronte alla costruzione (non solo retorica) dello Stato fascista come superiore unità e sintesi. Qualche anno prima era stato lo stesso Maggiore a presentare una ricostruzione pluralistica — opposta alla concezione del *monopolio dello Stato sul diritto* (e volta a *dissociare lo Stato dal diritto*) — per coniugare, attingendo a piene mani dalla teoria di Santi Romano, « la pluralità degli ordinamenti giuridici e lo Stato corporativo » <sup>(216)</sup>. La pluralità degli ordinamenti e l'unità dello Stato sono rappresentati in termini di tendenziale autonomia: « l'ordinamento giuridico corporativo e intercorporativo ... è *al di qua* dello Stato »; « lo Stato come sovranità e potenza, è l'assoluto *di là* del diritto ... è sopra ed *oltre* il diritto »; la pluralità degli ordinamenti giuridici è « riassunta, non risolta, nell'unità e nella potenza della Nazione » <sup>(217)</sup>. La forza della consapevolezza di una visione più articolata delle fonti del diritto non riesce comunque ad andare molto *al di là* delle formule suggestive.

Ancora più netti sono i richiami alla tesi della pluralità degli ordinamenti in Sergio Panunzio che piega le formule romane allo servizio del suo Stato sindacale: nella crisi dello Stato moderno allo « Stato degli individui » succede « lo Stato dei Sindacati e il diritto inter e super sindacale » <sup>(218)</sup>. *Stato sindacale*, insiste Panunzio di

---

<sup>(215)</sup> *Ibidem*, pp. 548-549.

<sup>(216)</sup> È il titolo del quarto paragrafo del saggio di G. MAGGIORE, *L'ordinamento corporativo nel diritto pubblico*, in *Il diritto del lavoro*, 1928, pp. 186 e ss.; cfr. in particolare pp. 189; 190 e 191: « cade la teoria che lo Stato sia l'unico ordinamento giuridico, il solo produttore del diritto »; « noi crediamo che la costruzione dommatica della novissima fase dello Stato ... non possa farsi, se non dissociando lo Stato dal diritto, se non scomponendo questa equazione che stava alla base dello Stato democratico-liberale. Non si può costruire idealmente lo Stato corporativo, se non frantumando l'idolo dello Stato giuridico » (il richiamo esplicito non va a Santi Romano ma a Léon Duguit).

<sup>(217)</sup> G. MAGGIORE, *L'ordinamento corporativo nel diritto pubblico*, cit., p. 193.

<sup>(218)</sup> S. PANUNZIO, *Lo Stato sindacale* (Prolusione al corso di Filosofia del diritto all'università di Ferrara, 16 novembre 1922), in *Rivista di diritto internazionale di filosofia*

fronte alla legge del 1926, è formula che non annulla lo Stato e non annulla il Sindacato <sup>(219)</sup>: è riconoscimento che « l'istituzione ... è il centro di gravità del mondo giuridico, il quale è costituito in effetti da una pluralità di enti giuridici » <sup>(220)</sup> che rappresentano « *dati giuridici di primo grado* » che saranno poi « sottordinati allo Stato e ricreati dal crisma dello Stato » <sup>(221)</sup>. *L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in un primo momento in bilico nelle pagine di Panunzio tra rappresentazione pluralistica e statualistica <sup>(222)</sup>, dovranno convivere in un impianto sempre più condizionato dalla preminenza dello Stato fascista presentato come momento di necessaria unità, di « crisi della teoria della pluralità », di *risoluzione* della questione della pluralità <sup>(223)</sup>. La formula « molteplici

---

*del diritto*, 1923, pp. 1 e ss.; p. 19 (e ora in ID., *Il fondamento giuridico del fascismo*, Roma, Bonacci, 1987, pp. 139 e ss.).

<sup>(219)</sup> S. PANUNZIO, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati (Il neo sindacalismo di Stato)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926, pp. 273 e ss. (anche in ID., *Il fondamento giuridico del fascismo*, cit., pp. 160 e ss.). La formula di « un regime di parità tra lo Stato e il sindacato » è attaccata come *vulnus* nei confronti della supremazia statale da C. COSTAMAGNA, *Stato corporativo (a proposito del neo sindacalismo di Stato)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926, pp. 414 e ss. Si veda anche la *Postilla* di PANUNZIO a quest'intervento (alle pp. 423 e ss.): « la verità è che ... non vulnero, ma ingrandisco ed arricchisco gli elementi ideali dello Stato » (p. 424).

<sup>(220)</sup> S. PANUNZIO, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati*, cit., p. 277.

<sup>(221)</sup> *Ibidem*, p. 280.

<sup>(222)</sup> « Io non soffoco il Sindacalismo; non abolisco l'autonomia giuridica interna dei Sindacati; ma, invece di ammettere il pulviscolo sindacale ammetto un fitto intenso reticolo organico di Sindacati, cioè lo Stato dei Sindacati, l'istituzione o l'organizzazione sistematica inter o super sindacale; ammetto l'autonomia del diritto sindacale, lo Statuto di ogni sindacato, ma sottopongo questo Statuto al *giudizio*, quindi all'*imperio* dello Stato » (S. PANUNZIO, *Ancora sulle relazioni fra Stato e sindacati*, cit., p. 280).

<sup>(223)</sup> Si cfr. la questione nel saggio 'autobiografico' in cui Panunzio riassume e riordina le sue idee in tema di pluralismo e di unità statale, movendo dal suo percorso « da Sorel a Mussolini »: S. PANUNZIO, *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Modena, Soc. tip. Modenese, 1931, p. 19 e p. 27: « Lo Stato dirige, forma, unifica, comanda, non distrugge, non inghiotte la società: concetto questo su cui ho sempre insistito, che *risolve* la questione della *pluralità* ». Si cfr. sul punto S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de 'l'ordinamento giuridico' di Santi Romano*, cit., pp. 26 e ss.; F. PERFETTI, *Un teorico dello Stato sindacale-corporativo* (Introduzione a S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, cit.) in particolare pp. 119 e ss.; L. ORNAGHI, *Stato e corporazione*, cit., pp. 216 e ss.

giuridico, unità statale »<sup>(224)</sup> resta sospesa tra una pluralità sempre più vuota e un'unità statale sempre più piena; allo stesso modo il diritto sindacale e corporativo di Panunzio distrugge il « vecchio » diritto del lavoro (in cui il lavoro è « oggetto di protezione e tutela giuridica, in cui il lavoro è merce, oggetto, non soggetto, materia, non dignità spirituale e valore politico fondamentale dello Stato ») ma non riesce a fornire una ricostruzione (né un progetto) in grado di svincolare le intuizioni pluralistiche da una continua sudditanza verso la « volontà superiore, autoritaria e sovrana » dello Stato<sup>(225)</sup>.

Anche nelle ricostruzioni più tecniche del fenomeno corporativo le contraddizioni rimangono e talvolta si accrescono: il diffuso omaggio alle tesi istituzionalistiche e pluralistiche di Santi Romano (« costituiscono la nuova via maestra per lo studio della teoria generale del diritto ») approda in genere a un assetto in cui ogni riconoscimento di una pluralità di ordinamenti è incrinato o vanificato dall'esigenza di ribadire « la subordinazione di un ordinamento all'altro », la posizione di « assoluta sudditanza » del sindacato di fronte allo Stato<sup>(226)</sup>. Rifuggendo dagli astratti proclami teorici, sono due studi molto tecnici a presentare la migliore utilizzazione della tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici: uno di Tullio Ascarelli che guarda al contratto collettivo (rimanendo ai margini della disputa tra 'contrattualisti' e 'normativisti')<sup>(227)</sup>; l'altro di

---

<sup>(224)</sup> S. PANUNZIO, *Stato e diritto. L'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, cit., pp. 46 e ss.

<sup>(225)</sup> Osservazioni a difesa del diritto del lavoro in G. D'EUFEMIA, *Il concetto del diritto del lavoro*, cit., p. 310 (da cui è tratta la citazione di Panunzio riportata nel testo). Per i dibattiti degli anni successivi si cfr. S. PANUNZIO, *La corporazione come concetto giuridico*, in *Archivio di studi corporativi*, 1939, pp. 262 e ss.; in particolare 281 e ss.; per una posizione oramai nettamente statualistica si cfr. ID., *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1939 (seconda ed. ampliata), soprattutto alle pp. 286 e ss. e a p. 300: « Se c'è un tipo di Stato essenzialmente monista è appunto quello fascista. E se c'è un fatto atto a dimostrare irrefutabilmente e perentoriamente che questo Stato non è pluralista, è la sua funzione corporativa inter e supersindacale ».

<sup>(226)</sup> S. LESSONA, *Rapporto tra Stato ed associazioni di lavoro nello Stato fascista*, in *Il diritto del lavoro*, 1929, 1, pp. 566 e ss.; citazioni da pp. 574; 575 e 579.

<sup>(227)</sup> T. ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro. Appunto critico*, in *Archivio giuridico*, 1929, pp. 177 e ss. (poi in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, Giuffrè, 1952), ma si veda in particolare alle pp. 193 e ss. in cui affronta il dilemma del rapporto tra « diritto autonomo » e « subordinazione » all'ordinamento giuridico statale. Sulle dispute

Renzo Ravà che, in modo misurato ma fermo, utilizza il pluralismo giuridico per considerare le associazioni sindacali riconosciute (228).

La presenza di letture pluralistiche delle fonti del diritto corporativo affiora, dunque, in pagine di autori collocati su posizioni teoriche spesso molto distanti: si tratta quasi sempre di singoli spunti 'eretici', di 'intuizioni sparse' poste entro sistemi molto diversi (diversi come la formazione e le sensibilità scientifiche degli autori in questione) e irriducibili ad unitarietà, anche dal solo punto di vista metodologico (229). A rendere in qualche modo omogenea la posi-

---

tra 'contrattualisti' e 'normativisti' riguardo alla natura giuridica del contratto collettivo di lavoro è qui sufficiente rinviare alla pacata sintesi di uno dei protagonisti, M. CASANOVA, *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo*, cit., pp. 249 e ss.

(228) Cfr. R. RAVÀ, *La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici e le associazioni sindacali riconosciute*, Firenze, Casa ed. poligrafica universitaria, 1933. La parte relativa alle associazioni riconosciute è preceduta da osservazioni riguardo alle diverse utilizzazioni della teoria della pluralità degli ordinamenti (Ravà insiste in particolare sulla 'non incompatibilità' « tra la pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di sovranità statale », difendendo le tesi di Santi Romano dal « troppo zelo » di alcuni « troppo zelanti assertori » delle tesi pluralistiche, pp. 9 e ss.), da puntuali osservazioni critiche riguardo a Panunzio e da un'attenta disamina dello studio di Ascarelli (alle pp. 27 e ss.). In uno scritto antecedente dedicato da Renzo RAVÀ allo stesso tema (*La posizione delle associazioni sindacali riconosciute di fronte al diritto privato*, Firenze, Casa ed. poligrafica univ, 1931; con prefazione di Gino Arias) erano assenti richiami alle tesi di Romano.

(229) Le molte ambiguità presenti nei richiami al pluralismo romaniano nel periodo fascista non rendono comunque condivisibile la netta affermazione per cui l'influenza di Santi Romano sul diritto del lavoro « è stata in notevole misura esplicita nel periodo successivo alla fase corporativa »: « l'interesse per la teoria di Romano riemerge in epoca successiva alla caduta del fascismo » (così G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 177 e 178). Il giudizio più appropriato sul tema resta, comunque, quello espresso dallo stesso Giugni che parla di « intuizioni sparse » (« intuizioni sparse e null'altro; ma intuizioni, comunque, particolarmente felici ») presenti nell'ampia diffusione della teoria del pluralismo giuridico negli anni del fascismo (il riferimento esplicito va alle tesi di Cesarini Sforza e di Ascarelli): « la fase di massima diffusione della teoria [del pluralismo giuridico] si [è] avuta in un periodo storico, che non presentava certamente condizioni ideali per una diffusione di concezioni antistatalistiche. La realtà è che anche il regime più severamente totalitario, non potrà mai eliminare la formazione di aggregati spontanei: potrà disconoscerli o vietarli, ma tale reazione non ne comporterà necessariamente l'estinzione e la scomparsa come dato reale » (G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1977, ristampa ed. 1961, pp. 15 e 55). L'equilibrato giudizio storico di Giugni fu

zione dei 'pluralisti' è solo il rigore di quanti condannano ogni prospettiva sottratta all'unicità della volontà dello Stato come unico produttore del diritto: ogni costruzione pluralistica — si argomenta — è destinata ad essere vanificata nel diritto interno dal « dominio assoluto » del diritto statutale; « ogni manifestazione normativa d'enti diversi dallo Stato non è e non può essere altro che manifestazione normativa *per conto dello Stato* »<sup>(230)</sup>. Non si tratta solo di miopie indotte dalle tradizionali abitudini ricostruttive, ma anche di *rigore logico* (che non manca mai di essere invocato): chi ricerca 'gli errori' dei fautori del pluralismo ha infatti la via spianata dai molti contrasti presenti in quegli studi e non ha alcuna difficoltà a isolare le incoerenze presenti nelle prospettive pluralistiche o, più semplicemente, a paventare i pericoli per la tenuta logica dell'unitaria categoria 'Stato corporativo-fascista'. Alle pedanti dimostrazioni di quanti insistono sulla « giustezza della teoria statualistica del diritto » e sull'impossibile conciliazione di corporativismo e pluralismo (una conciliazione — non si manca di aggiungere — negata dallo stesso Santi Romano)<sup>(231)</sup>, il solito Costamagna, custode di

---

duramente attaccato come 'equivoco' in una recensione polemica comparsa nella *Rivista giuridica del lavoro* (1961, p. 146, a firma M.V.) in cui gli si rimprovera di « civettare con le teorie del trapassato corporativismo », di aver guardato « senza eccessiva ripugnanza alle esperienze corporative ... allo scopo di avvalorare tesi pluralistiche ».

<sup>(230)</sup> D. GUIDI, *Il contratto collettivo di lavoro nell'ordinamento corporativo*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, cit., I, pp. 110 e ss., p. 174; ma si veda per intero la lunga nota intitolata *La teoria della 'pluralità degli ordinamenti giuridici' e l'ordinamento corporativo* alle pp. 168 e ss.

<sup>(231)</sup> « La migliore riprova della giustezza della concezione statualistica del diritto, specie nei confronti dell'ordinamento corporativo ... sta anzitutto ... nel fatto che lo stesso Romano ... è venuto ... a negare ogni valore pratico di applicazione alla sua teoria pluralistica appunto per non cadere in stridente contraddizione con i postulati teorici dello Stato Fascista e con la stessa realtà ». Così G. MAZZONI, *L'ordinamento corporativo. Contributo alla fondazione di una teoria generale e alla formulazione di una dottrina del diritto corporativo*, Padova, Cedam, 1934, pp. 55 e ss. con ripetute critiche al 'contraddittorio' approccio pluralistico di Giuseppe Maggiore, Sergio Panunzio, Tullio Ascarelli, Giuseppe D'Eufemia, Renzo Ravà e altri. La conclusione di Mazzoni riassume la posizione definita dominante: « non si può parlare di una pluralità di fonti giuridiche come manifestazione di più ordinamenti giuridici ... ma si deve invece parlare di una pluralità di fonti giuridiche nel senso di una pluralità di manifestazioni giuridiche da parte dell'unica volontà rilevante per il diritto, quella dello Stato » (p. 69). Si cfr. ancora in tal senso, G. MAZZONI, *Introduzione allo studio del diritto corporativo*, cit., pp. 73 e ss.

un'ortodossia che egli stesso stenta a rintracciare, aggiunge le invettive contro una « pluralità degli ordinamenti giuridici » che ripropone una pericolosa « teoria antistatalistica » del diritto <sup>(232)</sup>.

I molti proclami di revisione della dogmatica tradizionale si unificano semplicemente nella generica prospettiva, che nessuno rifiuta apertamente, di creare una *nuova sistemática*, corrispondente alla *vita sociale* e alla *realtà del diritto*; sui contenuti però è difficile intendersi e ciascuno continua a tessere le proprie argomentazioni con il filo che più gli è congeniale <sup>(233)</sup>. Le differenze tra i diversi approcci non possono essere però sopravvalutate: ci si divide su singoli punti ma le accese dispute finiscono nella maggior parte dei casi col marcare, con minore o maggiore intensità, la sottolineatura dell'interesse nazionale, del potenziamento nazionale dello Stato, la necessità di una considerazione congiunta della costituzione politica dello Stato e degli schemi giuridici tradizionali <sup>(234)</sup>. Lo stesso

---

La smentita ufficiale, proveniente dallo stesso Santi Romano, riguardo alla non applicabilità della sua teoria all'ordinamento corporativo è soprattutto quella formulata nel suo breve intervento nel *Secondo convegno di studi corporativi*.

<sup>(232)</sup> C. COSTAMAGNA, *Corporativismo e unità dell'ordinamento giuridico*, in *Atti del primo Congresso giuridico nazionale*, cit. (pp. 21 e ss. dell'estratto).

<sup>(233)</sup> Meno problemi rispetto al pluralismo giuridico sono suscitati dalle tesi istituzionalistiche che, senza tante sottigliezze teoriche, la 'nuova dogmatica' può far proprie o aggirare. Cfr., per tutti, Pietro DE FRANCISCI, *Per una nuova dogmatica giuridica*, in *Il diritto del lavoro*, 1932, 1, (pp. 492 e ss.): « diventa per noi una questione oziosa quella se lo Stato sia un presupposto del diritto come norma, o se invece il diritto sia un presupposto dello Stato. Per la nostra dottrina Stato e diritto non sono identici, ma nemmeno sono separabili; l'ordinamento giuridico non è che la forma onde lo Stato manifesta la sua volontà, espressione e legge della totalità dei rapporti onde esso risulta e vive » (p. 498).

<sup>(234)</sup> Le critiche 'formalistiche' di Chiarelli riguardo a uno scritto di Mazzoni possono senza difficoltà essere applicate a gran parte della produzione volta (come abbiamo visto, da punti di vista divergenti) ad affermare una 'nuova dogmatica': « Forse si può dubitare che ci si trovi davvero di fronte a una trasformazione della dogmatica giuridica, della cui necessità in conseguenza del fenomeno corporativo, l'A. si dimostra convinto. In realtà ciò che, nella costruzione del Mazzoni, altera gli schemi teorici della dogmatica è la considerazione delle norme e degli istituti corporativi in funzione dei fini di benessere e di potenziamento nazionale dello Stato. Ma la considerazione dei fini dello Stato esula dal campo della pura dogmatica, e porta non a una trasformazione di questa, ma a uno spostamento del punto di vista rispetto al fenomeno giuridico » (G. CHIARELLI, Recensione a MAZZONI, *L'ordinamento corporativo...*, in *Il diritto del lavoro*, 1934, 1, pp.

‘pericoloso’ affiorare di pluralismo nelle letture del corporativismo non riesce ad essere un’omogenea corrente di pensiero (né è una coerente espressione di quella nuova dogmatica giuridica auspicata da Maggiore) e non riesce a prospettare modelli ricostruttivi utili per superare la visione scissa del settore giuslavoristico nelle rappresentazioni dei ‘privatisti’ e dei ‘pubblicisti’. E, inevitabilmente, il dibattito sulle diverse autonomie ritorna a porsi come centrale.

Widar Cesarini Sforza — sostenitore di una visione ampia del diritto corporativo, tale da comprendere anche lo spazio del diritto del lavoro ‘in senso stretto’ <sup>(235)</sup> — propone pagine meditate sulla nozione di *interesse collettivo* al fine di porre in rilievo gli elementi essenziali di un diritto corporativo non isolabile in una sfera di autonomia senza contatti con il diritto del lavoro: « oltre agli interessi privati e ai pubblici vi sono gli interessi collettivi, idea connessa al riconoscimento dell’esistenza di ‘corpi sociali’, o collettività organizzate creatrici di ordinamenti giuridici e non semplici manifestazioni di autonomie contrattuali » <sup>(236)</sup>. Questo aspetto descrittivo dei mutamenti in corso deve essere collegato con gli obiettivi fondamentali di razionalizzazione dell’organizzazione del lavoro imposta dal corporativismo: « ancora più importante è la trasvalutazione degli interessi collettivi in interessi nazionali o pubblici », « la trasformazione degli interessi collettivi », il passaggio « dalla molteplicità degli interessi (collettivi) dei produttori all’unitarietà dell’interesse (nazionale) della produzione » <sup>(237)</sup>. Stretta entro tali coordinate, l’affermazione di interessi collettivi emerge nella sola versione di un richiamo costringente a categorie professionali sempre ben immesse nell’ordine gerarchico e nelle finalità (di razionalizzazione e di collaborazione) della produzione nazionale e dell’interesse pubblico.

---

257-258). In altre parole: tutti i diversi elementi discorsivi tradizionali restano nella maggior parte dei casi inalterati e sono semplicemente ‘sovradeterminati’ « dagli elementi propri della ideologia politica del fascismo » (così P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 99).

<sup>(235)</sup> Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Corso di diritto corporativo*, Padova, Cedam, 1932<sup>2</sup>, pp. 8 e 9 (in contrasto con « la concezione tradizionale (privatistica) del Diritto del lavoro » per cui rinvia naturalmente a Barassi).

<sup>(236)</sup> Così nella *Premessa* a W. CESARINI SFORZA, *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942, p. IV.

<sup>(237)</sup> *Ibidem*, p. IV.

La raggiunta visibilità giuridica di una molteplicità di interessi scompare nel momento in cui dovrebbe rivendicare una sua autonomia: il diritto collettivo (individuato in un momento prestatuale e in una dimensione che sta tra pubblico e privato) diviene corporativo nel momento in cui *si trasforma, si trasvaluta* in interesse pubblico « nell'orbita dello Stato »<sup>(238)</sup>.

La tensione verso il superamento delle 'armoniche' assolutezze delle partizioni tradizionali detta le pagine più felici di Cesarini Sforza; ma, appurato *che il diritto collettivo non è diritto privato*, la nuova dimensione del diritto stenta a conservare una sua sfera di autonomia. Il diritto collettivo è individuato nel *diritto dei privati* (ed è espressione di una giuridicità che non è creata solo dallo Stato, di una realtà giuridica irriducibile alla sola « pur vastissima zona del diritto statale »<sup>(239)</sup>) ma esso trascende il diritto privato indicato come pura zona di un diritto individualistico. Il diritto collettivo sta oltre il diritto privato ed è, pertanto, irriducibile alla dimensione di gruppi privati che si autodeterminano: è manifestazione frammentaria di una mobile nozione di interesse generale<sup>(240)</sup>, è espressione di un interesse (collettivo) che si estrinseca soprattutto come « interesse della categoria professionale »<sup>(241)</sup>. Il diritto collettivo di Cesarini Sforza è, insomma, « piano intermedio » che va oltre l'interesse privato ma non è pubblico<sup>(242)</sup>, diritto che *turba* le partizioni consolidate (« tra il diritto privato e il diritto pubblico s'insinua il diritto della collettività, e turba la loro armonia e coesistenza »<sup>(243)</sup>) per imporre una diversa configurazione dei diritti e degli obblighi: « nulla conta, allorché trattasi di interessi collettivi, che i rapporti siano regolati secondo le forme del diritto privato; non

---

<sup>(238)</sup> Cfr. P. COSTA, *Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976/77, tomo II, pp. 1031 e ss.; p. 1074.

<sup>(239)</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 13 e 20.

<sup>(240)</sup> Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Studi sul concetto di interesse generale* (1935), in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 125 e ss.

<sup>(241)</sup> *Ibidem*, pp. 132 e ss. e W. CESARINI SFORZA, *Preliminari sul diritto collettivo* (1936), in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., p. 190.

<sup>(242)</sup> *Ibidem*, pp. 189, 190.

<sup>(243)</sup> *Ibidem*, p. 197.

ostante l'uso di quelle forme, i rapporti si configurano come collettivi, cioè come fonte di diritti e di obblighi diversi da quelli di diritto privato, e naturalmente anche da quelli di diritto pubblico» (244).

La rappresentazione di questo *piano intermedio* di giuridicità non rappresenta però la soluzione del problema: è il momento descrittivo che prelude a « il più importante, se non il più difficile » dei problemi, quello relativo a « il trapasso dal diritto collettivo al diritto corporativo » (la questione è « se il diritto della collettività, svincolandosi concettualmente dagli schemi contrattualistici e privatistici, sia destinato a dissolversi entro gli schemi pubblicistici » (245)). Un problema che Cesarini Sforza pone in termini di 'riconoscimento' del diritto collettivo da parte dell'ordinamento dello Stato ma che risolve puntualmente in termini di 'dissolvimento'. Il diritto corporativo come momento di necessaria unità (unitaria programmazione razionale di una società industriale che 'traduce' in interesse nazionale la molteplicità di interessi collettivi) si pone cioè come interesse generale, interesse pubblico che assorbe il *piano intermedio*. In altri termini: il diritto collettivo complica e infrange le tradizionali « incrostazioni giuridiche », afferma un nuovo diritto « che è più che privato, anche se è meno che pubblico », un diritto che non può essere dissolto nel diritto privato (246). Il corporativismo *riconosce* tale realtà nuova ma nello stesso tempo la *trasforma* (247), facendo svanire ogni possibilità di una considerazione autonoma del diritto collettivo: il diritto collet-

---

(244) *Ibidem*, p. 199.

(245) *Ibidem*, p. 207. Sulla questione si cfr. anche W. CESARINI SFORZA, *Libertà contrattuale e ordine corporativo*, in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 209 e ss. e, in particolare, pp. 219 e ss.

(246) « Tra il diritto privato, a cui si dedicano le codificazioni del secolo XIX, e il diritto pubblico o statale, quello collettivo si inserisce a poco a poco, non ostante le resistenze dei giuristi e dei legislatori che *cercano di dissolverlo nel diritto privato* ». W. CESARINI SFORZA, *Il libro del lavoro e il nuovo Codice civile*, in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 272 e 273 (corsivo mio).

(247) « Dal punto di vista giuridico ... il corporativismo significa riconoscimento del diritto collettivo, e sua assunzione nell'ambito dell'ordinamento dello Stato, in quanto la tutela degli interessi collettivi (anzitutto quelli delle categorie professionali ed economiche) diviene un interesse statale, sia in quanto certi interessi collettivi vengono fatti propri dallo Stato e così trasformati in interessi pubblici ». W. CESARINI SFORZA, *Il libro del lavoro e il nuovo Codice civile*, cit., p. 273.

tivo infatti mostra la progressiva riduzione del diritto privato e 'appare come pubblico', anche se — si aggiunge in un non insignificante gioco di parole — è diritto pubblico « nel senso non di 'statale', ma di 'non privato'. Il diritto della collettività non può realmente confondersi con quello dello Stato però tende a confondersi o, meglio, a esserne assorbito » (248).

Non è il caso di insistere ulteriormente nel saggiare la coerenza dell'impianto di Cesarini Sforza: le basi tradizionali della distinzione tra 'pubblico' e 'privato' si complicano (travolgendo inevitabilmente la trincea del diritto del lavoro civilistico, del diritto del lavoro 'in senso stretto' difeso da Barassi) ma il piano *intermedio*, la *terza dimensione*, non riesce ad affrancarsi da una visione pubblicistica sempre incombente. Tra le 'forti' rappresentazioni pubblicistiche e civilistiche, si scorge soltanto un reticolo di 'deboli' progetti discordanti, rafforzati solo dal richiamo a un *corporativismo ideale* variamente inteso e (sempre) ancora tutto da realizzare. Nel momento in cui le corporazioni saranno travolte, il diritto del lavoro *corporativamente qualificato* non potrà vantare insomma alcuna certezza e non saprà sottrarre dal suo pesantissimo bagaglio pubblicistico l'esile progettualità di una *terza via* incuneata tra i poli assoluti del diritto.

Nessuna chiarezza giunge dal libro *Del lavoro* del Codice civile la cui lettura torna a proporre contrastanti speranze. Nel Codice civile — si afferma — il diritto privato non è « assorbito totalmente dal diritto pubblico. La distinzione permane ... ma non è più netta

---

(248) *Ibidem*, pp. 274-275. Parafrasando Pietro Rescigno, si può dire che Cesarini Sforza (per quanto la critichi) non riesce a scrollarsi di dosso la convinzione per cui l'interesse 'particolare' che caratterizza il diritto privato sia solo un interesse 'individuale'. L'espressione di Rescigno è la seguente: « 'Particolare' non vuol dire sempre e solamente individuale. Una visione in tal modo ristretta dei rapporti privati e del diritto poteva apparire coerente con le ideologie liberali del secolo scorso, ma deve considerarsi superata per la crescente importanza dei gruppi sociali e della loro attività. Gli strumenti giuridici di cui si avvalgono i gruppi sono strettamente tipici dell'autonomia privata ... La natura collettiva dell'interesse, del potere di autonomia che viene esercitato, del rapporto che si costituisce, è dunque compatibile con la qualificazione di interessi, poteri, rapporti privati ». P. RESCIGNO, *Introduzione a Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II (1967-1987), Padova, Cedam, 1988, pp. XXI e XXII.

come nel passato »<sup>(249)</sup> ed è, naturalmente, soprattutto il libro del lavoro a manifestare « imperiosa » la presenza di nuovi principi<sup>(250)</sup>. Si ripete che il « nuovo codice ha alla sua base la Carta del lavoro e al suo vertice il libro del lavoro » organizzato attorno al criterio economico dell'impresa<sup>(251)</sup>; si tenta di rileggere l'intero dibattito sull'autonomia del diritto corporativo indicando come esso « non assorbirà, pur essendo una branca del diritto pubblico, il diritto privato, ma ne trasformerà ... il significato originario, nettamente individualistico »<sup>(252)</sup>. Su come tale *trasformazione* coinvolga il diritto del lavoro non è facile intendersi *dopo* il Codice, come non era facile intendersi *prima*<sup>(253)</sup>. Tutte le posizioni possono tornare in

---

<sup>(249)</sup> « I rapporti di diritto privato hanno ora, pur rimanendo tali, un evidente profilo pubblicistico, in quanto la loro disciplina, basata sui postulati corporativi, s'ispira all'interesse pubblico ». G. BOTTAI, *L'idea corporativa nella riforma dei Codici*, in *Il diritto del lavoro*, 1943, pp. 65 e ss., p. 67.

<sup>(250)</sup> *Ibidem*, pp. 73 e ss.

<sup>(251)</sup> È, però, (solo) il 'libro del lavoro', organizzato attorno al criterio economico dell'impresa, a dare al Codice, dopo l'abrogazione del Codice di commercio, « l'impronta più originale come codice sociale ». A. ASQUINI, *L'architettura del libro del lavoro*, in *Archivio di studi corporativi*, 1942, p. 1 (poi in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, Cedam, 1961, pp. 95 e ss.). In riferimento alla abrogazione del Codice di commercio si veda ancora ID., *Dal codice di commercio al libro del lavoro del Codice civile del 1942*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1967, pp. 1 e ss. Sulla vicenda è qui sufficiente rinviare a R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, cit., in particolare pp. 153 e ss.; e ID., *Imprese, imprenditori e diritto*, in *Storia d'Italia, Annali 15: L'industria* (a cura di F. Amatori, D. Bigazzi, R. Giannetti, L. Segreto), Torino, Einaudi, 1999, pp. 1213 e ss., soprattutto pp. 1266 e ss.

<sup>(252)</sup> R. BALZARINI, *Diritto corporativo e Codice civile*, in *Il diritto del lavoro*, 1942, pp. 3 e ss., p. 13. Si noti (a p. 12) la critica alla classificazione di Cesarini Sforza relativa alla presenza di interessi collettivi come piano intermedio tra gli interessi pubblici e privati: « gli interessi collettivi non sono altro che interessi individuali e, quindi, privati, con un maggior grado di socialità senza essere con ciò assunti ad interessi propri dello Stato e quindi, pubblici, e come tali sono considerati dal diritto. Questa caratteristica degli interessi collettivi richiama più da vicino l'interesse e, di conseguenza, l'azione dello Stato ».

<sup>(253)</sup> Un solo esempio: Alberto ASQUINI (*Il diritto commerciale nel sistema della nuova codificazione*, 1941, in ID., *Scritti giuridici*, cit., vol. III, pp. 81 e ss.), partendo dalla centralità del libro del lavoro contenente « sotto il profilo speciale del lavoro, lo statuto generale dell'impresa », presenta la raggiunta unificazione tra diritto commerciale e diritto civile come strumento di rinnovamento di un'autonomia (in espansione) della scienza del diritto commerciale: « il rapporto che lega all'imprenditore i suoi collaboratori è la parte più viva del nuovo ordinamento corporativo dell'impresa e il diritto del

campo perché quel libro del lavoro può essere visto nello stesso tempo come 'consacrazione' di un assetto già esistente e come mera 'promessa'. È da sedici anni — scrive Celestino Arena, parlando a nome della « vecchia guardia della Rivista » (*Il diritto del lavoro*) — che siamo impegnati nella formazione di un diritto del lavoro « corporativamente qualificato »; quello che ricercavamo — aggiunge — « non era il diritto del rapporto contrattuale di lavoro, dell'individualismo economico e giuridico; era il diritto del lavoro produttivo riproposto al centro dell'economia; era già quindi, più che il diritto del lavoro, diritto dell'economia corporativa »; era il lavoro « *organizzato nell'impresa* », « ricostruzione dell'unità di impresa e lavoro ». Tutto ciò — conclude — « oggi ... è vittoriosamente consacrata dal nuovo Libro del Lavoro »; ma, con meno entusiasmo pochi periodi dopo aggiunge che il Codice, in realtà, « accenna soltanto alla trasformazione in corso ». Rappresenta insomma « un buon passo ... ma non più che una promessa » <sup>(254)</sup>.

La lettura di quella *promessa* si intreccia con i dibattiti sulla *crisi del corporativismo*, fornendo qualche argomento per rilanciare *l'idea corporativa*. Il nuovo Codice civile propone « una nozione dell'individuo non più esclusivamente privatistica » che non può essere rin-

---

lavoro non può più restare ignorato dalla scienza del diritto commerciale » (p. 90). Su tali posizioni — come sappiamo — da anni si muoveva Lorenzo Mossa (che ora però non manifesta gli stessi entusiasmi di Asquini riguardo al Codice). Sul tema del libro del lavoro e dell'impresa discordante è la voce di Francesco Santoro Passarelli (e la questione è forse utile alla comprensione di quanto si dirà in seguito, *infra* n. 9) che, a differenza di Asquini, insiste sulla 'disarmonia' esistente nel Codice tra « il libro del lavoro impostato sul criterio economico dell'impresa » e gli altri suoi libri fondati « sul criterio formale della natura dei vari rapporti giuridici ». La precisazione serve per « sgomberare preventivamente il campo » dalla tesi secondo cui « l'impresa non rientrerebbe nel quadro sistematico del diritto civile, ma sarebbe cardine di un sistema unitario o autonomo, quello appunto del nuovo diritto commerciale, prospettato come il diritto delle imprese commerciali » (includente anche il diritto del lavoro). Nonostante le 'sollecitazioni' (« tecniche, sociali, politiche ») volte a far diventare l'impresa « sempre più un centro autonomo di attività economica, l'impresa non solo è, ma, ciò che più conta, *deve restare* un oggetto di diritti, avere un titolare, finché l'economia si fonda sull'iniziativa privata e l'impresa resti quello che oggi caratteristicamente è, uno strumento di profitto »; F. SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile* (1942), in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, cit., vol. II, pp.945 e ss.; citazioni da pp. 946; 948 e 979.

<sup>(254)</sup> C. ARENA, *Il nuovo diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1942, pp. 21 e ss.

chiusa « nei tradizionali limiti del diritto privato » (255). Il libro del lavoro può nella crisi del corporativismo (che mostra oramai semplicemente il volto dello « Stato burocratico ») essere strumento di rinnovamento dell'idea corporativa: « il rinnovato diritto corporativo deve essere precisamente il diritto del *civis* produttore, del cittadino che opera non per fini soggettivi e personali (tali cioè che possono essere definiti solo da lui), ma come elemento costitutivo di una categoria, e parte integrante, attraverso questa, della Città corporativa » (256). Speranze per la nuova *città corporativa* ancora tutta da costruire, allarme per la degenerazione burocratica del vecchio corporativismo, fatto di *corporazioni senza corporativismo*. Non era un nuovo manifesto ma « un sasso nel pantano », nient'altro (257).

Il 31 maggio del 1943 Giuliano Mazzoni, ponendo a confronto in una conferenza romana '*crisi*' del diritto corporativo e validità del corporativismo, presenta un lungo elenco da cui emerge « il divario esistente tra la teoria e la realtà ». C'è confusione riguardo a entrambi gli aspetti; e anche il perdurante richiamo all'*idea corporativa* non offre molto più del nome (258).

---

(255) « L'individuo puramente 'privato' è rimasto come una foglia secca tra le pagine del Codice del 1865 ». W. CESARINI SFORZA, *Diritto corporativo vecchio e nuovo* (1942), in ID., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, cit., pp. 279 e ss., p. 287.

(256) *Ibidem*, p. 287.

(257) « Fu, codesto scritto, un sasso nel pantano ». Così Giuseppe Bottai, ripercorrendo il clima di quegli anni, parla dello scritto di Cesarini Sforza. G. BOTTAI, *Verso il corporativismo democratico o verso una democrazia corporativa?*, in *Il diritto del lavoro*, 1952, pp. 121 e ss., p. 132 in nota. Anche l'espressione 'corporazioni senza corporativismo' è presa da Bottai (*ivi*). Riguardo alle posizioni di Bottai si cfr. S. CASSESE, *Un programmatore degli anni Trenta: Giuseppe Bottai* (1970), in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, cit., pp. 175 e ss., p. 206.

(258) G. MAZZONI, *La « crisi » del diritto corporativo e la validità del corporativismo* [conferenza facente parte del ciclo di lezioni *La civiltà italiana e la civiltà germanica*, organizzate dall'Istituto Nazionale di Cultura Fascista, tenuta a Roma il 31 maggio 1943], in *Il diritto del lavoro*, 1943, pp. 117 e ss., p. 127. « Una prassi autoritario-burocratica — afferma Mazzoni, profondamente influenzato dallo scritto di Cesarini Sforza — ha man mano svuotato del suo contenuto *corporativo* il sistema giuridico, onde esso non è più corporativo se non di nome » (p. 134); naturalmente la critica vale ancora a mostrare « tutta la validità attuale, tutta l'ineluttabilità dell'idea corporativa che sola ... può salvare la civiltà occidentale dalla crisi nella quale si dibatte » (p. 117).

Qualche mese prima, agli inizi di marzo, era esplosa a Torino una protesta operaia destinata ad estendersi in una imponente serie di scioperi. Il 9 luglio gli angloamericani sono in Sicilia <sup>(259)</sup>.

#### 8. *Crisi del corporativismo e autonomia scientifica senza progetto.*

« Il bilancio di previsione del diritto del lavoro, al cambiamento del Regime è ... un bilancio a zero » <sup>(260)</sup>. Il *vuoto* è, in realtà, ancora permeato dalla progettualità antecedente in crisi: crisi della società e crisi dello Stato, una crisi che nelle rappresentazioni dei giuristi sarà progressivamente dilatata e esasperata, sino ad essere presentata come complessiva *crisi del diritto* che, travalicando le concrete vicende politiche e istituzionali, si proietta nel cielo delle teorie sino a divenire nella cupa retorica di Carnelutti *morte del diritto* <sup>(261)</sup>.

La parola d'ordine è per tutti *transizione*, ma nel diritto del lavoro lo smarrimento è più forte, coinvolge la stessa identità di una dottrina che negli anni del fascismo aveva rivendicato una sua autonomia solo attraverso un gioco di distinzioni che esasperavano l'immagine di una disciplina inesistente nella sua complessiva unitarietà e visibile solo in singoli tasselli. Ora che il diritto del lavoro può tornare ad essere *diritto del lavoro in senso ampio*, ora che la crisi del corporativismo deve essere letta, con la caduta dell'ordinamento corporativo, come perdita di una parte essenziale per la visibilità del tutto, ora che la fine del fascismo pare travolgere uno sforzo ricostruttivo che andava oltre 'i meriti' di quel regime <sup>(262)</sup>, i frammenti di diritto del lavoro prospettati negli

---

<sup>(259)</sup> Gli organi corporativi furono soppressi con r.d.l. 9 agosto 1943 n. 721; le organizzazioni sindacali di diritto pubblico con d. leg. lgt. 23 novembre 1944, n. 369 (che faceva seguito a un'ordinanza del governo militare alleato).

<sup>(260)</sup> L. MOSSA, *Stato del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 112.

<sup>(261)</sup> Il momento culminante delle innumerevoli riflessioni di questi anni sulla tema della *crisi del diritto* si ha con le Conferenze organizzate a cura della Facoltà di Giurisprudenza dall'Università di Padova dall'aprile al maggio del 1951. Si vedano in particolare gli interventi di Giuseppe Capograssi (*L'ambiguità del diritto contemporaneo*, pp. 13 e ss.), di Adolfo Ravà (*Crisi del diritto e crisi mondiale*, pp. 49 e ss.), di Arturo Carlo Jemolo (*La crisi dello Stato moderno*, pp. 93 e ss) e di Francesco Carnelutti (*La morte del diritto*, pp. 177 e ss.) in *La crisi del diritto*, Padova, Cedam, 1953.

<sup>(262)</sup> Valga come testimonianza del senso di vuoto diffuso in quel momento, il richiamo alla 'fine di un mondo' proposto all'indomani del Congresso di Taormina (si

anni antecedenti si riproducono per inerzia affiancati da un termine, « transitorio », che consente di rinviare a dopo la questione di fondo dell'unitarietà della disciplina.

Nel diritto del lavoro il 'diritto transitorio' <sup>(263)</sup> si trascinerà, com'è noto, molto oltre il periodo 'precostruzionale' (in tema di contrattazione collettiva, di diritto di sciopero, di *indirizzi* di politica sindacale <sup>(264)</sup>) rendendo difficile individuare nella dottrina un netto punto di frattura tra un *prima* e un *dopo*. I giuristi sono in attesa che il legislatore fornisca « il materiale da plasmare » <sup>(265)</sup> ma devono comunque 'parlare' riguardo ad 'un provvisorio' che giorno dopo giorno consolida un « abito mentale » difficile da mutare <sup>(266)</sup>. E

---

veda *infra* n. 10) da Antonio Navarra che (suggerito dalla lettura degli atti degli incontri di Padova sulla *Crisi del diritto*) rievoca la caduta dell'ordinamento corporativo: già prima « delle due guerre ultime » — scrive — « giuristi cattolici e socialisti avvertirono la necessità di rilevare il gruppo sociale come tale, o il cittadino nella sua qualità di componente di un gruppo sociale. Quindi non due ordini soli di rapporti giuridici: cittadino-Stato, e privato con o contro privato ... Il canone sacro dell'autonomia della volontà individuale, che aveva a suo strumento di splendente realizzazione il contratto privato, e l'apparato giurisdizionale che ne costituiva la sicura difesa subirono i primi assalti, con un sincronismo impressionante, da parte di scrittori di paesi e di preparazione culturale diversa, .... [che] contrapposero o, più esattamente, aggiunsero ad un diritto dello Stato e del privato un diritto dei gruppi; e fu chiamato diritto libero, diritto sociale, diritto del lavoro, diritto corporativo. Ahì, quanto poco edotti si dimostrarono quegli uomini d'arme stranieri che facendo merito, a torto, ad un regime politico di un ideale che non gli apparteneva, distrussero in casa nostra, con un tratto di penna autoritaria, la più concreta e sollecita realizzazione legislativa delle aspirazioni dei tempi nuovi » (A. NAVARRA, *La speranze (sinora) deluse*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1955, pp. 139 e ss.).

<sup>(263)</sup> Cfr. V. CARULLO, *Diritto sindacale transitorio*, Milano, Giuffrè, 1960.

<sup>(264)</sup> Si veda G. MAZZONI, *Considerazioni sui possibili indirizzi di diritto sindacale in Italia*, in *Il diritto del lavoro*, 1947, 1, pp. 177 e ss. (poi in ID., *Scritto minori*, II, *Diritto sindacale*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 17 e ss.). Lo scritto è parte della più nota monografia *La conquista della libertà sindacale*, Roma, Leonardo, 1947).

<sup>(265)</sup> Estendo a un periodo più ampio un giudizio di Giuseppe PERA (*Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, Feltrinelli, 1960, pp. 16 e 17): « l'atteggiamento mentale dei giuristi di questo settore [fu] quello di colui che è in attesa del suo materiale di lavoro e non già quello di chi sa che la costruzione sta ormai lì davanti sul suo tavolo, ed abbisogna dell'intervento di chi ne individui le fondamenta e ne scopra le linee maestre e gli elementi di raccordo ».

<sup>(266)</sup> Si cfr. quanto scrive ancora G. PERA (*Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, cit., p. 17): « nessuno si è volto a considerare il provvisorio conside-

così, nella costruzione del provvisorio, si forgiarono le caratteristiche della disciplina.

Nella dottrina giuridica la *crisi del corporativismo* si insinuò nei dibattiti in maniera ben più ampia di quanto non emerga dalla posizione di coloro che rivendicarono ancora, alcuni con un semplice scambio di termini, la *validità del corporativismo*, proponendo una conciliazione necessaria tra corporativismo e democrazia, invocando principi *stabili* al di là di ogni contingenza politica (« rifarsi ai principi »: « separare lo *stabile* e cioè i presupposti necessari, fisio-nomici che si collegano all'essenza concettuale ... dal *contingente* e cioè dalle forme, per loro natura mutevoli, in cui i principi abbiano trovato pratica » <sup>(267)</sup>), una necessaria continuità nell'intervento dello Stato sulla società civile per negare *la guerra* tra i gruppi (posizione che potremmo dire 'alla Carnelutti'), una riproposizione

---

randolo come permanente, restando l'impressione che il provvisorio fosse sempre e soltanto tale. Anche perché i sistemi non sono poi così facilmente intercambiabili; ogni sistema ha la sua profonda logica, genera nell'interprete un particolare abito mentale, un modo di porsi innanzi ai problemi che è caratteristico e irripetibile, implica un'adesione di principio ed un'apparecchiatura tecnica che non si possono poi facilmente mutare. Ecco perché i giuristi hanno bisogno che una scelta istituzionale si compia ».

<sup>(267)</sup> A. SERMONTI, *Corporativismo e democrazia*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, 1, pp. 36 e ss. (corsivo mio). E il « sistema corporativo » resta il modello per « la risoluzione giuridica di ogni controversia a carattere collettivo ... nel campo del lavoro e della produzione, come un *sistema di sostitutivi del conflitto sociale* »; un sistema questo « particolarmente consono ad un ordinamento democratico » (*ibidem*, p. 41, corsivo nel testo). Si veda anche ID., *Per la ricostruzione di un ordinamento sindacale di diritto*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, 1, pp. 177 e ss. Riguardo all'operazione di mera sostituzione del termine 'democratico' a quello 'totalitario', cui ho alluso nel testo, è sufficiente porre a confronto alcuni scritti di Saverio DE SIMONE: nel 1952 (*Il nostro Corporativismo*, prefazione a *Verso il corporativismo democratico*, cit., pp. 7 e ss.; ma in particolare pp. 13 e ss.) si schiera contro la « identificazione — innaturale e illogica — del Totalitarismo col Corporativismo »; negli scritti comparsi nella rivista *Il diritto del lavoro* nel 1936 (*Sul contratto collettivo di lavoro di diritto comune*, pp. 231 e ss.; *Il principio corporativo*, pp. 329 e ss.) e nel 1937 (*Che cosa è il corporativismo*, pp. 77 e ss.) è di ben altro avviso. Si veda, ad esempio, in quest'ultimo scritto (p. 88): « se libertà non è che contemperamento di valori, questo contemperamento non può essere che in una gerarchia di valori, e questa gerarchia non può essere che nello Stato, o meglio in uno Stato totalitario ... Sullo sfondo di questo precisato concetto di libertà si pone l'idea nuova dello Stato corporativo ».

stanca del modello della *partecipazione* all'organismo dell'impresa ('alla Mossa').

Disperso soprattutto nei rivoli delle elaborazioni in corso nel mondo cattolico <sup>(268)</sup>, presente in alcuni tratti dell'azione sindacale (« post-corporativa ») <sup>(269)</sup> e, soprattutto poi, nelle letture che saranno offerte riguardo all'articolo 39 della Costituzione, il corporativismo non offre più alla dottrina quel blocco unitario di riferimento che consentiva comunque di ordinare (e dividere) il diritto del lavoro in senso ampio. Fuori dalla complicazione corporativistica, abbandonato il progetto del diritto del lavoro *corporativamente qualificato*, si ritorna inevitabilmente alle dispute 'pure' riguardo all'appartenenza del settore giuslavoristico al diritto privato o al diritto pubblico. I richiami al corporativismo colorano le diverse prospettive giuslavoristiche (soprattutto quelle 'pubblicistiche') ma raramente le determinano <sup>(270)</sup>.

Il tema delle eredità del corporativismo, in altre parole, è essenziale e continuerà a giocare un ruolo rilevante nel complessivo impianto teorico dei giuristi (« nelle condizioni di rottura, e forse in grande misura proprio in esse più che in quelle di continuità storica, è frequente l'illusione di aver distrutto un sistema, benché in realtà ne restino molte vestigia » <sup>(271)</sup>); se vogliamo comprendere i progetti della disciplina (e quei progetti si nutrono anche di illusioni), il tema delle 'eredità del corporativismo' non può essere, però, dilatato sino a prospettare una storia lunghissima del diritto del lavoro *corporativamente qualificato* e una storia brevissima del *vero* diritto del

<sup>(268)</sup> Cfr. P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, il Mulino, 1977, pp. 19 e ss.; S. FONTANA, *I cattolici e l'unità sindacale (1943-1947)*, Bologna, il Mulino, 1978, pp. 35 e ss.

<sup>(269)</sup> Cfr. G. GIUGNI, *Esperienze corporative e post-corporative nei rapporti collettivi di lavoro* (1956), in Id., *Lavoro legge contratti*, cit., pp. 27 e ss.

<sup>(270)</sup> La ricerca di 'purezze' caratterizzerà a lungo le divisioni (spesso più polemiche che effettive) presenti nella disciplina. Le venature corporativistiche che attraversano l'impianto pubblicistico del diritto del lavoro, saranno spesso dilatate dai 'privatisti'; ma avverrà anche il contrario perché i 'pubblicisti' insinueranno il sospetto di una purezza civilistica solo apparente perché attraversata da continuità metodologiche con i modelli corporativistici.

<sup>(271)</sup> G. GIUGNI, *Conclusioni* in L. Bellardi (a cura di), *Dallo stato corporativo alla libertà sindacale. Esperienze comparative*, Milano, Angeli, 1985, p. 216.

lavoro. Le indubbie continuità si inserirono in un contesto nuovo, presto caratterizzato da « una cultura di rovesciamento »<sup>(272)</sup> e non furono più in grado di incidere a fondo nel discorso giuridico che intendeva accreditarsi come giuslavoristico. La composita eredità del corporativismo, insomma, è rintracciabile in più direzioni ma dopo la *crisi del corporativismo* si dispose ai margini dei progetti tracciati per la disciplina. La presenza di elementi di continuità (una continuità, del resto, ben vistosa perché iscritta in quasi tutti i *curricula* dei docenti chiamati a ricoprire la *Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza*<sup>(273)</sup>) non fu utilizzata per affermare le caratteristiche 'essenziali' della disciplina; anzi, fu il variegato rifiuto del corporativismo 'reale' a rappresentare un riferimento unificante (inizialmente molto tenue) attorno a cui aggregare la costruzione dell'identità giuslavoristica<sup>(274)</sup>.

---

(272) *Ibidem*, p. 215.

(273) G. ARDAU, *La Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza*, in *Il diritto del lavoro*, 1947, 1, pp. 243 e ss. Ancora nel 1956 (cfr. F. LANCHESTER, « *Dottrina* » e *politica nell'università italiana*, cit., p. 73) tra gli otto ordinari di diritto del lavoro e legislazione sociale cinque avevano vinto il concorso sotto la dizione diritto corporativo (Balzarini, Mazzoni, Navarra, Ravà e Riva Sanseverino). Altri vincitori di concorso in diritto corporativo insegnavano discipline pubblicistiche: Giuseppe Chiarelli e Giuseppe D'Eufemia *Istituzioni di diritto pubblico*; Ferruccio Pergolesi *Diritto costituzionale*.

(274) La presenza di 'lasciti' corporativistici utilizzati come tasselli di nuove costruzioni non può essere, insomma, proiettata sulle caratteristiche dell'intera disciplina. Il peso *effettivo* dell'eredità corporativistica è stato posto giustamente in rilievo in molti scritti che — spesso al fine di marcare le caratteristiche di rottura del diritto del lavoro del presente — ne hanno talvolta dilatato la durata e la forza espansiva. Si richiama il corporativismo per sottolineare il permanere di una visione 'formalistica' in contrasto con una visione 'concreta' del rapporto di lavoro (lì dove l'intero peso dell'impostazione formalistica è attribuito alla 'formalizzazione' realizzata dal fascismo); per imputare al (solo) corporativismo la prevalenza delle legge sull'autonomia, il coinvolgimento legalistico del sindacato, l'attivazione dell'autonomia contrattuale solo grazie all'impiego di strumenti statuali, la centralizzazione del sistema contrattuale, la prevalenza del momento autoritario e così via. Si cfr., a mo' d'esempio, negli interventi (quasi tutti volti in quel momento a meditare sul tema del 'neo corporativismo') raccolti in, *Dallo stato corporativo alla libertà sindacale*, cit. La presenza di questi aspetti di continuità tra *corporativismo* e *(lungo) post-corporativismo* porta alla conclusione che « la sanzione formale » del lungo processo di liquidazione dell'eredità corporativa « si è avuta soltanto con lo Statuto dei lavoratori del 1970, che segna effettivamente un mutamento radicale tale da comportare il superamento definitivo della eredità corporativa » (così Edoardo GHERA, nel suo intervento in *ibidem*, p. 155). Tale approccio vale soprattutto come messa

La crisi del corporativismo nella dottrina più autorevole produce disorientamento da cui scaturì per lo più silenzio. È soprattutto disorientamento quello che traspare dalle sentite pagine del giovane Ubaldo Prosperetti che, proponendo un rifiuto di una visione della scienza giuridica « come costituita esclusivamente dalla esegesi e dalla sistemazione dei dati vigenti », chiede di non considerare ‘la perdita dell’oggetto’ di osservazione come ‘fine della scienza’. La dottrina — afferma — non può accompagnare col silenzio il diritto sindacale, isolando l’osservazione del rapporto di lavoro; non può rinunciare ad una prospettiva *ampia* del diritto del lavoro: non esiste infatti solo un diritto positivo in frantumi, ma esistono anche « nozioni teoriche » che possono essere « svincolate dagli istituti positivi da cui hanno tratto origine e dalla relativa contingenza storica ». Si potrà non ricominciare a *scrivere daccapo* solo se, andando « oltre le scorie transeunti », si riuscirà a proporre una riflessione non frammentata, capace di fornire « una prima sistemazione della materia da comprendere sotto l’ampia qualifica di ‘diritto del lavoro’ »: « bisogna che sia intesa la necessità di non limitare, come invece sembra accadere, l’insegnamento di tale disciplina al semplice studio del contratto individuale di lavoro, ma di inquadrarlo opportunamente in una più ampia concezione della materia » (275).

L’invito a un recupero (esplicito) di principi dal diritto corporativo appare troppo franco per essere preso seriamente e la dottrina preferisce continuare a tacere sul tutto privilegiando l’analisi delle singole parti rimaste ancora in piedi dopo la demolizione dell’ordinamento corporativo. La prospettiva di una visione ‘ampia’ del diritto del lavoro è destinata a cadere nel vuoto; riaffiorano con forza invece le parti del diritto del lavoro ‘scisso’ negli anni del fascismo ed esse sono rappresentate come un tutto autosufficiente. È il trionfo delle divisioni, dei settori che rivendicano una loro insularità e ripropongono, nelle loro distinte assolutezze, un’unità impossibile

---

in discussione di quelle letture volte a porre un contatto molto forte tra un ‘pre-corporativismo’ (sostanzialmente immune da nessi con il fascismo) ed un ‘post-corporativismo’ (improvvisamente depurato dal corporativismo).

(275) U. PROSPERETTI, *Compiti degli studi del diritto del lavoro*, cit., pp. 57, 58 e 59. Sulle posizioni di quest’autore si veda il saggio di E. GHERA, *Ubaldo Prosperetti (1914-1975)*, in *Lavoro e diritto*, 1997, pp. 301 e ss.

della disciplina. Il richiamo ad una complessiva unitarietà delle singole parti appare inessenziale nel diritto del lavoro 'della transizione' ed è spostato sullo sfondo, lontano, difficile da intravedere.

È sufficiente per rendersene conto leggere la prima pagina della prima edizione della *Nozioni di diritto del lavoro* di Francesco Santoro Passarelli, il civilista che negli anni immediatamente successivi avrebbe maggiormente inciso nel segnare alcune caratteristiche di lungo periodo della disciplina <sup>(276)</sup>: « la soppressione dell'organizzazione che veniva detta corporativa ... ha avuto diverse conseguenze. Da una parte è venuto meno il cosiddetto ordinamento o ordine corporativo ... dall'altra, con la scomparsa del diritto corporativo, è venuta ad ampliarsi la sfera del diritto del lavoro » <sup>(277)</sup>. « Prima » esisteva il diritto corporativo; « ora » quella disciplina « può venire ricompresa nel diritto del lavoro, inteso in senso ampio » <sup>(278)</sup>. Nella fase di transizione, però, non si può affrontare tale rappresentazione ampia del diritto del lavoro: « riteniamo che il discorso debba essere limitato al diritto del lavoro nel suo significato proprio e tradizionale ... Il diritto del lavoro in senso proprio è costituito dalle norme che regolano *direttamente* il rapporto di lavoro ... Va subito rilevato che le norme costituenti il diritto del lavoro non formano un sistema autonomo, dominato da principi propri ed esclusivi, ma appartengono al diritto civile patrimoniale. Non mancano, anzi sono particolarmente frequenti, norme di diritto pubblico o di ordine pubblico a tutela dell'interesse generale ... ma fondamentalmente le norme del diritto del lavoro sono norme di diritto civile, a tutela immediata di un interesse individuale » <sup>(279)</sup>.

---

<sup>(276)</sup> Su Santoro Passarelli e il diritto del lavoro si vedano (oltre alle belle pagine introduttive di Pietro Rescigno ai volumi di raccolta degli scritti): G. SUPPIEJ, *Tradizione civilistica e costituzione nel magistero giuslavoristico di Francesco Santoro Passarelli*, in *Il diritto del lavoro*, 1990, pp. 3 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Ricordo di Francesco Santoro Passarelli*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1996, pp. 5 e ss.; e i saggi (raccolti sotto il titolo *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997) di U. ROMAGNOLI (pp. 1 e ss.); G. GIUGNI (pp. 15 e ss.); M. DELL'OLIO (pp. 18 e ss.); M. PERSIANI (pp. 30 e ss.).

<sup>(277)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1945, p. 1.

<sup>(278)</sup> *Ibidem*, pp. 1 e 2.

<sup>(279)</sup> *Ibidem*, p. 2.

Il ritorno del diritto del lavoro in senso ampio non reca con sé nessuna certezza, salvo quelle ottenibili dal richiamo al diritto del lavoro 'in senso stretto', il diritto del lavoro della tradizione civilistica. La rottura con il passato sta tutta nel ribadire con forza quell'appartenenza, al di là di qualsiasi cenno alla specialità del nuovo settore. Il diritto del lavoro — questo è il messaggio trasmesso a chiare lettere nella prima edizione — non ha una sua autonomia perché appartiene al diritto civile (al *diritto civile patrimoniale*) e considera *fondamentalmente* la tutela dell'interesse individuale. In questo momento — forse per evitare un assorbimento del diritto del lavoro entro il concetto 'commercialistico' di impresa <sup>(280)</sup> — non si accenna a nessun principio di complessiva unità della disciplina: l'unica parte certa di cui si può parlare (in attesa che « venga acquistando individualità un diritto sindacale, che prenderebbe allora esattamente il posto del cessato diritto corporativo » <sup>(281)</sup>) vale per il tutto e rappresenta « il diritto del lavoro in senso proprio ».

Questa negazione dell'autonomia suscita perplessità e critiche, generando un'istintiva rivendicazione di uno spazio giuslavoristico munito di propri principi: il diritto del lavoro, caratterizzato da una legislazione ingentissima che « verte, direttamente o indirettamente intorno ad un centro comune, la prestazione del lavoro retribuito ... al cui centro a sua volta sta la persona », ha — si torna a ripetere — una sua autonomia storica e scientifica. La rivendicazione non ha però molto da aggiungere al semplice rifiuto della visione civilistica che pone al centro dell'attenzione la tutela di un interesse individuale. E, del resto, una volta scartata la via di un possibile riferimento a quanto confluiva nelle ricostruzioni corporativistiche, a favore dell'autonomia si possono richiamare il vecchio intervento di Asquini del 1925 e i non meno datati interventi di Pergolosi (in particolare quelli scaturiti dal contrasto con Costamagna). L'invocata autonomia dei principi non ha insomma alcun progetto ricostruttivo da opporre alla prospettiva puramente civilistica e finisce col proporre una sterile schermaglia attorno alle sfumature con cui colorare il diritto del lavoro 'in senso stretto' <sup>(282)</sup>. Né si giunge a

---

<sup>(280)</sup> Si veda sopra nota n. 253.

<sup>(281)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., prima edizione, p. 2.

<sup>(282)</sup> Cfr. L. VIESTI, *L'autonomia scientifica del diritto del lavoro*, in *Il diritto del*

risultati più appaganti tentando di congiungere la riflessione sul diritto del lavoro 'autonomo' con i più consistenti dibattiti sulla persistenza di un'autonomia del diritto commerciale dopo l'unificazione e « la sparizione » del Codice di commercio <sup>(283)</sup>.

Scartata la prospettiva del riferimento ad un'autonomia tanto generica da impedire un effettivo scontro sui contenuti, la considerazione dell'intero territorio del diritto del lavoro torna inevitabilmente a evocare le distinzioni 'assolute' che appaiono ora molto più nette di quanto non fossero negli anni del corporativismo. Il tema è ben illustrato in una nota di Francesco Colitto che confronta la prima edizione delle *Nozioni* di Francesco Santoro Passarelli con il *Corso di diritto del lavoro* di Antonio Navarra: « i due lavori sono stati pubblicati quasi contemporaneamente in questa ripresa dell'attività scientifica, che fortunatamente si è avuta dopo gli eventi bellici. Le macerie non hanno soffocato il sacro fuoco. Sembra, però, che siano nati insieme per difendere due tesi opposte » <sup>(284)</sup>.

L'opposizione è, inevitabilmente, quella del diritto privato schierato contro il diritto pubblico: Santoro Passarelli « vede da privatista e conclude nello stesso modo »; « fa del diritto del lavoro un capitolo del codice civile, ché tutto si esaurisce nel rapporto individuale di lavoro, per modo che compito del giurista resta quello

---

*lavoro*, 1946, pp. 8 e ss. Le critiche a Santoro Passarelli sono a p. 10 (riguardo alla negazione di autonomia) e p. 11 (riguardo all'appartenenza del diritto del lavoro al diritto civile patrimoniale). Utilizzando Riva Sanseverino si afferma che « il diritto civile ... può considerarsi il sottosuolo del diritto del lavoro, e più precisamente può informare dei suoi principi alcuni istituti di diritto del lavoro, ma da questa influenza reciproca, all'affermazione che le norme di diritto del lavoro sono norme di diritto civile, a tutela immediata di un interesse individuale, ci corre moltissimo ». Gli autori invocati a difesa dell'autonomia (oltre al primo Mossa ed Asquini) sono soprattutto Ferruccio Pergolesi e, appunto, Luisa Riva Sanseverino.

<sup>(283)</sup> Cfr. D. GAETA, *Spunti sull'autonomia dei diritti speciali*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, 1, pp. 141 e ss.; sul tema dell'autonomia del diritto commerciale è qui sufficiente rinviare (oltre agli scritti già citati di Asquini e di Mossa) a G. VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1943, 1, pp. 21 e ss.

<sup>(284)</sup> F. COLITTO, *Il diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro*, 1946, 1, pp. 15. Lo studio di Navarra era stato pubblicato a Napoli, Lib. Ed. Universitaria, 1945 [io ho consultato A. NAVARRA, *Corso di diritto del lavoro*, vol. 1. *Parte generale; il lavoro autonomo*, Napoli, Libreria Editrice Universitaria - Pironti, s.d. (ma 1948)].

di esaminare uno dei tanti contratti speciali » (285); Antonio Navarra ha, invece, una visione nettamente pubblicistica volta a legare « l'autonomia scientifica della disciplina » con « lo studio del fenomeno collettivo, limitatamente alla categoria professionale » (286). La presenza « fra gli interessi generali e quelli individuali, degli interessi collettivi ... professionali o di categoria » (287) fa propendere Colitto per la veste pubblicistica del diritto del lavoro (« il diritto del lavoro è da considerarsi, se non mi inganno, diritto pubblico » (288)) e

---

(285) « La cui particolarità è determinata dal suo oggetto (lavoro) e (sebbene il Santoro Passarelli non lo dica apertamente) dalla particolarità di una delle sue fonti normative, la norma collettiva » (F. COLITTO, *Il diritto del lavoro*, cit., pp. 15 e 16).

(286) *Ibidem*, pp. 15 e 16. E, soprattutto si veda in A. NAVARRA, *Corso di diritto del lavoro*, cit., p. 87. Le pagine di Navarra, in realtà, sono più sfumate nel rivendicare la classificazione pubblicistica del diritto del lavoro: si insiste sull'autonomia del diritto del lavoro (pp. 5 e 6) ma soprattutto si lega il concetto di Diritto del lavoro alla ricostruzione degli « interessi e rapporti collettivi di lavoro » (è il titolo del capitolo II, pp. 50 e ss.); interessi che sono presentati come piano « intermedio » tra « gli interessi generalissimi dello Stato » e « l'interesse del singolo agente della produzione » (p. 62): « vi è un collettivo ... diverso da una somma di interessi singoli uguali ... ma diverso anche da quel 'comune' che è costituito da interessi considerati in astratto, ed in ragione esclusivamente di un altro e preminente interesse, cioè quello dello Stato » (p. 66). Insomma: « un interesse collettivo ... non è mai soltanto un interesse o pubblico o privato; ma di norma è la risultante di entrambi » (p. 85). Il Diritto del lavoro si pone come lo studio del *piano intermedio* che riguardo 'il collettivo' e non può svolgersi « alla stregua o di una dommatica privatistica o di una dommatica pubblicistica » (p. 88). La vocazione pubblicistica dello scritto emerge comunque chiaramente nelle pagine successive (in particolare pp. 110 e ss.), ben sostenuta dalla « fondata dubbiozza ed istintiva riluttanza » a « riversare tutta questa materia nel campo del diritto privato » (p. 83).

(287) Evocati oltre che con i richiami a Navarra, anche con riferimenti a Nicola Jaeger e a Giuseppe Chiarelli (F. COLITTO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 16).

(288) *Ibidem*, p. 17. Una visione 'pubblicistica' intrisa di richiami corporativistici che il liberale Colitto non mancherà di evidenziare durante la sua partecipazione ai lavori dell'Assemblea Costituente. Si cfr., ad esempio, il suo intervento del 3 maggio del 1947 (in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, II, Roma, Camera dei Deputati-Segretariato generale, 1970, p. 1382): « In una società bene organizzata la tutela del diritto compresa quella dei lavoratori deve essere assunta dal corpo sociale, il quale deve perfezionare la propria legislazione e le proprie istituzioni in modo che venga progressivamente abolita ogni difesa privata. Un articolo della Costituzione che decretasse libertà incondizionata di sciopero, paralizzerebbe perciò il progresso legislativo verso la tutela collettiva dei diritti. Non si dimentichi, poi, che l'esercizio dei diritti individuali o di classe debbono sempre rimanere subordinati alle esigenze del bene comune ». E, ancora, riguardo ai sindacati (p. 1383):

soprattutto mostra la povertà della visione civilistica: « non si può non riconoscere al diritto del lavoro un contenuto molto più lato di quello che ad esso sembra voglia assegnare il Santoro Passarelli, e non può contestarsi la sua autonomia scientifica, se non può contestarsi l'autonomia scientifica di un certo settore di fatti, di rapporti e norme » (289).

Il 'ritorno' della riflessione scientifica schiaccia tutte le posizioni nella nettezza dell'alternativa pubblico/privato (290). Il *fenomeno collettivo* liberato dalla veste formale in cui lo aveva ingabbiato l'ordinamento corporativo resta senza spiegazione; e mentre i privatisti tacciono, chi si sforza di indicare un diritto del lavoro dagli orizzonti più vasti è ancora troppo orfano degli schemi corporativi-

---

devono rimanere « espressione spontanea della socialità inerente alla natura umana, rocca in cui il lavoro sia al riparo dalle ingiuste aggressioni e sia considerato sempre come una palestra di ascensione operaia, senza mai diventare vivaio di agitazioni perenni, covo di speculatori o di organizzatori di scioperi, fucina di attentati alla pacifica convivenza e alla prosperità economica della Nazione ». Non è qui possibile avventurarsi in una valutazione dei diversi contributi sul punto durante i lavori dell'Assemblea costituente (le posizioni più retrive emergono, come si vede, soprattutto in riferimento al diritto di sciopero; si cfr. comunque sulla questione P. CIARLO, *Lo sciopero tra fatto e diritto nella fase della Costituente: Italia e Francia*, in U. De Siervo (a cura di) *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II: *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 341 e ss., in particolare pp. 386 e ss.); mi pare però che la questione dei rapporti tra 'vocazione' di alcuni liberali ad un intervento 'forte' sulla società civile e impostazione corporativistica non possa essere risolta nei termini perentori posti da Craveri: « qui il modello non è nemmeno quello dello 'Stato corporativo', ma pare immediatamente quello dello 'Stato di polizia' — di cui per altro il corporativismo è epigono dottrinale »; e ancora (con richiamo alla posizione di Colitto sul diritto di sciopero) « Anche in questo caso giustizialismo corporativo e liberismo stringono un ambiguo connubio » (P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, cit., pp. 96 e 97).

(289) F. COLITTO, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 16.

(290) È sufficiente scorrere le recensioni del periodo tutte intente a sottolineare con pennarello di diverso colore le parti pubblicistiche e le parti privatistiche. Ad esempio, Giorgio ARDAU (Recensione alla IV edizione di L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro...*, in *Il diritto del lavoro*, 1947, p. 306) immette ogni contributo in uno schieramento: da una parte le « trattazioni impostate ad una netta visione pubblicistica (Navarra, Mazzoni-Grechi) », dall'altra le trattazioni di « carattere privatistico » (Pergolesi, Santoro Passarelli, Barassi). Nello stesso fascicolo della rivista, Giuliano MAZZONI presenta il corso di Ardu (la Recensione è in *ibidem*, p. 307) ponendo in discussione l'esclusività dell'appartenenza del diritto del lavoro al diritto privato sostenuta dall'Autore.

stici per riuscire ad affrancarsene davvero. L'insoddisfazione verso la trattazione puramente civilistica, quando non si lascia assorbire nel rimpianto del corporativismo reale, non sa offrire molto di più del semplice richiamo a un diritto del lavoro dai contenuti vasti; un richiamo che è un mero rinvio a un futuro che si è incapaci di progettare in maniera diversa dal recente passato.

Nel clima di attesa a dominare la riflessione della dottrina resta, dunque, la crisi del corporativismo; essa guida il dibattito giuridico non solo per le indubbie continuità della mentalità degli interpreti, ma soprattutto perché nega la possibilità di 'spazi intermedi' e costringe a far quadrato attorno ad un diritto del lavoro che — abbandonato il sogno di un superamento delle categorie assolute del moderno — si ritrova diviso in settori che nessuno osa fondere. Una volta che il diritto sindacale è stato sottratto *dal cuore del diritto pubblico*, non si sa come comporre le fratture: il diritto del lavoro 'in senso ampio' ritorna, ma non ha alcun progetto e nessuno sa intravedere in questo momento elementi unitari attraverso cui leggere le sue parti.

In questo clima Lodovico Barassi può riproporre, con malcelata insoddisfazione, il suo messaggio, rinnovato più dalla caduta dell'ordinamento corporativo che dal richiamo ai principi costituzionali: « la zona centrale e fisionomica del 'diritto del lavoro' rimane pur sempre la disciplina giuridica del 'rapporto di lavoro' che raffiguro esclusivamente nel rapporto individuale tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore a lui subordinato » (291). Esiste ovviamente — aggiunge — un diritto del lavoro più ampio (il diritto del lavoro 'nella sua integrità') e di esso occorre tenere conto; ma una complessiva trattazione unitaria di quel diritto del lavoro è impossibile: « il coordinamento sistematico delle norme relative al rapporto (individuale) di lavoro, alla tutela previdenziale e all'ordinamento sindacale non può assolutamente ridurre a unità organica la trattazione » (292). La sola trattazione possibile è quella che si divide in « tre distinte analisi ricostruttive costituenti tutte insieme 'il diritto del lavoro' in senso molto ampio » (rapporto individuale di lavoro;

---

(291) L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, I, *Le fonti, il rapporto di lavoro, le qualifiche*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 5.

(292) *Ibidem*, p. 10.

tutela previdenziale e ordinamento sindacale); le diverse parti volte a comporre il tutto possono essere solo *accostate* ma non *fuse* assieme (293).

Quello che resta chiaro — e Barassi può presentare la *sua* antica ovvietà come una vittoria — è che « la piattaforma basilare » del diritto del lavoro è sempre costituita dal « rapporto (individuale) di lavoro » (294). Riguardo al diritto sindacale è meglio tacere: la considerazione della transitorietà della situazione deve spingere (così come ha fatto Santoro Passarelli) ad escludere dalla trattazione i soggetti collettivi (« non sappiamo quale sarà di quelle collettività sindacali la disciplina ») (295). Resta ferma invece, in tutta la sua rilevanza, la distinzione tra pubblico e privato (che, lo sappiamo, è per Barassi garanzia della centralità dei principi del diritto comune civilistico) che ora può essere nuovamente ribadita con forza: contro le impostazioni « estremistiche » di chi aveva preso sul serio il corporativismo (296) e contro chi, peccando di ingenuità, aveva creduto che le fumosità del diritto sociale potessero veramente scuotere le solide radici del diritto civile (297).

C'è in ogni pagina compiacimento per il ritorno di un diritto del lavoro saldamente immesso nel diritto comune civilistico *di sempre*. Forse esistono più anime del diritto del lavoro, forse le purezze assolute difese nel passato non sono più tali e occorre riconoscere che alcuni settori hanno una 'natura mista', ma quello che più conta però è evitare 'fusioni': ciascun settore ha le sue regole e il civilista sa bene quale sia la parte *preminente*. Le diverse parti, del resto,

---

(293) « Sono assolutamente convinto che in un senso puramente astratto il 'diritto del lavoro' comprende anche gli ordinamenti previdenziale e sindacale. Ma io non mi propongo di fare, in queste pagine, l'analisi completa dell'ordinamento giuridico relativo al 'diritto del lavoro'. Il mio compito è più modesto, perché limitato fondamentalmente al rapporto individuale di lavoro » (L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, I, cit., p. 11).

(294) L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*. I, cit., p. 10.

(295) Continue riserve sono rivolte verso la trattazione di Mazzoni che aveva optato per una trattazione congiunta 'tra pubblico e privato'. Cfr. L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, I, cit., p. 26 nota.

(296) « Talune estremistiche concezioni corporative del diritto finivano in genere, più o meno logicamente, con lo sboccare in una sussunzione del diritto privato nel diritto pubblico » (il riferimento va a Volpicelli). *Ibidem*, p. 16 nota.

(297) Si vedano le critiche a Lorenzo Mossa riportate sopra (nella nota 158).

possono essere solo accostate ma non unite: « ripetiamo ancora una volta che ognuna di esse mantiene la propria fisionomia » (298).

Nulla di nuovo, lievi modificazioni attorno ad alcune certezze ripetute da cinquant'anni. Mentre si respira ancora la crisi del corporativismo civilisti e pubblicisti si confrontano forti solo delle vecchie convinzioni: non hanno programmi unitari da offrire al diritto del lavoro, come le nuove riviste giuslavoristiche dell'Italia repubblicana che escono nel primo numero senza una vera parola di presentazione, senza alcun progetto (299).

### 9. *Costituzione e autonomia collettiva.*

L'entrata in vigore della Costituzione complica il quadro dottrinale soprattutto perché impone la fine del silenzio sui temi dell'ordinamento sindacale, inaugurando una letteratura sui problemi dell'attuazione del dettato costituzionale destinata a riprodersi sempre più stancamente sino alla fine degli anni Cinquanta (300). Le certezze presenti nella Costituzione aiutano solo parzialmente la dottrina ad affrontare il tema dell'unitarietà del diritto del lavoro. La Costituzione 'da sola' non basta a sostenere il telaio concettuale di cui necessita la disciplina: le distinzioni tra i diversi settori non comunicanti permangono, così come prosegue il conflitto tra interpretazioni disomogenee (pubblicistiche e privatistiche) delle eredità del passato. La prospettiva di una *terza via* costituzionale si rivela debolissima (o solo — ripetendo la fortunata formula di Enzo Cheli — presbite). La Costituzione è utilizzata per illuminare il tutto ma quasi sempre la rappresentazione di quel tutto è nel diritto del lavoro semplice conferma delle ripartizioni antecedenti o, tutt'al più, spazio dogmaticamente 'neutro' per incasellare a forza un ordinamento sindacale che si ribella al diritto pubblico e al

(298) L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*. I, cit., p. 45.

(299) Il primo numero, 1949, della *Rivista di diritto del lavoro* (diretta da Lodovico Barassi, Paolo Greco, Giuliano Mazzoni, Ferruccio Pergolesi, Francesco Santoro Passarelli e Guido Zanobini; direttore responsabile Vincenzo Carullo) si apre con un articolo di Barassi.

(300) Cfr. M. GRANDI, *I problemi del lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica*, cit.; G. PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, cit.

diritto privato. Diversamente illuminate dalla luce della Costituzione le settoriali certezze antecedenti spesso si rafforzano ma inevitabilmente mutano: se è impossibile fondere le diverse anime del diritto del lavoro, sono possibili sofisticate miscele tra tradizione civilistica e principi costituzionali, tra Codice civile 'corporativizzato' e Codice civile 'costituzionalizzato'. L'equilibrio tra i diversi elementi è, nel primo periodo postcostituzionale, spesso precario, così accade che quando un po' ingenuamente si scopre il divario tra le norme del Codice civile del fascismo e quelle della Costituzione repubblicana si parli di 'crisi del diritto del lavoro'.

Con la Costituzione, dunque, il quadro tracciato dalla dottrina si complica e si arricchisce. La posizione più rilevante è quella assunta da Francesco Santoro Passarelli le cui edizioni delle *Nozioni di diritto del lavoro* registrano puntuali il cambiamento: abbandonate le certezze civilistiche della prima edizione, l'Autore avvia una riflessione sull'*intima unità* della disciplina cui resterà fedele sino agli ultimi suoi interventi giuslavoristici. La pagina del 1945 riscritta nella quarta edizione del 1948 è resa con pochi tocchi molto diversa: « La ragione per cui il diritto del lavoro si distingue dalle altre discipline giuridiche e si ribella alla stessa partizione, tutt'altro che netta, del diritto nei due rami del diritto pubblico e privato, la ragione che costituisce *il principio di unificazione* delle tre parti, apparentemente eterogenee, del diritto del lavoro ... sta nell'*implicazione della persona del lavoratore* nel lavoro prestato ad altri ». È a tale diritto del lavoro caratterizzato da « intima unità », e permeato dai principi costituzionali, che si fa ora riferimento <sup>(301)</sup>.

---

<sup>(301)</sup> « La soppressione dell'organizzazione corporativa e la scomparsa del diritto corporativo hanno avuto per conseguenza un ampliamento della sfera del diritto del lavoro, che oramai comprende tutta la disciplina riguardante il lavoro e della quale ... si è posta in luce l'intima unità ». F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1948 (quarta edizione), pp. 9 e p. 11. In una recensione a questa quarta edizione (in *Il diritto del lavoro*, 1949, 1, pp. 33 e ss.) Paolo Greco rileva che i rapporti ricompresi da Santoro Passarelli nell'ambito del diritto del lavoro (diritto sindacale e previdenza) non vengono comunque trattati « il sistema ... si limita al *rapporto di lavoro* »: « il titolo dell'opera è più ampio del suo effettivo contenuto ». Solo a partire dall'edizione successiva ci saranno riferimenti al diritto sindacale. Rilievi simili erano stati mossi nei confronti della seconda edizione delle *Nozioni* (1946) in una breve recensione di Walter BIGIARI (in *Rivista di diritto processuale*, 1947, p. 79): « Da un punto di vista

Il diritto del lavoro ha una sua complessiva unitarietà che è più dell'accostamento dei singoli pezzi muniti di fisionomia autonoma: esiste « un unico asse che è il principio della loro unificazione » attorno a cui ruotano i diversi settori, esiste un'unità da rintracciare « oltre i problemi pratici ... e teorici », « oltre i confini dell'interpretazione », « penetrando lo spirito, l'essenza della nuova disciplina » (302). Tutto ruota attorno al riferimento alla personalità del lavoratore e ad un contratto che « per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene »: « qui sta ... la spiegazione di tutto il diritto del lavoro » (303), sta qui « l'essenza » unitaria del diritto del lavoro (304). Il sindacato

---

didattico ... trovo che una più ampia considerazione degli aspetti pubblicistici del tema avrebbe notevolmente accresciuto l'utilità del corso, che altrimenti buona parte della materia, un tempo ricompresa nel diritto sindacale e corporativo, resta lettera morta per gli studenti ».

(302) « Il bandolo della arruffata matassa della ragione di questa disciplina, della sua peculiarità, per cui si distingue da ogni altra disciplina giuridica, e si ribella alla stessa partizione, più che altro scolastica, del diritto in diritto pubblico e privato ... il bandolo della sua unità, per cui si scopre che il diritto dei sindacati e degli atti di disciplina collettiva, quello dei rapporti individuali di lavoro e quello della previdenza sociale, pure apparentemente così eterogenei tra loro, rotano idealmente attorno ad un unico asse che è il principio della loro unificazione, quel bandolo non si trova che risalendo oltre i problemi pratici e anche teorici limitati e contingenti, oltre i confini dell'interpretazione delle norme che costituiscono il diritto del lavoro, penetrando lo spirito, l'essenza della nuova disciplina. Questa è la via da battere, se si vogliono gettare le basi di una elaborazione scientifica del diritto del lavoro ». F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., p. 1070.

(303) *Ibidem*, p. 1071.

(304) Il termine « essenza del diritto del lavoro » è particolarmente caro a SANTORO PASSARELLI; si cfr., a mo' d'esempio: « Il diritto del lavoro non s'intende nella sua vera essenza, in quello che potremmo dire il suo spirito, se non lo si consideri come il diritto dei soggetti e delle istituzioni del lavoro. Questa è la sua storia e questa, anche oggi, la sua realtà. In questo senso deve ammettersi la sua specialità e la sua organicità » (*Specialità del diritto del lavoro*, cit., p. 348); « c'era un diritto chiamato corporativo, di netta impostazione pubblicistica ... dopo la cessazione dell'ordinamento che fu detto corporativo ... tutto cambiava nell'essenza della disciplina. Il diritto del lavoro non era più informato al principio di autorità, ma di libertà » (*Pluralismo e partecipazione. In memoria di Ubaldo Prosperetti*, 1983, in F. SANTORO PASSARELLI, *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, Jovene, 1988, pp. 249-250); « nella sua genuina essenza il diritto del lavoro è diritto civile » (*Compleanno di un libro*, 1984, in *Ordinamento e diritto civile*, cit., p. 8).

dei lavoratori è collegato alla stessa *essenza* (l'implicazione nel lavoro della persona del lavoratore) e così anche gli strumenti utilizzati dal sindacato per correggere le disparità cui quella condizione dà luogo: il contratto collettivo (strumento pacifico di soluzione dei conflitti di interesse) e lo sciopero (strumento di lotta) <sup>(305)</sup>. *Strutture* diverse confluiscono entro uno stesso *principio unitario*, convergono verso uno *stesso fine*: «l'implicazione della persona del lavoratore nel lavoro ... è veramente 'il punto al qual si traggono d'ogni parte i pesi', il principio unitario del diritto del lavoro, amalgama di norme di diritto privato e pubblico, di strutture profondamente diverse, eppure cospiranti ad un solo fine, la salvezza della libertà, anzi della stessa personalità del lavoratore» <sup>(306)</sup>.

La questione centrale è quella di ricomporre la frattura interna al diritto del lavoro, di riuscire a parlare della realtà sindacale senza separarla ancora dal resto dell'analisi; da questo punto di vista il lungo dibattito sull'attuazione dell'articolo 39 della Costituzione può essere anche considerato come ricerca di una composizione, di una sintesi tra i diversi volti del diritto del lavoro. Proverò qui a illustrare quest'aspetto accennando alla progressiva formulazione nell'opera di Francesco Santoro Passarelli della nozione di autonomia privata collettiva.

La Costituzione c'è: la lettura che, fondendo assieme i diversi aspetti, unisce la disciplina deve confrontare la dimensione sociale con quella giuridica senza andare «al di là della Costituzione» <sup>(307)</sup>, senza separare artificiosamente «problemi di diritto privato e problemi di diritto pubblico», senza confondere «problemi di politica legislativa astratta e problemi di applicazione della norma costitu-

---

<sup>(305)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., quarta edizione, pp. 12 e 13. E ovviamente è molto rilevante il fatto che l'intera materia sia costituzionalizzata: «la Costituzione garantisce, contemplandoli, il sindacato, il contratto collettivo ... e lo sciopero» (*ivi*). Sul nesso unitario che lega sindacato, contratto collettivo e sciopero si veda *Id.*, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., pp. 1071 e ss.; riguardo al settore previdenziale si veda *Id.*, *Rischio e bisogno nella previdenza sociale* (1948), in *Saggi di diritto civile*, II, cit., pp. 1151 e ss.; ma in particolare pp. 1171.

<sup>(306)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., p. 1076.

<sup>(307)</sup> Le affermazioni sono tratte dalle parole che precedono l'intervento (*Composizione dei conflitti collettivi di interesse*) nel *Convegno Nazionale di Studi Sindacali* (28-29 e 30 ottobre 1949), *Atti Ufficiali*, Roma, Tip. Pinto, 1949, pp. 97 e ss. (p. 97).

zionale». Santoro Passarelli è particolarmente deciso su questo punto nel momento in cui, presentando la sua relazione al Convegno Nazionale di studi sindacali organizzato dalla Camera di Commercio di Roma, polemizza con Carnelutti. La complessiva unitarietà del diritto del lavoro va contemplata — dice — entro «la scatola» costituzionale<sup>(308)</sup>. Ed è proprio dal tentativo di leggere l'universo del diritto del lavoro entro quella 'scatola costituzionale' che nasce il primo abbozzo della nozione di autonomia collettiva. Non si tratta solo di affermazioni polemiche rivolte contro un Carnelutti che non cessa di guardare ai nuovi fenomeni con lenti vecchissime; c'è infatti un fitto intreccio nelle pagine di Santoro Passarelli tra analisi di diritto positivo e rinvio al progetto costituzionale, tra confini invalicabili dell'assetto privatistico e rinvio ad un'unitarietà del diritto del lavoro che sta *oltre* lo stesso diritto privato, in quel disegno 'buono o cattivo che sia' tracciato nella Costituzione. La fortunata nozione di autonomia collettiva risente soprattutto di quest'intreccio: è in parte ricerca di un'unitarietà del diritto del lavoro che guarda alla realtà della libertà sindacale (forte del riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero), avvalendosi per descriverla del consolidato strumentario civilistico, ed è in parte progetto di un diritto del lavoro unitario che può essere mostrato soltanto attraverso la via tracciata dall'articolo 39 della Costituzione. È proprio quell'articolo che pare offrire infatti gli elementi per ricomporre la

---

<sup>(308)</sup> Entrambe le affermazioni si inseriscono nel contesto della replica di Santoro Passarelli alle osservazioni di Carnelutti: «Carnelutti ha parlato di una visione angusta e microscopica dei fenomeni, di cui avremmo peccato tanto Mazzoni che io, ed ha affermato che il sindacalismo di cui avevamo tratteggiato alcuni aspetti, era sindacalismo in scatola. Ora io penso che abbia avuto ragione di parlare di sindacalismo in scatola, perché il sindacalismo di cui ci siamo occupati è precisamente contenuto in quella scatola, buona o cattiva, capace o angusta, che è la Costituzione». *Convegno Nazionale di Studi Sindacali* (28-29 e 30 ottobre 1949), *Atti Ufficiali*, cit., p. 168. L'intervento di MAZZONI (*L'autonomia sindacale e il problema delle garanzie della libertà sindacale*) è in *ibidem*, pp. 17 e ss.; mentre quello di CARNELUTTI è alle pp. 106 e ss. Sempre nello stesso anno si veda anche F. SANTORO PASSARELLI, *Verso la legge sindacale*, in *Il diritto del lavoro*, 1949, 1, pp. 274 e ss.; ed ancora lo schema su 'Sindacato e contrattazione collettiva' predisposto come contributo alla redazione del progetto legislativo da un gruppo di studiosi riuniti dalla rivista «Il diritto del lavoro»: *Schema per la disciplina dei sindacati e dei contratti collettivi* (accompagnato da una *Relazione* di cui sono estensori, F. SANTORO PASSARELLI e L. A. MIGLIORANZI), in *Il diritto del lavoro*, 1949, 1, pp. 3 e ss.

frattura ancora insanabile tra la ricostruzione privatistica e quella pubblicistica. La principale nozione privatistica che consente di *fondere* assieme il diritto del lavoro non emerge insomma all'improvviso, come un tutto unitario ben delineato sin dall'inizio <sup>(309)</sup>.

L'autonomia collettiva è espressione dell'esistenza di un interesse collettivo (particolare ma non individuale) di cui sono portatori i sindacati <sup>(310)</sup>. L'interesse collettivo è « preminente », ha « priorità » sugli interessi individuali già nell'ambito del diritto privato <sup>(311)</sup>: « l'interesse collettivo ... è per sé un interesse privato, e gli strumenti per la sua realizzazione sono quelli del diritto privato » <sup>(312)</sup>. Se si parte da questa piccola certezza offerta dalla ricostruzione sistematica del diritto civile, nel momento in cui si pone la questione di come comporre pacificamente le controversie collettive si profilano più soluzioni: una « soluzione eteronoma » (l'intervento della legge), una « soluzione autonoma » che scaturisce

<sup>(309)</sup> Da questo punto di vista mi pare insoddisfacente la ricostruzione di Tarello che presenta la nozione di autonomia collettiva come il centro di una lineare offensiva privatistica sin da subito caratterizzata « in modo chiarissimo » da una « particolare pregiudiziale ideologica », sin da subito volta a raggiungere « particolari effetti pratici » lucidamente intravisti. (G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., p. 31). Mi pare che si sottovaluti l'intreccio cui si fa riferimento nel testo e, di conseguenza, spesso si appiattisca entro una configurazione (ideologicamente) unitaria una prospettiva 'privatistica' che (già nell'opera dello stesso Santoro Passarelli) è molto più articolata. Una puntuale osservazione sulla questione è in G. GIUGNI (*Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, cit., p. 204): « l'elaborazione della nozione centrale di autonomia privata collettiva ha avuto luogo non tanto in ragione del sistema sindacale reale, quanto piuttosto di quello ipotizzato dall'art. 39 Cost. ».

<sup>(310)</sup> Le pagine dell'intervento (*Composizione dei conflitti collettivi di interesse*) vengono fissate poi nello scritto *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero* (1949), in *Saggi di diritto civile*, I, cit., pp. 177 e ss. Ma non è questo il momento in cui la teoria è compiutamente delineata; il suo pieno svolgimento si avrà infatti solo con la relazione tenuta all'Accademia Nazionale di Lincei nel marzo del 1954 (cfr. infra n. 10).

<sup>(311)</sup> A provarlo sono — nella nota ricostruzione di Santoro Passarelli — due norme: « Le due norme sono quella relativa al mandato conferito non solo nell'interesse del mandante, ma anche di terzi, e quella relativa al mandato conferito da più persone per un affare di interesse comune. L'interesse collettivo servito sottrae in questi casi il mandato all'influenza della mutevole volontà o delle vicende personali del mandante o di uno dei mandanti (articoli 1723 co. 2; 1726 cod. civ.) ». F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, cit., p. 179 e 180.

<sup>(312)</sup> *Ibidem*, p. 181.

dal diritto dei privati e dalla presenza dell'autonomia collettiva e una « soluzione intermedia » quella indicata nell'articolo 39 della Costituzione <sup>(313)</sup>. La disciplina dettata dalla Costituzione (« il regolamento collettivo in forma contrattuale ») si incunea tra le altre due (quella privatistica e quella pubblicistica), si « inserisce tra il contratto collettivo, espressione di autonomia privata secondo il diritto comune, e la legge » <sup>(314)</sup>, trasformando la stessa natura dell'atto di autonomia dei privati: nella soluzione della Costituzione « l'atto di autonomia privata sembra assumere così valore normativo, di legge in senso materiale » <sup>(315)</sup>.

Sta proprio in tale potere normativo la particolarità della soluzione intermedia che offre lo strumento per varcare i limiti ultimi raggiungibili dall'interpretazione sistematica dei contratti collettivi di diritto comune. La soluzione costituzionale permette di superare le « angustie del diritto contrattuale comune, con efficacia ristretta agli iscritti ai sindacati contraenti » <sup>(316)</sup>, offre il « contratto collettivo con valore normativo »: la rappresentanza unitaria e proporzionale al numero degli iscritti dei sindacati registrati può così « dettar legge » <sup>(317)</sup> e i collegi « cui è demandata la pubblica funzione della formazione dei contratti collettivi con valore normativo per l'intera categoria » conseguono gli effetti che erano attribuiti ai contratti collettivi « nell'ordinamento preesistente » <sup>(318)</sup>.

L'espansione massima attribuita all'autonomia collettiva dalla via intermedia indica i limiti intrinseci ai contratti collettivi regolati *interamente* dal diritto comune ed efficaci solo per gli iscritti <sup>(319)</sup>. Superando i limiti di una visione privatistica che sul punto resta *angusta*, la soluzione costituzionale consente di raggiungere la « norma collettiva », la « contrattazione collettiva di diritto pubblico

---

<sup>(313)</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>(314)</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>(315)</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>(316)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Presente e avvenire del contratto collettivo in Italia* (1949), in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, I, cit., p. 208.

<sup>(317)</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>(318)</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>(319)</sup> *Ibidem*, p. 210.

a servizio dell'intera categoria » <sup>(320)</sup>. Esiste quindi una precisa gerarchia: *interesse individuale*, *interesse collettivo* (autonomia collettiva); *interesse di categoria* (norma collettiva-legge di categoria). Quest'ultimo ha carattere esclusivo: esiste una « preminenza dell'interesse della categoria » sui gruppi particolari <sup>(321)</sup>.

La costruzione privatistica è incapace di raggiungere gli obiettivi dell'articolo 39 della Costituzione; è quell'articolo che consente di travalicare la distinzione tra pubblico e privato, la contrapposizione tra analisi *de jure condendo* e analisi *de jure condito*. È il carattere 'normativo' del contratto collettivo a colmare il vuoto lasciato dall'assetto corporativo (il diritto sindacale — come si affermava nella prima edizione delle *Nozioni* — prende così *esattamente il posto del cessato diritto corporativo*) e a rendere possibile quella trattazione unitaria del diritto del lavoro impossibile da compiere attenendosi al solo diritto privato.

L'attuazione dell'articolo 39 ha, dunque, una valenza generale. L'attuazione del disegno costituzionale consente di superare i limiti del diritto privato e unifica il diritto del lavoro. Di fronte ai molti interventi che nel *Primo Congresso internazionale di diritto del lavoro* di Trieste, nel maggio del 1951, insistevano per l'autonomia della disciplina fondandola su l'esistenza di principi generali propri, rafforzati dalla presenza di 'comuni' principi di difesa della persona del lavoratore presenti nel diritto internazionale <sup>(322)</sup>, Santoro Passarelli nega decisamente che la questione dell'autonomia della disciplina possa essere ancora affrontata in quei termini. Quel problema « è superato », così come superato appare il problema della configurazione del diritto del lavoro come diritto sociale: « noi possiamo dire che, con la nostra disciplina, il diritto viene ad assumere una

---

<sup>(320)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Contratto collettivo e norma collettiva* (1949), in ID., *Saggi di diritto civile*, I, cit., p. 215.

<sup>(321)</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>(322)</sup> In tal senso negli *Atti del primo congresso internazionale di diritto del lavoro*, Trieste, 24-27 maggio 1951, Trieste, Ed. Univ. di Trieste, 1952, si cfr. in particolare gli interventi di G. MAZZONI, *Contiene il diritto del lavoro principi generali propri?* (alle pp. 501 e ss. e ora in ID., *Scritti minori*, cit., I., pp. 121 e ss.); S. LEGA, *Per una nozione di 'diritto comune del lavoro'* (pp. 476 e ss.); W. CESARINI SFORZA, *Sul concetto di diritto comune del lavoro* (pp. 419 e ss.); L. VIESTI, *Autonomia scientifica del diritto del lavoro e diritto internazionale del lavoro* (pp. 380 e ss.).

terza dimensione. Mentre tradizionalmente il diritto ha considerato l'individuo di fronte all'altro individuo, oppure gli individui nella comunità politica generale, ora prende a considerare gli individui nelle comunità particolari alle quali appartengono, soprattutto in ragione della loro attività professionale» <sup>(323)</sup>.

A garantire l'autonomia di questa *terza dimensione* non basta, però, il diritto privato; la piena realizzazione della 'vocazione' della disciplina si ottiene unendo pubblico e privato, superando i limiti ultimi della visione contrattuale per accedere alla disciplina *contrattuale e normativa* offerta dalla Costituzione. Santoro Passarelli non ha dubbi nel respingere la netta alternativa posta da Tullio Ascarelli nel suo intervento congressuale (« o libertà individuale e regime contrattuale, o intervento paternalistico dello Stato »). Esiste — afferma — una via ulteriore: « a me preme rilevare che fra la soluzione contrattualistica e la soluzione statualistica si profila la nostra soluzione costituzionale, che mi sembra organica e destinata ad avere per sé l'avvenire, superate che siano le difficoltà applicative. Disciplina contrattuale e non legale, ad opera però delle categorie organicamente considerate nella loro unità » <sup>(324)</sup>.

La questione di fondo, insomma, è quella che Cesarini Sforza presentava come il problema della 'trasposizione' degli interessi di gruppo nell'interesse generale, quella della composizione 'organica' del pulviscolo di interessi particolari entro un indirizzo comune: quella trasposizione si realizza soltanto in virtù dell'effetto normativo del contratto collettivo. La soluzione continua ad essere pensata in prosecuzione dell'ordinamento corporativo: la « soluzione costituzionale » assorbe il momento collettivo e rende possibile, al di là della distinzione tra pubblico e privato, un diritto del lavoro autonomo.

La lettura di Santoro Passarelli è fortemente unitaria: la costruzione privatistica dell'autonomia collettiva innova la tradizione del

---

<sup>(323)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Discorso conclusivo*, in *Atti del primo congresso internazionale di diritto del lavoro*, cit., pp. 547 e ss. ora, con il titolo *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, in ID., *Saggi di diritto civile*, II, cit., p. 1077 e ss., cit. da p. 1078.

<sup>(324)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 1079. L'importante intervento di Tullio ASCARELLI, *Formazione di un diritto comune europeo* (negli *Atti*, cit., alle pp. 40 e ss.) è ora in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, alle pp. 135 e ss. (con il titolo *Su un diritto comune del lavoro*).

diritto comune civilistico ma è fortemente influenzata dal sistema *da attuare*; solo l'attuazione del modello costituzionale potrà sanare le fratture dovute alla caduta dell'ordinamento corporativo. È solo qualche anno dopo, nel 1954, che la lettura privatistica diverrà più ampia, più ambiziosa, ponendosi essa stessa come complessivo momento di unione dell'intero assetto giuslavoristico. Nella permanente transitorietà del diritto del lavoro l'autonomia privata collettiva da strumento di supporto del disegno costituzionale diverrà invece il tassello essenziale per affermare la teoria del contratto collettivo di diritto comune <sup>(325)</sup>.

#### 10. Taormina 1954.

« Devo dire che certe connessioni, certe verità profonde ... non mi erano mai riuscite così chiare come mi sono apparse oggi ». Così Santoro Passarelli nel suo intervento del marzo 1954 ai Lincei in un incontro dedicato al tema dei rapporti tra Stato e sindacati <sup>(326)</sup>. È il momento in cui la teoria dell'autonomia collettiva è prospettata — è lo stesso Autore a sottolinearlo — in una « nuova formulazione »; si abbandona la spiegazione normativa dall'articolo 39 Cost. proponendo una lettura unitaria del contratto collettivo di diritto comune e del contratto con efficacia *ultra partes* richiamato dalla Costituzione <sup>(327)</sup>. La prospettiva privatistica è ora più ambiziosa, più lucida e, con maggior forza che in passato, tende a rompere i nessi di sudditanza (psicologica) verso le ricostruzioni riconducibili al cor-

---

<sup>(325)</sup> Cfr. G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit.; G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, cit., pp. 202 e ss.

<sup>(326)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in Accademia nazionale di Lincei, Quaderno n. 37, *Rapporti tra Stato e sindacati* (Relazioni e discussioni, 12 marzo 1954), Roma, Acc. Naz. Dei Lincei, 1956, p. 20 (anche in ID., *Saggi di diritto civile*, I, p. 139. Continuerò a citare da questo testo).

<sup>(327)</sup> A segnalare come vero momento di svolta nell'elaborazione del concetto di autonomia collettiva l'intervento del 1954 ai Lincei è lo stesso Santoro Passarelli: « Il mio stesso concetto di autonomia collettiva, in questi anni di riflessione, si è venuto modificando, ha trovato una nuova formulazione nella mia relazione ai Lincei sui rapporti fra Sindacati e Stato » (F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia* (1956), in ID., *Saggi di diritto civile*, I, cit., pp. 234 e 235).

porativismo <sup>(328)</sup> e a differenziarsi completamente dalle soluzioni pubblicistiche. Il divario teorico tra la posizione ‘pubblicistica’ e quella ‘privatistica’ cresce: le due prospettive stanno sistemando i loro conti con il passato e rivendicano, appellandosi a diverse letture della Costituzione, una complessiva proiezione unitaria del modello offerto alla disciplina; non leggono molto diversamente la realtà sociale del periodo ma molto diversi sono i programmi, i manifesti offerti alla disciplina. La divergenza tra le prospettive rende impossibili le vie intermedie; la fusione tra i diversi volti del diritto del lavoro appare in questo momento possibile solo rivendicando un’esclusiva appartenenza al diritto pubblico o al diritto privato. Il mese dopo l’incontro all’Accademia Nazionale dei Lincei, nell’aprile del 1954, a Taormina, lo scontro tra le due prospettive diviene nettissimo.

La rappresentazione privatistica rivendica, dunque, una sua maggiore espansione. Le pagine di Santoro Passarelli del 1954 sono una ferma critica che, in fondo, l’Autore rivolge a se stesso: nel recente passato non ha osato abbastanza, si è fermato troppo presto nel segnare confini invalicabili per il diritto privato. La « nuova formulazione » della nozione di autonomia collettiva propone ora quel passo ulteriore ritenuto impossibile prima. L’efficacia dei contratti collettivi estesa a « *tutti* gli appartenenti alla categoria professionale » era apparsa sino a quel momento impossibile da realizzare permanendo entro gli schemi del diritto privato (« sembra che non bastino più gli strumenti del diritto privato e che debba ricercarsi nel potere pubblico la fonte di questa efficacia *ultra partes*, rispetto alla quale i contratti collettivi si porrebbero in realtà come *leggi*, sia pure come *leggi professionali* di provenienza sindacale »). L’impossibilità del diritto privato di spiegare l’efficacia *ultra partes* del contratto collettivo (con la conseguente necessità di affidarsi alla soluzione costituzionale) è ora superata espandendo il concetto di autonomia collettiva e la *spiegazione privatistica* (« noi crediamo che sia possi-

---

<sup>(328)</sup> La lettura privatistica più lucida in tale direzione si avrà però solo anni dopo, nella prolusione bolognese del 1963 di Federico MANCINI, ora con il titolo *Il problema dell’articolo 39 (libertà sindacale e contratto collettivo ‘erga omnes’)* in ID., *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 133 e ss., si veda in particolare la nota 28, pp. 159 e 160, per un richiamo alla tesi di Santoro Passarelli.

bile mantenere nell'ambito dell'autonomia negoziale e non sia necessario trasportare nel campo della potestà pubblica normativa la spiegazione dell'efficacia *ultra partes*. Questa spiegazione privatistica è possibile »<sup>(329)</sup>) e negando ogni compromesso con una soluzione pubblicistica che « altera e falsa l'assetto autonomistico del libero sindacato »<sup>(330)</sup>. La soluzione puramente privatistica ha ora il dichiarato obiettivo di proporsi come 'un tutto', capace anche di fare a meno dell'articolo 39 di cui adesso si scorgono le assonanze con la soluzione corporativa che, in cambio della « efficacia normativa », aveva imposto l'assorbimento del sindacato nello Stato autoritario<sup>(331)</sup>.

L'efficacia del contratto collettivo non può essere ridotta alla sola efficacia *inter partes* del contratto (« come mostra di ritenere il collega Esposito nella sua relazione a questo Convegno, accogliendo, egli pubblicista, una concezione ultraprivatistica del contratto collettivo »<sup>(332)</sup>), non è detto però che la sola via obbligata per raggiungere questo obiettivo della efficacia *ultra partes* del contratto sia quella tracciata dalla Costituzione. Santoro Passarelli abbandona la convinzione che caratterizzava le pagine degli anni antecedenti: rifiuta la spiegazione normativa (« incompatibile con la libertà dell'organizzazione sindacale ») e pone l'intero fenomeno della contrattazione collettiva sotto l'ombrello privatistico dell'autonomia collettiva intesa come « *autonomia negoziale* »<sup>(333)</sup>. Anche il contratto

---

<sup>(329)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, cit., p. 143.

<sup>(330)</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>(331)</sup> *Ibidem*, pp. 144 e 145.

<sup>(332)</sup> *Ibidem*, p. 147. Si veda l'intervento di C. ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana* (poi in ID., *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova, 1954) nel già citato Quaderno 37 dell'Accademia nazionale dei Lincei, in particolare alle pp. 35 e 36. Riguardo alla posizione di Esposito si cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Rapporti economici-sociali e sindacali*, in *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Convegno Nazionale, Università di Macerata, 5-6 aprile 1991, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 185 e ss., p. 194. Per un più ampio inquadramento delle influenze del pensiero di Carlo Esposito nella giuslavoristica è utile confrontare però l'antologia (curata da F. Mancini e U. Romagnoli) *Il diritto sindacale*, Bologna, il Mulino, 1971, pp. 15 e ss.

<sup>(333)</sup> « L'autonomia collettiva va intesa *in senso tecnico*, sia che la si intenda quale *autonomia normativa* ... sia che la si intenda quale *autonomia negoziale*, come ora inclino a credere, dopo avere in passato ritenuto che si trattasse bensì di una vera e propria

collettivo con efficacia generale è contratto vero e proprio (« non ha più soltanto il corpo, ma l'anima del contratto »<sup>(334)</sup>) e, essendo « organizzazione di diritto privato dell'autonomia del gruppo », ha una natura privatistica che è espressione degli interessi di « gruppi sociali intermedi ... comunità particolari in cui si articola la società generale e in cui si svolge la personalità dei singoli », interessi che « non sono da confondere con gli interessi pubblici »<sup>(335)</sup>.

A fine aprile del 1954, organizzato dall'Università di Messina, si svolge a Taormina il primo *Congresso nazionale di diritto del lavoro*, al tavolo dei relatori siedono Francesco Santoro Passarelli assieme a un altro illustre civilista, Salvatore Pugliatti, e a un costituzionalista, Costantino Mortati<sup>(336)</sup>. Lo scontro tra la visione privatistica di un

autonomia, ma di autonomia normativa » (F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra sindacati e lo Stato*, cit., p. 148).

<sup>(334)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, cit., p. 234.

<sup>(335)</sup> *Ibidem*, p. 238. « La difficoltà che ha fermato i cultori di diritto del lavoro, di ricondurre all'autonomia l'efficacia generale del contratto collettivo, previsto dall'art. 39, in realtà non sussiste. In realtà non v'è alcuna necessità di continuare a supporre che esso costituisca un atto normativo delegato o riservato dallo Stato ai sindacati registrati. L'organizzazione delineata nell'art. 39 non è un'organizzazione pubblicistica di attività normativa, ma un'organizzazione di diritto privato dell'autonomia del gruppo, perché, pur rimanendo libera di fronte allo Stato, prevalga sull'autonomia individuale, organizzazione simile in sostanza a quella stabilita per la famiglia, nonostante la diversità degli istituti, corrispondente alla profonda diversità dei due gruppi ». E qualche anno dopo si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva* (1959), in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, I, cit., pp. 253 e ss., in particolare p. 264. La lettura più suggestiva caratterizzata da tale prospettiva è quella proposta da P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, in *Id.*, *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, Cedam, 1987 (ristampa dell'ed. Bologna, 1966), pp. 139 e ss.

<sup>(336)</sup> Gli Atti del Convegno, tenutosi dal 22 al 25 aprile, non furono pubblicati. La relazione di PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, può essere letta nella *Rivista giuridica del lavoro*, 1954, 1, pp. 135 e ss.; quella di MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, 1, pp. 149 e ss.; la relazione di SANTORO PASSARELLI (*Il diritto del lavoro nel sistema del diritto*) non fu pubblicata. Per un complessivo resoconto del Convegno si veda: L.A. MIGLIORANZI, *In margine al Congresso di Taormina (22-25 aprile 1954). Il diritto del lavoro nel sistema del diritto. Il lavoro nella Costituzione. Lavoro e proprietà nell'impresa*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, 1, pp. 213 e ss.; un ampio resoconto è in una lunga nota (*Il Congresso nazionale di diritto del lavoro*) in *Rivista giuridica del lavoro*, 1954, 1, pp. 177 e ss. Si veda anche, però, A.C. JEMOLO, *All'indomani del congresso di diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pp.

Santoro Passarelli, consapevole di aver raggiunto la massima chiarezza nell'esplicazione della sua teoria dell'autonomia collettiva come momento di sintesi (privatistica) del diritto del lavoro, e la prospettiva (pubblicistica) di Costantino Mortati, il cui intervento è tra i momenti più significativi della sua riflessione sull'indirizzo politico e della sua tensione verso una piena attuazione del programma costituzionale, è inevitabile. Le distanze tra le diverse prospettive appaiono incolmabili, separate da quell'abisso (in gran parte immaginario) scavato negli anni antecedenti dalle opposte rivendicazioni di assolutezze. È il momento più alto di confronto tra due letture della Costituzione e due progetti giuridici; ed è anche il punto di arrivo di due linee che ancora fortemente risentono di solide radici ben piantate nel passato. Oltre quel punto si apriranno nuove frontiere per il diritto del lavoro.

Lo scontro tra lettura 'privatistica' e lettura 'pubblicistica' caratterizzò l'intero incontro, mentre sullo sfondo incombeva, accentuato dalla diversità dei linguaggi, il tema della crisi che, inevitabilmente, si sovrapponeva a quello di una *necessaria evoluzione* di un diritto del lavoro sospinto in direzioni diverse <sup>(337)</sup>. Costantino Mortati non può condividere la *spiegazione privatistica* di Santoro Passarelli, non può accettare la visione di un rapporto di lavoro avente comunque la sua essenza nello schema del rapporto di scambio <sup>(338)</sup>, né può condividere la complessiva configurazione privatistica dell'autonomia collettiva e quella piena appartenenza del sindacato al diritto privato che si presenta ai suoi occhi come riconoscimento di un pluralismo incapace di giungere a una sintesi con l'indirizzo politico, di un pluralismo che è solo vago riconoscimento di interessi privi di quel necessario collegamento con l'unitario progetto di trasformazione sociale tracciato nella Costituzione.

---

433 e ss.; G. MAZZONI, *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro? (note ad un Congresso)* (1954), ora Id., *Scritti minori*, cit., vol. I, pp. 129 e ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 5 e ss. (l'intera premessa muove da riflessioni relative al Congresso di Taormina). Una recente rievocazione di quella esperienza congressuale è stata offerta da Gino GIUGNI nel suo intervento già citato su *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*.

<sup>(337)</sup> Cfr. G. MAZZONI, *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro?*, cit.

<sup>(338)</sup> Durante il Convegno di Taormina insiste ampiamente sul punto anche PUGLIATTI nella sua relazione (*Proprietà e lavoro nell'impresa*, cit., pp. 145 e ss.).

Il problema di Mortati è quello di congiungere la pluralità di interessi sociali riconosciuti dalla Costituzione con lo spirito di trasformazione tracciato nella stessa Costituzione, è quello di coordinare e di indirizzare gli interessi particolari in conformità all'interesse generale desumibile dall'*essenza* del disegno costituzionale.

La prospettiva pubblicistica si oppone inevitabilmente ad un'espansione delle frontiere del diritto privato e, pur guardando con attenzione all'autonomia delle formazioni sociali, tende comunque a inquadrarle entro lo Stato, prospettando la loro autonomia solo in funzione di tale appartenenza. Tale divario tra 'autonomia privatistica' e 'autonomia pubblicistica' naturalmente suscita nella discussione congressuale dispute sulla natura del sindacato e del contratto collettivo fortemente influenzate dalle riletture dell'esperienza corporativa e provoca l'ennesima disputa tra « non negatori e negatori del sistema corporativo »<sup>(339)</sup>. Sarebbe comunque scorretto considerare la posizione pubblicistica come riconducibile entro la vuota etichetta di una visione corporativistica che trova ancora in Mortati un portabandiera<sup>(340)</sup>. A determinare lo scontro (*aspro e fermo*) tra Mortati e Santoro Passarelli<sup>(341)</sup> non è la distanza tra una visione pluralistica libera da ogni residuo orpello corporativistico e una prospettiva sta-

---

<sup>(339)</sup> Riguardo alle discussioni tra « pubblicisti e privatisti » « sulla natura del sindacato e del contratto collettivo » (« simile alla controversia sul sesso degli angeli ») annota MIGLIORANZI che « il dibattito ha finito nelle ultime ore a slittare, come era prevedibile, in un contrasto tra sostenitori e negatori del sistema corporativo, o più precisamente tra non negatori e negatori del sistema corporativo » (*In margine al Congresso di Taormina*, cit., p. 214).

<sup>(340)</sup> Non è inquadrabile in tal senso l'intervento del 1954; ma è difficilmente qualificabile come corporativistico anche il complessivo disegno portato avanti da Mortati in sede di Assemblea Costituente. Si cfr. F. BRUNO, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II: *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1980, pp. 59 e ss. a pp. 105 e ss. (riguardo al problema della composizione della seconda Camera); ma si vedano in particolare le puntuali osservazioni di U. DE SIERVO, *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 301 e ss.

<sup>(341)</sup> Scrive GIUGNI (Intervento su *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, cit., p. 15): « assistemmo ad una tenzone come raramente avvengono nei cenacoli accademici che ebbe aspetti anche abbastanza aspri: ho viva memoria del contrasto verbale tra Santoro Passarelli e Costantino Mortati ». Anche JEMOLO (*All'indomani del congresso di diritto del lavoro*, cit., p. 433) richiama il « contrasto fra la visione di Mortati

tualistica ancora fortemente contaminata dalle categorie logiche dell'età corporativa <sup>(342)</sup>, ma è soprattutto la complessiva « ansia » di attuazione del progetto costituzionale che caratterizza l'intervento di Mortati, la sua esigenza di fornire una lettura unitaria e coerente a quel disegno costituzionale che, pur essendo diverso da quello che egli avrebbe voluto, aveva comunque in sé gli strumenti « per educare i singoli a fuoriuscire dai loro interessi particolari e a consentire il radicamento di interessi via via più ampi, a beneficio delle scelte e degli indirizzi di competenza dello Stato » <sup>(343)</sup>.

È da tale lettura volta a trasformare in *necessaria attuazione* « l'essenza più profonda della Costituzione » <sup>(344)</sup>, è dal tentativo di dar forza alla « spirito consacrato nell'art. 1 che ... esprime l'accoglimento di una concezione generale della vita secondo la quale deve vedersi nel lavoro la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo » <sup>(345)</sup>, che scaturisce la lettura *pubblicistica* del diritto del lavoro come strumento volto a « realizzare un ordine sociale imperniato sul lavoro » <sup>(346)</sup>, a dare espansione ai principi costituzionali in funzione di limitazione della autonomia privata <sup>(347)</sup>, ad esigere un nesso forte tra gli interessi delle collettività

---

e quella di Santoro, sostenute entrambe con cortesia e fermezza, e con accenti così caldi e tanti elementi di persuasione, da lasciare incerti e perplessi gli ascoltatori ».

<sup>(342)</sup> Si muove spesso in tale direzione l'analisi di P. RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 566 e ss., soprattutto p. 586.

<sup>(343)</sup> G. AMATO, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 231 e ss., p. 236.

<sup>(344)</sup> C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 153.

<sup>(345)</sup> *Ibidem*, p. 152. Si veda anche C. MORTATI, *Commento all'art. 1 della Cost.*, in *Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 1 e ss.; a pp. 41 e ss. riguardo all'azione sindacale.

<sup>(346)</sup> Piego in direzione del diritto del lavoro un'espressione utilizzata da Mortati in riferimento all'art. 4 della Cost. da apprezzare entro il complessivo spirito del sistema costituzionale (C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 162). Uno scritto essenziale negli stessi anni è quello di V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1951, 1, pp. 161 e ss. Per un inquadramento dei dibattiti degli anni Cinquanta sul punto si cfr. F. MANCINI, *Il diritto del lavoro rivisitato* (1973), in *Id.*, *Costituzione e movimento operaio*, cit., pp. 27 e ss.

<sup>(347)</sup> C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 177. Sul punto è indispensa-

e l'interesse generale dello Stato <sup>(348)</sup>. Il « carattere pubblicistico » delle « associazioni professionali » si deve cogliere andando al di là della distinzione tra interessi collettivi ed interesse generale (quella distinzione, a dire di Mortati, è inappagante « perché ... lascia sempre insoddisfatta l'esigenza di determinare quali fra gli svariati interessi di collettività siano direttamente rilevanti per lo Stato » <sup>(349)</sup>) e guardando alla correlazione tra *poteri* e *fini* tracciata nella Costituzione. Il carattere pubblicistico delle associazioni professionali scaturisce dalla « polemica contro il presente » e dall'« impegno per la sua graduale trasformazione » iscritto nella Costituzione <sup>(350)</sup>: « il loro carattere pubblicistico risulta dalla correlazione dei poteri stessi con i fini: che sono fini di elevamento dei lavoratori appartenenti alla categoria rappresentata dal sindacato, ma contemporaneamente fini direttamente statali, se è vero che tale elevamento è un preciso obbligo attribuito alla Repubblica » <sup>(351)</sup>. Il diritto di associazione, il diritto di sciopero, sono mezzi volti al raggiungimento di fini generali e comuni; sono mezzi strumentali al raggiungimento di un progetto di trasformazione che non guarda a una società conflittuale ma a una società organica forte delle 'virtù' insite in un'etica della solidarietà che deve guidare, attraverso lo spirito della Costituzione, l'azione dello Stato <sup>(352)</sup>.

*All'indomani* del Congresso di Taormina Arturo Carlo Jemolo (il quale riferisce che « la bellissima relazione » di Mortati « giunse a commuovere talora il congresso » <sup>(353)</sup>) propone alcune osservazioni 'fredde', da attento « ascoltatore ». Si dice ammirato di fronte « ai mirabili sforzi dei cultori del diritto del lavoro per creare entro l'ambito del diritto positivo un sistema organico »; ma invita a riflettere riguardo al ruolo del giurista (riguardo « al modesto rango del giurista: che, per quanto tenti di evadere dal suo compito d'interprete del diritto, e di farsi costruttore di un ordinamento

---

bile rinviare a U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit.

<sup>(348)</sup> C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 193.

<sup>(349)</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>(350)</sup> Mortati riprende la nota espressione di Piero Calamandrei (*ibidem*, p. 196).

<sup>(351)</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>(352)</sup> Cfr. G. AMATO, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana*, cit., p. 238.

<sup>(353)</sup> A.C. JEMOLO, *All'indomani del congresso di diritto del lavoro*, cit., p. 433.

sociale e politico migliore, solo di poco riesce ad evadere, e ad aiutare i sostenitori di una tendenza sociale o politica; ma di solito resta ancorato al suo compito di classificatore, di costruttore di figure, di schemi, di dottrine le quali inquadrano una realtà, una serie di fatti, che sono l'economia e la lotta politica a creare »<sup>(354)</sup>), scettico nei confronti dei manifesti giuridici di trasformazione sociale: « i grandi problemi del lavoro non è il giurista a poterli risolvere ». La lettura delle *promesse* della Costituzione fornita da Mortati e i complessivo progetti di un *sistema organico* per il diritto del lavoro sottovalutano la realtà dei contrasti economici irrisolti dalla Costituzione<sup>(355)</sup>: il riconoscimento di diritti per i lavoratori accompagnato dal permanere degli « istituti della vecchia economia » voluto dai costituenti fa sì che quel contrasto non possa essere risolto attraverso astratti progetti giuridici: « o restano inattuato quelle promesse, o devono trasformarsi profondamente gli istituti della vecchia economia che il costituente pensava di conservare »<sup>(356)</sup>. Non ci sono grandi spazi di realizzabilità per i manifesti dei giuristi ma, questo Jemolo è disposto a riconoscerlo, se una tenue speranza di riuscire ad incidere nelle trasformazioni sociali esiste, il giurista che avrà *più possibilità* di successo sarà proprio l'interprete del diritto del lavoro della Repubblica<sup>(357)</sup>.

Il progetto per il diritto del lavoro presente in quella relazione di Costantino Mortati che per un momento aveva commosso il congresso, era destinato a restare inattuato: spinto da una visione

---

<sup>(354)</sup> *Ibidem*, p. 435.

<sup>(355)</sup> « L'osservatore spassionato ... è tratto a chiedersi se in realtà la Costituzione non abbia versato vino nuovo in otri vecchi » (A.C. JEMOLO, *All'indomani del congresso di diritto del lavoro*, cit., p. 437).

<sup>(356)</sup> *Ibidem*, p. 437.

<sup>(357)</sup> « Da queste osservazioni e da questi stessi dubbi emerge che il diritto del lavoro è oggi una branca nella quale il giurista ha più possibilità che di solito non gli siano concesse per attuare quella evasione dal suo compito d'interprete e di classificatore (sia pure nella elevata forma del costruttore di figure e d'istituti), che in fondo come uomo ha sempre nei suoi desideri. L'impedire che l'interpretazione svuoti di contenuto certe affermazioni, che tra due posizioni contrastanti sia una a dover soccombere ... e dall'ottenere uno di tali risultati tutta l'evoluzione economica e politica può essere deviata in un senso o nell'altro » (*ibidem*, p. 437).

etica più che politica <sup>(358)</sup>, sorretto dal sogno di uno Stato che in quel momento non esisteva <sup>(359)</sup> e da una rappresentazione armonica delle comunità intermedie necessariamente coordinate in un disegno comune, il diritto del lavoro di Mortati appariva lontanissimo dalla concreta realtà sociale e politica del periodo. Restava un progetto destinato a disperdersi in quel clima di *attesa* e di *speranze deluse* che caratterizzava la metà di quegli anni Cinquanta in cui la scienza giuridica riconsiderava il gioco degli « interessi di massa » come sospesa tra rinnovata valutazione del « fenomeno collettivo » e ultima ricerca di « una legge di armonia che ne rendesse ordinata la vita » <sup>(360)</sup>.

In quel clima la concezione privatistica era già vincente e a Taormina « vinse ... quasi con una rotta » <sup>(361)</sup>. Certo, in quella metà degli anni Cinquanta, era anch'essa molto astratta (e forse scambiava il suo manifesto per la realtà, confondendo il diritto del lavoro ancora da realizzare con il diritto del lavoro 'inesistente' presente in quel momento <sup>(362)</sup>) ma aveva il vantaggio di fornire strumenti già

<sup>(358)</sup> G. AMATO, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana*, cit., p. 242.

<sup>(359)</sup> Era uno Stato 'immaginario'. Così P. RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali*, cit., p. 593.

<sup>(360)</sup> L'attesa era attraversata da una sorta di consapevolezza della 'fine di un mondo' e, nello stesso tempo, dalla speranza che l'attuazione del disegno costituzionale risolvesse con un tratto di penna quel problema delle relazioni tra Stato e sindacati con cui si erano oramai confrontate più generazioni di giuristi. Significative, in tal senso, sono le *speranze* collegate da Antonio Navarra alla « legge che la Costituzione ci ha promesso »: « gli uomini della mia generazione — ed oramai sono tanti gli anni — concepirono il sindacato come strumento di pace sociale. Assisterono al sorgere in Italia del fenomeno sindacale, e seguirono con appassionato interesse il movimento di queste nuove forze particolari che sconvolgevano tradizioni secolari, e ponevano al fianco del singolo, il gioco evidente degli interessi di massa. Questo muoversi imponente di forze collettive dalle quali pareva che il vecchio mondo dovesse essere travolto sommerso, si andarono ordinando sotto i nostri occhi attenti, e noi ricercammo anche per esse una legge di armonia che ne rendesse ordinata la vita » (A. NAVARRA, *Le speranze (sinora) deluse*, cit., p. 155).

<sup>(361)</sup> GIUGNI, Intervento su *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, cit., p. 16.

<sup>(362)</sup> « Nella metà degli anni '50 — taglia corto Giuseppe Pera — il diritto del lavoro (quale noi oggi abbiamo per il bene e per il male) sostanzialmente non esisteva. Non sul piano individuale, per la mancanza di una legislazione limitativa nei licenziamenti. Non sul piano sindacale » (G. PERA, *Recensione a Il pluralismo e il diritto del*

operativi e uno spazio libero in cui ciascuno avrebbe potuto disporre il proprio progetto. Agevolata dalle inattuazioni della Costituzione repubblicana, la scelta di leggere anche il diritto sindacale con strumenti privatistici diverrà una base comune di riflessione scientifica, e di riconoscibilità, della giuslavoristica; lo strumento privilegiato per realizzare *evoluzioni* nel diritto del lavoro <sup>(363)</sup>.

La prospettiva privatistica era vincente perché meno vincolata dall'attesa della legge che aveva sin lì dominato tutto il dibattito e poteva, con l'accrescersi delle speranze condannate a rimanere deluse, condurre verso un'elaborazione concreta del diritto vivente. Una scelta questa che talora porterà a una sorta di compiacimento per l'assenza della legge, un compiacimento sorretto da nuovi approcci metodologici e soprattutto dal riaffiorare (inconscio) della convinzione di potere fare a meno di ('pubblicistici') interventi legislativi 'speciali'. In ogni caso, nel silenzio della legge, sarà soprattutto a contatto del diritto effettivamente prodotto giorno dopo giorno dai privati che la disciplina troverà quel cemento scientifico che ricercava da tempo <sup>(364)</sup>.

---

*lavoro. Studi su Otto Kahn-Freund...*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1984, pp. 520 e ss.; p. 531).

<sup>(363)</sup> Negli anni successivi i giuslavoristi si identificheranno in modo diverso nel diritto privato: per alcuni l'originaria identità civilistica rappresenterà ancora il sicuro luogo di appartenenza (e il profilo del diritto del lavoro sarà per costoro rafforzato soprattutto dall'*essenza* di solide radici civilistiche); per altri il diritto dei privati sarà solo un ricco cantiere da cui attingere strumenti tecnici e concetti da rielaborare per rendere la disciplina veramente se stessa, veramente autonoma. La via privatistica al diritto del lavoro sarà, insomma, ben più ampia e articolata di quanto non lasciasse intravedere non solo l'angusta prospettiva del diritto comune civilistico di Barassi, ma anche la ben più ariosa visione di Santoro Passarelli. Di tale molteplicità di prospettive non tenne abbastanza conto Ugo Natoli nel momento in cui attribuì all'utilizzazione di « tecniche e soluzioni tradizionali e tipiche del diritto privato comune » la responsabilità di aver imposto l'oblio di principi giuslavoristici autonomi (la « obliterazione di quegli stessi principi generali già considerati caratteristici del diritto del lavoro e tali da giustificarne anche la ritenuta 'autonomia scientifica' » (U. NATOLI, *Evoluzioni e involuzioni del diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1967, 1, pp. 207 e ss.; 379 e ss.; cit. da p. 209).

<sup>(364)</sup> E naturalmente le letture furono contrastanti: per alcuni la dottrina accedeva finalmente al diritto svincolata dalle strettoie della legge quale unica vera fonte del diritto, per altri il 'silenzio della legge' era la semplice riconferma di una preminenza di un discorso scientifico civilistico capace di resistere, nel passato come nel presente, ai suadenti richiami del politico. Le tante (e spesso ottime) ragioni che spinsero in qualche

Fili sottili di continuità potrebbero essere ricercati tra le relazioni presentate nell'aprile del 1954 a Taormina e le vicende successive della disciplina, magari cercando di andar oltre le distanze che in quel momento apparivano abissali e valutando quanti opportuni e necessari 'compromessi' realizzarono le due opposte ad astratte linee teoriche. Ma solo in minima parte l'identità della giuslavoristica italiana può essere interpretata, dopo il 1954, affidandosi ai manifesti pubblicitici e privatistici lanciati in quel primo *Convegno di diritto del lavoro* in cui giuslavoristi dall'identità ancora incerta si tennero in disparte. Parlando a un pubblico in cui giovani e « anonimi assistenti »<sup>(365)</sup> affiancavano illustri professori, i priva-

---

caso a cercare e in altri casi semplicemente a subire l'assenza legge diverranno, insomma, ben presto poco rilevanti entro l'orizzonte della costruzione dell'identità disciplinare. Un'identità che sarà rafforzata dall'idea-forza di una creazione extralegislativa del diritto, affondata in una ricostruzione attenta al diritto dei privati, preziosa rivendicazione di autosufficienza del diritto sindacale, strumento di lettura della realtà sociale senza filtri imposti dall'esterno.

<sup>(365)</sup> L'espressione è di Gino GIUGNI (Intervento su *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, cit., p. 18) che scrive del Congresso di Taormina: « i più giovani, e tra questi Federico Mancini ed io, avevamo il più basso livello immaginabile, quello di assistente, nel mio caso addirittura di assistente volontario. Non avevamo *status*. Eravamo gli anonimi assistenti ». In quello stesso 1954 quei due giovani assistenti pubblicavano nella rivista « Il Mulino » uno scritto breve e denso, *Per una cultura sindacale in Italia*, che non era ancora un progetto per la giuslavoristica ma costituiva un segnale importante: qualcosa si muoveva nel chiuso degli ambienti giuridici, nuove influenze culturali giungevano a rinnovare gli studi (G. GIUGNI-F. MANCINI, *Per una cultura sindacale in Italia*, in *Il Mulino*, 1954, pp. 28 e ss.). Del 1955 è l'*Introduzione* di Gino GIUGNI alla sua traduzione di Selig Perlman (si veda ora, in S. PERLMAN, *Per una teoria dell'azione sindacale*, Roma, Edizioni lavoro, 1980). Nuovi manifesti giungeranno presto a caratterizzare la disciplina (il percorso più significativo sarà tracciato dallo stesso Giugni); tessere determinati nella successiva composizione del mosaico dell'identità giuslavoristica dell'Italia repubblicana, un mosaico che sarebbe ingiusto appiattare esasperando le continuità delle linee tracciate in questo saggio. Il nostro percorso si arresta al 1954 e non è, dunque, neppure il caso di accennare alle tappe successive, se non per segnalare la presenza, ancora in quel 1954, di un'opera « prettamente civilistica » che avrebbe influito molto sulle successive elaborazioni giuslavoristiche, quella di Luigi MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*. Lo scritto di MANCINI di qualche anno successivo (*La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*) è — come riconobbe lo stesso Autore — profondamente influenzato dall'articolo del 1954 di Mengoni. Si veda *Intervista a Federico Mancini*, a cura di P. Ichino, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1993, 1, pp. 143 e ss., e in particolare a p. 151, ove parlando del suo

tisti e i pubblicisti che, mossi dalle ragioni della scienza, tracciavano dal banco degli oratori il loro disegno per il futuro non potevano prevedere, e forse neppure osavano considerare, tutte le 'imperfezioni del mondo' che avrebbero caratterizzato il progressivo affermarsi del diritto del lavoro nell'Italia repubblicana.

---

scritto (*La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*) afferma: « quel titolo era un po' un manifesto. In esso io volevo sintetizzare una scelta precisa di politica del diritto e la visione liberale che l'ispirava: in concreto, la rivendicazione della sinallagmaticità del contratto, la svalutazione della 'fedeltà' e di tutte le posizioni che in qualche modo potessero ricondursi all'ideologia del corporativismo, all'«interesse superiore dell'impresa e della nazione» ». Riguardo a Mengoni si veda M. NAPOLI e T. TREU, *Dalle ragioni del diritto del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di Luigi Mengoni*, in *Lavoro e diritto*, 1995, pp. 588 e ss.



PARTE TERZA

**LE INCERTEZZE DEL PRESENTE  
E IL DILEMMA DELLE ORIGINI**



### III. 5

## IL DIRITTO DEL LAVORO E L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DELLE ORIGINI

1. Il diritto del lavoro e 'l'angoscia delle origini'. — 2. L'insostenibile peso delle origini. — 3. Barassi illusionista. — 4. Un paradiso per « il diritto del lavoro delle origini ». — 5. Fuori dai confini della disciplina. — 6. Storia e cronaca d'un diritto che cambia. — 7. Un doppio volto per il diritto del lavoro. — 8. Competere e contrattare per gruppi. — 9. Un lungo addio alla tradizione disciplinare.

#### 1. *Il diritto del lavoro e 'l'angoscia delle origini'.*

Le ricerche di storia del diritto del lavoro hanno posto l'attenzione in modo pressoché esclusivo sull'arco temporale che va dalla fine dell'Ottocento alla metà del Novecento. La ricerca indirizzata in tal senso corrisponde ad una convinzione culturale che collega le origini del diritto del lavoro con l'affermarsi di uno specialismo disciplinare o con la presenza di un'area normativa compatta, non più omogenea ai tradizionali dogmi del diritto comune. La pochezza di una legislazione sociale capace di porsi come corpo speciale di norme rispetto alla assoluta centralità ottocentesca di un Codice civile individualista e borghese, la tardiva e poco disinteressata attenzione della dottrina 'ufficiale' nei confronti delle relazioni lavoristiche, lo sviluppo industriale ritardato e sbilanciato, rendono per il caso italiano particolarmente vera l'affermazione secondo cui « la formazione del diritto del lavoro come area normativa o disciplina speciale è un fenomeno tipico di questo secolo » <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> G. GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)* (1979), ora in ID., *Lavoro legge contratti*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 245.

L'albero genealogico del diritto del lavoro è, da questo punto di vista, tanto ricco di aperture e diramazioni quanto breve. Colui che, partendo dalla composita eredità a sua disposizione, risale verso le origini è costretto a confrontarsi soprattutto con il vociare di legislatori cauti e timorosi, dediti in tema di lavoro a progetti (non cauti ma) piccini e maldestri; con una cultura giuridica dominata da alcuni 'padri-padroni' di illustre famiglia e dal patrimonio ingombrante; con taluni ascendenti ispirati da un sanguigno solidarismo e prodighi soprattutto di belle promesse; con una giurisprudenza che è spesso più disorientata che innovativa. Al di là di questo coro alquanto confuso è però difficile seguire un filo di voci capace di mostrarci antecedenti di un autonomo diritto del lavoro.

Per quanto confuso quel coro ha comunque il merito di porre al centro dell'attenzione la questione del lavoro operaio e delle relazioni giuridiche tra gruppi, dando vita a forme di ribellione (spesso del tutto involontarie) verso gli strumenti giuridici 'uguali' del diritto civile. Si riflette per la prima volta sulla necessità di una regolamentazione giuridica del lavoro ed affiora un nuovo modo di fare riferimento al diritto che affascina e sgomenta la classe dirigente post-unitaria: « il diritto — si afferma a metà degli anni Ottanta — è l'idea che prevale »; « ove non si ponga mente a quest'idea prevalente del diritto, si corre il rischio di gettare le basi di un edificio che cederà ai primi colpi di martello dei lavoratori in moto » (2).

D'altra parte, proprio perché confuse, le voci che affrontano l'impatto del lavoro organizzato con 'l'idea prevalente del diritto' trasformano e capovolgono le antecedenti riflessioni sul lavoro: inseguendo l'esigenza di « istituire un diritto nuovo sul diritto esistente » (3) o sforzandosi di far fronte a trasformazioni sociali che appaiono comunque incontenibili nei termini del « diritto antico », della « legge comune e dei Codici » (4), il riferimento al *diritto*

(2) D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, Roma, tip. Voghera, 1885, p. 55.

(3) Così Andrea COSTA, intervenendo in Parlamento in tema di infortuni sul lavoro (*Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, Discussioni*, Leg. XV, prima sessione, 16 maggio 1885, p. 13724).

(4) A mo' di esempio si possono confrontare gli ampi, e infruttuosi, dibattiti parlamentari degli anni Ottanta sul tema dell'inversione dell'onere della prova per la

*operaio* pone a confronto vecchi istituti e nuove esigenze, incrina indiscutibili certezze del diritto civile, rivendica e 'inventa' la sua origine. Le contraddizioni, le incertezze e le confusioni presenti nel dibattito legislativo, giurisprudenziale e dottrinale del periodo a cavaliere tra Otto e Novecento sono l'espressione del primo consapevole e inquieto confronto tra diritto e società industriale: un confronto-scontro tutt'altro che sereno, tutt'altro che dimentico di retaggi antichi, ma comunque significativo di una svolta, di un inizio.

L'albero lavoristico ha ovviamente radici che sprofondano in un terreno che va ben oltre quell'inizio. Quelle radici però hanno una natura particolare: tanto più si affondano nel terreno, tanto più negano la parte in superficie; la loro forza respinge paradossalmente l'esistenza autonoma dei frutti, muta e snatura l'identità del settore giuslavoristico (come area normativa o disciplina speciale) di cui si ricercano le origini.

Così è per il falsante racconto delle origini proposto dai giuristi che tra Otto e Novecento si accostarono al lavoro subordinato ponendo le basi essenziali della costruzione di quel singolare contratto nominato pudicamente menzionato dal legislatore con una terminologia di « duemila anni prima ». Ancora affascinati dalla sacralità dell'autonomia e della libertà dei singoli contraenti e dalla refrattarietà della logica dei principi giuridici a rivoluzioni, essi proposero, celebrando le forme tecniche fissate dal diritto romano, una sorta di storia immobile della regolamentazione giuridica essenziale del lavoro. La ricerca di 'depositi' normativi immutati (si pensi allo schema 'storico' della struttura perenne della *locatio conductio operarum* tanto caro a Lodovico Barassi) offrì un racconto delle origini tutto volto a privilegiare (e a inventare) « il senso della costanza dell'oggetto » <sup>(5)</sup>.

---

responsabilità degli infortuni sul lavoro; dibattiti in cui il richiamo a un « nuovo diritto » capace di considerare il « criterio economico-politico-sociale » è contrapposto al « Codice della scienza del tempo trascorso » e ai « rigidi criteri giuridici del diritto comune ».

<sup>(5)</sup> « L'oggetto viene posto stabile e uguale a se stesso, lungo un *continuum* nel quale le possibilità diverse (varianti) non modificano una condizione fondamentale » (A. DI NOLA, *Origini*, in *Enciclopedia*, Torino, Einaudi, X, 1980, p. 200).

Quel racconto non poteva naturalmente spostare indietro di duemila anni la struttura del contratto di lavoro, ma parla ancora oggi allo storico di una mentalità diffusa tra Otto e Novecento, lascia intravedere i miti posti a sostegno del primo diritto del lavoro. Il mito delle origini romanistiche può aiutarci a spiegare alcune scelte ricostruttive della prima scienza giuslavoristica: si pensi, ad esempio, alla difficile, se non impossibile, comprensione giuridica del nuovo fenomeno della contrattazione collettiva, della 'contrattazione per gruppi'. L'autonomia collettiva era preventivamente costretta in uno spazio angusto tra il riferimento assolutistico alla preminenza delle relazioni 'perenni' dei singoli e un rinvio, altrettanto assoluto, alle necessità di pressanti (anche se 'transitorie') tutele statali. In sostanza, la storia ufficiale, lunga e nobile, proposta da Barassi non riusciva a conferire un'identità alla giovane disciplina ma la negava.

La questione per molti aspetti torna a riproporsi per ogni tentativo volto a valorizzare lo scarno apparato normativo dedicato al lavoro al di là delle soglie dell'industrializzazione: più si risale indietro nel tempo alla ricerca di origini preindustriali del diritto del lavoro, più si corre il rischio di individuare un flebile filo rosso rappresentato solo da continuità dogmatiche avulse dal loro nesso con la realtà sociale, oppure di enfatizzare statuti giuridici espressione di una cultura del lavoro che fa a pugni con il lavoro ('dipendente') della società industriale. I dogmi o le mentalità 'antiche' precipitati sul primo diritto del lavoro non riescono a spiegare la formazione di un'area normativa o disciplina speciale protesa a rivendicare una sua (relativa) autonomia, non riescono ad attribuire un'identità ad una disciplina legata a filo doppio con la rivoluzione industriale. Il diritto del lavoro 'recente' mostra una sua intrinseca diversità rispetto alle 'origini remote', rispetto a un 'diritto del lavoro preindustriale' che offre una sua presenza solo per fornire la misura dell'autenticità del 'vero' diritto del lavoro affermatosi tra Otto e Novecento <sup>(6)</sup>.

La giuslavoristica del presente appare inquieta e dubbiosa:

---

<sup>(6)</sup> Sulla questione della possibilità di una 'storia lunga' del diritto del lavoro e sulla configurabilità o meno di un *Vorindustrielles Arbeitsrecht* il dibattito è stato particolarmente vivace in Germania: cfr. C. VANO, *Il diritto del lavoro nella storiografia giuridica*

« nato quando il secolo XX emetteva i primi vagiti, il diritto del lavoro è stato partecipe degli aspetti più positivi della storia di un secolo ... Ma il volgere del secolo alla fine ci ripropone inquietanti interrogativi, che investono la stessa ragion d'essere di questa parte del sistema giuridico, che, certamente più di ogni altra, ha contribuito, ed in modo decisivo, al progresso sociale. Appare doveroso infatti chiedersi se il diritto del lavoro può mantenere lo stesso significato delle origini » (7). Le incertezze del presente tornano a porre in modo pressante la questione delle origini della disciplina: lontano dal campo delle ricerche di mera erudizione, la questione si pone più nel profondo come una questione di identità, come ricerca di un *significato*, come complessiva verifica dei contenuti consolidatisi con l'industrializzazione o, addirittura, come ricerca di una 'nascita' diversa.

## 2. *L'insostenibile peso delle origini.*

Il diritto del lavoro come area normativa o disciplina speciale 'nasce' tra Otto e Novecento: una nascita che è segnata in profondità, da un lato, dall'emersione della categoria della subordinazione e, dall'altro, più che dai deboli segni della legislazione sociale, dalla normativa del corporativismo.

Sia pure tra diffidenze ed incomprendimenti, a fine Ottocento le porte della civilistica si dischiudono a ricostruzioni che pongono al centro dell'attenzione il tema del *Contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (8), che sintetizzano con un « realismo ... sostanziato di analisi empirica » gli apporti forniti dalle magistrature probivirali (istituite con legge del 1893) (9), che affrontano in modo

---

*germanica: prospettive a confronto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, 1 (giugno 1987), pp. 129 e ss.

(7) G. GIUGNI, *Lavoro legge contratti*, cit., p. 24

(8) Il riferimento va naturalmente all'opera di Lodovico Barassi (I ed. Milano, 1901; II ed. in due voll., 1915-1917).

(9) S. CAPRIOLI, *Redenti giurista empirico*, Introduzione a Enrico REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (Roma, 1906), Torino, Giappichelli, 1992; si cfr. anche gli Atti della *Giornata Lincea in ricordo di Enrico Redenti. Il diritto del lavoro ai suoi primordi* (Roma, 22 gennaio 1994), Roma, Acc. naz dei Lincei, 1995.

sistematico alcuni principi presenti nelle legislazione sociale <sup>(10)</sup>, che, considerando *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, ipotizzano la titolarità di rapporti giuridici obbligatori anche in riferimento a soggetti collettivi non personificati <sup>(11)</sup>. Sul tronco della tradizione dogmatica civilistica di stampo romanistico (cui si appella con eccessiva e non innocua enfasi Barassi), su quello della logica dei principi di diritto vigente come necessaria espressione della costituzione economico sociale (cui fa riferimento Redenti e la giurisprudenza probivirale), su quello di un'indagine volta a problematizzare la non omogeneità della volontà collettiva con gli schemi giuridici idonei per la volontà individuale (cui fa riferimento Messina), affiorano le prime linee di una disciplina giuridica che è costretta a piegare (e talora a contestare) i principi di diritto comune. Si badi bene: quelle linee si intravedono nel « diritto positivo », nel « diritto vigente ». La precisazione — pedante nelle pagine di scritti giuridici — è comune a quanti tenevano ad opporre la concretezza della loro analisi alla vacua opzione 'rivoluzionaria' dei fautori del « diritto dell'avvenire », irrealizzato sogno di una trasformazione sociale *ab imis fundamentis* del diritto civile <sup>(12)</sup>.

<sup>(10)</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (studi)*, Roma, Athenaeum, 1913.

<sup>(11)</sup> L'opera di Giuseppe MESSINA è del 1904 (può essere letta in ID., *Scritti giuridici*, IV, *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1948). Cfr. anche dello stesso autore, la Relazione svolta alla IX sessione del Consiglio Superiore del lavoro (1907), ora in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 29, 1986, con Nota introduttiva di U. Romagnoli, pp. 107 e ss. Cfr. anche l'opera di Alberto GALIZIA, *Il Contratto collettivo di lavoro*, Napoli, Piero, 1907 [riproposto ora in edizione anastatica con presentazione di Mario Napoli, Milano, Kluwer Ipoa, 2000].

<sup>(12)</sup> La questione è ossessivamente presente nella *Introduzione* di Barassi alla prima edizione de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Ma decisa è anche la presa di posizione di Enrico Redenti che sottolinea come la funzione delle magistrature probivirali debba mantenersi « nell'ambito del diritto vigente » e indica i rischi di « anarchia » insiti nelle aspirazioni verso il 'diritto dell'avvenire': « il 'diritto dell'avvenire' non può contenersi nei limiti legali e legittimi di queste categorie di norme, per essere diritto nuovo: deve, dunque, cominciare col rifiutare od infrangere le vigenti regole generali sui contratti e i principii generali del diritto ... Ma quelle regole e principii sono la espressione logico-giuridica della nostra costituzione sociale ed economica ... Comunque (ed è questo il nucleo della questione), a mio avviso, non è logicamente concepibile, che si possa compiere una *rivoluzione* nei principii (e cioè nella stessa costituzione sociale), ad occasione e nei limiti di un singolo contratto nominato di diritto civile ». E. REDENTI, *Sulla funzione delle Magistrature industriali*. Introduzione al

Il contatto del primo diritto del lavoro col diritto privato, con il diritto comune civilistico, è dunque molto stretto, così stretto da generare spesso incongrue apologie lavoristiche della universalità delle categorie civilistiche. Considerando quei proclami, i giuslavoristi avvertono un senso di disagio e talvolta un senso di colpa: « l'anomalia della storia del diritto del lavoro consiste in ciò: questo diritto si è allontanato abbastanza in fretta dal diritto privato, ma non si è mai svezato del tutto dalla sua patria potestà »<sup>(13)</sup>. I toni delle richieste di 'autosufficienza', quelli delle rivendicazioni di una piena 'emancipazione' e delle negazioni di ogni 'sudditanza culturale' del diritto del lavoro nei confronti del diritto privato sono stati più o meno accentuati nel corso di questi anni, mai del tutto assenti: costituiscono, d'altronde, una componente che è geneticamente iscritta nella nascita, nella rivendicazione di una propria ineliminabile diversità.

I molti silenzi e i pochi interventi legislativi in materia lavoristica presenti in età liberale propongono un quadro che è a tratti speculare e a tratti capovolto rispetto a quello della dottrina: i frammenti di leggi cosparsi qua e là per attenuare il colpevole silenzio del Codice civile del 1865 sono tali da impedire la visione di un'area normativa non subordinata alla logica pressante e vincente delle regole 'comuni' del diritto civile. La retorica posta a sostegno della legislazione sociale è per lo più volta ad ottenere un intervento coattivo dello Stato capace di porre fine allo 'stato di guerra' in un settore irriducibile alle tradizionali e 'ordinate' relazioni tra pacifici proprietari borghesi: l'interventismo legislativo è paternalistico, flebile e esangue nella sostanza, anche se percepito come pericoloso e dirompente da parte di giuristi poco disposti a porre in discussione il primato della loro costituzione civilistica in nome di sparse regole presenti in 'leggi civili estravaganti'. La

---

*Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit. p. 98. Severino Caprioli (*Redenti giurista empirico*, cit., pp. 62 e 65) ha incisivamente sottolineato il carattere realistico della scelta di Redenti in cui « la più stretta aderenza al Codice » è anche adesione « all'esperienza nella sua multiforme unità »: « il rifiuto di ogni via breve si fa programma di piena ed integrale esplicazione del sistema; l'evoluzione del regime del lavoro si rivela identica all'evoluzione del diritto vigente ».

<sup>(13)</sup> L'espressione è di U. ROMAGNOLI, Prefazione a O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 2.

legislazione sociale è ritenuta effimera e transitoria, di diritto pubblico, incapace di incidere sugli assetti permanenti del diritto privato; tuttalpiù le si concede di essere il primo tassello di una costruzione difficile da intravedere e di cui si sottolineano (ora con gradimento, ora con apprensione) le vistose decorazioni pubblicitiche. Qui il tronco esilissimo di norme presenti in età liberale (germi di un nuovo diritto, per dirla con Carnelutti) è capovolto perché culmina nella rigogliosa legislazione del fascismo: la normativa del corporativismo rende così folta e pesante la chioma 'pubblicistica' da togliere ogni vitalità alla pianta.

Il giovane Barassi, a suo modo, sintetizza bene i diversi aspetti: il contratto — scrive — è il rapporto basato sull'accordo volontario delle parti e rifugge di per sé da ogni violenta intromissione di elementi che non siano almeno presumibilmente voluti dalle parti. Una limitazione al principio della libertà contrattuale è lecita solo in una legge di natura sociale o pubblicistica. I due aspetti sono separati e devono restare tali, perché ogni limitazione alla libertà del contratto rappresenta un « passo notevole su una via che può condurre alle aberrazioni di una fantastica 'organizzazione di Stato del lavoro' » (14).

Una separazione così netta, enfatizzando gli opposti, generò illusioni e mostri. L'emersione della giuslavoristica trovò così un suo primo momento unificante soprattutto nella categoria 'pura' del contratto di lavoro subordinato, che rivendicava una sua autonomia ma non poteva certo accampare — né intendeva farlo — alcuna pretesa di autosufficienza rispetto alla tradizione privatistica. L'area normativa del diritto del lavoro — 'l'aspetto pubblicistico' — fu segnato invece in profondità dal corporativismo più che dalle leggi sociali dell'età liberale: la pubblicizzazione imposta dal fascismo negò ogni spazio reale di autonomia collettiva e fu così massiccia da far sbiadire anche i tratti 'immutabili' del contratto, affogando la tutela del 'contraente debole' nel mare delle protezioni giuridiche finalizzate alle superiori esigenze dell'impresa e della produzione nazionale, « fantastica 'organizzazione di Stato del lavoro' ».

Anche rifiutando l'attrazione per un uso forte della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato e indagando sugli spazi inter-

---

(14) L. BARASSI, *Natura giuridica dei regolamenti preventivi per gli infortuni sul lavoro*, in *Rivista sugli infortuni del lavoro*, I, 4 (15 aprile 1899), cc. 150 e 151.

medi che si aprivano tra i due versanti <sup>(15)</sup>, è difficile negare che il diritto del lavoro ottenne una sua piena visibilità prima grazie al programmatico e soffocante legame con la tradizionale dogmatica civilistica e poi grazie all'ampia e non meno soffocante normativa del fascismo. È arduo per la giuslavoristica — e lo è in particolare dopo l'entrata in vigore della Costituzione — sottrarsi al fascino di liberarsi dal peso di tali blocchi posti alle origini della propria disciplina, due vistosi marchi da spiare e da riscattare.

L'analisi critica del corporativismo, in un momento in cui il diritto sindacale del dopo-Costituzione oscillava tra memoria di un passato ancora ricco di segni nel presente e rinnovamento <sup>(16)</sup>, rivendicava una propria diversità tra richiesta di « un adeguato impegno culturale innovativo » ed esigenza di un profondo lavacro: « i dieci anni testé trascorsi — scriveva Giugni nel 1956 — non hanno ancora permesso di cancellare la traccia dell'esperimento corporativo, e cioè di una metodologia delle relazioni industriali che ha costituito, nelle sue note essenziali, un tentativo di contenimento delle dinamiche spinte che l'evoluzione industriale reca allo sviluppo della società moderna » <sup>(17)</sup>. L'esigenza di una ricostruzione fondata su un pluralismo extrastatualistico, quella di pensare regole svincolate da controlli di stampo pubblicistico, mentre avviava una stagione di ricche riflessioni lavoristiche, spingeva implicitamente verso una cancellazione dalla memoria di tutto quanto nelle origini potesse essere contrassegnato da aspetti, diciamo così, pubblicistico-autoritari. A ciò si accompagnava un rinvio, pressoché in bianco, ad un momento generativo dell'identità giuslavoristica affidato ai pochi padri 'privatisti' e alla scarsa presenza della legislazione sociale dell'età liberale.

---

<sup>(15)</sup> Cfr. L. GAETA, *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, in *Lavoro e diritto*, VIII, 2, 1994, pp. 207 e ss.; ID., *Le false inadeguatezze del diritto privato rispetto al primo diritto del lavoro: una storia esemplare*, in A. Mazzacane e P. Schiera (a cura di), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 315 e ss. Sulla questione si veda comunque *infra*, II, 3.

<sup>(16)</sup> Cfr. G. GHEZZI - U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Bologna, Zanichelli, 1982, pp. 22 e ss.

<sup>(17)</sup> G. GIUGNI, *Esperienze corporative e post-corporative nei rapporti collettivi in Italia*, ora in ID., *Lavoro legge contratti*, cit., p. 43.

La messa a fuoco delle incongrue operatività postume di detriti del modello corporativo nel diritto sindacale e la (illusoria) fiducia nell'autosufficienza di un « semplice appello al diritto comune del codice civile »<sup>(18)</sup>, non poteva però condurre ad un recupero di origini fondato sulla 'purezza' e sui 'silenzi' dell'impianto civilistico dei primi anni del Novecento. A ben guardare, infatti, si intravedono soprattutto le continuità tra i silenzi della legislazione liberale e il frastuono pubblicistico della normativa fascista nella comune volontà di devitalizzare l'attività politico-sociale della contrattazione collettiva<sup>(19)</sup>, si scorgono i nessi tra le visioni dottrinali (liberal-autoritarie) avanzate in età giolittiana e la compiuta instaurazione autoritaria del 'regno del diritto' nel campo delle relazioni lavoristiche realizzatosi con il corporativismo<sup>(20)</sup>.

L'analisi ravvicinata delle ricostruzioni sul contratto di lavoro e della categoria della subordinazione non ha offerto — come vedremo meglio tra poco — risultati più rassicuranti. La nozione di subordinazione ha, com'è noto, a lungo costituito il faro attraverso cui si è gettato luce sui confini ultimi della speciale disciplina protettiva. Quel faro, come si sa, emana da tempo una luce sempre più intermittente<sup>(21)</sup>. A fronte di discipline sempre più frantumate

---

<sup>(18)</sup> G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Milano, Angeli, 1985, p. 22.

<sup>(19)</sup> « Sembrò che il senso 'autoritario' della legislazione del '26 si limitasse al fatto di aver trasferito il fenomeno contrattuale dall'area del diritto privato a quella del diritto pubblico. Laddove la traslazione effettiva consisteva nell'aver trasferito l'esperienza contrattuale collettiva dal piano politico-sociale a quello giuridico-formale in una direzione che faceva del contratto collettivo uno strumento 'esclusivamente' legale ». Un'operazione che ha forti radici nelle scelte del periodo antecedente: nel « modo (comune all'esperienza giuridica giolittiana e a quella corporativa) di attribuire rilevanza (giuridica) non alla 'attività' di contrattazione collettiva in quanto tale, ma al singolo 'atto' contrattuale ». G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, cit., p. 103.

<sup>(20)</sup> Cfr. U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, in particolare pp. 123 e ss. (*Le origini del pensiero giuridico sindacale in Italia*) e pp. 187 e ss. (*Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*). Si cfr. anche P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 382 e ss. Si veda anche *infra* II. 3. e II. 4.

<sup>(21)</sup> La scelta contenuta nell'art. 2094 del Codice civile del 1942 — una scelta tecnico-funzionale, attenta all'esecuzione dell'attività lavorativa e indifferente alle con-

dei rapporti di lavoro, la categoria unificante delle origini non fornisce strumenti culturali per comprendere le diversità: « al diritto del lavoro si impone l'arduo compito di ridefinire, fuori delle affidanti dicotomie, il proprio oggetto, il 'lavoro' senza aggettivi, da distinguere da ogni altra 'attività' economica. E per questi compiti, per questo tipo di movimenti, il diritto del lavoro non ha cultura, non esistono modelli sufficientemente definiti » (22).

Il passato, insomma, non fornisce ai giuslavoristi appigli solidi con cui affrontare le incertezze del presente; anzi, sempre più la storia della disciplina appare come un fardello insostenibile, causa non remota della « crisi di identità del diritto del lavoro » (23). E mentre la giuslavoristica si interroga sui lavori e sul 'non lavoro' del presente, altri motivi di preoccupazioni le pervengono dal futuro. Di lì i soliti ben informati comunicano, tra il drammatico e il faceto, che è già sorta « l'alba dell'era post-mercato » che mostra « un mondo virtualmente privo di lavoratori », la fine del lavoro (24).

In questo quadro la principale tentazione è quella di affermare una nuova identità all'insegna della leggerezza, quella di 'sottrarre peso' — come direbbe Calvino delle *Lezioni americane* — alla propria storia, oppure di negarla del tutto, liberandosi dai tanti vincoli di impaccio nel presente. Stretta tra una tradizione disciplinare in cui oramai non è più capace di riconoscersi e un futuro che

---

dizioni sociali di chi presta lavoro — ha mostrato un diritto del lavoro caratterizzato da « uno strabismo precoce che lo porta a concedere tutela a chi non ne ha bisogno ed a negarla a chi invece ne avrebbe » (G. GHEZZI - U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1984, p. 23; pp. 32 e ss.)

(22) M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 46. Si cfr. anche M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1988; L. MONTUSCHI, *Sulla discussa 'centralità' della fattispecie 'contratto di lavoro subordinato'* e M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, *Diritto del lavoro e diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 1025 e ss.; e pp. 1057 e ss.

(23) M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre*, cit., p. 46.

(24) Cfr. J. RIFKIN, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post-mercato*, Milano, Baldini & Castoldi, 1995. Può essere utile, in ogni caso, affiancare alla lettura la rilettura di U. ROMAGNOLI, « Noi e loro »: *diritto del lavoro e nuove tecnologie*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, pp. 377 e ss.

le manda precocemente a dire che ha bisogno d'altro, la giuslavoristica può essere tentata insomma di rimpiangere alternative mai realizzate oppure, più semplicemente, di negarsi completamente un passato, giungendo così a una liberatoria « assoluta assenza di fardello ». Il rischio, come si sa, è quello di sfuggire del tutto alla gravità, è quello che il diritto del lavoro « diventi più leggero dell'aria, prenda il volo verso l'alto » (25).

### 3. *Barassi illusionista.*

Il lascito storico più analizzato e discusso è stato quello fornito dalla nozione di lavoro subordinato, il modello centrale ed unificante delle origini. L'incontro non è stato casuale, né poteva esserlo. Gli incontri del giurista con la storia — ha scritto Romagnoli — possono essere occasionali, mai fini a se stessi (26). La lunga discussione sulla fine della centralità della fattispecie del lavoro subordinato ha costretto a riprendere ancora una volta in mano le pagine di Lodovico Barassi e a fare i conti con la sua eredità.

La questione è già posta in termini drastici in una monografia della fine degli anni Sessanta (27). Il contratto di lavoro subordinato come contratto provvisto di una sua causa tipica non rappresenta, neppure nelle origini, « né una necessità logica, né uno strumento giuridicamente adeguato » alla comprensione della realtà. La verifica di questo scomodo assunto nell'opera di Barassi genera una sorta di contemplazione impotente di una storia mancata, la constatazione di una scienza lavoristica italiana costretta a vivere seguendo un'impostazione dogmatica nata per affondare, più che per fondare, il diritto del lavoro: « che l'impostazione prospettata da questo autore [Barassi] sia in assoluto ineccepibile proprio sotto il profilo della scienza del 'diritto del lavoro', pare sia da negare;

---

(25) Le citazioni sono prese da Milan Kundera (*L'insostenibile leggerezza dell'essere*, Milano, Adelphi, 1985, p. 13). Il riferimento a Italo Calvino è a « Leggerezza » (*Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, Garzanti, 1988, pp. 5 e ss.).

(26) Cfr. *Come il giurista vede la storia del diritto* (le opinioni di U. ROMAGNOLI e U. SANTARELLI), in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 65 (1995, 1), p. 97.

(27) Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, Morano, 1967.

mentre è da ammettere senza discussione che la scienza lavoristica italiana si è storicamente affermata, e vive tuttora, sulle linee direttive segnate da Barassi » (28). Per affermarsi compiutamente come scienza, la giuslavoristica deve liberarsi del padre. Il rifiuto dell'eredità di Barassi mette a nudo, però, l'assenza di un passato. Il 'pioniere del diritto del lavoro italiano', il 'Maestro che sopra ogni altro come aquila vola' (29), comincia ad aggirarsi come uno spettro nella disciplina.

A metà degli anni Ottanta, utilizzando il filtro della vasta nozione programmatica di democrazia industriale, Marcello Pedrazzoli porta alle estreme conseguenze le affermazioni di Spagnuolo Vigorita e scompagina le tradizionali premesse ordinanti della disciplina: i fossati scavati alle origini tra fattispecie, legislazione sociale e autonomia collettiva hanno reso disagiata la « frequentazione reciproca fra fattispecie individuale e autodeterminazione collettiva » (30), hanno negato ogni comunicazione tra i diversi aspetti, hanno impedito l'affermazione di un discorso giuslavoristico veramente autonomo. La proposta è quella di un complessivo superamento della divisione tra diritto del lavoro individuale e diritto sindacale: negata nelle origini, l'unità dei diversi aspetti è il valore di cui la giuslavoristica deve riappropriarsi, emancipandosi finalmente in modo compiuto da tutele privatistiche. Nato infatti su basi sbilenche, il diritto del lavoro è cresciuto senza mai liberarsi del tutto da quel peccato originario che ha posto in stallo ogni diversa ipotesi ricostruttiva. L'angolo visuale della democrazia industriale (che è nel contempo un modello per analizzare il presente e un filtro attraverso cui rileggere la storia) torna a mostrare un primo diritto del lavoro in cui è impossibile riconoscersi.

A segnare una volta per tutte la disciplina è stato Barassi che continua ad apparire, nello stesso tempo, come il padre e come l'affossatore del diritto del lavoro. Con la tipicizzazione della fattispecie della subordinazione, Barassi ha posto sì le basi del concetto attraverso

---

(28) *Ibidem*, p. 117.

(29) D. BARBERO, *Ludovico Barassi*, 1961, poi in introduzione a *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Milano, Giuffrè, 1966, p. XV.

(30) M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 63.

cui il diritto del lavoro ha rivendicato una sua autonomia disciplinare; nel contempo, però, è riuscito a incorporare in quel concetto la negazione della 'vera autonomia' della scienza giuslavoristica. Il concetto barassiano di subordinazione (inteso come totale assenza di potere in capo al lavoratore) è infatti così ambiguo da rappresentare un vero e proprio ostacolo interno alle capacità emancipatorie del diritto del lavoro; un ostacolo che Barassi è stato capace di imporre nel cuore stesso del contratto, facendolo ruotare attorno al principio dell'eterodirezione, fissando in tal modo « un 'disvalore' ... la cui intangibilità costituisce il 'paradigma' più determinante e costante dell'intero diritto del lavoro e della sua scienza »<sup>(31)</sup>.

« La spiegazione dell'origine del diritto del lavoro » sta in fondo tutta qui, in una semplice ed abile falsificazione che ha ingannato intere generazioni di giuristi ed è ancora alla base delle inadeguatezze del presente<sup>(32)</sup>.

Il rifiuto di quelle origini è rivendicazione di uno sviluppo della disciplina fuori dal « solco di Barassi », è affermazione di un diritto del lavoro autentico perché finalmente in grado di liberarsi dalle sue tradizionali e mistificanti categorie fondanti. Da questo punto di vista, la storia della disciplina appare come l'effetto di un gioco imposto da un'illusionista particolarmente abile che rese innocue « le discrepanze » che si manifestavano in seno al diritto civile nella seconda metà dell'Ottocento attraverso un « rafforzamento esplicito dell'individualismo e della unilateralità di potere, di fronte a cui il diritto civile era parso in procinto di abbassare la bandiera ». Rivestite di un manto dogmatico, quelle discrepanze furono disinnescate e collocate « nel salotto più comodo della casa del diritto del lavoro »<sup>(33)</sup>, insinuate nella mente e nell'animo dei giuristi

---

<sup>(31)</sup> *Ibidem*, pp. 36 e 63. Nell'analisi di Pedrazzoli il peso delle origini è da rigettare e le regole sintattiche della disciplina affermatesi 'in simbiosi' con la categoria della subordinazione sono tutte da ridefinire: « la tecnica dell'inderogabilità, come il *favor*, vive dunque e muore in simbiosi con la configurazione che della fattispecie è stata data nella tradizione barassiana » (p. 230).

<sup>(32)</sup> M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., p. 54.

<sup>(33)</sup> *Ibidem*, p. 54. Si inaugura così una « coabitazione della scienza giuslavoristica con la cagione non rimossa del suo differenziarsi: cagione che, anzi, si immedesima proprio con la fattispecie che venne posta al centro del nuovo settore » (p. 56).

successivi <sup>(34)</sup>. Il 'grande merito' di Barassi, dunque, è stato quello di aver segmentato e depotenziato il diritto del lavoro, eliminando le sue caratteristiche eversive del diritto civile e negando così una piena affermazione di un nuovo diritto. Il rogo di Barassi, il rifiuto delle origini dogmatiche della disciplina, è dunque essenziale per ritessere un unitario e autentico discorso giuslavoristico.

È stato detto, con aforisma semplice solo in apparenza, che «una scienza che esita a dimenticare i suoi padri fondatori è perduta» <sup>(35)</sup>. La ricostruzione di Pedrazzoli è più rivolta al presente che al passato, non riesce però in nessun modo a dimenticare il padre a cui, anche se solo in negativo, vengono ascritti troppi meriti. Il confronto-scontro con Barassi finisce così col mostrare soprattutto il disagio della giuslavoristica nei confronti di un padre civilista che non ha mai amato, il senso di smarrimento di un 'origine rinnegante' in cui non si riconosce. L'alternativa negata da Barassi non è indagata sino in fondo: è solo una presenza simbolica, un sentiero non percorso ed abilmente sepolto. Può costituire un modello solo per il suo 'non essere' rispetto ad una scelta vincente di cui non si colgono, assieme alle contraddizioni, anche i motivi culturali profondi che comunque hanno permesso, più che lo stallo ricostruttivo, una trasformazione della disciplina. La storia del diritto del lavoro è così tutta schiacciata su Barassi e le origini 'vere', a ben guardare, scompaiono del tutto: il diritto del lavoro non ha un passato in cui riconoscersi ma è tutto da inventare nel presente.

Il colloquio con Barassi è così fitto da impedire che il suo contributo possa essere inquadrato storicamente. Lo scontro con il suo lascito dogmatico è troppo diretto per consentire una lettura storica capace di mettere a fuoco l'emersione della prima riflessione giuslavoristica all'interno di una cultura giuridica ancora attraversata

---

<sup>(34)</sup> «Il suo paradigma ha sancito, con forza anche psicologicamente cogente, l'inconcepibilità dell'obiettivo sistematico per cui subordinazione e democrazia industriale, area dell'autonomia individuale e area dell'autodeterminazione collettiva, concorrono simultaneamente, come le due facce della stessa medaglia, a guidare il 'movimento' del diritto del lavoro» (*ibidem*, p. 107)

<sup>(35)</sup> Cfr. R.K. MERTON, *Prefazione* a L.A. COSER, *I maestri del pensiero sociologico*, Bologna, il Mulino, 1983.

da contrasti irrisolti tra preminenza della legge e centralità della scienza, ancora intenta a interrogarsi su quale fosse il soggetto legittimato a dare una risposta giuridica alle trasformazioni sociali accelerate. Di fronte agli autori del cosiddetto socialismo giuridico, ricco più di promesse che di realizzazioni, Barassi si limitò a parlare un linguaggio comprensibile per la civilistica tradizionale e fondò una scienza in maniera del tutto involontaria: il suo obiettivo non era certo quello di mostrare la vitalità di un nuovo settore, ma quello di ribadire l'idoneità dello strumentario della tecnica civilistica a far fronte alle nuove necessità sociali anche senza l'intervento del legislatore. Le ambiguità di Barassi sono quelle della civilistica del suo tempo e segnano l'intera sua opera giuslavoristica in cui vivono in simbiosi aspetti contrastanti: insensibilità per le leggi sociali imposte dal legislatore e ricerca di principi di tutela inderogabili; ingenua fiducia in un assetto del contratto fuori dal tempo ed analisi empirica delle disparità generate dal rapporto; asserzione dell'intangibilità dei principi comuni ed uso delle clausole generali per ottenere una loro elasticizzazione; negazione di una commistione del giuridico con elementi sociali e ricerca di un diritto fondato sugli usi, sull'equità, sulla prassi; esaltazione della composizione armonica dello scontro tra i singoli, sospetto nei confronti di ogni valutazione giuridica della contrattazione collettiva, e timidi tentativi di lettura della nuova prassi sociale. Quei contrasti attraversano la ricostruzione di Barassi, permeano la sua intera eredità dogmatica, sono però relativi: riflettono la sua opera e le originali condizioni del momento, non ci forniscono una nozione di subordinazione come un assoluto, che impone una storia bloccata, una storia che è in attesa della svolta (funzionalistico-differenziale) della democrazia industriale.

Il contraddittorio programma di Barassi era quello di non dimenticare i suoi padri e di affermare su un territorio di confine la preminenza di un sapere immutabile; un assunto contraddittorio perché, come insegna un proverbio arabo citato da Marc Bloch, « gli uomini somigliano più al loro tempo che al loro padre »<sup>(36)</sup>. Così è stato, nonostante la forte impronta dell'eredità ricevuta, per la

---

(36) *La società feudale* (edizione Torino, Einaudi, 1987, p. 175).

giuslavoristica successiva a Barassi, ma così è stato — almeno questo gli va riconosciuto — per lo stesso Barassi.

#### 4. *Un paradiso per « il diritto del lavoro delle origini ».*

Un recente volume intitolato al *Diritto del lavoro delle origini* <sup>(37)</sup> tenta di far quadrare il cerchio, ponendo in accordo l'eredità dogmatica e la ricostruzione storica. Il libro può essere letto come una sorta di ricerca (o di riabilitazione) del padre della disciplina e come un'affermazione di vitalità e modernità del primo diritto del lavoro. Va detto subito che il nodo delle origini non viene sciolto: trascinata dalla voglia di confutare la letteratura che ha mostrato le incongruenze insite nelle origini della disciplina, l'Autrice sposta con troppa disinvoltura Barassi dal rogo all'altare e, con non minore disinvoltura, pone barricate invalicabili tra la « tradizione del pensiero giuridico liberale » e « la legislazione sindacale corporativa » <sup>(38)</sup>.

Il diritto del lavoro delle origini è narrato all'interno di un quadro storico di inizio secolo *liberale e libertario*, caratterizzato « dal libero conformarsi dei rapporti di lavoro e collettivi alla spontanea autodeterminazione dei gruppi sociali ». Le tracce di questo originario diritto del lavoro liberale sono state perse a causa della nebbia imposta da una storiografia sempre poco attenta a cogliere le profonde differenze, « le cesure », esistenti tra il periodo liberale e il fascismo, e talvolta pronta a tacciare la cultura liberale « addirittura di illiberalismo autoritario » <sup>(39)</sup>. Seguendo questa via, la presenza di un modello originario falsante è negata: si riabilita completamente l'apporto innovativo della giuslavoristica liberale e si recide ogni filo di continuità con la normativa del fascismo che travolse « i tratti essenzialmente liberali e libertari del sistema precedente ». La giuslavoristica può riscoprire in tal modo un valido punto di partenza, un'età aurea in cui può riconoscere la propria identità e trovare un modello di riferimento per il presente.

---

<sup>(37)</sup> L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, Giuffrè, 1994.

<sup>(38)</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>(39)</sup> Cfr. *ibidem*, p. 145 e ss.; pp. 171 e ss.; e pp. 291 e ss. (il paragrafo intitolato « La pretesa impronta autoritaria dell'ordinamento e della cultura precorporativi »).

L'operazione riesce solo se si accede completamente alla scelta dell'Autrice, solo cioè accettando di collocare il diritto del lavoro delle origini in alto, molto in alto, in uno spazio storico senza tempo.

Barassi è così completamente riabilitato: il suo merito principale sta singolarmente nel fatto di non aver reagito a « opzioni costruttive di segno diverso »<sup>(40)</sup>. L'assenza di alternative assolutizza le scelte di Barassi, le rende paradigmatiche dei valori di una cultura giuridica omogenea, di un pensiero giuridico liberale intento a confrontarsi senza reticenze con una società in via di trasformazione. L'esigenza (più volte sottolineata nella recente storiografia giuridica) di non enfatizzare la schematica distinzione tra socialismo giuridico e civilistica tradizionale, e di verificare tecnicamente la tenuta dei progetti di trasformazione, è unilateralmente colta per valorizzare la ricostruzione barassiana fondata sull'intreccio di « fedeltà all'antico e di apertura al nuovo ». Quell'intreccio (che, del resto, costituisce uno tra i tratti tipici dell'operare del giurista) genera un modello liberale dalla linearità assoluta, corrispondente ad un altro provvido assoluto, il silenzio del legislatore riguardo alle questioni lavoristiche inteso come segno di rispetto e di valorizzazione della spontanea autocomposizione degli interessi sociali. L'interazione tra la tradizionale mentalità e le nuove esigenze è in grado di ricomporre in termini completamente 'moderni' la logica 'antica' della preminenza delle relazioni individuali tra cittadini borghesi senza creare alcun contrasto, senza lasciare eredità dogmatiche difficili da gestire. Respingendo « la logica protezionistica dei novatori »<sup>(41)</sup>, Barassi tesse a favorire « l'autoemancipazione dalla debolezza economico-sociale attraverso l'organizzazione degli interessi »<sup>(42)</sup>; la ricostruzione della categoria della subordinazione, ampia ed elastica, mostra

---

<sup>(40)</sup> Cfr. *ibidem*, p. 26, nonché pp. 282 e ss.; 300; 333; 384 e ss. In un precedente saggio l'Autrice aveva sostenuto la netta contrapposizione tra innovatori e « l'edificio sistematico e dogmatico di Barassi », « costruito per reagire contro la proposta dei giuristi che avevano prospettato la nascita di un 'nuovo diritto' » (L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, pp. 246 e ss.), ora il motivo conduttore del saggio è l'assenza di alternativa, la convinzione che « di contrapposizione non si possa parlare ».

<sup>(41)</sup> L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, cit., p. 340.

<sup>(42)</sup> *Ibidem*, p. 341 in nota.

la « perspicacia » del suo programma (che resta ancora attualissimo anche di fronte alla recente esigenza di andare 'oltre la subordinazione' (43)). « La modernità del pensiero » di Barassi è poi ben presente anche nel settore in cui più rimproveri gli sono stati mossi, quello della contrattazione collettiva (44).

« Metafora del pensiero giuslavoristico liberale », Barassi è rivalutato appieno congiuntamente alla politica legislativa liberale dell'età giolittiana, congiuntamente alla valorizzazione dell'assenza di regolamentazione per il contratto di lavoro e la contrattazione collettiva. La scelta del silenzio « non può essere tacciata di autoritarismo illiberale » e non nasconde nemmeno « indifferenza per le questioni del lavoro » (45): è consapevole scelta di lasciare « libera espressione alle esigenze delle parti »; scelta di configurare un primo compiuto modello di « democrazia industriale » (46), estrinsecazione di un meccanismo « idoneo a valorizzare la libera espressione di un ordinamento extrastatuale, senza comprimerla con imposizioni eteronome » (47). A ben guardare in quelle origini ci sono tutte le basi della « teoria dell'ordinamento intersindacale » (48): è sufficiente valorizzare il presupposto giuridico delle libertà garantite dallo Statuto e dal Codice Zanardelli, guardare alla libertà di coalizione e di sciopero per notare come, già a partire dagli anni Novanta dell'Ottocento, la « logica emancipatoria per i lavoratori e le loro organizzazioni » avanzi sempre più.

La parola vincente è « liberalizzazione ». Alla fine dell'Ottocento « muta il segno dell'intervento legislativo: dalla prevenzione alla liberalizzazione del conflitto » (49). E la liberalizzazione genera un meccanismo virtuoso capace di « dar voce alla volontà dei gruppi *organizzati* », mostrando come l'autonomia negoziale possa adattare l'ordinamento al *diritto vivente* (50). La scienza giuridica, con a capo Barassi, predispone schemi adeguati alla rappresentazione dei nuovi

---

(43) *Ibidem*, pp. 338 e 339 in nota.

(44) *Ibidem*, p. 380 e ss.

(45) *Ibidem*, p. 311 e 318.

(46) *Ibidem*, p. 312.

(47) *Ibidem*, p. 315.

(48) *Ibidem*, p. 316.

(49) È questo il titolo di un capitolo (il terzo), pp. 109 e ss.

(50) *Ibidem*, pp. 316 e 317.

interessi. Nessuna contraddizione, nessun contrasto tra antichi dogmi e nuovi interessi affiora sotto il cielo delle provvidenziali armonie generate dallo scontro degli interessi dei gruppi e dei singoli *liberalizzati*.

Il diritto del lavoro si riappropria delle sue origini ponendole in un poetico paradiso. Scompare il peso della normativa del fascismo, del tutto priva di contatti con le origini liberali della disciplina; scompare il peso della tradizione civilistica, dai cui dogmi non traspare alcuna miopia. In tal modo, ovviamente, anche il dilemma delle origini scompare, assorbito dalla confortante 'modernità' e 'attualità' dell'originaria identità della disciplina. Fuori da quel paradiso, nei prosaici contrasti del passato e del presente, le questioni restano però ancora lì, aperte, ad esigere risposte.

##### 5. *Fuori dai confini della disciplina.*

Denso e problematico, dai colori forti ma ricco di sfumature, un recente saggio di Umberto Romagnoli sull'evoluzione del diritto del lavoro pone al centro dell'attenzione i dilemmi del presente e affronta la questione di identità della giuslavoristica cercando risposte al di fuori di un'ottica puramente disciplinare. In discussione è proprio la rappresentazione del diritto del lavoro come 'semplice' espressione di un'area normativa o disciplina speciale.

La questione dell'identità della giuslavoristica alla ricerca di 'un passato' non può essere posta in termini endodisciplinari; per affrontarla occorre abbattere le barriere poste a difesa di confini oramai fragili. I giuslavoristi, scrive Romagnoli, « si considerano tuttora abilitati al culto di un dio minore perché senza passato. Viceversa, un passato il diritto del lavoro ce l'ha; basta decidersi ad interrogarlo con un po' d'intuito e fantasia, ... Per farlo, però, bisogna cercare la risposta sulle origini del diritto del lavoro fuori dai confini della disciplina da cui essa è sollecitata. Bisogna intersecare itinerari che penetrano nella storia dell'economia, nella storia e antropologia sociale, in province del sapere cioè che si sono costituite in regioni autonome ciascuna delle quali 'crede d'essere una

patria', con robuste propensioni all'autarchia e pronta a bloccare gli sconfinamenti » (51).

Non si tratta di un programmatico e urlato manifesto di interdisciplinarietà; l'apporto di una coralità di voci è infatti indispensabile proprio per mostrare il volto di una disciplina giuridica inevitabilmente restia a purezze e certezze riposanti, per affermare un'identità culturale che è autentica solo se composita. Il dialogo con le 'altre' discipline è una sorta di colloquio 'interiore' del giuslavorista.

Il testo prende prima di tutto sul serio il confronto tra storia e dimensione giuridica. Romagnoli, com'è noto, ha contribuito con molti saggi alla scarna storiografia del diritto del lavoro e appartiene alla generazione dei lavoratori che hanno *consapevolmente* creato per via extralegislativa un nuovo diritto (52), scrivendone pagine importanti. I due aspetti, mai separati nelle scelte dell'Autore, trovano in questo libro una sintesi, « il senso complessivo di un itinerario » (53). Diversi sentieri, più itinerari, si incontrano e il giurista « racconta »: la storia di cui è protagonista si salda con la storia 'in senso proprio'. Le eredità tecniche, i miti, i fantasmi di un passato anche remoto si fondono coi dubbi sulle certezze troppo pesanti e le distinzioni troppo nette del recente passato, con le incertezze di un presente che rende fragili consolidate partizioni e trasforma rocciose convinzioni in piume leggere.

La dialettica passato-presente, presente-passato che è ragione stessa della storia, componente ineludibile del modo di essere storico, è dunque la base di un racconto in cui il giurista non può essere semplice osservatore esterno, utente della storia degli specialisti (54). Al di là della denuncia (un po' datata, un po' di maniera)

(51) La citazione è tratta da U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro (storia del)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche (Sez. Com.)*, IV, (Torino, 1989), p. 477, ma costituisce un po' il programma del testo qui considerato.

(52) Il riferimento va naturalmente a G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, Ed. di Comunità, 1972.

(53) « L'autore ha ritenuto che fosse il caso di riordinare gli elementi di conoscenza raccattati nel suo girovagare non tanto in rigida successione analiticamente documentata quanto piuttosto all'interno di una cornice interpretativa capace di restituire il senso complessivo di un itinerario ». U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 8.

(54) *Ibidem*, pp. 95 e ss.

dei limiti di una storiografia giuridica di carattere ‘filologico antiquario’ e della insoddisfazione nei confronti di una storia giuridica ritenuta prevalentemente volta a celebrare il diritto come creazione tecnica d’un ceto elitario (storia di dotti « irrimediabilmente aristocratica », storia di specialisti per specialisti <sup>(55)</sup>), la scelta per una ricostruzione storica ‘diretta’, la scelta di restituire il senso complessivo dell’itinerario, si impone perché appare indispensabile per ripensare un’identità disciplinare: è riaffermazione e ricerca — sodalizio di « prosa saggistica con la prosa narrativa » <sup>(56)</sup> — di un modello culturale autonomo ancora valido.

Il modello culturale del diritto del lavoro può essere infatti percepito solo nel lungo periodo, sfuggendo alla tentazione di appiattire il tormentato itinerario tessuto dal tempo attorno a lavoro e diritto entro gli spazi angusti fissati dall’avventura disciplinare novecentesca. L’affermazione è liberatoria: l’itinerario ‘recente’ del diritto del lavoro, che a molti appare come unico ed assoluto, entra nella storia e si relativizza; e può, come tutte le cose relative, trasformarsi profondamente, essere ripensato.

## 6. *Storia e cronaca d’un diritto che cambia.*

Il diritto del lavoro nel presente appare dunque come « un diritto da ripensare »: scopre ‘nella stagione della maturità’ la fragilità di molte categorie che aveva contribuito ad affermare, guarda con distacco all’enfasi posta in un passato non lontano su una serie di rigidi garantismi legali e sindacali. In discussione è la stessa « educazione novecentesca del giurista del lavoro a pensare per diadi di opposti inconciliabili », è la scelta per un sistema normativo schiacciato verso una sola polarità (subordinazione/autonomia; stabilità/precarità; rigidità/flessibilità; eguaglianza/differenze; collettivo/individuale): « i termini delle diadi del diritto del lavoro hanno esaurito la vitalità storica della loro contrappo-

---

<sup>(55)</sup> *Ibidem*, pp. 97 e 98. Cfr. anche U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro (storia del)*, cit. p. 477.

<sup>(56)</sup> U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 8.

sizione », stanno divenendo sempre più complementari, crescente è l'espansione di uno spazio intermedio <sup>(57)</sup>.

È la 'cronaca di un diritto che cambia' <sup>(58)</sup> che esige la ricognizione dell'intero percorso: oltre la cronaca infatti, traspare « la crisi d'una transizione epocale » <sup>(59)</sup>, la crisi del « modello antropologico culturale del diritto del lavoro delle origini » <sup>(60)</sup>. Le linee di un diverso progetto di politica del diritto richiedono la ridefinizione dell'itinerario culturale di lungo periodo, la verifica non superficiale dello strumentario tecnico familiare al giurista. La sensazione di essere ad un bivio importante impone che la ricognizione della strada percorsa non sia un rassicurante sguardo al ritratto degli antenati o una semplice operazione di alleggerimento delle origini.

L'immagine del presente come luogo di grandi mutamenti e di ripensamenti è dunque il punto di partenza che produce il racconto ed è suo punto di arrivo: i molteplici segni d'un diritto che cambia, e che mostra la fragilità di « culti » e « miti » <sup>(61)</sup> dai molti adepti, richiedono chiavi di lettura non effimere, esigono di essere inquadrati in riferimento a tempi lunghi e profondi (« i tempi di cambiamento del diritto del lavoro sono necessariamente lunghi » <sup>(62)</sup>). La crisi del diritto del lavoro che in partenza è solo cronaca diviene così, in arrivo, storia; una storia in cui confluiscono mentalità di protagonisti 'piccoli' e 'soli', ombre più antiche della rivoluzione industriale cui il diritto del lavoro si è inesorabilmente legato, eredità e reliquie di 'aristocratici' contributi dottrinali. Approdo incerto di tempi lunghi (« si sviluppa con la velocità impercettibile dei ghiacciai — e, come i ghiacciai, avanza ricoperto di detriti piovuti chissà

<sup>(57)</sup> U. ROMAGNOLI, *Un diritto da ripensare*, in *Lavoro e diritto*, IX, 3, (estate 1995), pp. 470 e ss.

<sup>(58)</sup> Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., il capitolo quarto: « cronache d'un diritto che cambia ».

<sup>(59)</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>(60)</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>(61)</sup> Cfr., a mo' di esempio, *ibidem*, pp. 178 e ss.: riguardo al processo e al 'mito del potere giurisdizionale'; p. 192, riguardo al « mito del posto fisso che ha spodestato quello del lavoro libero delle origini ».

<sup>(62)</sup> Cfr. anche U. ROMAGNOLI, « *Noi e loro* »: *diritto del lavoro e nuove tecnologie*, cit., p. 378; ID., *Alle origini del diritto del lavoro: l'età preindustriale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1985, pp. 514 e ss.

da dove »<sup>(63)</sup>), il diritto del lavoro deve interrogare quel passato se vuole rifondare la sua identità: occorre infatti che sia consapevole non dell'assenza, ma dell'essenza del suo bagaglio culturale, consapevole dei limiti dell'itinerario recente, attento alle trasformazioni più profonde della società e non alle cerimoniose solennità delle svolte normative con cui troppo spesso sono state tracciate rigide cesure nel suo percorso.

La rappresentazione, fuori dai confini della disciplina, dell'intero itinerario mostra prima di tutto la relatività delle scelte di inizio secolo: il diritto del lavoro che guarda al futuro non può mantenere lo stesso significato delle sue origini disciplinari, deve constatare la fine di un percorso, valutarne i limiti, accettarne la dissoluzione. La ricostruzione appare, da questo punto di vista, come la constatazione di un distacco necessario, come la rappresentazione storica della conclusione della parabola novecentesca del diritto del lavoro. La presenza di 'un passato' del diritto del lavoro permette, nello stesso tempo, di considerare con serenità il distacco, dà la consapevolezza che dietro la conclusione di una vicenda non si nasconde la fine dell'intero itinerario. La scomparsa delle origini disciplinari non rappresenta la fine del diritto del lavoro che è da ripensare in relazione a un passato che ha, ad una storia che può mostrarne l'autentica natura: meno effimere di quelle disciplinari, le origini storico culturali di lungo periodo permettono di affrontare il futuro con qualche timore, ma con la fondata speranza di non estinguersi.

### 7. *Un doppio volto per il diritto del lavoro.*

L'immagine di quello che il diritto del lavoro 'veramente è', e dovrebbe essere, rappresenta inevitabilmente il filo che dà unità al testo. A quest'immagine se ne contrappone un'altra (l'immagine 'disciplinare' del diritto del lavoro): un modello settoriale, con origini recenti e ingombranti, insostenibili nell'immediato futuro. Le due immagini sono contrapposte con nettezza: da una parte, un diritto che, se assolutizzato, non è autentico, ed è, anzi, falsante;

---

(63) U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 10

dall'altra, un diritto che mostra nei tempi lunghi la sua vera natura.

Il richiamo ordinante all'identità vera del diritto del lavoro è utilizzato per cogliere nella storia apporti e falsificazioni, per passare al setaccio i molti detriti piovuti sul ghiacciaio; quel richiamo permette di non accedere ad una consolatoria « rimozione del passato senza fondamenti scientifici-culturali adeguati » (64). La contrapposizione, per altri versi, è lo strumento che consente di porre con forza la questione dell'addio al recente modello disciplinare senza smarrire un'identità.

Da questo punto di vista, il libro può essere letto quasi come un'appassionata dichiarazione d'amore del giurista nei confronti del proprio mestiere. L'immagine del diritto del lavoro che ci viene offerta, come accade in una lettera d'amore, è 'disinteressata', 'sincera', 'devota', 'quasi adulatoria' (65). L'identità autentica del diritto del lavoro è infatti un bene verso cui tendere e, al tempo stesso, presenza da difendere, storia da comprendere: è un'immagine da ricercare al di là dei compromessi e dei reiterati tentativi di 'mistificazione'. È quell'immagine che consente di ribadire le ragioni e il significato di una presenza.

La contrapposizione è, come si è detto, prima di tutto uno strumento utile nella lettura di 'un passato che esiste' (66), consente di andare al di là della 'storia ufficiale' e di riscattare le origini 'clandestine' del diritto del lavoro, affermando il timbro originale della sua voce. Il diritto del lavoro, « un diritto-zattera », « un diritto a misura d'uomo », nato « non per cambiare il mondo, ma per renderlo più accettabile » (67), può essere così inseguito ben al di là del suo incontro con l'area normativa e la disciplina speciale tratteggiata dai giuristi dotti: è presente negli statuti delle corporazioni che rappresentarono « il più antico diritto della povertà laboriosa »,

---

(64) *Ibidem*, p. 123.

(65) R. BARTHES, *Frammenti di un discorso amoroso*, Torino, Einaudi, 1979 (*La lettera d'amore*).

(66) « Come il futuro non sarà tanto rosa, così il passato può non essere stato tanto nero » (U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 21).

(67) *Ibidem*, p. 24 e U. ROMAGNOLI, *L'amarcord del diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, XIII, 3 (settembre 1982), p. 406.

« un ordinamento giuridico del lavoro inteso come strumento della mobilità sociale », « un diritto centrato sulla tutela della professionalità non solo come garanzia del prodotto finale da smerciare ... ma anche come profilo o manifestazione della personalità » (68). Quel patrimonio, difficile da dimenticare, si scontra inevitabilmente col capitalismo industriale che deve fare i conti con « l'inoscidabilità dell'ideal-tipo di produttore ereditato dall'antico diritto della povertà laboriosa » (69). Il diritto del lavoro non cessa in questa fase di svolgere il suo compito, di seguire la sua vocazione autentica di 'ammortizzatore sociale': facilita così, con lo sguardo al presente ma con la mente ancora volta ad un'etica del lavoro affondata nel passato remoto, l'adattamento ai metodi dell'organizzazione capitalistica a « contadini non più del tutto contadini ed artigiani non più del tutto artigiani » (70).

Si disegna insomma una storia 'pre-industriale' del diritto del lavoro che va valutata in sé, che ha una sua autonomia e una sua diversità rispetto alla frequentazioni della scienza giuridica 'ufficiale' con il lavoratore (71). L'apporto dei giuristi alla costruzione del diritto del lavoro appare in questa rappresentazione di lungo periodo un contributo esterno e, per tanti aspetti, un contributo solo falsante. Il vero diritto del lavoro quando incontra i giuristi è costretto, per sopravvivere, a nascondersi, a mimetizzarsi: la naturale vocazione dei giuristi dotti e aristocratici è quella di occultare il suo patrimonio culturale, dando visibilità e fissità dogmatica ai suoi contenuti pratici accumulatisi in maniera alluvionale.

L'incontro con i giuristi dotti, l'affermazione di un'autonomia disciplinare, non rappresenta un buon affare per il diritto del lavoro. Sul banco degli imputati Romagnoli pone, prima di tutto, la cultura giuridica della tradizione privatistica: « un impero » poco tollerante verso i diversi, tanto più se animati da propositi separatistici; dotato di emissari potenti e privi di scrupoli pronti a « falsificare », « simu-

---

(68) U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 29.

(69) *Ibidem*, p. 40.

(70) *Ibidem*, p. 41.

(71) « E i giuristi? Be', quelli hanno cominciato a frequentarlo tardi »; « i giuristi ... lo conoscono da poco » (*ibidem*, p. 20 e 21).

lare », « mistificare » (72), astuti nelle loro manovre di « omologazione », di « manipolazione », di « occultamento » (73); « orgogliosissima razza di giuristi » (74) 'non galileiani' che muovono da dogmi astratti (75) e che, convinti della « universalità del proprio sapere specifico » (76) non riescono a trattenere la loro innata vocazione colonizzatrice.

Il distacco da quel modello falsante è implicitamente posto come un riscatto della realtà contro l'astrazione, è rifiuto di origini disciplinari in cui non ci si riconosce. Il diritto del lavoro non è racchiudibile nei sofismi dei rappresentanti dell'impero, non è da ricercare nelle dispute dei cosiddetti padri della disciplina: « giurprivatisti con l'*hobby* dei problemi giuridici del lavoro dipendente » (77), persi dietro l'astratta costruzione concettuale del *contratto* e del tutto ignari della « corpulenta, prosaica, terrigna realtà » del *rapporto* « di cui ... non fanno niente e anzi, per non comprometersi, non vogliono nemmeno sapere » (78). Insomma, il tentativo di inquadramento della realtà del lavoro entro schemi giuridici dotti è inevitabilmente volto a far diventare il diritto del lavoro 'altro da sé'; l'identità autonoma del diritto del lavoro è 'altrove'.

Una valutazione non dissimile è riservata alla legislazione speciale sul lavoro. La legislazione sociale ('crocerossina') di fine Ottocento e il passaggio dello Stato-legislatore dalla fase della repressione a quella della 'indifferenza' non riescono a nascondere la volontà di assorbimento e di controllo di un diritto del lavoro che incrocia il diritto sindacale. La teatralizzazione della « funzione egemonica assegnata alla componente pubblicistica come strumento di intervento diretto nell'economia e nella società civile » realizzatasi con « la legificazione cingolata » del fascismo non fa altro che raccogliere l'eredità e 'pagare le cambiali' ricevute dallo Stato amministrativo di inizio secolo. « L'originalità del principio corporativo sta tutta qui: il

---

(72) *Ibidem*, p. 10.

(73) *Ibidem*, p. 11.

(74) *Ibidem*, p. 57.

(75) *Ibidem*, p. 60.

(76) *Ibidem*, p. 57.

(77) *Ibidem*, p. 53.

(78) *Ibidem*, p. 61.

lavoro entra nella storia del diritto blasonato perché viene fatto uscire dalla propria per divenire altro da sé » (79). Un occultamento meditato, capace di rendere « inautentica » la contrattazione collettiva del momento e destinato a fortune di non breve periodo una volta a contatto con « il diritto sapienziale dei dottori esperti di riciclaggio normativo » (80).

Romagnoli non cerca affatto di rendere leggeri e di edulcorare i blocchi posti alla base della disciplina, li colloca entro una vicenda più vasta: quei blocchi non sono i due tasselli decisivi di un'insostenibile origine recente, ma tessere di un mosaico più ampio da comprendere nel suo insieme.

La contrapposizione autenticità/inautenticità (cui si affianca il riferimento ad altre distinzioni: pratico/astratto, aderenza alla realtà/manipolazione-occultamento) appare molto rigida soprattutto nella rappresentazione del 'nemico' privatistico. Il diritto sapienziale pare abbia generato soprattutto delusioni e illusioni: assillati dall'età intermedia dalla loro « paranoia eufemistica » (81) — che è « auto inganno » e, al tempo stesso, « fuga dalla realtà » — i giuristi sono incapaci di riflettere sulle innovazioni; di fronte alla rivoluzione industriale si lasciano andare a 'fatui litigi', ad astratte dispute teoriche (ad esempio quella sulla equiparazione del contratto di lavoro alla vendita di energie umane), sono impassibili di fronte alla catastrofe che si sta consumando sotto i loro occhi o dediti a sguardi interessati, incapaci di appianare le contraddizioni « in cui inciampa il pensiero giuridico » del periodo del decollo industriale (82). Inevitabile è l'attacco nei confronti di Barassi, padre-colonizzatore della disciplina: « avendo tra le mani un *droit des praticiens* che voleva accreditarsi come tale nell'area dei rapporti sociali, con assoluta naturalezza Barassi ne fece un irriconoscibile *droit de savants* » (83); « anziché reinterpretare il diritto della povertà laboriosa che si

(79) *Ibidem*, p. 100.

(80) *Ibidem*, p. 139.

(81) *Ibidem*, p. 45.

(82) *Ibidem*, p. 56.

(83) *Ibidem*, p. 57. Cfr. anche U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro: quando e perché*, in *Studi in memoria di Marino Offeddu*, Padova, Cedam, 1988, pp. 541 e ss.; ID., *L'amarcord del diritto del lavoro*, cit., pp. 405 e ss.

vergogna di morire, il fondatore del diritto del lavoro italiano gli diede la poco onorevole sepoltura che di solito tocca alle ambizioni sbagliate, ma soltanto dopo averlo spremuto come un limone, per ricavarne tutto quello che poteva ancora dare » (84).

L'apporto della dottrina appare insomma 'mistificante' e lo è al punto da collocarla in gran parte all'esterno dell'itinerario autentico del diritto del lavoro, flebilissima voce del coro volto a comporre la costituzione lavoristica. La distinzione, ancora più accentuata in questo scritto rispetto a lavori antecedenti, appare un costo necessario da pagare per tessere il fitto intreccio tra passato e presente che è posto alla base del testo e alla base dell'affermazione di una nuova identità giuslavoristica. La separazione tra bagaglio dogmatico e origini storico-culturali ampie del diritto del lavoro permette infatti di ottenere un reale distacco da rappresentazioni ancora troppo ingombranti, consente di rivendicare fondamenta di autonomia svincolate da una difesa delle certezze di 'un passato che non passa' (85), permette di relativizzare la centralità della disciplina-standard del rapporto di lavoro come paradigma da difendere a tutti i costi, ma può permettersi anche il lusso di guardare con disincanto agli argomenti di quanti, ragionando su quella fine, sono portati a trarne conseguenze troppo estreme e a rinunciare del tutto a un passato.

La modellizzazione del diritto del lavoro da riscoprire permette una lettura lucida, e nient'affatto adulatoria, della vicenda storica che, accettata in tutto il suo peso, può essere finalmente guardata con distacco, senza troppa partecipazione emotiva. Anche la 'vocazione pratica' del diritto del lavoro, realizzata soprattutto dai probiviri a cui di recente si è tornati a guardare forse con troppo entusiasmo, può essere così considerata nei suoi « meriti storici », senza « alcun eccesso di zelo riabilitativo » (86). I probiviri costruiscono « la sintassi » del rapporto di lavoro e « l'alfabeto del moderno

---

(84) U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 59.

(85) Cfr. L. GAETA e G. VARDARO, « *Un passato che non passa* »: *Tbilo Ramm e la dottrina giuslavoristica tedesca*, Introduzione a T. RAMM, *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, Milano, Giuffrè, 1989.

(86) U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 91.

diritto sindacale »<sup>(87)</sup>; occorre però valutare con pacatezza gli apporti innovativi assieme ai « costi occulti » presenti nelle scelte di quegli interpreti, occorre non dimenticare « la tendenza probivirale a promuovere l'estensione agli operai della disciplina generalmente più favorevole degli impiegati »<sup>(88)</sup> e l'involontario sostegno che essi diedero, più che a un composito disegno di politica del diritto, alla dispensa di sicurezze (« appartiene alla vocazione del diritto del lavoro italiano l'attitudine a trasformarsi in un diritto dispensatore di provvidenze, di garantismi e magari di favori »<sup>(89)</sup>). La storia del diritto del lavoro non ha bisogni di ossequi e di solennità. Può rinunciare anche all'affannosa ricerca di padri fondatori 'buoni'<sup>(90)</sup>.

#### 8. *Competere e contrattare per gruppi.*

La *pars destruens* nei confronti della storia ufficiale della disciplina può essere così radicale perché propone, in positivo, una diversa immagine del diritto del lavoro, un'immagine autentica da riscoprire e da riaffermare. Sviluppatisi « alla periferia d'un impero, il diritto dei privati, in una forma paragonabile alla clandestinità »<sup>(91)</sup>, il diritto del lavoro si è affermato disegnando un diritto a « misura d'uomo », tutelando la non negoziabilità dell'esistenza biologica del lavoratore e la sua dignità, infrangendo le consacrate

---

<sup>(87)</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>(88)</sup> *Ibidem*, p. 93. Più volte Romagnoli ha invitato a riflettere sul fatto che il diritto del lavoro italiano di inizio secolo è soprattutto un diritto degli impiegati; un diritto del lavoro piccolo-borghese, che mostra di non aver compreso i valori dell'industrialismo.

<sup>(89)</sup> *Ibidem*, p. 95. Ben al di là della vicenda dei probiviri, in molti altri casi il diritto del lavoro ha 'ragionato in piccolo', rivendicando certezze rassicuranti ed inseguendole nel corso del Novecento (modello trainante del pubblico impiego, mera monetizzazione degli aspetti negativi del lavoro, logica concessiva pronta a trasformarsi in assistenzialismo e in accumulo di piccoli privilegi).

<sup>(90)</sup> Giuseppe Messina, che « a differenza di Barassi ... non ha la tempra del colonizzatore », « parte dai dati empirici senza manipolarli, dirige la torcia verso il basso e dunque si astiene dal sostituire ai fatti la sua dottrina ». Anche qui però Romagnoli ritiene che sia inutile lasciarsi andare al vezzo della ricerca del padre: « per attestare l'ammirazione che oggi in genere si nutre nei suoi confronti, non è necessario attribuire alla sua opera più di quanto in essa non possa esserci » (*ibidem*, p. 78).

<sup>(91)</sup> *Ibidem*, p. 10.

liturgie classificatorie dell'impero privatistico saldamente fondato sull'ideologia dell'individualismo borghese e sulla pretesa universalità del suo sapere.

Il diritto del lavoro è soprattutto diritto degli operai coalizzati, diritto collettivo del lavoro: « prodotto della giuridificazione spontanea » di una dimensione intermedia tra quella statale ed individuale, espressione di un « *competere e contrattare per gruppi* » <sup>(92)</sup>. Un diritto destinato a « scandalizz[are] i normativisti ad oltranza », ad « irrit[are] i templari del formalismo giuridico », e naturalmente destinato a scontrarsi con l'innata vocazione totalizzante iscritta nel codice genetico della sovranità esclusiva della rappresentanza politica dello Stato moderno, con la sua tensione verso un assolutismo (giuridico) che nega ai gruppi sociali « la libertà di auto-organizzarsi e auto-determinarsi propria del pluralismo giuridico » <sup>(93)</sup>. Caratterizzate da silenzi, veti o asfissianti protezioni, le strategie dello Stato legislativo, dello Stato amministrativo, e poi dello 'Stato totale' sono accomunate da un filo di unione — spesso non tanto sottile — che sta nell'incapacità di comprendere l'intrinseca diversità dell'autonomia negoziale collettiva, nell'incapacità di affrontare quest'inedita dimensione del giuridico in modo non fagocitante.

Il diritto sindacale e del lavoro del secondo dopo guerra è stato costretto inevitabilmente a confrontarsi ancora con un'eredità-groviglio difficile da districare 'tra Costituzione e diritto comune'; esso però è uscito dall'oscurità affermando il diritto dell'autotutela collettiva (« Il diritto del lavoro è uscito dall'oscurità quando si sono accesi i fari della contrattazione collettiva che esprime la solidarietà degli interessi implicati in una serie illimitata di rapporti tendenzialmente omogenei, essendone al tempo stesso il principale e forse l'unico sostegno » <sup>(94)</sup>) e con il passaggio dal diritto statualizzato al diritto promozionale (è lo Statuto dei lavoratori che segna, nel 1970, « il passaggio dalla prospettiva d'un diritto interamente statualizzato

---

<sup>(92)</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>(93)</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>(94)</sup> *Ibidem*, p. 177.

ad un diritto promozionale inteso come corpo di regole d'un gioco aperto a risultati non precostituiti rigidamente »<sup>(95)</sup>).

Anche la fase recente e luminosa della storia del diritto del lavoro va inserita però nel complessivo itinerario, anch'essa è da valutare senza compiacimenti e senza trionfalismi.

Il silenzio del legislatore del dopo-Costituzione mostra, ad esempio, la pragmatica ma non originale « regola non scritta del doppio binario: non-ingerenza e non-indifferenza » (« la regola non è originale perché venne coniata con non minore consapevolezza in età giolittiana »). Tale regola, com'è noto, ha avuto grazie alla democrazia più robusta un impatto ben diverso rispetto alle sue applicazioni di inizio secolo. L'invito, però, è quello di non lasciarsi andare all'esaltazione delle virtù terapeutiche del diritto comune, consapevoli che « la contrattazione collettiva di diritto comune ha imparato ad avvalersi di tecniche legificate in epoca corporativa nello stesso momento in cui si sviluppava in aperta polemica con la medesima »<sup>(96)</sup>.

La scelta di una piena radicazione del sindacato nel diritto comune (sia per quanto attiene al diritto del sindacato come associazione, sia nei rapporti dei sindacati con lo Stato) ebbe il merito di affermare « un ordinamento intersindacale, come ordinamento particolare, sezionale, distinto da quello dello Stato, ma capace di autoregolarsi »<sup>(97)</sup>. Un modello che era fuori dal disegno costituzionale ma che non era contro di esso; un modello che attivò i principi costituzionali contro il mito della statualità del diritto (proprio grazie alla giurisprudenza costituzionale si comprende finalmente « il principio che il conflitto è il sale della democrazia »<sup>(98)</sup>: « il mito della statualità del diritto appare agli sgoc-

---

<sup>(95)</sup> *Ibidem*, p. 163. Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra disincanto e riforme senza progetto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 11 e ss.

<sup>(96)</sup> « Il sindacato si è appropriato, sia pure in maniera approssimativa e tutt'altro che irreversibile, dei vantaggi connessi al modello di contratto collettivo prefigurato nella Costituzione ossia al privilegio oneroso orgogliosamente rifiutato » (U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., pp. 139 e 140).

<sup>(97)</sup> *Ibidem*, p. 144. Il richiamo va ovviamente a G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960.

<sup>(98)</sup> U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit. 146.

cioli » (99)). Insinuatasi nelle pieghe antiche del regime del doppio binario (100), la capacità del diritto del lavoro 'di autoregolarsi' si è fusa e confusa con la « propensione dello Stato a legiferare contro voglia e con parsimonia ».

Anche questa storia più breve, meno attraversata dal peso di eredità antiche, mostra, però, un diritto sindacale e del lavoro che « guarda con apprensione il XXI secolo » (101), anche questa storia breve del diritto del lavoro deve rinunciare ad alcune sue costruzioni rigide e all'uso mitizzato di concetti fecondi di cui occorre saper cogliere i limiti. Tra i miti occorre collocare anche « il culto del pluralismo giuridico ». Non occorre rimpiangere un assoluto (quanto impossibile) monopolio statale sulle regole giuridiche, per constatare che il concetto di pluralismo, così come è stato riveduto e corretto, si è sclerotizzato: è divenuto « duopolio normativo semi-autonomo e semi-automatico, con scarsa attenzione all'impatto sul vissuto degli estranei — ossia della stragrande maggioranza dei cittadini sindacalmente non organizzati — di decisioni provenienti da sotto-sistemi sociali auto-referenziali e cionondimeno produttive di effetti garantiti dall'ordinamento dello Stato » (102). Singolare forma di neo-istituzionalismo (« fenomeno di trasformismo delle fonti regolative nel quale l'autonomia privato-collettiva si statualizza ») che coniuga assieme « *escalation* e regressione dell'auto-regolamentazione sociale » (103).

Altro mito recente che la cultura giuridica è invitata a guardare con maggior distacco è il diritto di sciopero: « sequestrato nel santuario dei diritti che nessuno può toccare. Nemmeno il sindacato » (104). Un diritto che ha abbandonato la configurazione 'antropocentrica' ed 'estremistica' (di un diritto della persona ad esclusiva titolarità individuale ancorché ad esercizio collettivo) per capovolgersi in una concezione di un diritto collettivo ad esercizio

---

(99) *Ibidem*, p. 144.

(100) « Alla metà degli anni '80 la regola del doppio binario appare obsoleta a tutti » (*ibidem*, p. 171).

(101) *Ibidem*, p. 176.

(102) *Ibidem*, p. 173.

(103) *Ibidem*, p. 175..

(104) *Ibidem*, p. 227.

individuale, per mostrarsi, fuori da una concezione ‘spontaneista’ pervasa di « individualismo giuridico », come un diritto ‘atipico’: « è accaduto che il diritto di sciopero ha veduto accentuarsi la sua atipicità rispetto al modello classico dei diritti di libertà. Essa consiste nella sua attitudine non solo a realizzare, ma anche a ledere o sacrificare interessi meta-individuali » (105).

Si delinea il quadro di una società che ha bisogno di ridisegnare le sue regole del conflitto, di una cultura giuridica che ha bisogno di guardarsi indietro, di abbattere i templi per valorizzare le sue ‘potenzialità positive’ ed ‘erodere quelle negative’, considerando anche ‘la tutela dei diritti altrui, anch’essi costituzionalmente garantiti’. Il compito principale torna ad essere, in fondo, quello delle origini: « si torna un po’ alle origini del diritto del lavoro, allorché un legislatore come quello italiano che in questa materia legiferava con estrema riluttanza delegò a speciali giudici a base elettiva — i probiviri industriali — il compito di progettare un diritto che non c’era » (106).

La continuità con le origini non sta né nello scenario, né nell’area di intervento, né nelle direttrici di marcia; convergente è solo la ricerca di un risultato corrispondente al patrimonio genetico, alla ‘naturale’ vocazione del diritto del lavoro: « mentre nell’800 la modernizzazione dei rapporti sindacali e di lavoro presupponeva la seminazione di germi di principi atti a nutrire una gracilissima ed esangue autotutela collettiva, adesso il medesimo obiettivo non può essere raggiunto se non moderando l’esercizio d’un’autotutela collettiva imbottita di vitamine e proteine » (107).

### 9. *Un lungo addio alla tradizione disciplinare.*

L’itinerario storico culturale del diritto del lavoro tracciato da Romagnoli mostra un diritto che, pur vivendo inevitabilmente di

---

(105) *Ibidem*, p. 230.

(106) L’affermazione è riferita nel testo a La Commissione di garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali che ha oggi il compito di « scrivere il breviario del buon scioperante » e « di incivilire la regione del lavoro dipendente » (*ibidem*, pp. 236 e ss.).

(107) *Ibidem*, p. 237.

miti, di dogmi, di falsificazioni, non ha mai cessato di essere uno 'strumento di adattamento alla complessità', un 'diritto dell'adattamento', affermatosi per 'incivilire l'etica degli affari', per contestare la formale uguaglianza del contratto (per « contestare una consuetudine classificatoria che pretende di ricondurre il contratto di lavoro tra i sotto-tipi della figura generale del contratto concluso da soggetti con un cuore a forma di salvadanaio per l'effettuazione di uno scambio declinato al singolare tra utilità economiche »<sup>(108)</sup>).

L'affermazione nel passato remoto pre-industriale di un diritto del lavoro della 'povertà operosa' è riscoperta nel presente di un diritto della cittadinanza operosa, di un diritto proteso ad affermare a fronte della complessità sociale nuove forme di adattamento per il lavoro come tale, per il lavoro senza aggettivi. Un diritto del lavoro che, libero dal fardello delle sue recenti origini disciplinari, può non rinchiudersi dietro le deboli trincee di indiscutibili garantismi legali e sindacali, può distaccarsi anche dai miti generati dal più nobile dei 'padri' (non Barassi, ma il pluralismo giuridico), può riscoprire la sua più profonda vocazione: quella di un diritto ancora capace di 'ammortizzare' i costi sociali prodotti dalle trasformazioni sociali: « il diritto del lavoro deve riprogettarsi sia come strumento protettivo dei soggetti più deboli sia come strumento di convergenza e integrazione delle due dimensioni — l'economico e il sociale — tra le quali ha sempre oscillato con la fiducia di saper calcolare l'impatto dei loro condizionamenti reciproci »<sup>(109)</sup>.

Il progetto appare particolarmente arduo: incontrare oggi i 'soggetti più deboli' significa infatti prima di tutto dire addio al « modello antropologico che rappresenta il ... prototipo storico » del diritto del lavoro. Forse « non è indispensabile distruggere l'eredità genetica del diritto del lavoro »<sup>(110)</sup>, si deve però constatare che « il modello antropologico-culturale del diritto del lavoro delle origini è giunto al capolinea »: a mostrarlo è l'esigenza di porre l'attenzione

---

<sup>(108)</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>(109)</sup> *Ibidem*, pp. 196 e 197.

<sup>(110)</sup> U. ROMAGNOLI, *Introduzione*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 20: « se è velleitario continuare a identificare ogni lavoro col posto fisso e ogni attività col tempo pieno, non è nemmeno indispensabile distruggere l'eredità genetica del diritto del lavoro. In effetti, cosa c'è di realmente nuovo per un giurista? ».

« sulla revisione del diritto dello Stato sociale polarizzandone le compensazioni giuridiche e materiali intorno allo *status* di cittadino secondo il criterio del bisogno » (111). Ed è difficile ipotizzare che il contratto possa ancora rappresentare il centro di questo nuovo diritto del lavoro, attento non solo al mercato all'economia e alla società, ma anche all'esigenza di ridisegnare, ancora attraverso una 'rilettura' della Costituzione, lo Stato sociale e di graduare la soddisfazione dei bisogni in relazione all'operosità dei cittadini.

L'appassionata difesa, nel passato come nel presente, di una identità giuslavoristica ampia e non più settoriale, volta al 'genere' e non più solo ad una 'specie', fa sì che il racconto di Romagnoli si presenti come fine e come avvio di più storie del diritto del lavoro: la fine di una concezione parcellizzata (e perciò spesso miope) delle tutele giuridiche cede il passo ad uno sguardo ampio delle tutele costituzionali del cittadino 'prese sul serio' (112); la fine del riferimento assolutizzato alla subordinazione cede il passo al confronto colla nuova povertà laboriosa, alla ricerca di tutele per il cittadino-lavoratore, per il cittadino operoso. Un filo riunisce le diverse storie, riunifica i volti del diritto del lavoro: affermare un'operatività piena, effettiva, del principio di uguaglianza: « valore troppo grande per poter essere rinchiuso in un recinto piccolo piccolo come il rapporto individuale di lavoro » (113).

In questo orizzonte così ampio ha ancora senso, però, ipotizzare uno spazio 'autonomo' della specialità giuslavoristica?

Dal racconto di Romagnoli può affiorare la fine di una tradizione disciplinare, non certo la fine del diritto del lavoro. E l'addio alla tradizione disciplinare non potrà, comunque, che essere un lungo addio: se è vero che la microdiscontinuità (114) rappresenta una tra le caratteristiche costanti del diritto del lavoro, la sfida del futuro sarà affrontata dai giuristi aderendo ancora a 'miti' e 'falsifi-

---

(111) U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 206.

(112) Acute riflessioni sul punto in B. CLAVERO, *Institución de la reforma social y constitucion del derecho del trabajo*, in *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 41 (1990), pp. 5 e ss.

(113) U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., p. 206.

(114) *Ibidem*, p. 23 e ss.

cazioni', e proponendo ancora 'riciclaggi normativi'. Quando la parabola sarà conclusa, e il distacco dal diritto del lavoro come settoriale area normativa o disciplina speciale sarà definitivo, quando il passato sarà del tutto passato, si potrà forse tentare una lettura meno severa anche nei confronti del pensiero giuridico 'aristocratico' del nostro secolo. Del resto, proprio Romagnoli ci ha mostrato come anche la stagione dell'estremo 'disincanto' non possa rinunciare alla sua storia. Anche la giuslavoristica, insomma, è condannata a viverci la transizione: così come fa Cipputi (il personaggio di Altan posto da Romagnoli al centro del suo racconto, « il nipotino evoluto degli ignoti e ignari eroi della transizione dal feudalesimo al capitalismo »<sup>(115)</sup>) che « incerto sul presente, riflette sul passato e s'interroga sul futuro ».

---

<sup>(115)</sup> *Ibidem*, p. 19.



### III. 6

#### « IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE » DI COSTANTINO MORTATI CINQUANT'ANNI DOPO (\*).

1. Interrogarsi, cinquant'anni dopo, su quanto siamo prossimi alla riflessione di Costantino Mortati sul diritto del lavoro è meno semplice che confrontarsi con i cento anni che ci dividono dal *Contratto di lavoro* di Lodovico Barassi. Più coinvolgente è la sfida offerta dallo 'sconfitto' Mortati, più provocatoria suona oggi la sua voce di fronte ai frettolosi bollettini medici che pressoché quotidianamente — tra i comprensibili fastidi dei congiunti stretti del paziente — ci informano di un nuovo peggioramento delle condizioni di salute di un diritto del lavoro ammalato grave. Percorrendo all'inizio degli anni Cinquanta un mondo di relazioni giuridiche che si presentava tutto da ricostruire, Costantino Mortati era un po' spaesato ma derivava comunque dal suo solido strumentario teorico e dal suo sincero pathos attuativo del dettato costituzionale ferme certezze che lo spinsero lontano dalle spiegazioni civilistiche. Irriducibile allo schema del rapporto di scambio e prioritariamente volto a conciliare in un disegno organico gli interessi particolari e l'interesse generale desumibile dall'essenza del progetto costituzionale, il diritto del lavoro tracciato da Mortati non faceva nulla per nascondere la sua essenza marcatamente 'pubblicistica'.

La giuslavoristica italiana del secondo dopoguerra, protesa a mantenere lontana la sua autonomia scientifica dall'abbraccio del

---

(\*) È il testo dell'intervento fatto a Siena il 31 gennaio del 2003 a proposito di una relazione di Umberto Romagnoli su Costantino Mortati. La relazione e gli interventi della giornata di studio, unitamente alla ripubblicazione del testo di Mortati del 1954, sono raccolti nel volume *Costantino Mortati e « il lavoro nella Costituzione »* (a cura di Lorenzo Gaeta, Milano Giuffrè, 2005). Con il titolo *La costituzione delegittimata*, la relazione di Romagnoli è comparsa anche nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LVII (2003), pp. 829-864.

diritto statale, esplorò a fondo le potenzialità insite nel diritto dei privati e, spesso ingigantendo le ombre del corporativismo, considerò con malcelata diffidenza quanti puntavano su un'immediata valorizzazione ('pubblicistica') del dettato costituzionale. In un tale clima il progetto giuslavoristico di Mortati finì inevitabilmente con l'essere relegato in un angolo. Cinquant'anni dopo, in anni in cui anche le più solide certezze sono poste in discussione, si può forse tornare a guardare con occhi meno severi alle pagine dello 'sconfitto' di ieri. Più che mai opportuna è dunque l'iniziativa odierna che ci invita proprio a questo confronto.

Il contributo principale che si può trarre oggi dalla lezione di Mortati è probabilmente così semplice da risultare quasi banale: è direi quello dell'affermazione della necessaria presenza di uno specifico diritto del lavoro nel quadro tracciato dalla Costituzione repubblicana. Di fronte a talune odierne letture privatistiche totalizzanti che pretendono di trionfare sino al punto di mettere in discussione le stesse ragioni del diritto del lavoro, il contributo di Costantino Mortati può aiutarci a riflettere ancora su quali siano i principi non negoziabili, le tutele su cui non è dato transigere; può essere utile insomma non per affermare con cinquant'anni di ritardo un antistorico carattere 'pubblicistico' del diritto del lavoro, ma per ribadire le ragioni di una composita identità disciplinare.

Cinquant'anni dopo alcune distanze paiono incolmabili, altre si assottigliano: quel diritto del lavoro formato da blocchi omogenei che si contrapponevano, dividendo sterilmente la disciplina nel secondo dopoguerra, è da tempo estraneo alla stragrande maggioranza delle ricostruzioni di diritto positivo. Ancor oggi, però, chi ripercorre l'album di famiglia del diritto del lavoro trova spesso foto rimosse o ascolta voci che si affrettano a dire che il tale, per quanto ritratto ben al centro e contornato da parenti strettissimi, è in realtà quasi un estraneo. Familiarità ed estraneità rispetto ad assorbenti letture pubblicistiche o privatistiche si sono alternate con grande frequenza nella storia del diritto del lavoro e, così come i giuspubblicisti e i civilisti si sono spesso sentiti spaesati entro una disciplina che consideravano da diversi punti di vista di loro pertinenza, anche i giuslavoristi hanno finito nei diversi periodi per sentirsi estranei di fronte all'una o all'altra prospettiva. Oggi più che mai finisce per esser vero quello che ha ricordato Carlo Ginzburg: « tutto il mondo

è paese non vuol dire che tutto è uguale: vuol dire che tutti siamo spaesati rispetto a qualcosa e a qualcuno » (1).

2. Umberto Romagnoli non si è sottratto dall'affrontare la sfida che il testo di Mortati propone; anzi, ha scelto di confrontarsi con la nota relazione tenuta a Taormina nel primo Congresso italiano di diritto del lavoro, muovendo proprio dall'angolo visuale più difficile, quello di una puntuale disamina della distanza e/o della vicinanza culturale tra quel testo e i percorsi (e gli approdi) della giuslavoristica dell'Italia repubblicana. La familiarità culturale delle pagine di Mortati — è facile sentirsi 'a casa' leggendo alcuni suoi pressanti richiami alla Costituzione — si intreccia nella relazione di Romagnoli con quella sorta di spaesamento cui alludevo sopra.

Misurare le distanze (e/o considerare le continuità) è operazione storiograficamente complessa, soprattutto quando storia e memoria, individuale e collettiva, familiarità ed estraneità, si saldano con fili inestricabili. Frequentatore abituale della dimensione storica, Romagnoli è ben consapevole di quanto sia rischioso un coinvolgimento emotivo tra il ricercatore e il proprio oggetto di indagine; nella sua rilettura ha però volutamente scelto di correre questo rischio. Non poteva essere diversamente: la finestra che guarda indietro di cinquant'anni è stata aperta per considerare in maniera critica la realtà del presente, per non essere sommersi da essa. E, in un presente incombente da cui molti traggono troppe indiscutibili certezze, le pagine dello 'sconfitto' Mortati offrono un osservatorio privilegiato per verificare la solidità delle convinzioni scientifiche di un intero settore disciplinare. L'analisi che Romagnoli fa di Mortati è, in fondo, una *sofferta* rilettura di gran parte dell'itinerario del diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Dico 'sofferta' perché Romagnoli ha utilizzato lo specchio del testo di Mortati per riconsiderare una storia che gli appartiene, in cui è coinvolto scientificamente ed emotivamente. Non ne ha fatto mistero. A un certo punto, ad esempio, ci ha interrogati e si è interrogato: « Mi chiedo quando è stato che abbiamo cominciato a sbagliare »; e dopo un po', quasi in

---

(1) C. GINZBURG, *Occhiacci di legno. Nove riflessioni sulla distanza*, Torino, Einaudi, 1988, p. 11.

un dialogo con il suo Mortati di oggi, « non so quando ho cominciato a sbagliare ».

Ho l'impressione, ma è un punto su cui non intendo intrattenermi se non per chiedere un'eventuale conferma allo stesso Romagnoli, che oggi egli sia giunto a un bivio cruciale nella sua ricostruzione del diritto del lavoro: al di là di Mortati (o forse grazie alla rilettura di Mortati), la considerazione del presente torna a porre nuovi interrogativi al passato, fornendo spunti per ulteriori indagini anche nel lungo periodo. L'intreccio dei motivi cui ho fatto cenno rende particolarmente ardua una riflessione 'a caldo' sulla ricca relazione presentata; mi limiterò quindi solo a qualche breve osservazione.

3. Il tema cruciale mi è parso dunque quello della vicinanza (della distanza) tra il percorso giuslavoristico dell'Italia repubblicana e la (ri)lettura di Mortati. Ad emergere è un'inevitabile vicinanza nel presente e un'inevitabile distanza nel passato; forse si può aggiungere — provocatoriamente — un eccesso di vicinanza nel presente che è speculare a un'orgogliosa rivendicazione di distanza nel passato.

Nel presente è difficile tracciare una netta linea di confine tra l'ispirazione di fondo del progetto mortatiano e quello che il diritto del lavoro è, quello che il diritto del lavoro vuole ancora essere. Nel presente il pathos attuativo del disegno costituzionale di Mortati appare indispensabile per affermare — a fronte del quadro della « Costituzione delegittimata » richiamata da Romagnoli anche nel titolo della suo intervento — un'etica pubblica, per rafforzare una Costituzione sempre più vulnerabile, per scorgere il « logoramento del metodo democratico » e « le conseguenze dell'inattuazione costituzionale », per contrastare « l'analfabetismo costituzionale ». Comprendere oggi quel disegno giuspubblicistico significa impedire di « violentare la storia del diritto del lavoro »; vuol dire opporsi a chi intima « dall'alto e dall'esterno con toni ultimativi che autori e utenti del diritto del lavoro vivente se ne separino *hic et nunc* per rimodellarlo su un disegno prefabbricato, chissà da dove, chissà da chi ». Insomma, Mortati « ci incoraggerebbe ad imprimere alla ri-regolazione del lavoro una torsione che ne sposti l'asse centrale dal terreno privatistico dei rapporti contrattuali sul terreno delle garanzie di cittadinanza, ossia dei principi inderogabili di rilevanza

costituzionale ». Oggi, dunque, Mortati si presenta come un naturale alleato per il giuslavorista che intenda confrontarsi con le tesi di coloro che, spesso innalzando il vessillo di un generico richiamo alla complessità, propongono un incondizionato ritorno al contratto come panacea per tutti i mali e vedono in qualsiasi richiamo a principi di inderogabilità una pericolosa sovversione delle supreme regole del mercato.

Il Mortati che nel presente appare così vicino apre inevitabilmente interrogativi sul passato: è possibile che ci fosse tanta distanza? è possibile che nello scontro degli anni Cinquanta non siano state viste e ascoltate ragioni importanti?

Guardando al passato tornano, però, le differenze, le ragioni che opposero 'privatisti' e 'pubblicisti' in uno scontro « radicale » e « inestinguibile ». In riferimento a quegli anni si può riconoscere a Mortati 'l'onore delle armi', ma nulla di più. Segnate com'erano dalla necessità di affermare una collocazione pubblicistica della disciplina, le pagine di Mortati sapevano, a torto o a ragione, di continuità con il corporativismo (« i perdenti », « il più illustre, Mortati, e il più intransigente, Ugo Natoli », sottostimarono — nota Romagnoli — il giudizio di disvalore maturato dal diritto pubblico negli anni del corporativismo); quelle pagine dimenticavano che la ricerca di uno spazio di libertà rappresentava il valore essenziale cui fare riferimento. A rendere il contrasto 'inestinguibile' c'era, al di là dell'incombente immagine del corporativismo, la lettura della realtà politica e sociale dell'Italia del dopoguerra: la prospettiva pubblicistica, puntando tutto sulle promesse di riscatto sociale scritte nella Costituzione (e idoleggiando lo Stato, la sua giurisdizione e la legge), inseguiva probabilmente un sogno e trascurava l'Italia qual era; la via privatistica, al contrario, puntava su un pragmatismo sano (guardava in basso, misurava le sue prospettive con la prassi) anche se un po' assolutistico (mirò ad « evitare i contagi con il diritto pubblico; anche a costo di delegittimare la Costituzione repubblicana »).

Resta un forte iato tra le molte ragioni della distanza nel passato e le ottime ragioni della vicinanza nel presente; con una certa dose di grossolanità, direi lo iato tra le ragioni privatistiche di ieri e le ragioni pubblicistiche di oggi. Riannodare le opposte ragioni appare essenziale per poter scorgere ancora un'identità disciplinare. Forte di questa consapevolezza, Romagnoli ricerca con spietatezza 'lo

sbaglio' che ha spezzato la storia della disciplina guardando nel solco che ha separato le opposte ragioni.

4. La forte rivendicazione di un'appartenenza del diritto del lavoro al diritto pubblico o al diritto privato — è stato detto più volte ed è bene ripeterlo ancora — è superficiale, rischia di creare arbitrarie ed innaturali separazioni, nega l'essenza di un diritto che inevitabilmente attorno all'elemento del contatto, della fusione, della compenetrazione tra elementi 'privatistici' e 'pubblicistici' ha costruito la sua identità<sup>(2)</sup>. La storia della disciplina dal secondo dopoguerra (ma, per altri versi, occorrerebbe dire dagli inizi del Novecento) è ricca di sentieri non percorsi e di fili spezzati, ed è altrettanto ricca di confluenze e di intrecci: il filo dei rapporti tra l'anima giusprivatistica e quella giuspubblicistica ha intessuto tutti i vari periodi, esaltando nei diversi momenti vicinanze o distanze maggiori con l'una o con l'altra prospettiva. Occorre interrogarsi — ci dice giustamente Romagnoli — sulle ragioni e sulle conseguenze della « incomunicabilità tra gius-privatistica e gius-pubblicistica », occorre guardare non solo in alto ma anche in basso per comprendere quali furono i terreni di incontro oltre che quelli di scontro. La principale richiesta proveniente dal diritto del lavoro del Novecento è stata, d'altronde, proprio quella di superare ripartizioni scolastiche e opposizioni apparentemente insuperabili, quella di giungere per far fronte alle continue sfide poste dal mutamento sociale, a una compenetrazione, a una sintesi, e non solo a una provvisoria stretta di mano, tra privato e pubblico. Romagnoli così sintetizza il messaggio: « senza la libertà dei privati non è dato realizzare conquiste sociali, ma la libertà dei privati non basta da sola a difenderle e consolidarle ».

Fatta la precisazione, occorre aggiungere però che è particolarmente difficile accostarsi alla storia anche più recente della disciplina completamente spogli da quella distinzione e scevri dalla tentazione di ascrivere questa o quella ricostruzione all'uno o all'altro settore. Quanto più forte è la consapevolezza dell'improponibilità di distin-

---

<sup>(2)</sup> È sufficiente rinviare sul punto alle recenti osservazioni di S. SCIARRA, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31 (2002), II, pp. 427 e ss.; p. 429.

zioni nette, tanto più esse tornano a condizionarci: la nostra stessa capacità di leggere Mortati 'oggi' e 'ieri' è influenzata dalla categoria pubblico/privato che si ripropone come indispensabile unità di misura. Per una sorta di fatale attrazione i tanti percorsi presenti nel diritto del lavoro tendono a confluire entro una storia caratterizzata dalla separazione che si intende negare. Cosa impedisce di fondere i tanti percorsi entro una storia della disciplina finalmente non scissa? Dov'è il punto fragile che torna a dividere quanto deve essere necessariamente unito? Dov'è che il percorso unitario si interrompe? Dov'è « lo sbaglio »?

Riconsiderare la storia della disciplina dal punto di vista dell'incontro, della sintesi è semplice solo se si rinuncia a un confronto con quanti si fecero portatori di un disegno fortemente caratterizzato in una direzione o nell'altra; espellere dalle foto di famiglia quei civilisti e quei pubblicisti che si accostarono al diritto del lavoro un po' spaesati, ma non per questo privi del fare sicuro dei colonizzatori, comporterebbe un lusso eccessivo per il patrimonio scientifico e culturale di una giuslavoristica a sua volta sempre più spaesata. Il confronto per quanto difficile resta dunque essenziale: la ricerca di punti di incontro anche nella ricostruzione del passato ci dà, in fondo, proprio la misura delle difficoltà e delle tensioni progettuali, della coscienza dell'identità disciplinare diffusa nel presente.

La relazione di Romagnoli mi pare abbia espresso molto bene questi dilemmi. La vicinanza tra il progetto mortatiano e le ragioni del diritto del lavoro del presente, la necessaria distanza tra quel progetto e il diritto del lavoro che si affermò nel secondo dopoguerra si incrociano, ricercano un necessario punto di unione senza scendere a compromessi: ricercare l'unità, affermare le peculiarità della propria identità disciplinare non può implicare, del resto, che tutto sia uguale e che nessuno si senta spaesato.

5. Non giovò nelle dispute degli anni Cinquanta, gravate dal pesante fardello del corporativismo, l'attacco all'altro come se fosse il 'nemico'; non giovò soprattutto l'immagine semplicistica di un diritto privato quasi immune dai retaggi del passato e di un diritto pubblico troppo compromesso con quel passato. Il principale punto di incontro tra gli opposti fronti stava probabilmente nel fatto che essi traevano comunque sostegno dalla tesi che contrastavano.

L'Ottocento aveva lasciato in eredità un diritto del lavoro dalle forti matrici civilistiche (Lodovico Barassi resterà paladino di quel diritto del lavoro civilistico per tutta la sua vita); un diritto che riuscì a mantenere salde le sue purezze solo scendendo a patti con l'assetto marcatamente pubblicistico (e autoritario) delle relazioni sindacali offerto dal corporativismo fascista. Il diritto del lavoro 'pancivilistico' non viveva di sintesi, ma di espulsioni che difendevano la sua specificità scientifica semplicemente collocando 'altrove' i sempre più massicci interventi dello Stato. I limiti di una tale lettura riemersero con forza al momento della caduta del sistema corporativo. Dalla prima edizione delle *Nozioni di diritto del lavoro* di Francesco Santoro Passarelli si evinceva, ad esempio, che l'ampliamento del diritto del lavoro dovuta alla scomparsa del diritto corporativo (« prima » esisteva il diritto corporativo; « ora » quella disciplina « può venire ricompresa nel diritto del lavoro, inteso in senso ampio »<sup>(3)</sup>) non poteva condurre a un reale ampliamento del discorso disciplinare<sup>(4)</sup>. Parte del diritto civile (del *diritto civile patrimoniale*) e proteso a considerare *fondamentalmente* la tutela dell'interesse individuale, il diritto del lavoro privo della normativa pubblicistica del corporativismo non riusciva a proporre un suo volto unitario e si poneva in semplice atteggiamento di attesa<sup>(5)</sup>. Il *fenomeno collettivo* liberato dalla veste formale in cui lo aveva ingabbiato l'ordinamento corporativo restava senza spiegazione.

Nella crisi del corporativismo il diritto del lavoro si ritrovò così diviso in parti che nessuno osava fondere: rapporto individuale di

---

<sup>(3)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1945, pp. 1 e 2.

<sup>(4)</sup> *Ibidem*, p. 2: « riteniamo che il discorso debba essere limitato al diritto del lavoro nel suo significato proprio e tradizionale ... Il diritto del lavoro in senso proprio è costituito dalle norme che regolano *direttamente* il *rapporto di lavoro* ... va subito rilevato che le norme costituenti il diritto del lavoro non formano un sistema autonomo, dominato da principi propri ed esclusivi, ma appartengono al diritto civile patrimoniale. Non mancano, anzi sono particolarmente frequenti, norme di diritto pubblico o di ordine pubblico a tutela dell'interesse generale ... ma fondamentalmente le norme del diritto del lavoro sono norme di diritto civile, a tutela immediata di un interesse individuale ».

<sup>(5)</sup> Attesa che « venga acquistando individualità un diritto sindacale, che prenderebbe allora esattamente il posto del cessato diritto corporativo » (*ibidem*, p. 2).

lavoro, tutela previdenziale e ordinamento sindacale possono — si affermò in modo autorevole — essere solo *accostate* ma non *fuse* assieme (6). L'impossibile unitarietà tra parti che conservavano una loro specifica « fisionomia » rinviava ancora al sogno pancivilistico di una supremazia del « rapporto (individuale) di lavoro » inteso come « piattaforma basilare » del diritto del lavoro (7).

La ricerca del « principio di unificazione delle tre parti, apparentemente eterogenee del diritto del lavoro » (8) costituì uno tra i temi fondamentali degli anni Cinquanta. Attraverso un progressivo affinamento delle sue posizioni, fu soprattutto Santoro Passarelli che riuscì a dare ampio respiro alla visione privatistica che finalmente abbandonò la strategia della 'espulsione nel diritto pubblico' di parte del suo discorso. Il diritto dei privati rivendicava una sua tendenziale onnicomprensività e, proiettando spazi privati su spazi pubblici (9), affermava un superamento della distinzione che aveva lacerato la disciplina. Sperimentando estensioni di tutela di interessi particolari come strumento di tutela di interessi generali, il discorso giuslavoristico affermo così una sua intrinseca unitarietà insistendo proprio sulla sua capacità di saper prescindere dall'intervento della legge e dall'autorità dello Stato. Sentendosi spogli dalle finzioni e dai compromessi della vecchia visione pancivilistica e convinti di aver superato le divisioni del passato, i 'privatisti' non si curarono molto

---

(6) « La zona centrale e fisionomica del 'diritto del lavoro' rimane pur sempre la disciplina giuridica del 'rapporto di lavoro' che raffiguro esclusivamente nel rapporto individuale tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore a lui subordinato ». Così L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*. I. *Le fonti, il rapporto di lavoro, le qualifiche*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 5. Esiste ovviamente — aggiunge — un diritto del lavoro più ampio (il diritto del lavoro 'nella sua integrità') e di esso occorre tenere conto; ma una complessiva trattazione unitaria di quel diritto del lavoro è impossibile: « il coordinamento sistematico delle norme relative al rapporto (individuale) di lavoro, alla tutela previdenziale e all'ordinamento sindacale non può assolutamente ridurre a unità organica la trattazione » (*ibidem*, p. 10).

(7) *Ibidem*, pp. 10 e 45.

(8) F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1948 (quarta edizione), pp. 9 e ss. Sul punto si cfr. *infra*, II. 4.

(9) Ho preso l'espressione da M. D'ANTONA, *L'anomalia post-positivistica del diritto del lavoro e la questione del metodo* (1990), in *Id.*, *Opere*, vol. I, *Scritti di metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 65.

di accogliere gli apporti provenienti da coloro che si erano schierati sull'altro versante; anzi, accentuarono le distanze, rafforzarono i contrasti sino a giungere alla « incomunicabilità ». È quanto accadde, in fondo, durante il primo Congresso nazionale di diritto del lavoro a Taormina, allorché il 'vincente' manifesto privatistico di Francesco Santoro Passarelli fu inteso come diametralmente opposto a quello pubblicistico di un Mortati già condannato a sicura sconfitta.

6. La scelta di proiettare spazi privati su spazi pubblici è continuamente sottoposta al rischio di una perdita di legittimazione. Non soffre di una sminuita autorità giuridica perché priva del manto di statualità (come probabilmente riteneva Mortati), ma di una fragilità connessa al suo necessario adagiarsi entro il mutamento sociale: nel momento in cui la forza sociale dei gruppi non è più in grado di ottenere una sua forte proiezione a livello di ordinamento generale dello Stato, si indebolisce, non ha più solidi argini da contrapporre all'eventuale ritorno di una visione che pone esasperatamente al centro del sistema il contratto, il contratto individuale <sup>(10)</sup>. A lungo trascurato dai 'vincitori', era proprio questo il problema che stava a cuore a Mortati negli anni Cinquanta. Egli intendeva proporre un diritto del lavoro caratterizzato da una forte 'autorità del punto di vista giuridico' e ben immesso in un dettato costituzionale che, con le sue statuizioni vincolanti per il legislatore e per l'interprete (« le statuizioni costituzionali sono tanto determinate ed univoche da vincolare giuridicamente non solo il legislatore ma anche l'interprete » <sup>(11)</sup>), imponeva l'attuazione della « concezione generale della vita » presente nel primo articolo della Costituzione come progetto di trasformazione del presente, come realizzazione di « un ordine sociale imperniato sul lavoro ». L'unitarietà del diritto del lavoro doveva, dunque, essere tratta solo dalla lettura della Carta fondamentale che imponeva di indirizzare gli interessi particolari in conformità ad interessi più ampi. L'autonomia privatistica non poteva che apparire fragile agli occhi di Mortati; essa

---

<sup>(10)</sup> Riprendo anche qui osservazioni di M. D'ANTONA, *L'anomalia post-positivistica del diritto del lavoro e la questione del metodo*, cit., pp. 63 e ss.

<sup>(11)</sup> C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, I, p. 154.

dimenticava, ad esempio, che il fine dell'elevamento dei lavoratori era sì un fine del sindacato ma anche un fine dello Stato, « un preciso obbligo della Repubblica », chiamata a coordinare e indirizzare gli interessi particolari in conformità all'interesse generale desumibile dal disegno costituzionale.

Sentirsi oggi meno lontani da quei richiami non fa certo svanire quasi per incanto la distanza di allora. L'autorità del punto di vista giuridico cui facevano riferimento i giusprivatisti e i giuspubblicisti negli anni Cinquanta divergeva nel progetto, nel linguaggio, nella sensibilità verso i mutamenti in atto. Ancora troppo poco distanti dal lessico corporativistico, le pagine di Mortati erano, ad esempio, venate da un pathos morale ottocentesco nel delineare i diritti dei lavoratori in netta contrapposizione alla « categoria degli oziosi, volontariamente ed abitualmente tali », soggetti collocati in « una posizione differenziata di minorazione rispetto agli altri cittadini » (12). Ma soprattutto, se è lecito dirlo a proposito di Mortati, la sua visione era caratterizzata da una sottovalutazione della costituzione materiale, da una visione idealizzata delle capacità propositive delle forze di governo (13) chiamate a realizzare il necessario coordinamento tra diritti e doveri imposto dalla « essenza più profonda della Costituzione » (14).

La questione ovviamente non è quella di stabilire che 'allora' Mortati aveva torto, mentre 'oggi' potrebbe avere ragione (guardando al quadro della « costituzione delegittimata » che Romagnoli ci ha presentato e gettando un'occhiata anche molto distratta ai giornali, non è dato desumere migliori auspici nel presente), ma è quella di comprendere se gli apporti provenienti dalle 'diverse storie' del diritto del lavoro possano saldarsi entro una storia unitaria in grado di rafforzare l'identità della disciplina, di comprendere se è possibile sfuggire alla semplificante alternativa pubblico/privato che, costantemente negata, sempre si ripropone, se è possibile saldare

---

(12) *Ibidem*, p. 158.

(13) Cfr. G. AMATO, *Costantino Mortati e la Costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in M. Galizia e P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 242 e P. RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali*, in *ibidem*, p. 593.

(14) C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pp. 151 e 153.

assieme l'orgogliosa rivendicazione di un'appartenenza al diritto dei privati con un quadro di tutele munite di una forte autorità del punto di vista giuridico.

Inseguire la disputa tra 'giusprivatisti' e 'giuspubblicisti', si dirà, non ci aiuta a cogliere il vero spazio del diritto del lavoro che si pone necessariamente al di là di queste ripartizioni, tende a superarle, a ignorarle. Più che un certo punto di arrivo, tale affermazione ci propone un punto di partenza per un percorso che è sempre da ricercare, sempre da affermare. Umberto Romagnoli — che da sempre ci ricorda che compito del diritto del lavoro non è solo quello di seguire i cambiamenti, ma anche quello di promuoverli — ci ha dato oggi un brillante esempio di tale ricerca.

### III. 7

## UNA CONSAPEVOLE LINEA DI CONFINE. DIRITTO DEL LAVORO E LIBERTÀ DI CONTRATTO

1. Premessa. — 2. Diritto del lavoro e futuro senza memoria. — 3. Barassi cent'anni dopo. — 4. Sconfinata libertà di contratto e subordinazione. — 5. Promesse mancate. — 6. Vie parallele. — 7. Diritto al lavoro e diritti dei lavoratori. — 8. Diritto pubblico, diritto privato e consapevole confine alla libertà di contratto.

#### 1. *Premessa.*

*Una consapevole linea di confine* nei confronti di un potere sociale illimitato, quello determinato dalla libertà di contratto. Così, tratteggiando un breve percorso di storia del diritto del lavoro, Hugo Sinzheimer ne sintetizza il carattere essenziale. La « speciale normativa » di diritto del lavoro si affermò — scrive — per contrastare la « violenza sulla persona » scaturente dall'esercizio di una libertà del tutto indifferente alla « particolare posizione sociale del lavoratore » <sup>(1)</sup>, per porre coi piedi per terra (integrandolo, specificandolo, circoscrivendolo) un diritto comune caratterizzato dalle esangui simmetrie di un'uguaglianza e una libertà riservate a pochi privilegiati.

In maniera semplice si traccia la linea che ha segnato le origini del diritto del lavoro. Fu la considerazione della *particolare posizione sociale del lavoratore* che spinse a contrastare la piatta uguaglianza civilistica e la cieca fiducia nell'intrinseca giustizia racchiusa in ogni

---

<sup>(1)</sup> H. SINZHEIMER, *Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses* (1928), in Id., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden*, Frankfurt a. M.-Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1976, vol. I, p. 115 e ss.; p. 118. Una traduzione in italiano (di F. Liso) è in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 2, 1979, pp. 217 e ss.

libera scelta contrattuale, che spinse a guardare in basso, alle forme di organizzazione del sociale e all'effettività dei rapporti, sempre più lontano dagli astratti schemi individualistici del diritto delle obbligazioni <sup>(2)</sup>. La consapevolezza del sociale, la considerazione di lavoratori in carne e ossa, impose confini (nuovi confini) al diritto comune civilistico e nello stesso tempo lo ridisegnò, scardinando alcune sue consolidate distinzioni. Crescendo, il diritto del lavoro non ha mai cessato di rivendicare la sua specialità *contro* il potere sociale illimitato offerto dalla libertà di contratto individuale, *contro* l'originaria identificazione di quella sola libertà e tutta l'autonomia negoziale. Guardando con attenzione alle scienze sociali e al diritto pubblico, valutando la rilevanza giuridica dei conflitti collettivi, ragionando su interessi particolari non riconducibili a quelli individuali, ponendo regole legali imperative a tutela del 'soggetto debole' che presta lavoro in forma subordinata, il diritto del lavoro ha posto confini alla libertà (a una libertà) per renderla effettiva e immetterla nel fluire dei rapporti reali. Fuse assieme, contestazione dell'ordine esistente e progetto per il futuro hanno offerto un'anima alla disciplina: ogni nuovo mattone posto a quel *confine* è stato cementato col progetto di allargare l'orizzonte, di conciliare libertà e dignità del lavoro nel concreto della realtà sociale.

Spero che mi si perdoni questo avvio perentorio e scolastico; credo, però, che sia indispensabile muovere proprio da questa premessa per tentare di affrontare il tema del rapporto tra diritto del lavoro e libertà. Il *confine* edificato nel corso del Novecento è infatti da tempo pesantemente posto in discussione. Le regole tutorie inderogabili fissate dalla legge e dalla contrattazione collettiva non appaiono più come lo strumento indispensabile ad affermare una libertà effettiva per molti, ma come il sostegno di un muro di cinta che esclude e che limita l'espansione della libertà dei soggetti. Il *confine* appare oramai a molti solo come un muro che esclude chi è fuori e talvolta soffoca chi è dentro. Le garanzie storiche poste dalla

---

<sup>(2)</sup> « Il vero diritto del lavoro nasce solo quando viene riconosciuto il carattere speciale del rapporto di lavoro che viene così liberato dalle astratte regole del diritto delle obbligazioni ». E. FRAENKEL, *Il significato politico del diritto del lavoro* (1932), in G. Arrigo e G. Vardaro (a cura di), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista*, Roma, Ed. lavoro, 1982, p. 120.

legge e dalla contrattazione collettiva non appaiono più essenziali per affermare ed espandere la promessa di un lavoro collegato ad una « esistenza libera e dignitosa ».

Tali critiche non possano essere liquidate come la semplice ricaduta nell'ambito disciplinare dell'ondata neoliberista che nell'era della globalizzazione ha innalzato il vessillo della libertà dei soggetti economici e dell'espansione del mercato; esse infatti, anche quando sono respinte con fermezza e dovizia di argomentazioni, paiono comunque mettere in discussione la fiducia dei giuslavoristi nei propri strumenti di lavoro, nella propria memoria, nella propria identità. Costretti spesso a dover dimostrare che la richiesta di *confini* contro i privilegi non costituisce a sua volta un privilegio, i giuslavoristi appaiono spaesati, assediati da un futuro incombente che sembra contrastare l'intero diritto del lavoro del Novecento, sino ad esigere una *damnatio memoriae*.

Nelle pagine che seguono proverò, seguendo in particolare alcune ricostruzioni degli stessi giuslavoristi, a mettere sinteticamente a fuoco il tema del diritto del lavoro come *consapevole confine* alla libertà contrattuale di diritto comune e come progetto di realizzazione di una libertà non formale. L'identità del diritto del lavoro si è storicamente affermata in relazione al diritto comune, come limite a quel diritto e nello stesso tempo, in quanto confine proteso a modificare un territorio, come promessa di libertà incontenibile entro il solo diritto dei privati. Di qui il tormentato rapporto della disciplina con il diritto pubblico, le ripetitive dispute sul suo carattere pubblico o privato, il suo rapporto privilegiato con il diritto costituzionale e il suo collegamento con le sorti dello Stato sociale. Pur scegliendo di occuparsi di una parte del diritto dei privati, il diritto del lavoro si è fatto carico nel corso del Novecento di compiti grandi e ha inteso offrire speranze *per tutti*. Oggi ad apparire incrinato è proprio il nesso delle origini tra *consapevole confine* e quelle speranze, quel progetto di una libertà sostanziale estensibile a tutti; ad apparire incrinata è, in fondo, la simbiosi tra lettura critica del presente e i progetti per il futuro che hanno caratterizzato la storia della disciplina.

## 2. *Diritto del lavoro e futuro senza memoria.*

Un'assidua frequentazione del futuro contraddistingue negli ultimi anni gli studi dei giuslavoristi. Nata probabilmente come doverosa risposta a quanti frettolosamente avevano preannunciato la fine del lavoro o, con maggiore plausibilità, si erano inoltrati nei labirinti degli scenari del lavoro nell'epoca della fine del lavoro <sup>(3)</sup>, l'incursione nel futuro è divenuta sempre più ricorrente, presentandosi non come uno svago passeggero o un esercizio di fantasia ai margini della riflessione disciplinare ma come parte integrante della ricostruzione tecnica, come modello che tende a divenire immediatamente operativo <sup>(4)</sup>.

Il riferimento a quello che il diritto del lavoro *sarà* plasma a sua immagine il presente e rassicura riguardo al perpetuarsi di una presenza anche in un mondo caratterizzato dal lavoro « senza aggettivi » <sup>(5)</sup>. Nello stesso tempo, però, è proprio la contrastante idea

<sup>(3)</sup> Cfr. J. RIFKIN, *La fine del lavoro. Il declino della forza di lavoro globale e l'avvento dell'era del post-mercato*, Milano, Baldini & Castaldi, 1995; U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto della sicurezza e nuovo impegno civile*, Torino, Einaudi, 2000, in particolare pp. 53 e ss.: « il futuro del lavoro e i suoi possibili scenari ».

<sup>(4)</sup> Mi limito a segnalare solo qualche titolo: B. HEPPLER, *The future of labour law*, in *Comparative labor law journal*, 1996, pp. 626 e ss.; S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 76, 1997, pp. 609 e ss.; M. NAPOLI, *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro?* (1998), in *Id.*, *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 3 e ss.; A. SUPLOT, *Wandel der Arbeit und Zukunft des Arbeitsrechts in Europa*, in J. Kocka & C. Offe (hrsg) *Geschichte und Zukunft der Arbeit*, Frankfurt/New York, Campus, 2000, pp. 293-307; *Id.* (a cura di), *Il futuro del lavoro. Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro* (edizione italiana, a cura di P. Barbieri e E. Mingione, del rapporto su « Transformation of labour and future of labour law in Europe » [giugno 1998] redatto per conto della Direzione generale lavoro e politiche sociali della Commissione europea), Roma, Carocci, 2003; C. Romeo (a cura di), *Il futuro del diritto del lavoro. Dall'inderogabilità alla destrutturazione (atti del convegno di Catania 10/11 maggio 2002)*, Roma, Fondazione diritto del lavoro, 2003. Sul punto si può far riferimento all'intero dibattito sulla flessibilità, che è velocemente sfociato in un dibattito sul 'dopo' della flessibilità. È sufficiente rinviare ora agli interventi raccolti in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, il Mulino, 2006.

<sup>(5)</sup> L'immagine della futura scomparsa del lavoro dipendente si impone spesso come un dogma che spinge verso una svilente sottovalutazione di quella che resta ancora oggi (a seguito di una gigantesca espansione su scala globale del classico lavoro

di quello che il diritto del lavoro è *chiamato ad essere* ad alimentare il dibattito sulla crisi e a rendere incerta l'identità disciplinare: il futuro esaspera le distanze, ingigantisce i contrasti e spesso affiora solo come il frutto di un pentimento. Il percorso che si era preteso finora inevitabile appare lontano, è memoria che si dissolve <sup>(6)</sup> o che genera « sensi di colpa » <sup>(7)</sup>.

Il diritto del lavoro è abituato a misurarsi con le trasformazioni sociali, è nato piegando uno strumentario giuridico classico, deformando costruzioni 'pure' a concrete esigenze della vita quotidiana; eppure appare sempre più privo di punti di riferimento condivisi per affrontare il contrasto tra quello che vuole essere e quello che è stato. Il mutamento sociale odierno divide potenziali alleati, valorizza scelte individualistiche, rompe consolidati nessi di solidarietà, esaspera il confronto tra le ragioni degli *insiders* e quelle degli *outsiders*, contrappone politiche occupazionali e garanzie giuridiche, pone in conflitto *un diritto al lavoro* (l'occupabilità nei limiti delle risorse del mercato) con *il diritto del lavoro* del Novecento. Il futuro fa sapere che occorre una svolta, una conversione, una netta rottura con la storia della disciplina e la visione sacrale degli storici confini imposti al diritto comune, capovolge le speranze collegate a quei confini, sino a indicare come necessaria per la valorizzazione della libertà personale, per l'autodeterminazione del soggetto, per il libero dispiegarsi dell'autonomia privata, proprio il venir meno delle stesse regole tutorie del diritto del lavoro che, tradita la loro ispirazione

---

subordinato) la forma di lavoro più diffusa nel mondo. Cfr. sul punto L. MARIUCCI, *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2005, pp. 507 e ss.

<sup>(6)</sup> « La memoria è costituita di diritti regolativi, di cittadinanza industriale, di conflitto binario di interessi nei mercati interni del lavoro governati da istituzioni collettive solide e compatte, di trattamenti standard e inderogabili, adottabili in relazioni, che si pensavano e si volevano armoniche, tra legge e contratto collettivo. Ma è proprio la memoria di questi tratti identificativi del diritto del lavoro che tende a sfumare e a dissolversi nella dimensione globale della rete planetaria ». B. CARUSO, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?*, in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 211.

<sup>(7)</sup> Generalizzo un'espressione utilizzata in senso più specifico da S. SCIARRA, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, t. 2, pp. 450 e ss.

originaria, si rivelano essere esse stesse strumenti di soggezione <sup>(8)</sup>. L'opposizione delle 'ragioni del diritto del lavoro' a quelle dell'economia (o, meglio, a « l'imperialismo' di una certa Law & Economics » <sup>(9)</sup>), la consapevolezza che i diritti sono il necessario presupposto della libertà sostanziale (che non c'è estraneità, né antitesi, fra la libertà sostanziale e diritti) <sup>(10)</sup> e che l'opposizione al passato, il rifiuto delle 'ingerenze' da parte del legislatore e dei vincoli della contrattazione collettiva, tende a riprodurre la spietata convivenza tra libertà di contratto e nuove forme di dipendenza <sup>(11)</sup>, non risolve i contrasti, perché stenta comunque a trovare un punto di equilibrio effettivo tra tutele realizzabili (in relazione ai 'fatti', alla realtà economico-sociale del momento) e promesse di libertà *per tutti* (ancora intrise da « opzioni di fede » <sup>(12)</sup>).

Al di là del confronto 'di sempre' tra diritto e trasformazioni sociali, quello che colpisce è proprio l'affiorare della disorientante alternativa tra passato e futuro, tra difesa dei diritti esistenti e indicazione di nuovi diritti, tra riferimento al *consapevole confine* alla

---

<sup>(8)</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiore*, Milano, Mondadori, 1996 e la recensione al testo di G. GHEZZI, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 73, 1997, pp. 163 e ss.; con specifico riferimento alla rinnovata centralità dell'autonomia individuale, cfr. S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 45, 1990, pp. 87 e ss.; M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *ibidem*, n. 51, 1991, pp. 455 e ss. (ora in Id., *Opere*, vol. I, *Scritti di metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000); A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Puf, 1994, in particolare pp. 107 e ss.

<sup>(9)</sup> R. DEL PUNTA, *Ipotesi sul diritto del lavoro*, in *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., p. 251. Cfr. soprattutto però Id., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2001, pp. 3 e ss. Si veda anche P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>(10)</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *Diritti e libertà del lavoro: quali tutele per il lavoro che cambia*, in G. Mari (a cura di), *Libertà sviluppo lavoro*, Milano, Bruno Mondadori, 2004, pp. 127 e ss.

<sup>(11)</sup> Cfr. A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 95, 2002, p. 376. Si veda anche Id., *La riforma del mercato del lavoro: bilanci e prospettive*, in *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., pp. 189 e ss.

<sup>(12)</sup> P. ICHINO, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, pp. 454 e ss., p. 468.

libertà di contratto e configurazione di nuovi legami tra libertà e lavoro ritenuti ora incompatibili con i vecchi confini. Il confronto con il mutamento sociale accelerato (l'ovvia constatazione che oggi la *particolare situazione sociale del lavoratore* si è profondamente trasformata) non disorienta perché fa emergere la necessità di aggiustamenti in quegli aspetti del sapere disciplinare riconosciuti superati o inefficaci, ma perché pone il diritto del lavoro in contrasto con le speranze di ieri, lo spinge a diffidare della sua storia, del proprio strumentario tecnico, dei principi che hanno animato la specialità della disciplina.

### 3. *Barassi cent'anni dopo.*

Con l'accrescersi del confronto col futuro si è accentuato anche il dialogo dei giuslavoristi con il passato, con le ragioni del *particularisme du droit du travail*, con la sua identità storica sempre in bilico tra appartenenza e opposizione al diritto comune. La storia della disciplina è ricca di constatazioni dell'impossibilità di una sua totale indipendenza dal diritto civile e di 'gridi di libertà', di rivendicazioni di autonomia dalle categorie civilistiche (13). Nato da una ribellione contro il diritto comune, affermatosi come strumento di autoregolazione del sociale capace di andar oltre la dimensione individuale, cresciuto assieme allo Stato sociale, il diritto del lavoro ha comunque sempre rifiutato di abbandonare il terreno del diritto dei privati e, diffidando di ripartizioni nette e non temendo la solitudine, ha ricercato un suo spazio senza curarsi più di tanto della « futile disputa circa la sua appartenenza a questo o a quel ramo del diritto » (14). La crisi di identità del presente spinge spesso in

---

(13) Cfr. K.W. WEDDERBURN, *I diritti del lavoro. Saggi scelti sulla Gran Bretagna e l'Europa* (a cura di S. Sciarra), Milano, Giuffrè, 1998, in particolare pp. 64 e ss.; il cap. II: *Diritto del lavoro di qui all'autonomia? Una comparazione tra Francia e Inghilterra*. Il richiamo nel testo invece va al saggio del 1945 di Paul DURAND (*Le particularisme du droit du travail*, in *Droit social*, 1945, pp. 298 e ss.) che proponeva un « système juridique indépendant » per il diritto del lavoro.

(14) G. GIUGNI, *Lavoro legge contratti*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 10. Riguardo al perdurare del condizionamento della dicotomia pubblico/privato nel diritto del lavoro si cfr. *infra*, in particolare II. 3; II. 4; e III. 6.

direzione opposta: si ripercorre il passato per ricercare delimitazioni del proprio territorio, per affermare tangibili segni di appartenenza. L'ansia di opporre alle certezze provenienti dal futuro un passato non mummificato rende il rapporto con la propria storia più incerto e tormentato. Una significativa testimonianza è stata offerta dall'importante Convegno milanese destinato a festeggiare il *Contratto di lavoro* di Lodovico Barassi misurandone, cent'anni dopo, « novità, influssi, distanze » (15). Giova soffermarsi sul punto perché l'opera di Barassi rappresenta uno snodo importante proprio riguardo al tema che ci preme mettere a fuoco.

Tra Otto e Novecento, in una fase di transizione caratterizzata dall'assenza di una legislazione del lavoro, Barassi propose una trattazione unitaria della *locatio operis* e della *locatio operarum*, ma nello stesso tempo fissò con nettezza il solco posto a dividere il lavoro autonomo dal lavoro subordinato, avvalendosi degli strumenti cari alla civilistica tradizionale, puntando cioè su un'espansione delle regole di diritto comune e guardando con diffidenza all'intervento del legislatore. Nelle pagine di Barassi la tensione verso una considerazione unitaria dei problemi giuridici collegati al lavoro ribadiva il primato del diritto civile uguale, mentre il riconoscimento delle peculiarità della *locatio operarum* individuava la zona in cui *una particolare situazione sociale* (quella del lavoro subordinato) poteva far sì che la libertà contrattuale fosse mitigata, ricevesse un confine giuridico senza abbandonare il diritto delle obbligazioni.

Nel Convegno la spinta ad andare oltre la subordinazione, a tutelare *i lavori*, a considerare l'evanescenza delle distinzioni tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, si è confrontata con la convinzione dell'impossibilità di conservare un'autentica specificità del diritto del lavoro 'oltre la subordinazione'. Dalle diverse prospettive si è ora guardato soprattutto al Barassi sostenitore della libertà di diritto comune e della trattazione giuridica unitaria del lavoro, ora piuttosto al Barassi artefice, pur con tutti i suoi limiti, del vittorioso modello dogmatico del lavoro subordinato.

---

(15) M. Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. « Il contratto di lavoro » di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, Vita e Pensiero, 2003.

Nella sua introduzione alla ristampa anastatica del *Contratto di lavoro*, Mario Napoli ha affrontato con rigore e pacatezza alcune questioni sviluppate durante le giornate congressuali. È possibile *ritornare a Barassi?* Quali risposte agli interrogativi della disciplina riguardo al ruolo della scienza giuridica e al metodo, riguardo alle incertezze collegate alla fine del lavoro subordinato può offrire oggi la rilettura di quelle pagine? « Il ritorno a Barassi — scrive Napoli — è auspicabile anzitutto per l'opzione metodologica: radicare il diritto del lavoro nelle strutture profonde del diritto civile »; e ancora: « il ritorno a Barassi è auspicabile per superare l'atteggiamento di frattura tra l'elaborazione dottrinale e il legislatore »; « il ritorno a Barassi è auspicabile soprattutto per evitare la tendenza a elaborare modelli ricostruttivi di singoli rapporti onnicomprensivi e non comunicanti, quasi che l'articolazione tipologica dei rapporti di lavoro presenti sempre e su tutto differenze di disciplina » (16).

Tutto quanto *oggi* ci avvicina a Barassi è però nello stesso tempo quello che più ci allontana da lui. Il radicamento del diritto del lavoro nel diritto civile può essere ancora ribadito solo a condizione — come sottolinea del resto lo stesso Napoli — di non appiattare un diritto sull'altro, solo a patto di non negare la specialità del diritto del lavoro; in questo, però, Barassi non offre punti di riferimento, visto che l'intenzione di emancipare il diritto del lavoro dal diritto civile era del tutto assente nella sua opera. È molto difficile anche far riferimento a Barassi per quanto attiene ai rapporti tra legislatore e dottrina: la sua ricostruzione sistematica che indubbiamente esalta il ruolo della dottrina (17) è impoverita infatti dalla costante sottovalutazione del ruolo delle leggi 'speciali' e da un uso troppo rigido della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico (che, com'è

---

(16) M. NAPOLI, *Ritornare a Barassi?*, Prefazione alla ristampa anastatica di L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* (Milano, Società Editrice Libreria, 1901), Milano, Vita e Pensiero, 2003, p. LXVI.

(17) Stando a un punto di vista interno alla civilistica tradizionale, si può condividere il giudizio secondo cui l'intento di Barassi di « conservare regole e principi » dell'ordinamento si coniugava a una « instancabile, pignola fatica per evidenziarne l'adattabilità al mutamento sociale ed economico, cui non era affatto indifferente » (L. CASTELVETRI, *L. Barassi e l'ideologia liberale*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 115); ciò non deve indurre, però, a vedere in modo tanto generoso quanto astorico un Barassi collocato fuori dal suo tempo, immune dal formalismo e, perfino, dall'individualismo.

noto, lo portava inizialmente addirittura ad escludere che « l'intervento coattivo » dello Stato potesse far parte del *vero* diritto privato <sup>(18)</sup>). Sulla sua visione ampia e unitaria pesa infine l'eredità principale dello stesso Barassi, quella relativa al suo modello (questo sì impostosi presto come tale) di lavoro subordinato. A un ritorno a Barassi per rispondere cent'anni dopo al 'bisogno di identità' della disciplina si oppone, in definitiva, lo stesso Barassi.

La questione, però, non è così agevole da risolvere. Se la schietta franchezza del nostro giurista riguardo alla contrattazione collettiva (in molti hanno ricordato che egli la considerava un'arma pericolosa nelle mani di un fanciullo <sup>(19)</sup>) fornisce quasi da sola la misura della distanza incolmabile che ci divide dalla sua opera in quei settori in cui tutto è mutato <sup>(20)</sup>, meno agevole è oggi (forse proprio perché tutto è mutato) il confronto con i continui richiami barassiani alla centralità del diritto comune e del contratto, alla libertà di contratto, e alla costruzione flessibile della stessa categoria della subordinazione. La tentazione di attualizzare su questi temi l'eredità di Barassi alla luce di quanto accade « ai nostri giorni » può essere infatti particolarmente forte e, allo stesso tempo, particolarmente 'pericolosa' <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Cfr. L. MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del « Contratto di lavoro »*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 14. Si veda sul punto anche quanto detto *infra* II. 3.

<sup>(19)</sup> L. MARIUCCI, *L. Barassi e l'autonomia collettiva*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 271; M. GRANDI, *L. Barassi e la dottrina sociale della Chiesa*, in *ibidem*, p. 132; U. ROMAGNOLI, « *Il contratto di lavoro* » di L. Barassi cent'anni dopo, in *ibidem*, p. 51. Sul tema si veda ora P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 26 e ss., riguardo alle posizioni di Barassi e alle diverse sensibilità nei confronti del tema del contratto collettivo mostrate da Giuseppe Messina, Alberto Galizia, Biagio Nicotra. Per un efficace visione di sintesi riguardo alle consapevolezze (e alle difficoltà) ricostruttive presenti negli stessi anni nel dibattito giuridico francese (con particolare riferimento alla posizione di Saleilles) e tedesco si cfr. invece S. RUDISCHHAUSER, *Tarifvertrag und bürgerliche Öffentlichkeit. Überlegungen zu einer vergleichenden Geschichte der Anfänge des Tarifrechts in Deutschland und Frankreich 1890-1918/19*, in *Forum historiae juris*, 2005 [<http://www.forhisiur.de/zitat/0511rudischhauser.htm>].

<sup>(20)</sup> G. GHEZZI, *L. Barassi e il conflitto collettivo*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 279.

<sup>(21)</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratto di lavoro e locazione d'opere*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., pp. 94-95, che richiama le « opinioni che si assumono maggiormente avanzate, a cui avviso il diritto del lavoro, tra la crisi del garantismo e la affermazione della

Rappresentazioni estremizzate del lascito delle origini sono supportate dallo stesso pensiero di Barassi: la configurazione (barassiana) del contratto di lavoro in termini ampi e comprensivi dei diversi tipi di prestazione lavorativa può essere così contrapposta alla pesante distinzione (barassiana) tra *locatio operarum* e *locatio operis*. Le opposte rappresentazioni, in realtà, non si presentavano come tali agli occhi di Barassi nella cui opera i diversi aspetti non erano certo alternativi (nel senso di incompatibili) ma complementari. La visione unitaria, « l'ossessione dell'unitarietà »<sup>(22)</sup>, « l'esaltazione della figura unitaria del contratto di lavoro »<sup>(23)</sup>, scaturiscono nel pensiero di Barassi dal predominio dei principi (*immutabili*) del diritto comune civilistico e dal riferimento alle certezze dell'impianto codicistico. La divisione tra lavoro dipendente e lavoro autonomo è uno sviluppo di tale impianto ed è volta a mettere a fuoco una « differenza reale, necessaria »<sup>(24)</sup> (« troppo radicata nella natura umana perché abbia a sparire »<sup>(25)</sup>) e a sezionare nei suoi diversi elementi il problema lavoro. È proprio lo stretto nesso esistente tra i diversi aspetti che consente a Barassi di considerare le trasformazioni sociali in atto riconfermando la bontà dello strumentario giuridico tradizionale e la fecondità dogmatica degli stessi silenzi del Codice.

Movendo dalla distinzione *reale e necessaria* nel corso del Novecento una parte è stata considerata come il tutto — e non senza ragioni in considerazione della *particolare situazione sociale dei*

---

flessibilità, tende a perdere i connotati della sua specialità per fare ritorno alle amate sponde del diritto comune dei contratti e la stessa nozione di lavoro subordinato tende a stemperarsi in quella generica e indifferente del lavoro *sans phrase* ». A collocare le pagine di Barassi in un passato « certamente remoto », e a rendere la « via del ritorno » a quel passato « impraticabile », è la stessa strada percorsa dal diritto del lavoro, è la sua stessa identità affermatasi (anche grazie al contributo dello stesso Barassi) nel corso del Novecento.

(22) O. MAZZOTTA, *Barassi, Goethe e la tipologia dei rapporti*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 313.

(23) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratto di lavoro e locazione d'opere*, cit., p. 95.

(24) Così Barassi, richiamato da L. MARIUCCI, *L. Barassi e l'autonomia collettiva*, cit., p. 270.

(25) Così Barassi, richiamato da U. ROMAGNOLI (« *Il contratto di lavoro* » di L. Barassi *cent'anni dopo*, cit., p. 58) per sottolineare che « l'opzione di fondo della sua politica era orientata in direzione del contenimento del lavoro industriale mediante il ritorno al lavoro autonomo ».

*lavoratori* — e il lavoro subordinato è cresciuto così tanto (anche contro gli stessi disegni del ‘padre’ (26)) da divenire il tratto distintivo dell’intera disciplina. Anche assumendo come ‘oggi’ conclusa la parabola della subordinazione (27), non diviene però più semplice valorizzare *l’ossessione unitaria* di Barassi. Pur spingendoci infatti sino all’eccesso di opporre la tensione barassiana verso l’unitarietà alla sua stessa rivendicazione di una necessaria separazione tra lavoro autonomo e lavoro dipendente, dovremmo comunque tener conto che quel richiamo all’unitarietà, tipico della civilistica italiana di ispirazione pandettistica, era accompagnato da precise scelte ideologiche ben inserite entro l’orizzonte di un diritto comune civilistico esasperatamente individualistico, ancora impregnato dalle mitologie del *laissez faire* e refrattario a delimitare il *vero diritto dei privati* con principi solidaristici, con *consapevoli confini* normativi (28). Si rischia dunque di generalizzare come caratteristica specifica di un diritto del lavoro pronto a guadagnarsi la libertà andando oltre la subordinazione, proprio quell’unitarietà che agli inizi del Novecento si poneva come il principale ostacolo alla nascita di un settore speciale, autonomo (29). Barassi, insomma, finisce con l’offrire *oggi* troppo o troppo poco alla disciplina, gravandola con il fardello della subordinazione o annegandola entro il mare del diritto civile.

Barassi non dubitò mai dell’esclusiva appartenenza del suo

---

(26) Tiziano TREU (*Lodovico Barassi oggi*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., pp. 555 e ss) ha parlato, riprendendo Umberto Romagnoli, di un Barassi « preterintenzionale ». I concetti barassiani hanno fornito per un secolo « uno strumento ... di equilibrio tra le esigenze della produzione e della competitività; un equilibrio realizzato sulla base di uno scambio che si è definito come scambio tra retribuzione e posto garantito ». Un tale assetto ‘vincente’ contrastava con la prospettiva di Barassi, con la sua visione del diritto comune civilistico, della contrattazione collettiva, con la sua configurazione del ruolo marginale da attribuire all’intervento dello Stato.

(27) Cfr. M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., pp. 349 e ss.

(28) Cfr. B. VENEZIANI, *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione nell’opera di L. Barassi*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., pp. 416 e ss.; M.G. GAROFALO, *L. Barassi e il socialismo della cattedra*, in *ibidem*, p. 148 e ss.

(29) Cfr. ora per un’ampia ricostruzione P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell’Italia liberale (1865-1920)*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 8 e ss. e pp. 169 e ss.

diritto del lavoro al diritto civile: la difesa della « unità sostanziale del diritto », implicava per lui la supremazia del diritto comune civilistico e la negazione di qualsiasi risvolto pubblicistico nella configurazione dell'impresa e del contratto <sup>(30)</sup>, il rifiuto (contro ogni tendenza 'acontrattuale') di un diritto del lavoro che non fosse diretta espressione dei « principi generali che ci vengono dal diritto civile » (perché i suoi istituti « non possono vivere tra cielo e terra, staccati dal sottosuolo del diritto comune » <sup>(31)</sup>). A indicare la particolarità del diritto del lavoro restava la sola categoria della subordinazione che, radicata com'era nel diritto comune, non doveva muoversi *contro*, non poteva andare velleitariamente *oltre* la libertà contrattuale.

#### 4. *Sconfinata libertà di contratto e subordinazione.*

Il *consapevole confine* da porre al diritto comune per affrontare la particolare situazione sociale del lavoratore deve essere posto — questo è in fondo il messaggio centrale di Barassi — mantenendo ben ferme le regole dell'uguaglianza e della libertà così come fissate dai Codici dopo la Rivoluzione. La subordinazione è lo schema che consente di rispondere alle critiche rivolte alla libertà di contrattazione attenendosi al diritto positivo (considerando *il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*): « pel nostro diritto positivo ..., la regola è la libertà di contrattazione; questo principio liberale, contro cui si sono dirette le frecce della critica a base di sociologia, domina anche pel nostro argomento pei contratti di lavoro nelle sue varie forme » <sup>(32)</sup>. Incurante delle frecce della critica a base di sociologia, il giurista è tenuto ad applicare severamente il *principio liberale* anche ai contratti di lavoro: « il principio liberale si manifesta

---

<sup>(30)</sup> La posizione è poi sostenuta da Barassi anche in contrasto con il diritto corporativo: « nessuno vorrà fare dell'impresa un organismo del diritto pubblico », « nessuno vorrà fare del contratto una figura del diritto pubblico ». L. BARASSI, *Diritto del lavoro e diritto sindacale corporativo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1930, p. 67. Sul punto cfr. *infra* II. 4.

<sup>(31)</sup> L. BARASSI, « *Il rapporto di lavoro e la sua contrattualità* », in *Il diritto del lavoro*, 1939, p. 76.

<sup>(32)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 426.

intanto in ciò che due persone possono, volendo, stringere tra di loro rapporti di locazione di lavoro; ma se l'una di esse non creda accettabile la proposta dell'altra è liberissima di respingerla; come ognuno di esse è libera di fare o no proposta, o insomma di atteggiarsi o no in senso favorevole alla stipulazione del contratto. Unica guida è in tali casi l'esame dell'interesse individuale che ogni persona deve fare » (33). L'enfasi posta sulla libertà delle parti è stonata di fronte al coro di denunce ma è funzionale all'argomentazione di Barassi il cui scudo contro le frecce è dato proprio dalla riaffermazione del *principio liberale*; un principio, aggiunge, che può subire limitazioni solo quando « un interesse sociale più elevato si affacci ». Solo in questo caso « è chiaro che è logico un intervento più diretto e vigoroso dell'ordine giuridico » (34). A segnare la differenza con la critica sociale al Codice non è solo l'enfatica sottolineatura del principio della libertà contrattuale, ma soprattutto la diversa configurazione del necessario intervento a seguito dell'emergere di *un interesse sociale più elevato*. Mentre 'i critici' mettevano in dubbio la stessa tenuta dell'ordine giuridico generato dallo scontro degli interessi privati, Barassi rinvia a limitazioni *logiche* alla libertà di contratto, a confini interni allo stesso diritto comune (35).

---

(33) *Ivi*.

(34) *Ivi*.

(35) La necessità di isolare la trattazione scientifica del contratto di lavoro dalle argomentazioni politiche e sociologiche degli innovatori si accompagna alla perdurante convinzione che qualsiasi critica alla libertà contrattuale configuri la distruzione dell'assetto scientifico del diritto comune civilistico. La questione era stata così sintetizzata da Pietro Delogu nella sua lezione inaugurale dell'anno accademico catenese nel 1892/1893: « Il contratto di lavoro rappresenta il tema più caro degli innovatori ... ma in pari tempo è il meno scientifico fra quanti ne propone la moderna scuola sociologica. Il contratto di lavoro, qualunque nome si voglia cercare, qualunque innovazione si voglia introdurre, qualunque sistema si voglia adottare, qualunque principio si voglia stabilire, sarà sempre l'antica locazione di opera, intellettuale o meccanica, che nel codice civile può essere disciplinata soltanto in rapporto agli interessi contrattuali ed alle conseguenze del libero consenso ». « Se non si vuole creare uno stato di costante e ingiusta violenza della legge contro la manifestazione della libera volontà dei contraenti; se non si vuole distruggere la libertà delle contrattazioni; se non si vogliono imporre vincoli ingiusti, incoscienti, inopportuni alla valutazione dell'umano lavoro; il contratto di lavoro nel codice civile non può subire leggi determinate riguardo al suo valore economico,

La richiesta di un deciso interventismo statale muove negli ultimi decenni dell'Ottocento dalle ingiustizie generate dalla libertà di contratto; ed è proprio il confine da apporre a quella libertà che lascia intravedere una possibile alternativa all'ordine esistente. Proviamo ad ascoltare, ad esempio, la voce di Isidoro Modica influenzata dalla lettura di Anton Menger:

« È ... evidente che l'operaio, quantunque libero ed uguale di fronte alla legge, nella stipulazione del contratto di lavoro si trova in balia di lui, e quindi deve necessariamente soccombere. Libertà illimitata fra esseri disuguali non significa che libertà del più forte di opprimere il più debole, ossia negazione della libertà stessa e violazione del diritto. La libertà, osserva giustamente Menger, è una parola vuota di senso quando non sono uguali le forze dei contraenti: in tal caso essa equivale a privilegio ».

« Equilibrare queste due forze, assicurare che il contratto sia la libera espressione della libera volontà delle parti, impedire che questa libera volontà possa nuocere all'interesse sociale: questo dovrebbe essere il supremo principio informatore del contratto di lavoro. Tale principio senza dubbio non può attuarsi senza che una forza superiore, ad entrambe amica, intervenga fra le parti e ne limiti, fino a che sia necessario alla tutela di esse e della società, la libertà » (36).

Per arginare una libertà di contratto *sconfinata*, fonte di privilegi e di mortificazioni per la stessa idea di libertà, si richiede l'intervento dello Stato, forza superiore e amica ad entrambe le parti (37):

---

riguardo alla sua durata, riguardo alla responsabilità dei contraenti ». Sulle posizioni della scienza giuridica italiana di fine Ottocento sul punto cfr. *infra* II. 3. e G. SPECIALE, *Antologia giuridica. Laboratori e rifondazioni di fine secolo*, Milano, Giuffrè, 2001 (da p. 184 di questo testo è tratta la citazione P. DELOGU, *Il diritto romano nella riforma del codice civile italiano*).

(36) I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, Palermo, Reber, 1897, p. 127. Lo scritto di Modica rappresenta l'ampliamento di un suo precedente testo pubblicato nel *Circolo giuridico* del 1896: si trattava della relazione inviata al IV Congresso giuridico nazionale tenutosi a Napoli nel 1897 (nel Congresso i temi collegati al lavoro furono affrontati nelle relazioni di Giuseppe Vadalà Papale e di Carlo Betocchi dedicate alla *Costruzione giuridica del contratto di lavoro*). Nata come contributo del *Circolo giuridico* al Congresso, la relazione di Modica rappresentava una sorta di 'lavoro collettivo', era stata infatti sottoposta alla revisione e all'approvazione dei soci (tra questi si possono ricordare Antonio Zocco Rosa, Mariano D'Amelio, Giovan Battista Impalomeni, Alberico Pincitore). Una puntuale analisi della relazione di Modica e del contesto in cui si afferma è in G. SPECIALE, *Antologia giuridica*, cit., pp. 178 e ss.

(37) La rappresentazione del conflitto sociale come guerra e il richiamo allo Stato

« [occorre] ricorrere al provvido ed autorevole aiuto della legge, la quale per garantire efficacemente la reciproca libertà dei contraenti deve porre un limite alla loro sconfinata e disastrosa libertà. La limitazione della libertà è la migliore garanzia della libertà stessa. »<sup>(38)</sup>

« Il legislatore deve entrare risolutamente nel campo del diritto privato e dei privati interessi se vuole che il contratto di lavoro sia la libera espressione della volontà dei contraenti, anziché il risultato dell'abuso e della speculazione del padrone sull'operaio. Non si tratta di creare un Codice di classe e di rendere privilegiata la condizione dell'operaio: si tratta invece di dare armi pari alle parti nella lotta per il diritto, di impedire che la disuguaglianza di fatto produca la disuguaglianza di diritto, di garantire conseguentemente il diritto. E tutto questo non può ottenersi che con norme assolute, obbligatorie da cui le parti non possano prescindere. »<sup>(39)</sup>

L'invocazione dell'intervento statale *nel campo del diritto privato e dei privati interessi* torna in riferimento al tema del giusto salario e si ripropone, anche se in maniera ambigua, in tema di diritto al lavoro<sup>(40)</sup>. Le *norme assolute*, le norme inderogabili, offrono la *migliore garanzia della libertà stessa* e lasciano intravedere un'alternativa solidale all'ordine degli individui fondato sulla libertà-proprietà.

Quando Barassi parla, come abbiamo visto, della necessità di un *intervento diretto e vigoroso dell'ordine giuridico* allorché un *interesse sociale superiore si affacci* propone una soluzione molto distante da quella dei critici, anzi decisamente opposta. Le « accuse » alla « soverchia libertà di contrattazione » (indicata come il fulcro di tutti gli eccessi individualistici, di « tutti gli inconvenienti del-

---

come 'potenza ugualmente amica' è particolarmente diffusa. Ad esempio, Enrico CIMBALI (*La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, Ute, 1895<sup>3</sup>, pp. 55 e 56) richiede, utilizzando pressoché gli stessi termini, l'intervento dello Stato, « il provvido intervento di una potenza ugualmente amica, autorevole ed imparziale che, assidendosi arbitra in mezzo alle forze belligeranti, faccia, coll'assegnare a ciascuno la parte di diritto che le spetta, cessare le cause e gli effetti di una lotta per tutti certamente disastrosa ». Agli inizi del Novecento, col crescere della contrattazione collettiva, la rappresentazione della *guerra* diventerà sempre più esasperata e sempre più esasperata sarà la richiesta di un intervento attivo dello Stato, di un suo ruolo pacificatore e ordinante.

<sup>(38)</sup> I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, cit., p. 128.

<sup>(39)</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>(40)</sup> *Ibidem*, pp. 413 e ss.

l'odierno sistema legislativo » (41)) sono fumose, non giuridiche e volte a indicare alternative impossibili. Il limite alla libertà di contratto non può essere imposto inseguendo la « moda funesta » di richiedere tutto allo Stato, ma deve essere ricercato all'interno del diritto civile, nei suoi *limiti logici*. A segnare il distacco è la diversa configurazione dell'intervento dello Stato, sono le diverse aspettative nei confronti dell'apposizione di un *consapevole confine* alla libertà di contratto. L'impiego della « energia legislativa », ribadisce Barassi in opposizione ai critici, è inutile e dannoso nel campo del *vero diritto dei privati*; l'intervento dello Stato può essere provvisoriamente ammesso come pubblicistica misura di legislazione sociale, in questo caso però nulla ha a che fare con *i privati interessi*. La distinzione è tanto netta quanto grossolana (sarà lo stesso Barassi a riconoscerlo nella seconda edizione del *Contratto di lavoro*) ma serve a negare la richiesta di « dare allo Stato un'ingerenza immediata e mediatrice nella stipulazione tra il capitale e il lavoro », a rifiutare limitazioni della libertà contrattuale collegate all'idea di protezione di una classe (« non si può introdurre nel concetto di diritto privato la protezione di una classe sull'altra » (42)) e a relegare le norme inderogabili nel recinto della legislazione sociale (43).

Una volta compiute queste operazioni, di diverso rispetto alle pagine dei tanti cantori ottocenteschi della libertà contrattuale restano i soli *logici limiti* alla libertà di contratto, quelli desumibili dal diritto comune 'di sempre'. Le speranze di una libertà diversa da quella imposta dall'ordine degli individui sono rinchiuse entro uno schema dogmatico *puro* che si avvale di un linguaggio tranquillizzante e condivisibile anche dai giuristi benpensanti. Porgendo retoricamente principi giuridici *naturali e necessari, veri* da duemila anni,

---

(41) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 12.

(42) *Ivi*.

(43) L'attenzione di Barassi nei confronti della norma inderogabile crescerà nella seconda edizione del *Contratto di lavoro*, ma essa sarà guardata sempre con « malcelato fastidio: innanzitutto sul piano sistematico, per il rischio che la coazione della legge nei confronti dell'autonomia privata potesse 'intorbidare' la coerenza della costruzione privatistica e volontaristica del contratto di lavoro ». R. DE LUCA TAMAJO, *L. Barassi e la norma inderogabile*, in *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 548. Cfr. anche R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 57, fasc. 2, 2006, pp. 229 e ss.

Barassi utilizza il collegamento *locatio operarum*-subordinazione per far convivere libertà contrattuale e situazione sociale dell'industrializzazione, per fondere « nello stesso discorso giuridico la sostanza della dipendenza e la forma della libertà » (44).

Il limite alla libertà di contratto sta dunque dentro al *vero* diritto dei privati, le cui trasformazioni lentissime seguono senza traumi le trasformazioni profonde del sociale. Per affermare il confine non occorrono rivoluzioni nei principi ma solo lievi aggiustamenti interpretativi. Non è necessario far ricorso alla legge. L'opera di Barassi si muove tutta in questa direzione. Il pagamento della mercede è — scrive, ad esempio, contrastando Chironi — l'obbligazione contrattuale *principale* del datore di lavoro e non l'obbligazione *esclusiva*: « il contratto di lavoro — posto sotto l'egida della *bona fides* — contiene una parte la quale non è o almeno non è sempre il risultato dell'accordo vero e proprio delle parti, ma una inserzione nell'orbita del contratto, opera dell'equità cui la legge rimette l'ulteriore regolamento del contratto di lavoro (art. 1124) ». Posizioni critiche ampiamente ricorrenti nella letteratura giuridica di fine Ottocento sono capovolte e utilizzate per mostrare la provvidenzialità dei silenzi del Codice e l'impossibilità di un attacco alla libertà contrattuale. È tutto quanto può essere fatto senza abbandonare il diritto positivo, senza mutare l'essenza del diritto civile.

Oltre tali formule, oltre la subordinazione (oltre la libertà e la dipendenza offerte dalla subordinazione entro i confini del diritto civile), Barassi tende ad escludere qualsiasi limitazione *coattiva* del *principio liberale*. In occasione del Convegno milanese, Mario Grandi ha ben sottolineato il « disagio » di Barassi di fronte alla pagina della *Rerum Novarum* che, rinviando a un criterio oggettivo di giustizia naturale superiore alla volontà dei contraenti, contestava la tesi per cui la quantità del salario è determinata esclusivamente dal libero consenso delle parti (45). Per il giurista, annota Barassi, la determinazione dell'ammontare della mercede deve essere fatta avendo presente che in questo campo di regola « regna sovrana la

---

(44) P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit., p. 191.

(45) M. GRANDI, *L. Barassi e la dottrina sociale della Chiesa*, cit. p. 139.

libertà di contrattazione » (46). Prescindendo dalle dispute sui criteri di proporzionalità economica, il giurista deve rimettersi al volere delle parti (« se le parti se ne sono accontentate tanto basta ») senza dimenticare che, trattandosi di materia dispositiva, « il legislatore non può opporsi » (47).

Il costante riferimento al diritto comune civilistico rappresenta, insomma, il controverso punto di forza e il principale fardello dell'eredità di Barassi: oltre lo scambio del lavoro con la mercede, oltre l'identificazione del lavoro con una merce, la realtà subordinata del lavoro è giocata come limite alla libertà di contratto e come sua inevitabile esaltazione; come fotografia delle trasformazioni in atto e come schema giuridico 'neutrale' e 'fuori dal tempo', inevitabilmente immune da contatti troppo diretti con le esigenze sociali transeunti da affidare alle transeunti cure del diritto pubblico. Convinto com'era della perfetta coincidenza tra diritto privato e interesse individuale, convinto com'era del solco profondo posto a dividere il pubblico dal privato, Barassi configura il suo *confine logico* alla libertà di contratto come una difesa del diritto civile dall'inadente intervento legislativo, come argine del giuridico contro l'ondata di critiche 'sociologiche' alla libertà di contratto (48). Il

---

(46) L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 310; cfr anche pp. 88 e ss.

(47) *Ibidem*, p. 90 e 91; si veda anche p. 96: « la mercede deve essere proporzionale al lavoro fatto, ma ... nel nostro sistema legislativo si ritiene essere sufficiente la proporzionalità soggettiva »; le pagine successive mirano a fornire qualche certezza nell'ipotesi che il salario non sia stato fissato, contrastando il principio per cui « *salarium non conventum non debetur* ». Nella seconda edizione (*Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, vol. II, 1917, pp. 393 e ss.) Barassi richiama « l'altissimo valore morale dell'insegnamento di Leone XIII » sottolineando però che « siamo, qui su un terreno ideologico assolutamente diverso da quello, strettamente giuridico, e di diritto positivo ». Nella costruzione giuridica « l'importante ... è asserire come il diritto ... si limiti a proteggere le autonomie individuali nelle loro competizioni. E a riconoscerne il risultato: che poi i permutanti si siano attenuti all'osservanza di un dovere morale, oppure all'impulso egoistico del proprio interesse, questo — che interessa assai l'osservatorio storico dei fenomeni sociali, e in specie della psicologia degli scambi — non riguarda affatto il diritto ». La precisazione serve anche a prendere le distanze dal disegno di legge Cocco Ortu - Baccelli del 1902 sul Contratto di lavoro in cui si era fatto riferimento a un principio di equa distribuzione.

(48) È al prevalere di queste convinzioni che occorre far riferimento per compren-

nesso tra critica del presente e progetto per il futuro è imprigionato in uno schema giuridico unitario e ‘realistico’. Il confine alla libertà di contratto non è più chiamato a progettare un nuovo ordine sociale, a sognare una libertà vera e opposta alla libertà di diritto comune, a invocare incongrui interventi statali nel campo del diritto dei privati; quel confine è posto lì soltanto per consentire al giurista di ammobiliare l’inferno della subordinazione; un inferno a cui, stando ai principi liberali del diritto, *il legislatore non può opporsi: se le parti se ne sono accontentate tanto basta* <sup>(49)</sup>.

### 5. *Promesse mancate.*

Tra Otto e Novecento, il racconto dell’affermarsi del contratto di lavoro come piena realizzazione della libertà di lavoro si presenta come « la storia di una speranza delusa » <sup>(50)</sup>. Durante l’Ottocento la critica sociale aveva sovrapposto alle tante promesse collegate alla libertà di lavoro nuove promesse legate alla richiesta di un limite *contro* quella libertà. Indicando le contraddizioni e le ingiustizie generate dal principio della *disastrosa* libertà contrattuale, i giuristi avevano richiesto una *migliore garanzia della libertà stessa* confidando (spesso ingenua-

---

dere il fallimento delle prospettive di riforma legislativa del contratto di lavoro al cui disegno avevano pur partecipato autorevole giuristi e politici. Una prima commissione per lo studio delle modifiche legislative in tema di contratti agrari e di lavoro istituita nel 1894 non riuscì neppure ad affrontare il tema del contratto di lavoro, nel 1901 la Commissione venne incaricata di elaborare uno schema di legge (sarà la base del disegno di legge di Cocco Ortu e Baccelli, che conserverà però suoi tratti autonomi). Della Commissione facevano parte, tra gli altri, Bruno Chimirri, Giorgio Arcoleo, Pietro Cogliolo, Emanuele Gianturco, Francesco Saverio Nitti, Vittorio Emanuele Orlando, Giuseppe Salvioli, Francesco Schupfer. Riguardo all’intera vicenda, con particolare riferimento al ruolo giocato da Barassi in seno alla Commissione, si veda ora P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit., pp. 203 e ss.

<sup>(49)</sup> « Il rapporto di subordinazione implica una unilaterale affermazione della volontà del creditore, una affermazione signorile, imperativa ... che non ha bisogno di trovare sul suo cammino un attuale consenso del lavoratore, poiché questi già nel contratto si è impegnato a sottostare senz’altro a quei comandi ». L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., II ed., vol. I, p. 698.

<sup>(50)</sup> B. VENEZIANI, *L’evoluzione del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industriale al 1945*, in D. Garofalo e M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2006, p. 147.

mente) nel solo intervento della legge. L'approdo alla subordinazione — come abbiamo visto — costringe a confrontare quelle promesse con la realtà, le assorbe e le rimpicciolisce.

Tra Settecento e Ottocento l'esaltazione della libertà del lavoro aveva opposto ai vincoli di appartenenza di antico regime un mondo nuovo. In aperto contrasto con il passato, si proponeva un ordine sorretto da produttori indipendenti finalmente legittimati dal 'diritto di lavorare' ad avvalersi del lavoro come di una libera proprietà tutelata dal diritto<sup>(51)</sup>. *Liberté du travail* offriva un sogno che non si opponeva a proprietà ma la esaltava: era 'proprietà libera di sè' atta a generare proprietà e ordine sociale, sicurezza per i possidenti e moralizzazione per i poveri<sup>(52)</sup>. Con la cancellazione (*l'annientamento*<sup>(53)</sup>) dei corpi intermedi e l'affermazione della libertà di esercizio della professione, la legge Le Chapelier aveva solennizzato con un proclama costituzionale il nuovo ordine, legando la promessa di libertà del lavoro a un « individualismo radicale », così radicale da essere « manifestamente utopico »<sup>(54)</sup>. L'universalizzazione della promessa e la sua concreta realizzazione furono affidate semplicemente al guscio vuoto del contratto individuale la cui 'libertà' fu garantita rifiutando ogni aggregazione di interessi ultraindividuali e immettendo nel Codice un solo limite di ordine pubblico alla *locatio operarum*, il divieto di obbligare la propria opera all'altrui servizio a tempo indeterminato.

Il baratro esistente tra le promesse di libertà e la realtà sociale fu

---

(51) Cfr. S. SIMITIS, *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 48, 1990, pp. 756 e ss.

(52) Charles-Berthéolmy DUNOYER, seguace del liberismo di Jean-Baptiste Say, dedica al tema pagine di intenso lirismo (*De la liberté du travail ou simple exposé des conditions dans lesquelles les forces humaines s'exercent avec le plus de puissance*, Paris, Librairie Leroux, 1846; ID., *L'industrie et la morale considérées dans leurs rapports avec la liberté*, Paris, Sautetet et Cie, 1825), ritenendo però essenziale la presenza di rigide regole gerarchiche, di ordine pubblico, entro le fabbriche. Cfr. J. LE GOFF, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2004, pp. 49 e ss.

(53) Art. 1 della legge Le Chapelier del 14-17 giugno 1791: « *L'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession, étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit* ».

(54) S. SIMITIS, *La legge Le Chapelier tra storia e attualità*, cit., p. 764.

presto reso evidente dalle molte contraddizioni della legge uguale <sup>(55)</sup>, dalla *dittatura contrattuale* dei datori di lavoro e dalla situazione concreta del lavoro nelle fabbriche, dalla « incosciente perversione di concetti » che spingeva i « legislatori della libertà » a colpire con sanzioni penali le coalizioni operaie e lo sciopero <sup>(56)</sup>, dalla separazione del lavoro (affidato alle leggi di mercato e allo « schema distruttivo » della libertà di contratto) da tutte le forme di organizzazione « non contrattuali » <sup>(57)</sup>; e anche, però, dalla disciplina poliziesca del libretto di lavoro e dal permanere di situazioni (quella, ad esempio, dei lavoratori domestici) che mostravano quanto ancora forte fosse « l'ipoteca del passato » <sup>(58)</sup>.

Facendo proprie analisi diffuse da decenni nella letteratura politico-sociale, la critica dei giuristi alle ingiustizie del contratto di lavoro indicò con forza il contrasto esistente tra la *situazione sociale particolare dei lavoratori* e un impianto codicistico affidato al solo strumento della libertà contrattuale. E contro la legge ingiusta, contro il sacrale rispetto della formale volontà delle parti invocò l'intervento dello Stato e una funzione sociale della legge.

La richiesta di un intervento dello Stato racchiudeva la presa d'atto di un fallimento e una speranza, quella di sostituire l'ordine ingiusto del presente con un nuovo ordine meno spietato, non individualistico, solidale, sociale. I due aspetti erano già ben visibili a metà Ottocento nelle critiche al *laissez faire*: contro i « mostruosi risultati del *laissez faire* », « un *laissez faire* liberticida », un « *laissez*

<sup>(55)</sup> Per un quadro di estrema sintesi si rinvia a quanto detto sopra I. 1.

<sup>(56)</sup> Il riferimento va a una nota pagina di Enrico Redenti: « le promesse » di proprietà e contratto, integrandosi con « la trasformazione della costituzione sociale » che si annunciava « come redentrica dell'umanità sofferente », condussero a una applicazione spietata della « uguale libertà di tutti »; « la santità del contratto, salvaguardando in diritto libertà ed uguaglianza fra i contraenti, copre e giustifica, come ogni altro, lo scambio, con cui l'industriale acquista, a prezzo di fame, il lavoro umano. E quando i lavoratori cercano istintivamente di lottare contro il processo fatale, che li immiserisce, coll'azione e pressione collettiva, i legislatori della libertà, con una incosciente perversione di concetti, concepiscono questi tentativi come un attentato alla libertà stessa e fulminano divieti civili e penali » (E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, p. 7 (p. 83 della ristampa anastatica, a cura di S. Caprioli, Torino, Giappichelli, 1992).

<sup>(57)</sup> K. POLANYI, *La grande trasformazione* (1944), Torino, Einaudi, 1974, p. 210.

<sup>(58)</sup> Cfr. B. VENEZIANI, *L'evoluzione del contratto di lavoro*, cit., pp. 151 e ss.

*faire* che rende l'ordine impossibile », occorre « la riorganizzazione della società », occorre una nuova organizzazione del lavoro e dell'industria che realizzi sul serio la promessa rivoluzionaria di libertà, uguaglianza, fraternità. Di fronte all'*ordine impossibile* del presente « l'intervento disinteressato dello Stato, principio di ogni ordine, di ogni giustizia distributiva e di ogni unità »<sup>(59)</sup>, offre dunque una nuova speranza. Allo stesso modo, la richiesta di una necessaria tutela legislativa del lavoro contesta le ingiustizie di una libertà solo formale e promette una libertà vera, una libertà garantita anche 'contro il consenso' della parte debole<sup>(60)</sup>.

I sentieri percorsi dalla critica all'individualismo durante l'Ottocento sono estremamente variegati<sup>(61)</sup>; a fine secolo però, allorché la questione sociale irrompe con forza anche nelle pagine dei giuristi, gli attacchi alla libertà di contratto sono accomunati almeno da un aspetto, quello della speranza. L'intervento dello Stato nel diritto dei privati lascia (ancora) intravedere, attraverso il limite alla libertà di contratto, un mondo nuovo, un diritto privato-sociale contrapposto all'ordine impossibile del presente. La prospettiva di una 'riorganizzazione del lavoro' è spesso del tutto assente; ben presente resta

---

<sup>(59)</sup> Le citazioni sono tratte dall'Esposizione dei lavori della Commissione del Luxembourg, in C. De Boni (a cura di), *Il diritto al lavoro nel 1848. Antologia di scritti e discorsi*, Milano, Mimesis, 2002, pp. 42, 43, 53. Il dibattito sul diritto al lavoro (« mémorable discussion ») svoltosi durante i lavori dell'Assemblea costituente della Seconda Repubblica, tra il settembre e il novembre del 1848, fu immediatamente pubblicato da Joseph GARNIER unitamente ad altri saggi sul tema (*Le droit au travail à l'Assemblée Nationale. Recueil complet de tous les discours prononcés dans cette mémorable discussion*, Paris, Guillaumin, 1848). Si cfr. anche, G. Longhitano (a cura di), *Il Diritto al Lavoro. Un grande dibattito parlamentare nella Francia del 1848*, Catania, Ed. del Prisma, 2001. Per un inquadramento delle posizioni presenti nel dibattito è qui sufficiente rinviare all'*Introduzione* di C. DE BONI a *Il diritto al lavoro nel 1848*, cit. pp. 20 e ss.

<sup>(60)</sup> « Che i capi d'industria che incoraggiano o esigono un lavoro di 14 ore non ci vengano a dire che gli operai vi consentono, non coprano l'omicidio con belle espressioni tipo libertà di contratto, libertà di transazione. Possiamo sempre rispondere loro: Voi non avete diritto di attentare alla vita del vostro simile, nemmeno con il suo consenso. La legge lo difende di fronte a voi. La vita umana è sacra e la società è istituita per proteggerla ». Così Pierre LEROUX in un intervento sul *Moniteur Universel* del 31 agosto 1848 (citato in C. DE BONI, *Introduzione a Il diritto al lavoro nel 1848*, cit., p. 35).

<sup>(61)</sup> Per un ampio quadro d'insieme cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni*, Roma- Bari, Laterza, 2000, in particolare pp. 279 e ss.

invece, e anche nelle pagine dei giuristi moderati come Modica, la convinzione che l'intervento dello Stato possa rigenerare libertà e uguaglianza, possa garantire l'istanza emancipatoria *per tutti* tradita dall'ordine degli individui.

La costruzione giuridica del contratto di lavoro subordinato pose fine alle aspettative di questi modelli (che promettevano di più di quanto non fossero in grado di garantire <sup>(62)</sup>) e si illuse di poter finalmente assorbire la questione sociale nel giuridico con un'operazione dogmatica. Abbandonate le promesse di un mondo nuovo, tutele per la *classe laboriosa* e libertà di contratto furono chiamate a vivere assieme nella società industriale e a racchiudere nella realizzazione di un 'diritto possibile' tutte le speranze generate dagli 'opposti' modelli.

## 6. *Vie parallele.*

L'intero dibattito sulla necessità di porre limiti alla libertà contrattuale si muoveva entro un paesaggio giuridico caratterizzato da una divisione netta tra pubblico e privato, da una sorta di rappresentazione dualistica dell'ordine giuridico. A confermarlo è la lettura delle leggi sociali fornita dai giuristi. Il caso più significativo è quello concernente la configurazione della natura giuridica delle assicurazioni sociali. L'assicurazione obbligatoria, che pur poneva i primi germi della futura affermazione dello Stato sociale <sup>(63)</sup>, fu letta in Germania (e poi anche in Italia) alla luce di una divisione così netta dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato da risultare banale. L'intervento statale (o, se si preferisce, l'assistenzialismo autoritario di Bismarck) fu separato dal diritto privato: le nuove leggi non furono considerate come il segnale dell'affiorare di un sistema complesso (un sistema caratterizzato da nuove caratteristiche globali diverse da quelle delle singole

<sup>(62)</sup> Sui limiti del riformismo sociale di fine Ottocento cfr. *infra* I. 2 e II. 3.

<sup>(63)</sup> Cfr. J. UMLAUF, *Die deutsche Arbeiterschutzgesetzgebung. 1880-1890. Ein Beitrag zur Entwicklung des sozialen Rechtsstaates*, Berlin, 1980; W.J. Mommsen-W. Mock (a cura di), *Die Entstehung des Wohlfahrtsstaates in Grossbritannien und Deutschland 1850-1950*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1982; G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1996; M. STOLLEIS, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003.

parti) ma solo come l'espressione della riconferma della necessaria separazione di parti destinate ad obbedire a logiche tra loro incompatibili. Destinato a supplire a quelle situazioni in cui il contrasto tra i formali principi privatistici e la nuova realtà economica era più grave, a quei casi in cui il diritto privato era incapace di far fronte 'da sé' alle disuguaglianze della società industriale, l'intervento dello Stato era comunque configurato come estraneo al diritto dei privati. Certo, lo Stato imponeva vincoli, assicurava e proteggeva, limitava la libertà, poneva un 'suo' ordine; proprio per questo, però, l'intervento statale era inteso come 'parallelo' al diritto privato, estraneo alla sua logica e a quella dei suoi principi.

L'ingenua posizione di Barassi riguardo alle norme inderogabili è autorevolmente confermata dalle ambiguità presenti nelle ricostruzioni della scienza giuridica tedesca riguardo alla natura giuridica delle assicurazioni sociali. Le *Arbeiterversicherungen* non possono rientrare — si afferma — nel concetto tradizionale di assicurazione in quanto non sono costituite da un rapporto giuridico unitario, bensì da due separate relazioni: la prima, quella principale, ha un fine previdenziale per la classe operaia; l'altra, quella secondaria, impone ad alcune persone, allo scopo di procurare i mezzi per l'assicurazione, determinate prestazioni <sup>(64)</sup>. Tra le due relazioni non esiste alcuna bilateralità: il diritto del lavoratore alla prestazione assistenziale rimane anche quando i contributi non siano stati pagati. Il diritto all'assistenza dei lavoratori non è, dunque, fondato nella relazione contrattuale ma nella legge. Da tale affermazione si traggono conseguenze più generali riguardo all'operatività della legge sociale: per i limiti imposti al contratto, per l'obbligo gravante su taluni soggetti di assicurarsi o di assicurare qualcuno, tale legge offriva una disciplina *esclusivamente* pubblicistica, una disciplina per cui al verificarsi di una malattia, di un incidente o di una invalidità era dato *ipso iure* il diritto al lavoratore ad una prestazione patrimoniale <sup>(65)</sup>. Invano gli oppositori di tale configurazione pubblicistica facevano notare che la limitazione della libertà contrattuale non costituiva un argomento determinante: non si può certo dire,

---

<sup>(64)</sup> Cfr. H. ROSIN, *Das Recht der Arbeiterversicherung. Für Theorie und Praxis systematisch dargestellt*, Berlin, Guttentag, Bd. 1, 1893, pp. 255 e 256.

<sup>(65)</sup> Cfr. quanto detto sopra in II. 3.

afferstavano, che nel dominio privatistico rientrano solo le libere autodeterminazioni degli individui e che ogni limitazione della libertà sia da considerare estranea all'ordine dei privati; non si può, aggiungevano, muovendo dalla considerazione che il diritto è 'fondato' dalla legge e non dall'esclusiva volontà delle parti, trarre la conseguenza dell'impossibilità di far interagire i nuovi meccanismi con il diritto dei privati (66).

Più che per la forza delle argomentazioni tecniche, la configurazione pubblicistica delle assicurazioni sociali si affermò per la vischiosità della mentalità tradizionale. La rappresentazione di un intervento 'assistenziale' dello Stato relegato in un mondo a sé lasciava intravedere un futuro che non incrinava le certezze del passato, era tranquillizzante. Così come per Barassi era tranquillizzante l'idea di leggi sociali transeunti, destinate ad affrontare le emergenze ma non a disegnare un nuovo ordine contro il *principio liberale* della libertà di contratto.

Gli inizi del Novecento complicarono gli schemi dei giuristi, incrinando la semplicità dell'Ottocento (67). L'idea per cui ogni limitazione 'sociale' alla libertà di contratto racchiuda un *vulnus* pubblicistico al diritto dei privati fu progressivamente abbandonata con l'accrescersi delle norme inderogabili e con l'affermarsi di una visione 'allargata' del diritto privato offerta soprattutto dalla contrattazione collettiva. Nel campo delle relazioni lavoristiche le vie 'parallele' furono, dunque, inevitabilmente chiamate a incrociarsi e a sovrapporsi nel corso dell'intero Novecento; nonostante ciò la divisione tra una 'visione privata' e una 'visione pubblica' del diritto del lavoro continuò comunque (anche per la fragilità delle costruzioni-volte ad affermare un 'diritto sociale' come 'terza dimensione', come 'via intermedia' del giuridico (68) a fronte delle obiezioni di quanti

---

(66) Cfr. A. MENZEL, *Die rechtliche Natur der Unterstützungsansprüche aus den Reichsgesetzen über die Kranken- und Unfallversicherung der Arbeiter*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, I, 1889, pp. 327 e ss.

(67) Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 97 e ss.

(68) La configurazione del diritto del lavoro come diritto sociale risulta sempre molto generica. Antonio NAVARRA (*Le speranze (sinora) deluse*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1955, pp. 155 e ss.) fonde nel termine le diverse correnti di pensiero (« diritto libero, diritto sociale, diritto del lavoro, diritto corporativo ») che dalla fine dell'Otto-

facevano notare che ‘tutto il diritto’, essendo chiamato a regolare relazioni sociali, è necessariamente sociale <sup>(69)</sup>) a caratterizzare fortemente la disciplina <sup>(70)</sup>. Basti pensare a come, al momento della caduta dell’ordinamento corporativo (che aveva spento in un disegno autoritario le speranze di realizzazione di una terza dimensione del giuridico), la configurazione privatistica del « rapporto individuale tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore a lui subordinato » fosse posta nuovamente come « la zona centrale e fisionomica del ‘diritto del lavoro’ » <sup>(71)</sup>. Le altre zone, quelle più toccate dal diritto pubblico, costituivano, certo, parte del diritto del lavoro ‘nella sua integrità’, ma unire le parti non era possibile: rapporto individuale di

---

cento unirono « giuristi cattolici e socialisti » nella rivendicazione di un diritto in grado di « rilevare il gruppo sociale come tale », « il cittadino nella sua qualità di componente di un gruppo sociale »; un diritto in grado di andare oltre i « due ordini soli di rapporti giuridici: cittadino-Stato, e privato con o contro privato », ponendo in discussione « il canone sacro dell’autonomia della volontà individuale ».

<sup>(69)</sup> Un’ampia sintesi dei dibattiti volti a isolare un autonomo diritto del lavoro dal diritto sociale è in E. PERÉZ BOTIJA, *El derecho del trabajo. Concepto, substantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas*, Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1947. Il testo vuole distanziarsi dalla letteratura giuridica centrata sul riferimento al diritto sociale (ad esempio, nel caso spagnolo, L. MARTÍN GRANIZO e M. GONZÁLES ROTHVOSS, *Derecho social*, Madrid, Editorial Reus, 1935) e, seguendo contrastanti suggestioni (provenienti da Lotmar, Barassi, Greco, Borsi, Potthoff, Kaskel e Sinzheimer), cerca di configurare un’unitarietà e una specificità giuridica del diritto del lavoro all’interno della « nebulosa doctrinal » del diritto sociale (l’espressione è ripresa da J. Castán, *ibidem*, p. 40). Alla nozione ampia e indeterminata di diritto sociale (vi ritroviamo Gurvitch e Ehrlich, Geny e Hauriou, Gierke e Menger, Mossa e Radbruch) e a quella superata del lavoro considerato come merce (Marx e Brentano) Peréz Botija contrappone una specificità del diritto del lavoro, un’autonomia disciplinare forte di un suo spirito e di suoi metodi. Nonostante le molte distinzioni (o proprio a causa di esse) la messa a fuoco della disciplina resta, però, sempre molto sbiadita. Peréz Botija occupò la prima cattedra spagnola di diritto del lavoro, istituita nel 1947, nella Facoltà di Scienze politiche ed Economiche. Cfr. M.J. MARÍA e IZQUIERDO, *Contexto doctrinal de las primeras cátedras de Derecho del Trabajo en España*, in *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 7 (2004), pp. 91 e ss.; EAD., *El doctorado y la génesis del Derecho del Trabajo en la Universidad española*, in *ibidem*, 9 (2006), pp. 57 e ss.

<sup>(70)</sup> Per un’efficace visione di lungo periodo cfr. M.G. GAROFALO, *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in *Percorsi di diritto del lavoro*, cit., pp. 127 e ss.

<sup>(71)</sup> L. BARASSI, *Il diritto del lavoro. I. Le fonti, il rapporto di lavoro, le qualifiche*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 5 e ss.

lavoro, tutela previdenziale e ordinamento sindacale rispondevano a logiche diverse, potevano essere *accostate* ma non *fuse*. La divisione continuò a pesare sul diritto del lavoro anche quando esso, proteso a liberarsi definitivamente dall'abbraccio soffocante del corporativismo fascista, operò nella democrazia tentando di fondere 'l'anima privatistica' e quella 'pubblicistica' (72).

### 7. *Diritto al lavoro e diritti dei lavoratori.*

Nel corso del Novecento il diritto del lavoro è stata la disciplina che più di altre si è fatta carico di offrire risposte giuridiche alle trasformazioni sociali; lo ha fatto ereditando le divisioni di fine Ottocento, facendosi carico delle risposte 'parallele' fornite sino a quel momento alla questione sociale. Più che seguire gli intrecci e le divisioni della disciplina nel corso del Novecento, giova forse, per comprendere le 'opposte' speranze sedimentatesi in essa, fare un breve riferimento al momento in cui si affermò con nettezza l'idea di una risposta 'divisa' dell'ordine giuridico alla questione sociale.

La rappresentazione divisa di fine Ottocento (intervento pubblico-assistenziale da un lato e intervento interno al diritto privato dall'altro) riprende per molti aspetti la soluzione che, nel dibattito politico svoltosi in Francia nel 1848 riguardo al *diritto al lavoro*, fu imposta a quanti 'sognavano' un nuovo diritto garantito a tutti grazie all'intervento dello Stato. In quel dibattito affiora sia la rappresentazione di un ordine dei privati 'capovolto' dall'apposizione di un confine alla sfrenata libertà di contratto, sia l'impostazione 'realistica' di un ordine della libertà dei privati impossibile da modificare con la legge senza travolgere la libertà stessa. Ovviamente quel passato non anticipa il futuro, né può essere posto alle origini del diritto del lavoro; esso pone semplicemente in luce i punti estremi di un dilemma affermatosi in maniera dirompente con *l'invenzione della società* (73).

---

(72) Cfr. *infra* II. 4 e III. 6. Sia pure all'interno di una visione oramai compiutamente mutata del ruolo del diritto del lavoro, la rappresentazione proposta negli anni Sessanta di una sua 'pura' formazione extralegislativa del diritto del lavoro richiama ancora le scissioni del passato.

(73) Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle*

Il dato di partenza da cui muove il dibattito di metà Ottocento è la contestazione delle speranze tradite dell'ordine della proprietà e del contratto: quell'ordine si è rivelato *impossibile*, ingiusto, vano, così come vana è una libertà non accessibile a tutti, un *diritto di lavorare* incapace di tradursi in lavoro. La richiesta del *diritto al lavoro* tende per un verso a iscriversi nell'ordine degli individui (esige 'soltanto' una coerente affermazione di libertà e uguaglianza) e, per altro verso, mira invece a delineare un nuovo ordine (74): il *diritto al lavoro* si configura come un diritto nuovo perché esige una prestazione positiva dallo Stato, un intervento capace di risolvere il problema vitale della disoccupazione; si pone come un nuovo modo di intendere il rapporto tra cittadini e Stato, come nuova configurazione della cittadinanza (75). Contestazione dell'assetto liberale e richiesta di una piena realizzazione dell'ordine della libertà e della proprietà in alcuni interventi si saldano assieme movendo dalla convinzione che « il diritto al lavoro è parallelo al diritto di proprietà »: se il lavoro costituisce *la* via di accesso alla proprietà e la proprietà è alla base della cittadinanza, come non presentare i due diritti come *paralleli*? come non vedere nella negazione del diritto al lavoro la negazione del diritto di proprietà? (76)

Quanti si oppongono a tale pericolosa proclamazione tengono a

---

*rivoluzioni*, cit., pp. 279 e ss. (l'espressione è mutuata da J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984).

(74) Nella Rivoluzione francese il richiamo ai diritti aveva una doppia valenza, delegittimante e costruttiva: mostrava il dispotismo dell'antico regime e richiamava la legittimità di un ordine in grado di realizzare 'il diritto'. Allo stesso modo a metà Ottocento « lottare per il diritto al lavoro è continuare, in un nuovo scenario, un vecchio gioco: assumere 'il diritto che non c'è' come strumento di contestazione dell'ordine esistente (l'ordine della libertà e della proprietà) e per delineare un'alternativa, per progettare un nuovo ordine ». P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 498.

(75) Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 2. *L'età delle rivoluzioni*, cit., p. 342 e ss. Si cfr. anche, G. PROCACCI, *Governare la povertà. La società liberale e la nascita della questione sociale*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 209 e ss.; W.H. SEWELL JR., *Lavoro e rivoluzione in Francia. Il linguaggio operaio dall'ancien régime al 1848*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 393 e ss.; F. TANGHE, *Le droit au travail entre histoire et utopie, 1789-1848-1989: de la repression de la mendicité à l'allocation universelle*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1989, pp. 61 e ss.

(76) Così MATHIEU DE LA DRÔME presentando all'Assemblea nazionale, l'11 settem-

mostrare l'impossibilità di conciliare quel diritto da attribuire *a tutti* con l'ordine della proprietà. Il conferimento del diritto al lavoro a tutti è — dicono — una chimera, un diritto così evanescente (e al tempo stesso così evidente, perché esiste come il diritto di vivere) da non poter essere in alcun modo conciliato con il vero concetto di diritto: « non bisogna confondere il diritto al lavoro ... con il diritto di lavorare... Il diritto di lavorare non è nient'altro che la libertà che appartiene a ciascun individuo di fare l'uso che ritiene più profittevole della sua intelligenza, delle sue braccia e del suo tempo » (77). Anche il direttore della *Revue de Législation*, Louis Wolowski, riprende l'editto di Turgot del 1776 e contrappone diritto di lavorare e diritto al lavoro, concretezza e pericolosa astrazione, « sviluppo dei lavori produttivi » come affermazione di una libertà che implica *responsabilità sul proprio destino* (« perché la libertà obbliga ») e rinuncia ad un'affermazione vera della personalità degli individui affidata a un *singolare diritto* (il diritto al lavoro) « il cui esercizio è segno di disperazione e marchio di soggezione »:

« Guardiamoci dall'abbandonare la strada aperta da Turgot e tracciata dalla grande Rivoluzione del 1789... “Dio, dando all'uomo dei bisogni, rendendogli necessaria la risorsa del lavoro, ha fatto del diritto di lavorare la proprietà di tutti gli uomini, e questa proprietà è la prima, la più sacra, la più imprescrittibile di tutte. Noi riteniamo l'affrancamento dei nostri sudditi da tutte le minacce portate a questo diritto inalienabile dell'umanità uno dei primi doveri della nostra giustizia”. Questa è la carta del lavoro emancipato, tracciata dalla mano di Turgot nel preambolo all'editto del 1776. Regolamenti assurdi, oppressivi, tirannici, negavano all'uomo il diritto di lavorare; Turgot li ha spezzati e la Rivoluzione li ha distrutti definitivamente. Ora che questi ostacoli sono scomparsi, non si tratta di mettersi alla ricerca del *diritto al lavoro*, che esiste come il diritto di vivere, dal momento in cui nessuno ne restringe l'esercizio: si tratta invece di consolidare *i diritti dei lavoratori* sulla base della giustizia e dell'uguaglianza dei rapporti » (78).

Il problema cruciale sullo sfondo è quello del rapporto tra

---

bre del 1848, il suo emendamento sul diritto al lavoro. Faccio qui ancora riferimento alla traduzione di De Boni (*Il diritto al lavoro nel 1848*, cit., p. 69).

(77) Léon FAUCHER, in *Il diritto al lavoro nel 1848*, cit., p. 141.

(78) Louis WOLOWSKI, in *Il diritto al lavoro nel 1848*, cit., p. 153 e 154.

intervento dello Stato e libertà dei cittadini, quello del nesso tra la sfera privata e quella pubblica. La linea della separazione prevalse invocando la libertà dei soggetti (lo Stato non può 'confiscare la libertà' umana, non può pretendere addirittura di 'salvare l'individuo da se stesso') e distinguendo tra diritto e assistenza, tra diritto e strumenti atti a governare la povertà: « non bisogna fare di un soccorso, di un atto di benevolenza, un diritto »; « un diritto è di tutti; quando è un diritto di una sola classe, non è un diritto; un diritto che si accorda a questo e si rifiuta a quell'altro non è un diritto »; « Lo Stato può insomma dare un soccorso, e non altro. Non bisogna perciò chiamarlo un diritto » (79).

Negli interventi di Thiers ed in quelli di Tocqueville il diritto al lavoro è un 'non diritto', una figura di assistenza pubblica, di beneficenza, di carità cristiana, un impegno morale a promuovere il lavoro (80). Il *diritto al lavoro* intendeva proprio superare questa distinzione, esso « traduce[va] nel linguaggio dei diritti l'esigenza di gettare un ponte tra i bisogni dei soggetti e l'azione del sovrano » (81).

A fine Ottocento quanti consideravano i confini alla libertà di contratto imposti dall'intervento coattivo dello Stato come incompatibili con il diritto comune civilistico riprendevano, in fondo,

(79) Adolphe THIERS, intervento del 13 settembre 1848, in *Il diritto al lavoro nel 1848*, cit., p. 111 e 112. Cfr. anche (in *ibidem*, pp. 81 e ss.) l'intervento di Alexis de TOCQUEVILLE (lo si veda anche in ID., *Scritti politici*, I: *La rivoluzione democratica in Francia*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, 1969, pp. 281 e ss.).

(80) Era questo, insomma, tutto quello che si poteva riferire al *diritto di lavorare* affermato da Turgot. Solo per segnalare la fortuna (e le ambiguità) del *diritto di lavorare* in contrapposizione più o meno tenue al *diritto al lavoro* e non per proporre ardite comparazioni, va ricordato come il diritto al lavoro si sia risolto nel Trattato di Maastricht nella 'libertà di lavorare' e che la Carta di Nizza parla invece di 'diritto di lavorare' (art. 15, primo comma). Dalla relazione di presentazione da parte della Commissione si evince che il diritto al lavoro non è stato inserito nella Carta in quanto volto a fissare un « obiettivo politico »; il 'diritto di lavorare' rinvia invece all'*employability*, non è *pretesa a* ottenere un lavoro con l'aiuto dello Stato, non è affermazione di un diritto soggettivo ma 'garanzia' di politiche economiche. È qui sufficiente rinviare al commento all'art. 15 di G. DEMURO, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di) *L'Europa dei diritti*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 125 e ss.

(81) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. 2. *L'età delle rivoluzioni*, cit., p. 345.

argomenti 'alla Thiers' e 'alla Tocqueville': da un lato « un diritto di tutti », un diritto che non può essere accordato a una sola parte (Barassi, come abbiamo visto, ripete alla lettera tali argomentazioni); dall'altro lato, l'assistenza che diviene transitoriamente legge sociale, eccezionale confine pubblicistico alla libertà dei privati.

Il diritto del lavoro del Novecento si è fatto carico di entrambe le prospettive e ha provato a congiungerle, intendendo in modi diversi il confine imposto alla libertà di contratto per tutelare la particolare situazione sociale dei lavoratori. La tensione verso l'unitarietà dei due momenti (la ricerca di un ponte tra il pubblico e il privato) ha fornito la spinta per affermare la peculiarità (la specialità, l'autonomia) della disciplina, sia quando, inseguendo l'idea di un cittadino da considerare soprattutto in quanto componente di un gruppo sociale, ha prospettato di « aggiun[gere] ad un diritto dello Stato e del privato un diritto dei gruppi »<sup>(82)</sup>, sia quando — valorizzando la centralità della persona e del momento collettivo — ha sviluppato tutte le sue potenzialità nel diritto dei privati.

A metà Ottocento Wolowski contrapponeva polemicamente un diritto *possibile* collegato allo sviluppo economico (il consolidamento dei « diritti dei lavoratori sulla base dalla giustizia e dell'uguaglianza dei rapporti ») ad un diritto *impossibile* (il diritto al lavoro per *tutti*). Nel Novecento la giuslavoristica ha accostato 'pubblico e privato' per garantire *diritti dei lavoratori* facendosi carico di tutte le 'opposte' speranze riferite al diritto dei privati e al diritto pubblico e movendosi con la certezza di garantire attraverso il 'diritto possibile' anche il 'diritto impossibile'. La costruzione dei *diritti dei lavoratori* si è presentata come espressione di un progetto giuridico ampio che, ponendo assieme speranze 'private' e 'pubbliche', prospettava attraverso i confini apposti alla libertà di contratto una libertà vera *per tutti*. Coerentemente, soprattutto nelle fasi di sviluppo economico, il diritto al lavoro è divenuto prima di tutto diritto alla conservazione del posto di lavoro senza che ciò risultasse contrastante con il riconoscimento costituzionale « a tutti i cittadini » del *diritto al lavoro*.

La 'crisi del diritto del lavoro' è emersa con forza ogni qualvolta

---

<sup>(82)</sup> A. NAVARRA, *La speranze (sinora) deluse*, cit., pp. 139 e ss. Cfr. sopra nota 68 e *infra* II. 4.

la costruzione ‘particolare’ e ‘comune’ si è infranta, ogni qualvolta il diritto del lavoro si è confrontato con la divisione tra occupati e disoccupati e con l'impossibilità di racchiudere *tutti* nella sua tensione universalistica. « Quale significato ha il diritto del lavoro — si chiedeva nel 1933 Sinzheimer — se nel migliore dei casi è un diritto per un élite di lavoratori che ha la fortuna di rimanere occupata, mentre accanto all'esistenza del diritto del lavoro cresce un cimitero di ‘disoccupazione strutturale’ » (83).

8. *Diritto pubblico, diritto privato e consapevole confine alla libertà di contratto.*

Il diritto del lavoro del Novecento è stato caratterizzato dalla progressiva estensione della presenza della legge e della contrattazione collettiva, da una istituzionalizzazione dell'eterodeterminazione affermata per una migliore tutela del singolo lavoratore (84). In quella forma di *confine* al libero contratto individuale era dato leggere (in una situazione di sviluppo e di piena occupazione) sia la tutela per la *particolare situazione sociale del lavoratore*, sia la progressiva estensione della libertà e dignità del lavoro *per tutti*. Negli ultimi decenni il diritto del lavoro è stato sempre più spesso coinvolto in funzioni di governo dei rapporti socio-economici ed è stato posto di fronte al « dilemma » che assilla lo Stato sociale (85), alla

(83) Riprendo il passo di Sinzheimer così come citato da B. HEPPLÉ, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 93, 2003, I, pp. 27 e ss.

(84) S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, cit., p. 90. Riguardo all'incorporazione nel contratto di lavoro dello statuto protettivo del lavoratore, si confronti la puntuale ricostruzione di Edoardo GHERA (*Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 109, 2006, pp. 1 e ss.) che insiste sull'odierna tendenza che mira a separare lo statuto protettivo dalla subordinazione per affermare una protezione del lavoratore come cittadino. Sulla necessità di « rivisitare ed adattare gli strumenti tradizionali di riequilibrio delle posizioni contrattuali » cfr. S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 109, 2006, pp. 39 e ss.; p. 66.

(85) « Il dilemma consiste in ciò, che lo Stato sociale deve correggere o compensare le conseguenze negative sui lavoratori del sistema di economia di mercato senza poter

precarietà dell'occupazione e alla disoccupazione. La certezza che i *consapevoli confini* potessero offrire una libertà vera per tutti è venuta meno e il riferimento ai valori del versante 'privato' e di quello 'pubblico' è stato assolutizzato. Il tradizionale equilibrio della disciplina si è incrinato e, assillata da un futuro incombente, la giuslavoristica è tornata a interrogarsi sui tratti irrinunciabili della sua identità.

Negli ultimi anni Umberto Romagnoli, un giuslavorista che non si è mai lasciato andare all'idea che per poter avere un futuro occorra smettere di frequentare il proprio passato <sup>(86)</sup>, ha avanzato con forza una 'richiesta di diritto pubblico' per contrastare generalizzanti visioni privatistiche della disciplina. Il futuro del diritto del lavoro — scrive — dovrà essere segnato sempre più dal diritto pubblico, da una messa in discussione del 'governo privato', da uno spostamento dell'accento dal lavoro alla cittadinanza <sup>(87)</sup>. La rappresentazione pubblicistica è netta, provocatoria: occorre spostare l'attenzione dal terreno privatistico dei rapporti contrattuali a quello pubblicistico delle garanzie di cittadinanza, caratterizzato da principi inderogabili di rilevanza costituzionale. E spostare l'accento dal lavoro alla cittadinanza significa soprattutto smettere di credere che il diritto del lavoro possa fare a meno del diritto pubblico che della cittadinanza è *artefice e garante* <sup>(88)</sup>, significa avere il coraggio di « recla-

---

intaccare la forma organizzativa, la struttura e il meccanismo propulsore della produzione economica»; così Luigi MENGONI in riferimento al ruolo della Corte Costituzionale, collocata «nel punto di intersezione tra sistema politico, sistema economico e società arbitrandone i conflitti che nascono dalla tendenza ad assolutizzare i valori di cui ciascuna sfera è portatrice». Citato in A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 313.

<sup>(86)</sup> Cfr., a mo' d'esempio, U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, in *Lavoro e diritto*, XVII, 4 (autunno 2003), pp. 569 e ss.; ho parafrasato il titolo di uno dei paragrafi: «perché non bisogna smettere di frequentare il passato».

<sup>(87)</sup> Cfr., in particolare, U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, pp. 53 e ss. La scelta di campo nasce dalla lettura del presente (in particolare, ma non solo, da quella del decreto legislativo n. 276 del 2003 sulla riforma del mercato del lavoro), nasce dalla prospettiva di dar forza a una rinnovata interpretazione degli articoli della Costituzione (in particolare art. 1, 35 e 39) e da un fitto colloquio con alcune pagine di D'Antona; essa si inserisce, però, in riflessioni che l'Autore porta avanti da tempo (cfr. *ibidem*, p. 54) e si veda *infra* III. 6.

<sup>(88)</sup> U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, cit., p. 54 «legislatori,

ma[re] non meno Stato, ma più Stato »<sup>(89)</sup>, significa abbandonare quel tratto distintivo della giuslavoristica costituito dall'aver riposto « un eccesso di fiducia [nel privato], che poi è divenuto complicità »: « abbiamo sbagliato nell'accondiscendere al privato che si autogoverna e che dirige settori interi dell'esperienza sociale »<sup>(90)</sup>.

Ma a quale passato fare riferimento per sostenere il futuro 'pubblicistico' della disciplina? È da questo contesto che nasce un'attenta (ri)lettura delle pagine dedicate da Costantino Mortati al diritto del lavoro<sup>(91)</sup>; una lettura che appare ispirata proprio dalla necessità di colmare lo scarto tra le diverse prospettive, dall'esigenza di ricomporre entro un solo percorso il passato 'privatistico' e l'auspicato futuro 'pubblicistico'. Non senza autocritiche, Romagnoli mette a fuoco le velleità e le aspettative deluse dal percorso privatistico, denunciando il riferimento al diritto civile come sicuro luogo di appartenenza di una giuslavoristica che, pur essendosi storicamente affermata sotto il segno di una compressione dell'autonomia privato-contrattuale, non ha mai smesso di nutrire una pregiudiziale diffidenza verso il diritto pubblico. Per ricomporre l'unità, per riaffermare un'identità, occorre interrogarsi « sugli effetti postumi della privatizzazione integrale del diritto del lavoro », considerare gli errori compiuti mettendo a fuoco la « sproporzione enorme tra i mezzi di cui dispongono i soggetti privati e la grandiosità dei compiti che dovrebbero realizzare », gli eccessi di fiducia accordati al 'governo privato'<sup>(92)</sup>.

Il confronto tra pubblico e privato è drammatizzato: il passato

---

sindacati e interpreti [devono] scrollarsi di dosso la vischiosità ideologica che li trattiene dallo spostare l'accento dal lavoro sulla cittadinanza. Come dire che devono cominciare a pensare che il diritto del lavoro — un diritto, cioè, oggi più che mai a misura di *chiunque* guarda al lavoro come all'unica o principale risorsa esistenziale — non potrà fare a meno dell'apporto del diritto pubblico che della cittadinanza è, per l'appunto, artefice e garante ».

<sup>(89)</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>(90)</sup> U. ROMAGNOLI, così nelle *Conclusioni* a L. Gaeta (a cura di), *Costantino Mortati e « il lavoro nella costituzione »: una rilettura*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 245.

<sup>(91)</sup> Cfr. U. ROMAGNOLI, *La costituzione delegittimata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, pp. 829 e ss.; poi anche, con il titolo *Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati e « il lavoro nella costituzione »: una rilettura*, cit., pp. 105 e ss.

<sup>(92)</sup> U. ROMAGNOLI, *Conclusioni*, in *Costantino Mortati e « il lavoro nella costituzione »: una rilettura*, cit., pp. 243 e 245.

‘privatistico’ della disciplina è caricato di troppe responsabilità e, specularmente, troppe aspettative sono affidate allo Stato <sup>(93)</sup>. L’enfaticizzazione del contrasto indica, però, con molta chiarezza l’identità composita del diritto del lavoro del Novecento. Di fronte all’imposizione delle ragioni dell’economia a un diritto del lavoro che a momenti si sente condannato a un ruolo ancillare rispetto al mercato, al governo privato, l’invocazione del diritto pubblico tende a ricreare un equilibrio, a porsi come legittima difesa della storia disciplinare.

La disciplina ha ereditato — come abbiamo visto — speranze ‘parallele’ (pubblicistiche e privatistiche) e si è caratterizzata per la tensione a comporre, con geometria non euclidea, una storia unitaria. L’unitarietà è stata offerta in passato proprio dal diverso modo di intendere il *consapevole confine* al contratto individuale; quel confine offriva una tutela ‘possibile’ per la particolare situazione sociale dei lavoratori ma rinviava anche — come sappiamo — a obiettivi ulteriori, a un ordine diverso, a una libertà effettiva per tutti. Rinunciare al riferimento a quell’identità composita, fermarsi a contemplare *il diritto possibile* abbandonando la ricerca del *diritto impossibile*, significa spezzare la storia del diritto del lavoro. Costruire il futuro prestando attenzione alla rinnovata centralità del valore ‘libertà’ non può significare, del resto, né annullare il condizionamento del passato né essere inermi spettatori di uno sviluppo già dato.

---

<sup>(93)</sup> Si cfr. in *ibidem*, gli interventi che accompagnano la relazione di Romagnoli; in particolare, N. DE MARINIS (*Né privato né pubblico. Il modello costituzionale del ‘pluralismo istituzionale’*), pp. 201 e ss.; e l’intervento riportato *infra*: II. 6.

## INDICE DEI NOMI

- ABELLO, Luigi, 135, 227  
AGNELLI, Arnaldo, 119  
ALBER, Jens, 131  
ALBERTI-JACONA, Antonino, 84  
ALPA, Guido, 61, 119  
AMAR, Moise, 84, 115, 134  
AMATO, Giuliano, 281-282, 284, 339  
AMATORI, Franco, 250  
ANDREONI, Amos, 374  
AQUARONE, Alberto, 225  
ARCA, Francesco, 111  
ARCANGELI, Ageo, 222  
ARCOLEO, Giorgio, 360  
ARDAU, Giorgio, 257, 263  
ARE, Giuseppe, 84  
ARENA, Celestino, 237, 251  
ARIAS, Gino, 243  
ARNAUD, André-Jean, 36, 77  
ARNAUD, Nicole, 77  
ARRIGO, Gianni, 204, 342  
ASCARELLI, Tullio, 26, 210, 222, 242-244, 274  
ASOR ROSA, Alberto, 82  
ASQUINI, Alberto, 216, 222-229, 250-251, 260-261  
AUBIN, Gérard, 26  
AUROUX, Jean, 24
- BACCELLI, Guido, 359-360  
BAGLIONI, Guido, 82  
BALANDI, Gian Guido, 79, 119, 207  
BALBONI, Enzo, 121  
BALZARINI, Renato, 250, 257  
BANDI, Gaetano, 34  
BARASSI, Lodovico, 14, 52, 54-55, 99, 111, 126, 140-155, 157-158, 161, 167-168, 179-184, 187, 191-192, 194, 203, 210-211, 221, 227, 229-235, 249, 263-266, 285, 293-296, 298, 302-309, 320, 325, 329, 336-337, 348-354, 356-360, 365-367  
BARBERO, Domenico, 141, 303  
BARBIERI, Paolo, 344  
BARDI, C. Ferdinando, 82  
BARTHES, Ronald, 315  
BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, 183  
BECK, Ulrick, 344  
BECKER, Martin, 26  
BELLARDI, Laura, 256  
BELLAVITE, Luigi, 91  
BENDER, Gerd, 75  
BENEDUCE, Pasquale, 85  
BENSA, Maurizio, 34  
BENSA, Paolo Emilio, 53  
BERGFELD, Christoph, 26  
BERNERT, Günther, 73  
BERTI, Domenico, 81-86, 113-115, 292  
BESSONE, Mario, 119  
BETOCCHI, Carlo, 136, 139, 355  
BIFULCO, Raffaele, 371  
BIGAZZI, Duccio, 250  
BIGIAVI, Walter, 267  
BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, 243  
BISMARCK, Otto, 364  
BLOCH, Marc, 306  
BOBBIO, Norberto, 35, 97, 122  
BÓDIKER, Tonio, 131  
BONACCI, Teodorico, 85  
BONFANTE, Pietro, 61  
BONNECASE, Julien, 223  
BORSARI, Luigi, 133  
BORSI, Umberto, 235, 237, 367

- BOSELLINI, Ludovico, 34  
 BOTTAI, Giuseppe, 161, 167, 238, 250, 252  
 BOUVERESSE, Jacques, 26  
 BRANCA, Giuseppe, 219  
 BRASCHI, Ercole, 134  
 BRENTANO, Lujo, 128, 136-137, 153, 367  
 BRUGI, Biagio, 61, 93, 98-99, 101-103, 169, 226  
 BRUNO, Fernanda, 280  
 BRUNO, Tommaso, 107, 143  
 BRUSCHETTINI, Arnaldo, 118  
 BUCHSTEIN, Hubertus, 205  
 BULFERETTI, Luigi, 82  
 BUONAMICI, Francesco, 34
- CALAMANDREI, Piero, 282  
 CALDARA, Emilio, 61  
 CALVINO, Italo, 302  
 CANALETTI GAUDENTI, Alberto, 174  
 CANETTI, Elias, 37  
 CAPOBIANCO, G. Antonio, 26  
 CAPOGRASSI, Giuseppe, 253  
 CAPPELLETTO, Marco, 121  
 CAPPELLINI, Paolo, IX, 122  
 CAPRIOLI, Severino, 187, 295, 297, 362  
 CARNELUTTI, Francesco, 58, 124, 155-158, 161-164, 174, 191-202, 253, 255, 270, 296, 298  
 CARONI, Pio, 31, 33, 38, 77  
 CARTABIA, Marta, 371  
 CARULLO, Vincenzo, 254, 266  
 CARUSO, Bruno, 345  
 CASANOVA, Mario, 209, 243  
 CASCAVILLA, Michele, 77  
 CASSESE, Sabino, 43, 77, 186-187, 252  
 CASTALDO, André, 26  
 CASTÁN TOBEÑAS, José, 367  
 CASTELVETRI, Laura, 54, 136, 307-309, 349  
 CASTRONOVO, Valerio, 82  
 CAVAGNARI, Camillo, 42, 89, 142, 144  
 CAZZETTA, Giovanni, 31, 36, 47, 52, 61  
 CELOTTO, Alfonso, 371  
 CESARINI SFORZA, Widar, 243, 246-250, 252, 273-274  
 CHELI, Enzo, 266
- CHIARELLI, Giuseppe, 232, 245, 257, 262  
 CHIMIRRI, Bruno, 115-116, 360  
 CHIRONI, Gian Pietro, 41, 45-46, 49, 72, 91, 96-99, 103, 108, 115, 143-144, 146, 358  
 CIARLO, Pietro, 263  
 CIMBALI, Enrico, 40-42, 44, 47-48, 86-88, 136, 356  
 CLARK, Jon, 207  
 CLAVERO, Bartolomé, 326  
 COCCO ORTU, Francesco, 359-360  
 COGLIOLO, Pietro, 46, 61, 142, 360  
 COING, Helmut, 26, 74, 137  
 COLITTO, Francesco, 261-262  
 CONTENTO, Aldo, 110  
 CORRADINI, Domenico, 95  
 COSER, Lewis A., 305  
 COSTA, Andrea, 85, 292  
 COSTA, Pietro, 34, 77, 140, 159, 162-163, 166, 195, 199, 246-247, 300, 363, 368, 371  
 COSTAMAGNA, Carlo, 166, 227-229, 241, 244-245, 260  
 CRAVERI, Piero, 256, 263  
 CRISAFULLI, Vezio, 281
- D'AGUANNO, Giuseppe, 89, 100  
 D'AMELIO, Giuliana, 77  
 D'AMELIO, Mariano, 355  
 D'ANTONA, Massimo, 301, 337-338, 346, 374  
 D'EUFEMIA, Giuseppe, 234-235, 242, 244, 257  
 DARWIN, Charles, 46, 96  
 DE BONI, Claudio, 363  
 DE CRISTOFARO, Salvatore, 228  
 DE FRANCISCI, Pietro, 245  
 DE LITALA, Luigi, 237  
 DE LUCA TAMAJO, Raffaele, 357  
 DE MARINIS, Nicola, 376  
 DE SEMO, Giorgio, 227  
 DE SIERVO, Ugo, 263, 280  
 DE SIMONE, Saverio, 174, 255  
 DEL PUNTA, Riccardo, 346  
 DEL VECCHIO, Giorgio, 48, 99

- DELL'OLIO, Matteo, 259  
 DELOGU, Pietro, 98-101, 123, 354-355  
 DEMURO, Gianmario, 371  
 DENTE, Bruno, 187  
 DEPRETIS, Agostino, 83  
 DI MAJO, Adolfo, 77  
 DI NOLA, Alfonso, 293  
 DILCHER, Gerhard, 77, 121  
 DONATI, Benvenuto, 234  
 DONZELOT, Jacques, 369  
 DUGUIT, Léon, 240  
 DUNOYER, Charles Barthélemy, 361  
 DURAND, Paul, 347  
  
 EHRLICH, Eugen, 75, 367  
 ESPOSITO, Carlo, 277  
 EUSEBIO, Ludovico, 47  
 EXNER, Adolf, 106  
  
 FADDA, Carlo, 53  
 FANTINI, Oddone, 236  
 FAUCHER, Léon, 370  
 FERRARI, Luigi, 85  
 FERRARIS, Carlo Francesco, 109, 117  
 FERRI, Giovan Battista, 123  
 FILOMUSI GUELF, Francesco, 48, 99  
 FINZI, Enrico, 51  
 FIORAVANTI, Maurizio, IX  
 FIORE, Pasquale, 135  
 FLORA, Peter, 78, 131  
 FONTANA, Sandro, 256  
 FRAENKEL, Ernst, 204-205, 342  
 FUSINATO, Guido, 103-110, 113, 117-118  
  
 GABBA, Bassano, 41, 110-111  
 GABBA, Carlo Francesco, 62  
 GAETA, Dante, 261  
 GAETA, Lorenzo, X, 26, 73, 134, 299, 319, 329  
 GALGANO, Francesco, 26  
 GALIZIA, Alberto, 296, 350  
 GALIZIA, Mario, 280, 339  
 GARNIER, Joseph, 363  
 GAROFALO, Domenico, 360  
 GAROFALO, Mario Giovanni, 352, 367  
  
 GASSER, Catherine Antoinette, 203  
 GENY, François, 61, 367  
 GERRATANA, Valentino, 43, 77  
 GHERA, Edoardo, 257-258, 373  
 GHEZZI, Giorgio, 178, 219, 299, 301, 346, 350  
 GHISALBERTI, Carlo, 168  
 GIANNETTI, Renato, 250  
 GIANTURCO, Emanuele, 41, 136, 148, 360  
 GIERKE, Otto von, 56, 121-122, 205, 367  
 GINZBURG, Carlo, 330-331  
 GIOVAGNOLI, Raffaello, 84  
 GIRETTI, Edoardo, 110  
 GIUGNI, Gino, 26, 71, 172, 176, 178, 181, 207, 243, 256, 259, 271, 279-280, 284, 286, 291, 295, 299, 322, 347  
 GLASSON, Ernest, 105  
 GOBBI, Ulisse, 157  
 GONZALES ROTHVOSS, Mariano, 367  
 GOZZI, Gustavo, 73, 125  
 GRANDI, Mario, 172, 182, 201, 266, 350, 358  
 GRECHI, Aldo, 220, 263  
 GRECO, Paolo, 237, 266, 267, 367  
 GRIMALDI, Bernardino, 115  
 GROSSI, Paolo, 26, 31, 34, 42, 51, 56, 59, 72, 77, 89, 97, 135, 178, 181-182, 210, 366  
 GUIDI, Dario, 226, 228, 238, 244  
  
 HAENEL, Albert, 129  
 HAURIUO, Maurice, 367  
 HEIDENHEIMER, Arnold J., 78  
 HENTSCHEL, Volker, 127  
 HEPPLÉ, Bob, 344, 373  
 HILAIRE, Jean, 26  
 HUBER, Ernst Rudolf, 127  
 HUECK, Alfred, 74, 209  
  
 ICHINO, Pietro, 286, 346  
 IMPALLOMENI, Giovan Battista, 355  
 IRTI, Natalino, 36, 51, 79, 88  
  
 JAEGER, Nicola, 262  
 JANNACCONE, Pasquale, 117, 135-136

- JEMOLO, Arturo Carlo, 253, 278, 280, 282-283
- JHERING, Rudolf von, 114
- JOCTEAU, Gian Carlo, 73, 194
- KAHN FREUND, Otto, 26, 166, 205, 207
- KANTOROWICZ, Hermann, 61
- KASKEL, Walter, 367
- KOCKA, Jürgen, 344
- KORSCH, Karl, 76
- KUNDERA, Milan, 302
- LABAND, Paul, 128-129
- LABRIOLA, Antonio, 42-43
- LAI, Enrico, 49
- LANARO, Silvio, 82
- LANCHESTER, Fulco, 229, 257
- LARENZ, Karl, 150
- LE CROM, Jean-Pierre, 26
- LE GOFF, Jacques <1924->, 72
- LE GOFF, Jacques <1949->, 361
- LEGA, Carlo, 273
- LEONE XIII, 359
- LEREOUX, Pierre, 363
- LESSONA, Silvio, 226, 242
- LEWIS, William, 129
- LIBERATI, Gianfranco, 26
- LINDENLAUB, Dieter, 137, 160
- LISO, Francesco, 341
- LOCKE, John, 6
- LONGHITANO, Gino, 363
- LORIA, Achille, 83
- LOTMAR, Philipp, 14, 145, 203, 205, 367
- LUTHARDT, Wolfgang, 207
- LUXEMBURG, Rosa, 171
- LUZZATTI, Luigi, 84, 120
- MAGGIORE, Giuseppe, 166, 239-240, 244, 246
- MANCINI, Federico, 276-277, 281, 286
- MANGONI, Luisa, 186
- MARCHETTI, Paolo, 350
- MARI, Giovanni, 346
- MARÍA E IZQUIERDO, María José, 367
- MARIUCCI, Luigi, 344-345, 350-351
- MARROSU, Riccardo, 235-236
- MARTÍN GRANIZO, León, 367
- MARTONE, Luciano, 72
- MARX, Karl, 367
- MATAJA, Victor, 130
- MATHIEU DE LA DROME, Antoine Philippe, 369
- MATTEUCCI, Nicola, 371
- MAYER MALY, Theo, 73-75, 77, 110
- MAYER, Otto, 128
- MAZZACANE, Aldo, 164, 186, 299
- MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio, 277
- MAZZONI, Giuliano, 141, 186, 236, 244-245, 252, 254, 257, 263, 265-266, 270, 273, 279
- MAZZOTTA, Oronzo, 297, 351
- MENGER, Anton, 32, 44-45, 132, 355, 367
- MENGONI, Luigi, 190, 286-287, 350, 374
- MENZEL, Adolf, 130, 366
- MERTON, Robert K., 305
- MESSINA, Giuseppe, 164, 188-190, 296, 320, 350
- MESTITZ, Franz, 73, 75-76
- MICELI, Luigi Alfonso, 117
- MIGLIORANZI, Luigi Adolfo, 270, 278, 280
- MINGHETTI, Marco, 84
- MINGIONE, Enzo, 344
- MOCK, Wolfgang, 364
- MODICA, Isidoro, 54, 136, 139, 159, 355-356, 363
- MOMMSEN, Wolfgang J., 364
- MONTELEONE, Giulio, 72, 115, 121
- MONTUSCHI, Luigi, 301
- MORTATI, Costantino, X, 278-284, 329-333, 335, 338-339, 375
- MOSSA, Lorenzo, 20, 167, 209-221, 224-227, 235, 251, 253, 261, 265, 367
- MUSSOLINI, Benito, 241
- NANI, Cesare, 99, 121-124
- NAPOLI, Mario, 287, 296, 301, 344, 348-349
- NATOLI, Ugo, 279, 282, 285, 333
- NAVARRA, Antonio, 254, 257, 261-263, 284, 366, 372

- NEUMANN, Franz, 26, 208  
 NICOLÒ, Rosario, 36  
 NICOTRA, Biagio, 359  
 NIPPERDEY, Hans Carl, 74, 209  
 NITTI, Francesco Saverio, 360  
 NOGLER, Luca, 203  
 NORA, Pierre, 72
- OBEROSLER, Giuseppe, 32  
 OFFE, Claus, 344  
 OLIVETTI, Gino, 231  
 OLSZAK, Norbert, 26  
 ORLANDO, Vittorio Emanuele, 11, 118-119,  
 174-175, 360  
 ORNAGHI, Lorenzo, 186, 241  
 ORRÙ, Giovanni, 77
- PACIFICI MAZZONI, Emidio, 133  
 PADOA SCHIOPPA, Antonio, 26  
 PANUNZIO, Sergio, 54-55, 240-246  
 PAPPALARDO, Giovanni Battista, 83  
 PASOLINI, Pier Desiderio, 85  
 PASSANITI, Paolo, 352, 360  
 PEDRAZZOLI, Marcello, 301, 303-305, 352  
 PERA, Giuseppe, 202, 254, 266, 284  
 PÉREZ BOTIJA, Eugenio, 367  
 PERFETTI, Francesco, 241  
 PERGOLESI, Ferruccio, 221-222, 228-229,  
 235, 237, 257, 260-261, 263, 266  
 PERLMAN, Selig, 286  
 PERRONE, Francesco, 88  
 PERSIANI, Mattia, 259  
 PERULLI, Adalberto, 346  
 PESCATORE, Matteo, 53  
 PICARD WEYL, Monique, 77  
 PICARDI, Vincenzo, 113  
 PINCITORE, Alberico, 355  
 PINO, Giovanni, 140  
 PISANELLI, Giuseppe, 40  
 POCAR, Valerio, 77  
 POLACCO, Vittorio, 55-57, 63, 91-95, 98-  
 99, 102, 106, 135, 150  
 POLANYI, Karl, 362  
 PORRO, Eliseo Antonio, 134  
 PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, 32
- PORZIO, Mario, 150  
 POTHIER, Robert Joseph, 102  
 POTTHOFF, Heinz, 209, 307  
 PROCACCI, Giovanna, 185, 369  
 PROSPERETTI, Ubaldo, 174, 258  
 PROTO PISANI, Andrea, 121  
 PUGLIATTI, Salvatore, 64, 122, 168, 278
- QUARTA, Oronzo, 124
- RADBRUCH, Gustav, 209, 367  
 RAMM, Thilo, 77, 166, 178, 205, 319  
 RANELLETTI, Oreste, 162, 186-187  
 RATTO, Lorenzo, 164, 180  
 RAVA, Adolfo, 253  
 RAVA, Renzo, 243-244, 257  
 REDENTI, Enrico, 164, 187-188, 295-296,  
 367  
 REICH, Norbert, 77  
 RENNER, Karl, 78  
 RESCIGNO, Pietro, 249, 259, 278, 281, 284,  
 339  
 RICCI, Francesco, 133  
 RICCI, Maurizio, 360  
 RICCOBONO, Salvatore, 50  
 RIFKIN, Jeremy, 301, 344  
 RIPERT, Georges, 26  
 RITTER, Gerhard A., 77-78, 364  
 RIVA SANSEVERINO, Luisa, 237, 257, 261,  
 263  
 ROCCO, Alfredo, 10, 200, 225  
 RODOTÀ, Stefano, 119  
 ROMAGNOLI, Umberto, X, 72, 162-164,  
 166, 182, 187-188, 190-191, 259, 277,  
 297, 299-302, 310-327, 329, 331-334,  
 339-340, 350-352, 374-375  
 ROMANO, Santi, 186, 240, 242-245  
 ROMEO, Carmelo, 344  
 ROSIN, Heinrich, 128-129, 365  
 ROSSI, Alessandro, 82  
 ROVERSI, Antonio, 137  
 RÜCKERT, Joachim, 204  
 RUDISCHHAUSER, Sabine, 350
- SABBATUCCI, Giovanni, 185

- SAINCTELETTE, Charles Xavier, 134  
 SALAZAR, António de Oliveira, 22  
 SALEILLES, Raymond, 350  
 SALEMI, Giovanni, 232  
 SALVIOLI, Giuseppe, 42, 86-87, 110, 136, 360  
 SANTARELLI, Umberto, 302  
 SANTORO PASSARELLI, Francesco, 174, 177, 192, 251, 259-261, 263, 265-272, 274-280, 285, 336-338  
 SAVIGNY, Friedrich Karl von, 32  
 SAY, Jean-Baptiste, 361  
 SBRICCOLI, Mario, 77  
 SCALDAFERRI, Romilda, 73  
 SCARPONI, Stefania, 345  
 SCHÄFFLE, Albert, 46-47  
 SCHIERA, Pierangelo, 127, 299  
 SCHÖNBERG, Gustav, 137  
 SCHUPFER, Francesco, 104, 113-114, 360  
 SCHWAB, Dieter, 77  
 SCIALOJA, Antonio, 222  
 SCIALOJA, Vittorio, 50  
 SCIARRA, Silvana, 207, 334, 345, 347, 373  
 SCOGNAMIGLIO, Renato, 177, 259, 350-351  
 SEELMANN, Kurt, 77  
 SEGRETO, Luciano, 250  
 SELLIN, Völker, 72, 77, 84  
 SERMONTI, Alfonso, 255  
 SEWELL, William H. Jr., 369  
 SIMITIS, Spiros, 344, 346, 361, 373  
 SIMONCELLI, Vincenzo, 50  
 SINZHEIMER, Hugo, 18, 151, 165-166, 177, 181, 202-211, 235, 237, 241, 367, 373  
 SMURAGLIA, Carlo, 221  
 SOLARI, Gioele, 99, 121, 125-126, 179  
 SÖLLNER, Alfred, 145  
 SORDI, Bernardo, IX, 187  
 SOREL, Georges, 54, 241  
 SPAGNUOLO VIGORITA, Luciano, 148, 302-303  
 SPECIALE, Giuseppe, 355  
 STADTHAGEN, Arthur, 206  
 STEINDL, Harald, 73  
 STOLFI, Nicola, 227  
 STOLLEIS, Michael, 127, 364  
 SUPPIOT, Alain, 344, 346  
 SUPPIEJ, Giuseppe, 259  
 TANGHE, Fernand, 369  
 TARELLO, Giovanni, 31, 35, 140, 162, 178, 271, 275, 311  
 TARTUFARI, Assuero, 48, 87  
 TARTUFARI, Luigi, 54, 132-133, 135-136, 138-139, 145  
 TETI, Raffaele, 26, 216, 250  
 TEUTEBERG, Hans Jürgen, 137  
 THIBAUT, Anton Friedrich, 32  
 THIERS, Adolphe, 371-372  
 TOCQUEVILLE, Alexis, 371-372  
 TORTORI, Alfredo, 41, 89, 98, 100-101, 153  
 TREU, Tiziano, 287, 352  
 TURGOT, Anne-Robert Jacques, 4, 370  
 ULPIANO, 98  
 UMANA, Pasquale, 84  
 UMLAUF, Joachim, 78, 127, 131, 364  
 UNGARI, Paolo, 41, 77, 99, 125, 225  
 VADALA PAPALE, Giuseppe, 41-42, 88, 100, 136-137, 139, 355  
 VALERI, Giuseppe, 261  
 VANO, Cristina, 73, 75, 164, 190, 294  
 VARDARO, Gaetano, 26, 164, 184, 188, 190, 204, 207-208, 300, 319  
 VASSALLI, Filippo, 64-65, 185  
 VENEZIAN, Giacomo, 51-52  
 VENEZIANI, Bruno, 184, 188, 352, 360, 362  
 VIDARI, Ercole, 114  
 VIDOTTO, Vittorio, 185  
 VIESTI, Luigi, 236, 260, 273  
 VIVANTE, Cesare, 16, 159  
 VOLPICELLI, Arnaldo, 166, 198-199, 237, 265  
 VOZA, Roberto, 357  
 WAGNER, Adolf, 160  
 WEDDERBURN, Kenneth William, 347  
 WEYL, Roland, 77  
 WIEACKER, Franz, 26, 37-38, 63, 120, 150  
 WILHELM, Walter, 137, 150

WINDSCHEID, Bernhard, 53

WOLOWSKI, Louis, 370, 372

ZANGARI, Guido, 26

ZANINELLI, Sergio, 172

ZANOBINI, Guido, 161, 166, 222, 229,  
266

ZOCCO ROSA, Antonio, 355



## INDICE-SOMMARIO

<i>Premessa</i> . . . . .	v
---------------------------	---

### Parte Prima

#### CERTEZZE DEL CODICE E SOCIETÀ INDUSTRIALE

##### I. 1

#### SOCIETÀ INDUSTRIALE E SILENZIO DEL CODICE. LAVORO E IMPRESA

1. Società industriale e silenzio della legge . . . . .	3
1.1. Libertà e regole per la società industriale . . . . .	4
1.2. Uguaglianza e privilegi. . . . .	6
<i>a)</i> lavoro e contratto . . . . .	6
<i>b)</i> impresa come « atto di commercio » . . . . .	8
2. La scoperta del sociale. . . . .	12
2.1. Leggi sociali e lavoro subordinato . . . . .	13
2.2. La dimensione collettiva. . . . .	16
3. Diritto dell'impresa e diritti dei lavoratori . . . . .	18
3.1. Un diritto per l'economia; proprietà e impresa . . . . .	19
3.2. Complessità sociale e nuovi statuti per l'impresa e il lavoro . . . . .	22

##### I. 2

#### CRITICHE SOCIALI AL CODICE E CRISI DEL MODELLO OTTOCENTESCO DI UNITÀ DEL DIRITTO

1. Premessa . . . . .	27
2. Scienza giuridica e certezze del Codice. . . . .	29
3. Critiche sociali al Codice . . . . .	40
4. Trasformazioni sociali e intervento del legislatore; trasformazioni sociali e sistema . . . . .	43
5. Il problema dell'unità del diritto . . . . .	54

## Parte Seconda

### DIRITTO DEL LAVORO: LA COSTRUZIONE DELLA DISCIPLINA

#### II. 3

##### SCIENZA GIURIDICA, LEGGI SOCIALI ED ORIGINI DEL DIRITTO DEL LAVORO

1	Premessa . . . . .	69
2	Legislazione sociale e diritto del lavoro . . . . .	73
3.	Diritto comune e leggi sociali . . . . .	81
3.1.	Gli innovatori . . . . .	86
3.2.	I fautori delle distinzioni e « lo stuolo dei timidi » . . . . .	91
3.3.	Falsi iconoclasti: Guido Fusinato e la teoria del rischio professionale. . . . .	103
4.	Tra pubblico e privato: la natura giuridica delle leggi sociali . . . . .	112
4.1.	Una soluzione pubblicistica obbligatoria: dalla responsabilità civile all'assicurazione . . . . .	114
4.2.	L'impossibile superamento delle dicotomie . . . . .	121
4.3.	Il dibattito sulla configurazione giuridica delle assicurazioni sociali in Germania . . . . .	126
5.	Un nuovo diritto senza oggetto . . . . .	132
5.1.	La letteratura prima di Barassi . . . . .	134
5.2.	Una rigorosa autonomia civilistica: il contributo di Lodovico Barassi. . . . .	141
5.3.	Incertezze sistematiche. . . . .	152
6	Intervento dello Stato e modelli civilistici . . . . .	155

#### II. 4

##### L'AUTONOMIA DEL DIRITTO DEL LAVORO NEL DIBATTITO GIURIDICO TRA FASCISMO E REPUBBLICA

1.	« Scrivere daccapo... » (premessa) . . . . .	171
2.	Diritto comune civilistico e diritto del lavoro . . . . .	179
3.	Intervento dello Stato e « sindacalismo puro ». . . . .	191
4.	Diritto del lavoro e democrazia collettiva . . . . .	202
5.	Diritto del lavoro e diritto privato sociale . . . . .	209
6.	Autonomia dei principi . . . . .	221
7.	Diritto del lavoro e corporativismo. Interessi collettivi e interesse nazionale, pluralismo giuridico e diritto statale. . . . .	238
8.	Crisi del corporativismo e autonomia scientifica senza progetto . . . . .	253
9.	Costituzione e autonomia collettiva. . . . .	266
10.	Taormina 1954 . . . . .	275

**Parte Terza****LE INCERTEZZE DEL PRESENTE E IL DILEMMA DELLE ORIGINI**

## III. 5

**IL DIRITTO DEL LAVORO E L'INSOSTENIBILE  
LEGGEREZZA DELLE ORIGINI**

1.	Il diritto del lavoro e 'l'angoscia delle origini' . . . . .	291
2.	L'insostenibile peso delle origini . . . . .	295
3.	Barassi illusionista . . . . .	302
4.	Un paradiso per « il diritto del lavoro delle origini » . . . . .	307
5.	Fuori dai confini della disciplina . . . . .	310
6.	Storia e cronaca d'un diritto che cambia. . . . .	312
7.	Un doppio volto per il diritto del lavoro. . . . .	314
8.	Competere e contrattare per gruppi . . . . .	320
9.	Un lungo addio alla tradizione disciplinare . . . . .	324

## III. 6

	« IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE » DI COSTANTINO MORTATI CINQUANT'ANNI DOPO . . .	329
--	--	-----

## III. 7

**UNA CONSAPEVOLE LINEA DI CONFINE.  
DIRITTO DEL LAVORO E LIBERTÀ DI CONTRATTO**

1.	Premessa . . . . .	341
2.	Diritto del lavoro e futuro senza memoria . . . . .	344
3.	Barassi cent'anni dopo. . . . .	347
4.	Sconfinata libertà di contratto e subordinazione. . . . .	353
5.	Promesse mancate . . . . .	360
6.	Vie parallele . . . . .	364
7.	Diritto al lavoro e diritti dei lavoratori. . . . .	368
8.	Diritto pubblico, diritto privato e consapevole confine alla libertà di contratto . . . . .	373
	<i>Indice dei nomi</i> . . . . .	377



# UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

## PUBBLICAZIONI

### QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486  
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798  
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041  
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140  
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648  
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564  
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590  
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584  
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200  
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782  
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646  
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748  
Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718  
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640  
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744  
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736  
Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588  
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750  
Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706  
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554  
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620  
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810  
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744  
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590  
Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180  
Vol. 29 (2000), 8°, p. 578  
Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988  
Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950  
Vol. 32 (2003), 8°, p. 796  
Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408  
Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

### BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972  
Atti, a cura di Paolo Grossi  
(1973), 8°, p. 484

- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS  
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna  
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO  
GIURIDICO ITALIANO  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-  
CENTO TEDESCO  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDEN-  
TALE  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO  
LAICO  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202

- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME  
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO  
TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755

- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE  
Una biografía intelectual  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO  
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli  
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE  
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky  
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996  
A cura di Paolo Grossi  
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE  
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO  
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA  
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna  
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE  
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)  
(1999), 8°, p. IV-276

- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO  
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden  
(1584-1654)  
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO  
LAICO  
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf  
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO  
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento  
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE  
CLASSICO  
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani  
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI  
Una riflessione di fine millennio  
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000  
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi  
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, IURISDICTIONE  
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)  
Ristampa  
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO  
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine  
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo I (1910-1927)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, NEL SEGNO DEI TEMPI  
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale  
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*  
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale  
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA  
(SECOLI XVII-XX)  
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES  
(2006), 8°, p. XIV-502

- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO  
(*in preparazione*)
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO  
Un recupero per il diritto  
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO  
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista  
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE  
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento  
(2007), 8°, (*in preparazione*)
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO  
BRITANNICO (1690-1832)  
(2007), 8°, (*in preparazione*)
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI  
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento  
(2007), 8°, p. X-388

***Per Informazioni e Acquisti***

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano  
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82  
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè



STAMPATO CON I TIPI  
DELLA TIPOGRAFIA  
«MORI & C. S.p.A.»  
VARESE

€ 39,00

0966-47

ISBN 88-14-13488-X



9 788814 134883