

La funzione del diritto del lavoro

Questa raccolta di saggi costituisce il terzo volume che si aggiunge ai due volumi di scritti pubblicati sempre con l'editore Giappichelli nel 2006, e che copre l'ultimo decennio (2007-2018). Anche per questo volume conservo il titolo *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, perché resto fedele all'insegnamento di Ascarelli quando afferma che "l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza non si riduce ad una sostituzione di interpretazioni logicamente esatte a interpretazioni logicamente sbagliate, ma rappresenta un'effettiva evoluzione storica ed un'evoluzione che confluisce con quella dei testi legali, concorrendo nell'evoluzione del diritto e costituendo un elemento interno di questa"¹.

Come ha, con la consueta finezza, sottolineato Guido Alpa in una recente recensione alla raccolta precedente, "Realtà e forma sta a significare, invertendo l'ordine dei termini per meglio sottolineare il messaggio, che i rapporti giuridici nascono da un substrato economico e sociale, e sono tradotti in "forma" dal giurista, il quale, però, non può, *more kelseniano*, operare mediante astrazioni e formule magiche, ma deve rimanere aderente al contenuto e alle condizioni materiali in cui essi nascono e si svolgono. Un approccio, quindi, non solo giuspositivistico, ma, se mi è consentito enfatizzarlo, giusrealistico. E questo aspetto contraddistingue l'originalità del pensiero di Giuseppe Santoro-Passarelli, rispetto alle concezioni del Padre, e rispetto a quelle di molti giuslavoristi contemporanei".

Ma ho usato i termini *Realtà* e *Forma* anche per sottolineare che, nel corso di questi decenni, il diritto del lavoro è stato uno dei laboratori più attivi che ha consentito di verificare il punto più delicato dei rapporti tra diritto formale e materiale e, cioè, come quest'ultimo si innesti nell'ordinamento giuridico formale, attraverso le cerniere delle norme costituzionali in materia di lavoro.

A questo proposito, non si può fare a meno di ricordare la dottrina dell'ordinamento intersindacale, che può considerarsi la teorizzazione ancora non superata dell'innesto del diritto materiale nel diritto formale in materia sindacale².

L'osservazione dell'attuale realtà socioeconomica del mondo del lavoro e della sua evoluzione normativa mi hanno indotto ad intitolare questa prefazione "*La funzione del diritto del lavoro*".

Infatti, per la perdurante e grave crisi economica che ha investito, ovviamente con diverse ricadute, non solo l'Italia, ma quasi tutti i Paesi industrializzati, a co-

¹ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959.

² G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Bari, 1960.

minciare dagli Stati Uniti nel 2008, il diritto del lavoro italiano sta cambiando il proprio volto.

In molti saggi pubblicati in questo volume si dà conto come i principali connotati del diritto del lavoro abbiano subito notevoli ridimensionamenti: basti pensare al declino della norma inderogabile di legge e di contratto collettivo, alla disciplina delle mansioni, ormai inderogabile solo in casi residuali, al potenziamento del potere di controllo del datore di lavoro, all'incapacità della subordinazione di continuare a funzionare come criterio di identificazione della fattispecie veramente meritevole di tutela, ai rapporti tra diversi livelli contrattuali ormai fungibili, agli alterni rapporti tra rappresentatività e contrattazione e legittimazione al conflitto, alla rivalutazione delle categorie civilistiche, che, a mio avviso, possono integrare le lacune della normativa lavoristica, ma non derogare ad essa, ai complessi problemi di interpretazione della legge da parte del giudice del lavoro, che, inevitabilmente, svolge un ruolo anche di mediatore fra opposti interessi, alla certezza del diritto che non è più definitiva, ma provvisoria, perché l'interprete costituzionale deve tenere conto del contesto e può modificare un'interpretazione della norma anche a legislazione invariata, mentre il giudice ordinario può attribuire alla norma diversi significati, ma non arrivare al punto di assegnare ad essa un significato opposto a quello testuale.

Si tratta di accertare se le modifiche legislative intervenute abbiano, come da qualche parte si sostiene, destrutturato il diritto del lavoro³ o se invece, si tratta, secondo altri, di mutamenti determinati dalle esigenze di competitività delle imprese, imposti dalla globalizzazione dei mercati.

Entrambe le risposte non appaiono appaganti perché, pur contenendo una parte di verità, appaiono motivate da valutazioni parziali che, da un lato, considerano il vero diritto del lavoro, quello dello Statuto dei lavoratori, sul quale, noi della nostra generazione ci siamo formati, o, dall'altro lato, altri ritengono che nell'attuale contesto debbano prevalere le ragioni del mercato e quindi dell'impresa su quelle del lavoro che non a caso viene considerato solo un costo di produzione⁴. Una terza posizione, più vicina alla seconda che alla prima, è rappresentata da chi ritiene che nell'attuale contesto stiamo assistendo ad un cambio di paradigma contrassegnato da una seconda fase della *flexicurity* per l'occupabilità⁵, nella quale, in realtà, la flessibilità sembra occupare maggiore spazio rispetto alla sicurezza.

A mio modo di vedere, invece, si tratta di verificare se gli interventi dei diversi legislatori che si sono susseguiti negli ultimi 50 anni abbiano in qualche misura intaccato o ridimensionato i valori della nostra Costituzione.

³ In questo senso M. RUSCIANO, *Sul metodo delle riforme del diritto del lavoro*, di prossima pubblicazione su DLM.

⁴ In questo senso, *ex multis*, P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in RIDL, 2015, I, p. 205.

⁵ T. TREU, *Ricerche, Istituzioni e regole del mercato del lavoro. Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, in DRI, 2017, p. 597.

È incontestato che la nostra Costituzione riconosce al lavoro un valore fondante del nostro ordinamento quando sancisce all'art. 1, che l'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro. È noto a tutti che fu una formula di mediazione dovuta all'onorevole Fanfani contro la dizione, proposta dai comunisti e socialisti, che recitava l'Italia è una repubblica democratica di lavoratori. In ogni caso è consolidata l'interpretazione che il lavoro fosse inteso in senso ampio e non limitato al solo lavoro manuale o salariato⁶. D'altra parte, il significato del termine lavoro, come insegna Mortati, non può che essere determinato in positivo, richiamando gli artt. 4 e 35 Cost. che, dell'art. 1, sono diretto svolgimento⁷. Secondo questo insegnamento, "nel lavoro si realizza la sintesi tra il principio personalistico che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa e quello solidarista che conferisce a tale attività carattere doveroso"⁸.

Dal riconoscimento di questo principio discendono tre corollari: il primo consente di considerare la tutela del lavoro un valore fondante e non ancillare alle ragioni dell'impresa come invece è avvenuto, all'origine per la legislazione dell'Unione Europea che per molto tempo ha concepito la tutela del lavoro strumentale alle ragioni dell'impresa e del mercato e solo di recente ha equiparato i diritti sociali ai diritti dell'impresa. Il secondo corollario che discende dal primo consente di considerare la Costituzione programmaticamente orientata a tutelare il lavoratore come soggetto debole del rapporto di lavoro. E, infine, il terzo corollario derivante dagli artt. 3, comma 2, 4, 36 e 38 Cost. implica e sta a significare che deve essere garantita, prima di tutto, la dignità della persona⁹ che lavora con o senza vincolo di subordinazione e, di conseguenza, deve essere assicurato dal datore di lavoro a chi lavora un corrispettivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro e comunque sufficiente, e dal sistema di sicurezza sociale deve essere garantito un reddito a chi ha perso il posto di lavoro (disoccupato).

E a questo proposito mentre, per un verso, non si può negare che negli ultimi anni la tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro si sia attenuata per il ridimensionamento vistoso della normativa inderogabile, per altro verso bisogna riconoscere che si sia ampliata la platea dei destinatari dei vari tipi di sussidi contro la disoccupazione.

Ed è, altresì, noto che in tutti i programmi dei partiti: dal reddito di inclusione a quello di cittadinanza, pur diversi per presupposti e obbiettivi, sono previste ulteriori forme di garanzia del reddito contro la povertà e quindi a favore di chi non ha mai avuto un posto di lavoro, ma è fin troppo evidente che, per realizzare questi

⁶V. in questo senso C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 159 ss.

⁷C. MORTATI, Sub art. 1, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione: Principi Fondamentali: art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, p. 11.

⁸C. MORTATI, Sub art. 1, p. 12.

⁹Il riferimento nell'art. 3, comma 2 ai lavoratori non deve essere inteso come riserva esclusiva ad essi di partecipare all'organizzazione politica e sociale del Paese, ma significa che sono i lavoratori che incontrano maggiori difficoltà a partecipare v. in questo senso R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro, disciplina costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 4.

programmi, sono necessarie risorse ingenti che, secondo alcuni, possono derivare da un ampliamento del debito pubblico, ovvero, secondo altri, possono essere raccolte anche da una diversa e più equa distribuzione della ricchezza e dal contrasto severo all'evasione fiscale, ancora molto elevata in Italia. E, certamente, il contrasto all'evasione fiscale deve colpire anche quelle pratiche diffuse di lavoro nero, d'accordo tra le parti, in cui il lavoratore percepisce l'indennità di disoccupazione e il compenso in nero e il datore di lavoro evita il versamento dei contributi.

Va anche detto che oggi il rapporto a tempo indeterminato, altrimenti denominato rapporto a tutele crescenti, pur essendo definito solennemente dall'art. 1 del d.lgs. n. 23 del 2015 la forma comune del rapporto di lavoro, non è affatto l'unica forma di occupazione, ma l'impresa può avvalersi di diverse forme di occupazione temporanea (contratto a tempo determinato, somministrazione di mano d'opera, lavoro occasionale, apprendistato, stage) che, sovente rendono il rapporto di lavoro precario.

Come si è detto, la Costituzione garantisce la tutela della persona che lavora e non l'individuo. Ed è lampante la differenza tra i due termini, perché il primo evoca la sua individualità, il suo egoismo e, con una metafora, la sua insularità, mentre la persona indica la sua relazione con gli altri e di conseguenza la sua qualità di soggetto sociale.

E, tuttavia, come si è già accennato, la tutela della persona è un principio che precede e non va confuso con il diverso principio del temperamento degli interessi dell'impresa con quelli dei lavoratori. Il fondamento di questo temperamento, a mio avviso, risiede nell'art. 41, comma 2, Cost. laddove si afferma che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana. Dove l'utilità sociale e la dignità umana devono essere considerate limiti esterni e non funzionali all'impresa e necessitano della mediazione del legislatore.

A conferma che il legislatore dà corpo e sostanza normativa alla dignità del lavoratore esistono diverse norme dello Statuto dei lavoratori e anche deve essere segnalato il recentissimo decreto legge 12 luglio 2018 n. 87 convertito in legge 9 agosto 2018 n. 96 contenente nel capo I misure per il contrasto al precariato.

Senza entrare nel merito delle novità normative introdotte da questo provvedimento, bisogna convenire che la pluralità delle proroghe e dei rinnovi consentita dalla normativa per i contratti temporanei costituisce sicuramente una delle maggiori cause del precariato e, conseguentemente, dà corpo e sostanza normativa alla dignità della persona del lavoratore nella misura in cui riconosce che la temporaneità del rapporto può determinare precarietà e quindi ledere la dignità della persona. E tuttavia bisogna chiedersi se gli interventi di modifica della disciplina del contratto a termine proposti risolvono positivamente il problema della precarietà e quindi della dignità del lavoratore. O la precarietà si combatte più efficacemente, da un lato incentivando il ricorso al contratto a tempo indeterminato, attraverso la riduzione sensibile del cuneo fiscale e, dall'altro lato, immaginando un sistema di *welfare* sganciato, almeno in parte, dal rapporto di lavoro.

Nella nuova organizzazione dell'impresa la prospettiva del contratto di lavoro che dura per tutto l'arco della vita lavorativa presso la stessa azienda diventa sempre più evanescente¹⁰. È quindi indispensabile creare le strutture che favoriscano un più efficiente incontro tra domanda e offerta di lavoro, assicurando, se necessario, formazione e riqualificazione.

Anche l'utilità sociale è un limite esterno all'attività di impresa ed esprime un valore che va riempito di contenuto normativo dal legislatore ordinario e conseguentemente risente degli orientamenti delle diverse maggioranze parlamentari che possono variare nelle diverse legislature.

A conferma che il legislatore dà corpo e sostanza normativa all'utilità sociale, è sufficiente osservare il segno politico delle diverse leggi in materia di licenziamento: da quella sui licenziamenti individuali del 1966, all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori del 1970, alla legge Monti Fornero del 2012, al *Jobs Act* del 2015.

Orbene, è facile constatare che i provvedimenti normativi successivi allo Statuto dei lavoratori hanno spostato la cosiddetta frontiera mobile tra la tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro e l'interesse dell'imprenditore alla temporaneità dei vincoli contrattuali a favore di quest'ultimo.

Come si è detto, il diritto del lavoro si atteggia diversamente alle origini della civiltà industriale rispetto alla civiltà telematica dove cambia anche l'organizzazione dell'impresa non più sempre gerarchica e fordista.

Basta vedere la vicenda dei *riders* e cioè di coloro che portano il cibo a domicilio, definiti dalla giurisprudenza lavoratori autonomi, ma non hanno né un corrispettivo dignitoso, né hanno la tutela della sicurezza sul lavoro.

Secondo i dati della fondazione De Benedetti 10 mila *riders* stimati in Italia costituiscono solo una piccola parte della "*Gig Economy*" che nel nostro Paese conta circa 800 mila addetti che vanno dai servizi di "*clouding*", come l'elaborazione dati, all'offerta di *babysitting* o di pulizie.

Il 10% di questi lavoratori sono contrattualizzati come co.co.co., mentre il 50% come collaboratori occasionali con ritenuta d'acconto al 20%. Taluni di essi sono pagati ad ora, altri a consegna e, cioè, a cottimo. Molti di essi svolgono questo lavoro in via principale e guadagnano mediamente circa 839 euro, solo una minoranza lo svolge in via saltuaria e guadagna mediamente circa 343 euro.

Da pochi giorni ai *riders* è applicabile il contratto collettivo della logistica e sono qualificati come lavoratori subordinati, con il riconoscimento di tutte le coperture assicurative e previdenziali secondo la legge e il contratto della logistica comprese la sanità integrativa e la bilateralità. La retribuzione base è di 867 euro lordi mensili e l'orario di lavoro di 39 ore settimanali distribuite in 6 giorni.

¹⁰ A questo proposito il decreto a mio avviso opportunamente ha elevato da 6 a 36 mesi l'indennità dovuta al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo. Si noti che la Corte costituzionale con sentenza del settembre 2018 ha accolto un'eccezione di costituzionalità sollevata dal tribunale di Roma nel luglio dello scorso anno concernente l'automatismo previsto dal decreto n. 23/2015 nella determinazione del risarcimento, ossia ha ritenuto irragionevole per violazione degli art. 4 e 35 Cost., la predeterminazione del risarcimento calcolato solo in base al parametro dell'anzianità del lavoratore.

È ovvio che, in questi termini, il *rider* è un lavoratore subordinato, ma bisogna prendere atto che talvolta il *rider* vuole godere di maggiore autonomia nell'esecuzione della prestazione lavorativa e, anche se il *ranking* reputazionale non può più essere il criterio che guida l'organizzazione dei turni, se si parte dall'osservazione della realtà, non si può fare a meno di rilevare che taluni *riders* vogliono essere e restare autonomi, ma non per questo ad essi non deve essere riconosciuta una retribuzione sufficiente, e perciò non a cottimo, l'assicurazione infortuni e la malattia e l'assicurazione del mezzo di trasporto.

Insomma, bisogna prendere atto che la stessa subordinazione, così come è disegnata dall'art. 2094 c.c., non assicura più una protezione adeguata ad una vasta area di soggetti che, pur non essendo subordinati in senso tecnico, appaiono tuttavia meritevoli di talune tutele del lavoro subordinato.

Sarebbe, perciò, auspicabile una revisione della fattispecie fondamentale, cioè il lavoro subordinato nell'impresa, dal momento che siamo in presenza di diverse discipline della subordinazione, tanto che si potrebbe parlare di Subordinazione e subordinazioni¹¹ e prendere atto che accanto alla subordinazione tecnico funzionale, contraddistinta dall'esercizio del potere direttivo, si affianca una dipendenza funzionale contraddistinta dal potere organizzativo e, infine, una dipendenza economica i cui tratti distintivi non è agevole ancora individuare.

Si vuole dire, in altri termini, che il diritto del lavoro non deve e non può essere considerato un diritto che comporta la cristallizzazione di un sistema di valori immutabile, ma, al pari di tutti i fenomeni umani, è calato nella storia e quindi risente inevitabilmente dei diversi contesti storici e geopolitici.

Di fronte a queste evidenti e rilevanti trasformazioni sociali dell'organizzazione e dell'ambiente di lavoro, che non si prestano alle classificazioni tradizionali, ciò che interessa in questa sede sottolineare è che il diritto che dal lavoro prende nome e ragione continuerà ad esistere se riuscirà ad assolvere alla sua funzione tipica ed insostituibile, e cioè se riuscirà a tutelare la parte debole del rapporto individuale e collettivo, senza cadere nella facile e ambigua illusione di trasformarsi o diventare una parte del diritto dell'economia¹².

Con queste sintetiche riflessioni ho inteso affermare che l'applicazione delle diverse normative in materia di lavoro, che inevitabilmente sono espressione dei diversi contesti geopolitici e sociali, non deve far venire meno quella che, a mio modo di vedere, è la funzione ontologica e, quindi, permanente del diritto del lavoro, o se si preferisce la ragion d'essere della nostra disciplina e, cioè, la protezione della parte debole del rapporto di lavoro e, cioè, la tutela della dignità della parte debole

¹¹ V. in questo senso, con punto interrogativo, F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, di prossima pubblicazione su ADL.

¹² F. SANTORO-PASSARELLI "Se tutti gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere che è condizione dell'avere e di ogni altro bene" già in *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, p. 3 e ora in *Saggi diritto civile*, Napoli, 1961, p. 1071.

del rapporto di lavoro, che non può non implicare il ricorso, sia pure temperato alla tecnica della normativa inderogabile, che rimane il vero presidio del lavoratore.

Bisogna, però, essere consapevoli che, nella misura in cui si amplia lo spazio della normativa derogabile, si riduce quello della normativa inderogabile e, di conseguenza, si riduce anche l'area dei diritti indisponibili e l'operatività del regime di invalidità, temperato, ragionevole e sempre valido dell'art. 2113 c.c.

E, infine, desidero manifestare la mia gratitudine ai miei collaboratori, i dottori Dario Calderara, Fabrizio Ferraro, Saverio Giordano, ed Eugenio Erario che, con grande scrupolo e altrettanta pazienza, hanno provveduto a ordinare il materiale e a correggere le bozze di questo volume. E un particolare ringraziamento alla dottoressa Alessio della Casa editrice Giappichelli che cura da sempre la redazione dei miei scritti e del Manuale.

GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI

Roma, 6 ottobre 2018

I.

Diritto del lavoro: le origini

*Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti **

SOMMARIO: 1. Le “epoche” della vita scientifica di Carnelutti. – 2. Il lungo e complesso itinerario dell’Autore nel diritto del lavoro. – 3. Gli studi sul rapporto di lavoro. – 3.1. Gli infortuni sul lavoro. – 3.2. Un surrogato della legge sul contratto di impiego. – 4. L’attenzione al metodo e la diversità della sua impostazione rispetto ai giuslavoristi precedenti a Barassi. – 4.1. ... e a quella dello stesso Barassi. – 5. La responsabilità dell’imprenditore senza colpa e il rischio professionale. – 6. La disciplina del recesso. – 7. La sostituzione dello schema della locazione con quello della vendita di energie. – 8. Gli studi in materia di diritto sindacale. – 8.1. Lo sciopero come diritto pubblico subbiettivo, come inesecuzione collettiva e come inadempimento nel diritto privato. – 8.2. Intervento del terzo, arbitrato e contratto collettivo. – 8.3. La “critica” di Romagnoli. – 9. L’esperienza corporativa: il contratto collettivo come atto normativo e la negazione del conflitto collettivo. – 10. Il problema dell’inderogabilità del contratto collettivo come atto di autonomia privata e il potere sindacale dopo la caduta dell’ordinamento corporativo. – 11. La rifondazione costituzionale del diritto del lavoro e la “critica” di Carnelutti del sistema sindacale disegnato dalla Costituzione. – 12. Il metodo delle “origini” e le “variazioni” di politica del diritto di Carnelutti (ovvero da Sraffa a Capograssi incrociando Bottai). – 13. Due ultime notazioni. – 14. Congedo.

1. Le “epoche” della vita scientifica di Carnelutti

Mi sono reso conto che per descrivere il profilo giuslavoristico della complessa figura di Francesco Carnelutti, e cioè il contributo che egli ha dato al diritto del lavoro, risulterebbe incompleta un’indagine che si limitasse a esaminare soltanto i suoi scritti senza considerare i contesti, come si dice oggi, lungo i quali si sono dispiegate la lunga vita e l’opera scientifica del nostro Autore.

* In *Dir. rel. ind.*, 2016, 4, I, pp. 1009-1051.

Bisogna infatti tenere presente che l'operosità scientifica anche in materia di lavoro di Carnelutti dura un sessantennio circa e cioè dal 1904 al 1965, anno della sua morte, e attraversa tre epoche della nostra storia molto diverse in particolare rispetto alla regolazione del rapporto di lavoro e alle normative in materia di diritto sindacale¹.

La prima va dall'ultima decade del secolo XIX fino all'avvento del Fascismo².

La seconda è quella del corporativismo attuato in Italia dal Fascismo³ e la terza inizia con la libertà riconquistata e ha le sue basi nella Costituzione repubblicana⁴.

È noto che agli inizi del secolo XX la diffusione dell'industria⁵ e il consolida-

¹ Cfr. in generale, G. CANDELORO, *Storia dell'Italia moderna*, Feltrinelli, 1968-1986; si vedano, inoltre, S. COLARIZI, *Storia del Novecento italiano*, Rizzoli, 2013, e F. CHABOD, *L'Italia contemporanea (1918-1948)*, Lezioni alla Sorbona, Einaudi, 1961.

² In particolare, *ex multis* E. GENTILE, *Le origini dell'Italia contemporanea. L'età giolittiana*, Laterza, 2011; E. GENTILE, *L'Italia giolittiana. 1899-1914*, Il Mulino, 1990; E. GENTILE (a cura di), *L'Italia giolittiana. La storia e la critica*, Laterza, 1977; F. CAMMARANO, *Storia dell'Italia liberale*, Laterza, 2011; C. SETON-WATSON, *L'Italia dal liberalismo al fascismo. 1870-1925*, Laterza, 1999; F. GAETA, *La crisi di fine secolo e l'età giolittiana*, Tea, 1996; R. ROMANELLI, *L'Italia liberale. 1861-1900*, Il Mulino, 1990; A. AQUARONE, *L'Italia giolittiana*, Il Mulino, 1988; A. AQUARONE, *Alla ricerca dell'Italia liberale*, Mondadori, 2003; U. ROMAGNOLI, *Le origini del pensiero giuridico sindacale*, in U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, 1974, p. 123 ss.

³ Oltre agli AA. citati in nota 1 si veda anche E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Laterza, 2015; G. GENTILE, *Fascismo e cultura*, F.lli Treves, 1928, p. 58. Come è noto, la base normativa dell'ordinamento corporativo è la legge 3 aprile 1926, n. 563, dovuta ad Alfredo Rocco: si veda il suo discorso a Perugia il 30 agosto 1925, *La dottrina politica del fascismo*, in *Scritti e discorsi politici di Alfredo Rocco. III. La formazione dello Stato fascista (1925-1934)*, Giuffrè, 1938, 1103; tra i primi F. CARNELUTTI, *Sindacalismo*, in *Dir. lav.*, 1927, 1, p. 4 ss.; G. BOTTAI, *L'ordinamento corporativo italiano*, in *Dir. lav.*, 1927, I, p. 371; si veda successivamente U. SPIRITO, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*, e A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, entrambi in AA.VV., *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi. Ferrara 5-8 maggio 1932*, Tipografia del Senato, 1932, vol. I; U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, cit., p. 187 ss.

⁴ Cfr. S. COLARIZI, *Storia politica della Repubblica. 1943-2006*, Laterza, 2007; P. GINSBURG, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi*, Einaudi, 2006; S. LANARO, *Storia dell'Italia repubblicana. Dalla fine della guerra agli anni novanta*, Marsilio, 1992; tra i lavoristi si veda F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in F. SANTORO-PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, vol. I, p. 177; fino al 1969, U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo difficile*, in U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, cit., p. 213.

⁵ Si veda, anche per un quadro sintetico della situazione dell'impresa nell'Italia dell'epoca, R. ROMEO, *La rivoluzione industriale dell'età giolittiana*, in A. CARACCILO (a cura di), *La formazione dell'Italia industriale*, Laterza, 1977; S. MUSSO (a cura di), *Storia del lavoro in Italia. Il Novecento. 1896-1945. Il lavoro nell'età industriale*, Castelveccchi, 2015; S. MUSSO, *Storia del lavoro in Italia dall'Unità ad oggi*, Marsilio, 2002; V. CASTRONOVO, *L'industria italiana dall'Ottocento a oggi*, Mondadori, 2003; V. CASTRONOVO, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento ai giorni nostri*, Einaudi, 2006; G. PENO, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *Pol. dir.*, 1984, n. 2, p. 207.

mento del movimento operaio contribuirono a determinare i primi conflitti sociali, destinati ad inasprirsi anche a causa della grande depressione economica che aveva determinato un aumento dei prezzi del pane e dei generi di prima necessità. I tumulti e le insurrezioni popolari alimentate confusamente da idee socialistiche e anarchiche in diverse città italiane furono aspramente repressi e in particolare la c.d. “rivolta dello stomaco” venne domata a cannonate a Milano dal Generale Bava Beccaris nel Governo del Generale Pelloux⁶.

I fatti di Milano suscitarono una vastissima eco nel Paese. E se da un lato radicali, democratici e socialisti condannarono la repressione sanguinosa dei moti e la sommarietà dei processi istruiti dai tribunali militari, dall’altro lato moderati, reazionari e anche vaste fasce di ceto medio, spaventate dall’esplosione della collera popolare, approvarono la repressione, auspicando una svolta conservatrice ancora più netta.

Anche la Chiesa era già intervenuta sulla questione sociale attraverso la nota enciclica di Leone XIII, *Rerum Novarum* del 1891, dando corpo e sostanza alla dottrina sociale della Chiesa il cui caposaldo è l’accordo e l’armonia delle parti.

D’altra parte dopo la caduta del Governo Pelloux si registrò una rapida ascesa del movimento sindacale: le Camere del lavoro nate a Milano nel 1891 si moltiplicarono in molte città italiane⁷ fino alla costituzione del 1906 della CGdL. Il Partito socialista fondato nel 1892, si rafforzò diventando una componente rilevante del sistema politico italiano, certamente riformatrice.

Lo stesso Giolitti, nel 1903 nominato Presidente del Consiglio, se ne rese conto a tal punto che offrì a Turati, leader del Partito socialista, di entrare nel Dicastero.

L’invito fu rifiutato perché Turati, pur essendo alla guida dell’ala riformista facente capo alla rivista *Critica Sociale*, insieme con Anna Kuliscioff e Claudio Treves⁸, era fortemente condizionato alla sua sinistra da una schiera importante di massimalisti, brillanti oratori e pubblicisti come Arturo Labriola ed Enrico Ferri e alla sua destra da una piccola pattuglia di revisionisti favorevoli, sulle orme di Eduard Bernstein, ad una rilettura critica delle opere di Marx, adeguata alle mutate esigenze del capitalismo moderno.

E tuttavia Turati, pur non entrando nel Governo, non rifiutò la collaborazione al Ministero nella politica di riforme su diverse questioni come le pensioni di invalidità, il riposo settimanale e festivo⁹, la regolazione del lavoro dei fanciulli e delle

⁶ Si veda per tutti P. VALERA, *I cannoni di Bava Beccaris*, Giordano, 1966.

⁷ Cfr., in generale, C. PERNA, *Breve storia del movimento sindacale*, Ediesse, 1994; A. PEPE, *Classe operaia e sindacato. Storia e problemi (1890-1948)*, Bulzoni, 1982; M. RICCI, *La struttura organizzativa del movimento sindacale dalle origini al 1940*, Franco Angeli, 1986; P. CRAVERI, voce *Sindacato dei lavoratori (storia)*, in *Enc. dir.*, 1990, p. XLII; F. GUIDOTTI, voce *Camera del lavoro*, *ivi*, 1959, p. V.

⁸ L. VALIANI, *Gli sviluppi ideologici del socialismo democratico in Italia*, Opere Nuove, 1956; B. VIGEZZI, *Giolitti e Turati. Un incontro mancato*, Ricciardi, 1976.

⁹ La legge sarà del 7 luglio 1907, n. 489.

donne¹⁰, l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro¹¹, l'avvio della nazionalizzazione delle ferrovie¹².

E in questo scenario caratterizzato da forti tensioni politiche ancor prima della mediazione riformatrice di Giolitti si inseriscono gli interventi di molti giuristi che auspicavano l'intervento dello Stato per fare cessare lo stato di guerra tra capitale e lavoro¹³ e reclamavano l'esigenza di eliminare la conflittualità sociale attraverso la c.d. legislazione sociale¹⁴.

In quel contesto, ovviamente, le opinioni erano diverse e in primo luogo i c.d. "socialisti della cattedra", come Cimbali, Salvioli, Gianturco, Vadalà Papale, sottolineavano la disarmonia esistente tra vita reale e diritto e richiedevano una revisione radicale del Codice e, quindi, un "Codice sociale"¹⁵.

Vi erano anche i c.d. riformisti o solidaristi come Vivante e, accanto a lui, Sraffa, Messina, Redenti e lo stesso Carnelutti, che dei primi si considerava allievo attraverso la *Rivista del Diritto Commerciale*, i quali non si spinsero a richiedere un nuovo Codice, ma ritenevano che le c.d. leggi sociali dovessero essere interpretate all'interno del sistema del Codice civile. Secondo questo indirizzo metodologico, i fatti e i valori emergenti dalla nuova società non dovevano essere ignorati, ma dovevano essere inseriti nel sistema.

In quel coro non possono non essere ricordate le voci di Polacco e Chironi. Se-

¹⁰ Legge "Orlando" (legge 8 luglio 1904, n. 407), anche se la principale è la legge 19 giugno 1902, n. 242, e molto tempo dopo delle donne riorganizzata poi in Testo Unico, r.d. n. 818 del 1907.

¹¹ Come è noto la legge è la n. 80 del 1898 ma ve ne sono diverse: il r.d. 7 maggio 1903, n. 209, sugli infortuni dei ferrovieri; la legge 29 giugno 1903, n. 243, sugli infortuni per la gente di mare; il r.d. 31 gennaio 1904, n. 51, per gli infortuni degli operai; il r.d. 13 marzo 1904, n. 141, per il regolamento esecutivo.

¹² Legge 22 aprile 1905, n. 137.

¹³ Si veda sul punto C. VIVANTE, *I difetti sociali del Codice di commercio. Prolusione* (1898), pubblicata nella sua stesura completa (*La penetrazione del socialismo nel diritto privato*) in *Critica Sociale*, 1902, 345 ss., la rivista diretta da Turati, ora anche in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2012, n. 3, p. 11 ss.: «Anche in Italia sta per finire lo stato di guerra che si apriva ad ogni istante fra padroni e operai. Una legge che obbliga gli imprenditori ad assicurare i loro operai contro gli infortuni, pone a carico del profitto industriale l'onere di risarcire le vittime del lavoro e tutta dominata dalla sua funzione sociale passa sopra ai geniali ma insufficienti principi della libera concorrenza e della libera previdenza» (*ivi*, pp. 19-20); «il sindacato deve espellere senza misericordia gli operai non sindacati per non essere a sua volta espulso dall'opificio»; «il sindacato costringendo l'operaio ribelle alla disciplina del Sindacato agisce nella sfera contrattuale»; «grande è l'autorità che il Sindacato può esercitare, anche col mettere in opera le sole armi che il contratto collettivo gli porge. Ma un grande numero di socialisti in Italia respinge il riconoscimento giuridico delle Leghe o dei Sindacati, per cui tanto progredi l'ordinamento industriale fuori del nostro paese [...]. Si rifiuta il dono per diffidenza del donatore; ma la diffidenza è fuori di posto» (*ivi*, p. 35).

¹⁴ I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, in *Il Circolo Giuridico*, 1896, XXVII, 113, pp. 119-120.

¹⁵ Cfr. in argomento G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 2007, p. 136.

condo Polacco «La legislazione civile doveva intervenire sulle questioni sociali sia respingendo le tesi dei fautori di uno stato passivo e muto sia le oscure proposte della sociologia», che Polacco considera «nuova scienza caratterizzata da una babelica confusione di lingue»¹⁶.

D'altra parte lo stesso Polacco aveva definito le clausole generali “organi respiratori del Codice”¹⁷ perché riconosceva ad esse la funzione di armonizzare con il sistema del Codice le mutate condizioni sociali. Sulla stessa linea si colloca Chironi¹⁸, e tra i c.d. *timidi*, così denominati da Tortori¹⁹, possono essere ricordati De-logu²⁰ e Brugi. Il primo critica il termine “Codice privato sociale” perché confonde concetti privatistici e pubblicistici intrinsecamente diversi tra loro e Brugi²¹ ritiene che una riforma parziale del diritto civile non poteva certo abbandonare istituti consolidati a scelte politiche contingenti tanto che, secondo questo Autore, non erano prevedibili mutamenti radicali ma un nuovo adattamento del diritto romano alla nostra società²².

E sulla loro scia Barassi affermava che il sistema del Codice derivante dal diritto romano era immutabile e intoccabile, mentre le c.d. leggi sociali appartenevano al diritto pubblico e costituivano il transeunte.

In questo variegato panorama di opinioni, il giovane Carnelutti subì, per sua stessa ammissione (e lo ripeterà più volte), non l'influenza di Polacco, con il quale pure si era laureato, definendosi “allievo riconoscente ma infedele”, bensì le suggestioni metodologiche della *Rivista del Diritto Commerciale* fondata da Vivante e Sraffa²³.

Tali influssi offrirono a Carnelutti l'opportunità di cimentarsi proprio sul tema dell'interpretazione della legge sugli infortuni sul lavoro, che sarà poi ripubblicato

¹⁶ V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile* (prelezione letta a Camerino il 22 gennaio 1885), Savini, 1885.

¹⁷ V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, in V. POLACCO, *Opere minori*, Università degli Studi di Modena, 1928-1929, vol. I, p. 60.

¹⁸ G.P. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni e rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, in *Studi Senesi*, 1884, n. 3, p. 231 ss.

¹⁹ A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in *La Scienza del Diritto Privato*, 1895, p. 573.

²⁰ P. DELOGU, *Codice privato e codice sociale*, in *Antologia Giuridica*, 1891, n. 1, 1 ss.; P. DELOGU, *Le riforme parziali del codice civile italiano e il diritto romano*, *ivi*, 1889, n. 3-4; si veda invece in senso contrario successivamente E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, e E. GIANTURCO, *Sul con tratto di lavoro*, entrambi in E. GIANTURCO, *Opere giuridiche*, La Libreria dello Stato, 1947, vol. 11, rispettivamente pp. 262 e 270; E. GIANTURCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 297.

²¹ B. BRUGI, *La riforma della nostra legislazione civile*, in *Antologia Giuridica*, 1889, n. 3-4, p. 194.

²² Si veda in argomento G. CAZZETTA, *op. cit.*, pp. 102-103.

²³ Si veda in particolare P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Giuffrè, 2000, che definisce la rivista «un progetto, una officina, molteplici esperimenti», p. 94 ss.

nei due volumi degli studi sugli infortuni sul lavoro nel 1913, quando il nostro Autore divenne professore di diritto commerciale a Catania, proprio con il sostegno determinante di Sraffa. Come ricorda Ascarelli²⁴, «la rivista di diritto commerciale era il punto di incontro di romanisti, civilisti, e commercialisti in uno sforzo comune di effettivo rinnovamento del nostro diritto delle obbligazioni.

E l'aspirazione all'unificazione del diritto privato non era disgiunta dal desiderio di acquistare una maggiore consapevolezza dello svolgimento del nostro diritto commerciale e di ritrovare nell'intimità della storia il sistema del diritto vigente».

E per comprendere ancora meglio il metodo cui si ispira Carnelutti, mi sembra opportuno ricordare quanto scrive Vivante nella parte finale della sua mirabile prolusione romana, vera e propria requisitoria contro il Codice di commercio, in occasione della sua chiamata a Roma, rivolta agli studenti: «In questa solenne occasione [...] ho preferito far la critica del codice e vi ho svelato gli arcaismi del suo sistema [...]. Ma serbiamo la critica per i giorni solenni. Il compito nostro quotidiano sarà più modesto, perché io devo esporvi il diritto vigente [...]. Imparando sul serio il sistema del diritto vigente riuscirete a formarvi delle convinzioni giuridiche, una virtù che manca in genere agli avvocati e talvolta anche ai magistrati del nostro paese [...]. Quando vi sarete creati collo studio un sistema di convinzioni giuridiche, troverete [...] un valido presidio alla vostra morale professionale [...]. Nei tecnicismi c'è una forza, purtroppo quasi vergine ancora, per rinvigorire il carattere morale del nostro paese»²⁵.

2. Il lungo e complesso itinerario dell'Autore nel diritto del lavoro

Come si è detto, il contributo di Francesco Carnelutti al diritto del lavoro è stato costante e rilevante.

Costante perché durante l'arco della sua lunga vita di studi il nostro Autore si è interessato sempre a temi del diritto del lavoro.

Rilevante perché ha preso in esame materie importanti della nostra disciplina, dagli infortuni sul lavoro al diritto di sciopero e al contratto di lavoro, alle massime delle camere di commercio definite dall'Autore un surrogato della legge sul contratto di impiego, al licenziamento, ai numerosi contributi in materia di diritto corporativo e, infine, agli scritti del periodo repubblicano.

Come si tenterà di dimostrare, nei confronti della disciplina del contratto di lavoro allora nascente il nostro Autore ha un atteggiamento di attenzione e di vero ricercatore²⁶ mentre nei confronti del diritto sindacale, anch'esso nascente, assume

²⁴ T. ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, Giuffrè, 1959, vol. II, p. 987.

²⁵ C. VIVANTE, *op. cit.*, pp. 23-24.

²⁶ Si veda sul punto P. GROSSI, *op. cit.*, 139: «Carnelutti è un osservatore umile e disponibile di

un atteggiamento didascalico, proprio di chi ha già pronta la soluzione dei problemi assai nuovi e complessi sollevati dall'emersione dei fenomeni dei gruppi e dei contratti collettivi.

In particolare Carnelutti manifesterà sempre un'avversione alla soluzione dei conflitti con forme di autotutela e cioè lo sciopero, che definisce "guerra", e per questa ragione preferisce la soluzione dell'arbitro o del giudice mentre colloca il contratto collettivo e lo sciopero nel dominio del diritto pubblico.

A questo proposito è agevole riscontrare una notevole continuità delle sue tesi con gli scritti del periodo corporativo e di sostanziale adesione alla legislazione corporativa tanto che egli può essere considerato quasi un precursore di quella esperienza.

E coerentemente con questa iniziale convinzione, nei suoi scritti del periodo repubblicano di forte e aspra critica al riconoscimento da parte della Costituzione del diritto di sciopero egli può essere considerato un nostalgico del corporativismo.

Ovviamente si tratta di contributi significativi che rispecchiano una personalità complessa e sempre incline a confrontarsi dialetticamente con la realtà presa in esame e con gli Autori di opinione diversa dalla sua.

E al riguardo val la pena richiamare quanto ha scritto Rescigno di Carnelutti in età matura: «Diritto civile e diritto commerciale passano attraverso un esame duro, tagliente dell'intera produzione scientifica: rimane ammirevole la capacità di C. – attraverso letture che sicuramente non sono esaustive dell'intero contenuto dei libri, e spesso sono frammentarie se non approssimative – di cogliere di ciascun libro, la sostanza i pregi e i limiti»²⁷.

Infine, al fine di evitare il rischio di sovrapporre la mia valutazione al pensiero dell'Autore, ho ritenuto preferibile citare passi piuttosto lunghi dei suoi contributi, anziché limitarmi ad indicare due righe dei suoi scritti, perché la personalità scientifica dell'Autore, come accennato, è complessa e piena di sfumature e sfaccettature, non sempre univocamente interpretabili. E va precisato che nel contesto normativo e culturale dell'Italia della fine del secolo XIX le leggi sul lavoro venivano definite tutte "sociali" e intervenivano per realizzare obiettivi circoscritti, anche di ordine pubblico, con tecniche diversificate e costituivano tasselli di quello che solo successivamente sarebbe divenuto un settore normativo a sé.

fatti e di norme, misurato ed equilibrato, non ancora il futuro autore di monologhi degli anni trenta in pagine prive di annotazioni quasi come le tavole mosaiche».

²⁷ P. RESCIGNO, *Carnelutti e il diritto civile del 900*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Talamana*, Jovene, 1997, p. 58, e precedentemente P. RESCIGNO, *Francesco Carnelutti e il diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 1, p. 593.

3. *Gli studi sul rapporto di lavoro*

Se passiamo ad esaminare gli studi in tema di contratto di lavoro, spicca l'introduzione agli studi sugli infortuni del 1913, dove l'Autore scrive: «La scienza giuridica, soprattutto in Italia è imperturbabilmente borghese; i problemi giuridici del lavoro la lasciano quasi indifferente»²⁸.

L'affermazione ad una prima lettura sembra indicare un'inclinazione del nostro Autore analoga a quella dei giuristi appartenenti al socialismo giuridico, come Cimbali, Salvioli, Gianturco, Vadalà Papale. Come si è detto, questi Autori richiedevano qualche anno prima una nuova codificazione ispirata ai principi di socialità e di solidarietà perché a loro avviso non erano sufficienti adeguamenti e modificazioni, ma era necessario sostituire al principio romano dell'individualismo il principio moderno della socialità.

3.1. *Gli infortuni sul lavoro*

In realtà, se si prosegue nella lettura dell'introduzione, l'Autore arriva a una conclusione non coincidente con quella degli Autori prima citati. Ma è bene rileggere quello che scrive: «La verità dell'affermazione di Alberto Lotmar che il contratto di lavoro abbia oggi almeno tanta importanza quanto la vendita, trova facile conferma nella lettura di qualunque repertorio di giurisprudenza o di legislazione. Questa massa informe di materiali giuridici nuovi bisogna elaborare; su questa nuova plaga di terreno ancora vergine bisogna che il giurista passi l'aratro e il sarchio. Tutte le leggi estravaganti, tutte le norme costituite o che stanno per costituirsi debbono essere coordinate fra loro, ricondotte ai principi, ricollegate ai presupposti; tutti i fenomeni giuridici venuti fuori in questo campo richiedono analisi e classificazione. Anche a tenere conto soltanto delle leggi ormai formate in Italia, non si può dire affatto che il rapporto di lavoro sia specialmente regolato da un solo articolo del codice civile, e per il resto non trovi disciplina fuori dai principi generali: la legge sui probiviri, la legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, la legge sulla risicoltura, la legge sul riposo festivo, la legge sul lavoro notturno nei panifici, la legge sugli infortuni, i vari regolamenti per la prevenzione di questi, la legge sulle casse di maternità, il codice di commercio medesimo integrano il regolamento di quel rapporto disciplinando variamente la forma del contratto, la capacità dei soggetti, i requisiti dell'oggetto, il contenuto delle obbligazioni reciproche, il modo e il tempo e il luogo della prestazione di lavoro, le modalità della prestazione della mercede, la estinzione del rapporto e le conseguenze particolari di questa. Presto, dalla legge sul contratto di impiego altre norme saranno costituite, altre lacune saranno colmate»²⁹.

²⁸ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, Athenaeum, 1913, vol. I, p. XII.

²⁹ *Ibidem*.

E ancora: «Uno studio sistematico, su queste basi, del diritto del lavoro non risponde soltanto ad un'ideale estetico di sintesi e di armonia, giova alla migliore interpretazione delle norme speciali e al migliore svolgimento dei germi in queste contenuti per la formazione compiuta e moderna del diritto privato»³⁰.

*Vale la pena dunque di uno studio sistematico di queste norme singolari*³¹.

Da queste pagine risulta evidente l'attenzione del nostro Autore al sistema, ma emerge anche l'esigenza di non considerarlo immobile e impermeabile, bensì aperto all'apporto delle leggi speciali³².

Non a caso Grossi esprime un giudizio di eccellenza sull'introduzione di Carnelutti dove il «sapere tecnico si eleva a momento di interpretazione di tutto un colossale processo storico»³³. E sulla distinzione tra legge generale e legge speciale, Carnelutti chiarisce in modo esemplare in cosa si concreti veramente l'interpretazione del testo normativo: «il suo rapporto con la coscienza giuridica contemporanea deve fornire i criteri per guidare l'interpretazione. E quando parlo di coscienza giuridica [...] intendo riferirmi al diritto che vive nella coscienza collettiva, sia o non sia scritto sulle pagine dei codici e con essa si trasforma e si evolve, che si manifesta quotidianamente nelle ricerche degli studiosi e nelle aspirazioni della giurisprudenza, che si rivela nelle insufficienze della legge scritta e nei suoi contrasti coi bisogni sociali, al diritto latente [definizione di Brugi] che sta, indipendentemente dalle norme dei codici, nell'intimo della vita sociale»³⁴.

³⁰ *Ivi*, p. XIII: «Ciò che nocque, più di ogni altra cosa, al progresso di questa interpretazione, fu l'isolamento dell'istituto dal complesso organismo del diritto privato. Gli errori spesso grossolani, spesso disastrosi che io mi sono studiato di combattere sul concetto di operaio, di imprenditore, di apprendista, sulla revisione dell'inabilità, sulla funzione dei libri paga, sulla responsabilità dell'imprenditore che non ha assicurato, sulla prescrizione dell'azione contro di lui e tanti altri possono essere facilmente evitati con la semplice coordinazione della responsabilità per l'infortunio professionale ai principi del contratto di lavoro o a quelli del contratto di assicurazione». D'altra parte Carnelutti mette in evidenza come «la evoluzione degli istituti giuridici avvenga in gran parte per la pressione di istituti di diritto speciale su istituti di diritto comune; le nuove norme si affermano quasi sempre modestamente sotto forma di eccezioni di scarso rilievo: bisogna che il giurista, il quale vigila lo svolgersi progressivo dei principi [...], frughi con pazienza in questi angoli reconditi, tra le pieghe delle leggi speciali per trovarvi i germi pieni di vigore. Sotto questo aspetto il diritto commerciale ha fornito e fornirà alla teoria del diritto privato generale elementi preziosi. E così io penso che giovi, sotto identico profilo la coordinazione al diritto comune di questi speciali istituti del diritto del lavoro» (*ivi*, p. XIV).

³¹ *Ivi*, p. XV: «La legge degli infortuni vi è quasi tutta percorsa nelle sue vie maestre e nei suoi aspri sentieri: la teoria dei soggetti, attivo e passivo (operaio e imprenditore) la teoria del presupposto della responsabilità (lesione per causa violenta in occasione del lavoro) la teoria dell'oggetto della responsabilità (misura dell'indennità) la teoria della successione nel diritto all'indennizzo (diritto dei superstiti) la teoria dell'attuazione della responsabilità (assicurazione)».

³² P. GROSSI, *op. cit.*, p. 126, valorizza questo profilo nell'analisi di Carnelutti quando sottolinea: «la coscienza che l'esigua legge speciale non sia un miserabile e disprezzabile rimedio isolato improvvisato da un legislatore incolto, ma la tessera di un mosaico in via di composizione che unito ad altre tessere è capace di rivelare un paesaggio nuovo».

³³ *Ivi*, p. 125.

³⁴ F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, 1,

E Carnelutti conclude: «detto ciò in diritto *costituendo* riconosco che posta la questione di fronte alle parole dell'art. 4 la legge su gli infortuni è legge d'eccezione»³⁵.

Rispetto alla distinzione tra diritto costituendo e *jus positum* a proposito della giurisprudenza dei probiviri, divulgata dal notissimo Massimario di Redenti³⁶, il nostro Autore, attento al diritto vivente e ai fatti della vita, ha cura di precisare «che quei giudici [ossia i probiviri], assai più che interpretare il diritto positivo attuale, vadano e debbano andar cercando e applicando il diritto nuovo, il diritto latente, che si forma di giorno in giorno nella vita industriale sempre più complessa e più evoluta», ma «non è la stessa cosa di un interprete del diritto positivo, che non può precorrere le mutazioni della legge»³⁷.

In ogni caso, pur riconoscendo che la legge sugli infortuni sia eccezionale, il nostro Autore non esita ad escludere l'interpretazione restrittiva³⁸ non solo nel caso degli apprendisti o nel sistema dell'assicurazione operaia, ma in generale quando afferma nel saggio sull'interpretazione in materia di infortuni che «*l'interpretazione estensiva della legge non è un sentimentalismo. È il corretto adempimento della funzione dell'interprete, il quale non deve arrestarsi alla sterile constatazione dell'indole derogatoria della legge di fronte al diritto comune ma deve indagarne più addentro l'intimo significato in rapporto alla tendenza del suo tempo*»³⁹.

Queste parole richiamano alla mente quanto ha scritto Natalino Irti in memoria di Francesco Carnelutti: «il metodo di indagine – ragionato ed enunciato come naturalistica obbiettività – si stempera e si disperde in un'inesauribile fantasia costruttiva [...]. La fantasia carneluttiana è in una straordinaria capacità di combinazioni, di segreti rapporti, di audaci accostamenti, di inattese soluzioni»⁴⁰.

3.2. Un surrogato della legge sul contratto di impiego

Un altro importante contributo dove rileva ugualmente l'attenzione del nostro Autore per il metodo si ritrova in un saggio dal titolo significativo: *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*.

p. 202 ss., ora in F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, cit., vol. I, p. 10, e aggiunge «che il giudice incalzato dalla *vis rerum* non esita: cerca nell'analogia, nell'uso nell'equità, nella presunta volontà delle parti la regola che non esiste nel contratto e la applica; i massimari di giurisprudenza sono diventati veri codici del lavoro» (*ivi*, p. 40).

³⁵ F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, cit., p. 1 (corsivo dell'A., ndr).

³⁶ E. REDENTI, *Sulla finzione delle magistrature industriali*, in *Massimario della Giurisprudenza dei Proviviri*, 1906, ora in S. CAPRIOLI (a cura di), *Redenti giurista empirico*, Giappichelli, 1992; E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, 1, p. 356 ss.

³⁷ F. CARNELUTTI, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, p. 99.

³⁸ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, cit., vol. I, p. 102.

³⁹ *Ivi*, p. 45 (corsivo dell'A., ndr).

⁴⁰ N. IRTI, *In memoria di Francesco Carnelutti*, in *RDP*, 1986, 476, ma si veda anche N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 151 ss., già in *Quadrimestre*, 1984, p. 223.

In questo articolo vengono prese in esame le “norme” raccolte dalle Camere di commercio, che offrivano alle parti un contratto tipo, o meglio un regolamento parziale tipico, che certamente non aveva autorità di regolamento legale «ma per la posizione dell’ente che lo suggerisce e per l’elaborazione di cui è frutto, può esercitare e ha esercitato influenza grande sui contraenti e serve di pungolo e di indirizzo alle parti nel regolamento del rapporto che stanno per contrarre»⁴¹. Carnelutti del resto considerava, sia pure dubitativamente, il suddetto processo surrogativo del regolamento «non solo sintomo del bisogno di un regolamento legale ma del bisogno che il regolamento procedesse in tutto o in parte da fonti che non fossero le fonti legislative vere e proprie»⁴².

E vero che lo stesso Autore conclude dicendosi soddisfatto di avere illustrato la genesi del fenomeno, ma il richiamo a fonti diverse da quelle legislative manifesta un’attenzione al dato giurisprudenziale e a quello del contratto collettivo come fonti alternative alla legge.

Impostazione che sarà poi raccolta e sviluppata, molti decenni dopo, da una ricerca finanziata dal CNR e promossa da Giugni sulla formazione extra-legislativa del diritto del lavoro⁴³.

Scrive il nostro Autore: «il diritto tende a fissarsi anche prima e senza la sua espressione legislativa. Quando il congegno legislativo è troppo lento altri se ne sostituiscono liberi, agili e vivi»⁴⁴.

Per Carnelutti la regolazione del rapporto di lavoro non può essere un’esercitazione di logica astratta, «ma deve tenere conto dei bisogni della vita. E l’espressione genuina di questi bisogni è data dalle reciproche aspirazioni degli interessati. Di fronte a questi fenomeni il compito del giurista è assai più quello di cogliere, dalle manifestazioni nuove, i principi di diritto che vanno maturando. *In ciò sta anche la divisa più cara di questa Rivista [diritto commerciale]: essa tiene più forse che a interpretare le leggi ad interpretare la vita*»⁴⁵.

Questo può considerarsi il manifesto metodologico cui si ispira Carnelutti nei suoi primi studi che egli stesso denomina “di battaglia”.

In altre parole, in questo periodo, per Carnelutti i principi di diritto devono essere tratti dalla realtà anziché da formule astratte scollegate dalla realtà dei fatti.

⁴¹ F. CARNELUTTI, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, pp. 275, 279.

⁴² *Ivi*, p. 281: «Forse da un lato quel che si continua a chiamare con frase discretamente efficace se non esatta il contratto collettivo, e dall’altro le forme di regolamenti anomali ibridi sul tipo di quello del quale ora discorriamo preludono a un vero e proprio decentramento legislativo della massima importanza».

⁴³ AA.VV., *La disciplina dei licenziamenti nell’industria italiana 1950-1964*, Il Mulino, 1968.

⁴⁴ F. CARNELUTTI, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, cit., p. 282. Non mi sembra condivisibile quindi il giudizio espresso da G. TARELLO in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 498 ss., sul presunto metodo formalistico e dogmatico di Carnelutti, almeno con riferimento al periodo ed agli scritti in esame.

⁴⁵ F. CARNELUTTI, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, cit., p. 283 (corsivo dell’A., ndr).

4. *L'attenzione al metodo e la diversità della sua impostazione rispetto ai giuslavoristi precedenti a Barassi*

È ora possibile trarre qualche rilievo, pur sempre provvisorio e mai definitivo, perché il pensiero di Carnelutti è complesso e, pur essendo in taluni casi costante, risente moltissimo del contesto in cui l'Autore scrive.

In primo luogo, va sottolineato un diverso approccio con il diritto privato del nostro Autore rispetto ai giuristi del c.d. socialismo giuridico prima citati, e cioè il recupero nel sistema del diritto privato delle leggi del lavoro rispetto all'esigenza manifestata dai primi della redazione di un nuovo Codice sociale.

È opportuno però aprire una parentesi e chiarire che la letteratura prebarassiana sul contratto di lavoro si contraddistingue per l'eterogeneità culturale e scientifica dei contenuti, contrassegnati, talvolta, da un unico tratto comune e cioè la critica del diritto vigente, dei suoi ritardi e incongruenze rispetto ai mutamenti della realtà industriale, al quale contrapporre un intervento radicale, con la formulazione di discipline completamente nuove rispetto a quelle del Codice.

Basta leggere gli scritti di Jannaccone⁴⁶, Modica⁴⁷, Betocchi⁴⁸, Salvioli⁴⁹, Cogliolo⁵⁰, Tartufari⁵¹, Vadalà Papale⁵² per rendersi conto dell'assoluta eterogeneità dei contributi, già rilevata da Gioele Solari nel 1906⁵³ e, più di recente, da Ungari⁵⁴.

Qualche notazione particolare merita il contributo di Gianturco⁵⁵ il quale, pur avendo scritto molto poco di diritto del lavoro, dimostra una particolare sensibilità alla questione sociale e chiarisce nella sua prolusione napoletana che «il diritto deve cercare nella solidarietà umana e non nella lotta di classe le regole della vita sociale

⁴⁶ P. JANNACCONE, voce *Contratto di lavoro*, in *Enc. giur. it.*, vol. III, parte 3.

⁴⁷ I. MODICA, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione. Studio storico-critico-comparato*, Reber, 1897, 107, p. 125.

⁴⁸ C. BETOCCHI, *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Jovene, 1897.

⁴⁹ G. SALVIOLI, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti e operaie*, Tipografia dello "Statuto", 1891; G. SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il nuovo diritto*, Reber, 1906.

⁵⁰ P. COGLIOLO, *Voti circa la costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in AA.VV., *Atti del IV congresso giuridico, Napoli, 1897*, p. 1899.

⁵¹ L. TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Bianchini, 1893, p. 39.

⁵² G. VADALÀ-PAPALE, *Diritto privato e codice privato sociale*, in *La Scienza del Diritto Privato*, 1893, I, pp. 7-39; G. VADALÀ-PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in AA.VV., *Atti del IV congresso giuridico, Napoli, 1897*, cit., vol. II, p. 9 ss.

⁵³ G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906)*, Giuffrè, 1980.

⁵⁴ P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico: la scuola del diritto privato sociale*, in *Pol. dir.*, 1970, n. 1, pp. 241-268, e P. UNGARI, *Crisi e tramonto del movimento*, *ivi*, pp. 387-403.

⁵⁵ E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, cit., pp. 262-269.

allo scopo di ristabilire l'armonia per la grande strada del progresso e della fratellanza umana»⁵⁶.

Discorso richiamato e apprezzato, dopo la morte di Gianturco, da Alfredo Rocco⁵⁷, forse in modo strumentale perché, come ha chiarito Pietro Rescigno, il privato sociale di Gianturco non ha nulla a che spartire con l'ideologia corporativa⁵⁸. E tuttavia va ricordata, insieme a Treggiari⁵⁹ e Gaeta⁶⁰, la contrarietà di Gianturco a risolvere il conflitto collettivo con lo sciopero, definito «una vera iattura per gli operai in Italia, dove l'industria è ancora bambina». Per Gianturco la soluzione era l'arbitrato, promosso e anzi imposto dallo Stato⁶¹.

I contrasti tra i giuristi c.d. novatori o neoterici o socialisti e gli ortodossi si acuirono fino alla presentazione e alla mancata approvazione del progetto di legge 26 novembre 1902 sul contratto di lavoro Cocco-Ortu e Baccelli⁶².

⁵⁶ E. GIANTURCO, *Sul contratto di lavoro*, cit., p. 270.

⁵⁷ E. GIANTURCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, cit., p. 297.

⁵⁸ P. RESCIGNO, *Due centenari*, e F. TREGGIARI, *Un profilo biografico*, ambedue in F. TREGGIARI (a cura di), *Emanuele Gianturco. Nuovi studi per i centenari*, Pisani, 2013, p. 9 ss., spec. p. 13.

⁵⁹ F. TREGGIARI, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ L. GAETA, *Sciopero e «pacificazione sociale» tra Otto e Novecento: un viaggio in compagnia di Emanuele Gianturco*, in F. TREGGIARI (a cura di), *op. cit.*, p. 79.

⁶¹ E, secondo L. GAETA, *op. cit.*, p. 96, dopo la Prima guerra mondiale il tema dell'arbitrato obbligatorio diventa una comune invocazione.

⁶² Nel 1901 fu istituita la Commissione Chimirri con il compito di predisporre un disegno di legge sul contratto di lavoro ma non conseguì alcun risultato e il disegno di legge Cocco-Ortu-Baccelli del 1902 sul contratto di lavoro non fu neppure discusso in Parlamento. Solo nel 1905 il Consiglio superiore del lavoro, a seguito della mancata approvazione del progetto di legge Cocco-Ortu-Baccelli, fu dell'opinione che sarebbe stato più produttivo affrontare il problema, anziché nel suo complesso, per categorie e così fu presentata alla Camera una proposta di legge per regolare solo il rapporto di impiego privato dall'On. Luzzatti il 12 dicembre 1912 e su di essa Orlando presentava il 24 aprile 1913 la nota relazione nella quale opportunamente sottolineava come il progetto, per la natura inderogabile di alcune norme, ovviamente poste a tutela della parte debole e cioè dell'operaio, costituisse una novità assoluta nel diritto privato dell'epoca, dominato dal principio dell'uguaglianza delle parti, e costituisse perciò un *vulnus* «alla libertà, intesa nel suo triplice senso di libertà giuridica, economica, e politica»: cfr. V.E. ORLANDO, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, 1950, p. 151. Anche Turati presentava una relazione al Consiglio superiore del lavoro, pubblicata in *Ministero agricoltura. Atti Consiglio superiore del lavoro XVIII sess. nov. 1912, 1913*, p. 166, assolutamente favorevole all'approvazione di questa legge perché, coerentemente con una logica ed un disegno riformatore, si rendeva conto che in quel contesto l'alternativa era il nulla e non una legge sul contratto di lavoro. Turati aveva ben presente la diversa capacità di aggregazione degli operai e parimenti lo stato di disorganizzazione e di frammentazione del ceto impiegatizio: «I commessi di negozio sono sparpagliati in mille botteghe e subiscono più facilmente le rappresaglie dei padroni, difficilmente possono fare con successo uno sciopero che sarebbe pure un'arma difensiva non indifferente» (replica alla relazione, *ivi*, p. 16). Secondo Turati, questa legge doveva assolvere ad una funzione di uniformità della disciplina simile a quella che avevano avuto le norme proposte dalle Camere di commercio rispetto agli usi e alle consuetudini e all'equità del giudice, ma si rendeva conto dell'impossibilità di disciplinare nella legge il contratto di lavoro di tutte le categorie di impiegati privati e di coagulare una materia così mobile entro la formula ferrea di un articolo di legge. Non a caso,

Emblematico, fra i critici delle lacune del Codice sulla disciplina del contratto di lavoro è Tartufari⁶³ che, nello scritto del 1893 paradossalmente ripropose almeno in parte le critiche di Polacco del 1887⁶⁴ «alla ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta delle opere». Dico paradossalmente perché la critica dei due Autori, pur essendo simile, ha origini profondamente diverse.

Nel contributo di Polacco si avverte l'ansia del sistema e l'istanza di una teorizzazione più raffinata, contraria ad assimilazioni improprie tra locazione di cose e locazioni di opere. In Tartufari, che scrive sei anni dopo, si coglie la contrarietà all'interpretazione estensiva delle norme della locazione di cose alla persona del lavoratore, perché questo Autore sottolinea la peculiarità del contratto di lavoro: «in nessun altro caso la prestazione oggetto del contratto si presenta così strettamente connessa alla persona che ne è il subbietto, e in nessun altro caso la persona medesima entra in modo così diretto nell'adempimento degli obblighi contrattuali; onde [si riscontra] fra locatore e conduttore una personale dipendenza del primo verso il secondo congiunta ad una morale ed economica padronanza di questo su quello che negli altri contratti è affatto sconosciuta»⁶⁵.

E tuttavia la lucida e anticipatrice analisi di Tartufari⁶⁶ non risultò vincente, perché non riuscì ad individuare nel sistema principi unitari, ma concluse la sua denuncia con la richiesta di un intervento legislativo che non sarà approvato nel 1902, ma vedrà la luce solo molti anni dopo e limitato solo agli impiegati.

E questo aiuta a comprendere perché i più convinti sostenitori della riforma del Codice civile, dopo la mancata approvazione del progetto di legge Cocco-Ortu e Baccelli, si convertirono gradualmente all'impostazione proposta da Barassi.

Rispetto ai pre-barassiani, altro spessore presentano i contributi di Messina⁶⁷, di Redenti⁶⁸, in parte di Galizia⁶⁹ e, come si è visto, quelli di Carnelutti, che però sono successivi alla I edizione dell'opera di Barassi del 1901 e si muovono secondo una lunghezza d'onda parzialmente diversa.

nel progetto di legge sul contratto di impiego privato, modificato secondo i voti del Consiglio superiore, non compare la definizione di impiegato. Si veda invece, in senso fortemente critico, U. ROMAGNOLI, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 189, ora in U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, cit., 77, che considera questa legge classista.

⁶³ L. TARTUFARI, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁶⁴ V. POLACCO, *Appunti sulle locazioni*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1887, p. 409.

⁶⁵ L. TARTUFARI, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁶ Si veda il particolare apprezzamento di P. GROSSI, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁷ G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, ora in G. MESSINA, *Scritti giuridici*, Giuffrè, 1948, vol. IV, p. 3.

⁶⁸ E. REDENTI, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, cit., e E. REDENTI, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 358.

⁶⁹ A. GALIZIA, *Il contratto collettivo di lavoro*, Piero, 1907, p. 107, riproposto in versione anastatica con presentazione di Mario Napoli, Ipsoa, 2000.

Infatti la tesi di questo Autore e anche quella di Galizia⁷⁰ sulla finzione e la rilevanza del concordato di tariffe e poi del contratto collettivo sono sostanzialmente diverse da quella di Carnelutti.

Come è noto, Messina è cauto nel richiedere l'intervento del legislatore perché crede che sia più efficace per tutelare i diritti dei lavoratori l'organizzazione dei soggetti collettivi e la pressione di una coalizione nei confronti del datore di lavoro. In particolare il saggio di Messina riesce a superare la figura del contratto plurisoggettivo perché individua nel gruppo un contraente unico che ha un interesse collettivo e quindi risolve in qualche misura il problema dell'efficacia *ultra partes*, anche se è perfettamente consapevole dell'inidoneità del contratto collettivo a risolvere senza l'ausilio della legge il problema cruciale della sua efficacia reale e, conseguentemente, della sua inderogabilità da parte del contratto individuale.

4.1. ... e a quella dello stesso Barassi

Dalle pagine dell'introduzione agli studi sugli infortuni risulta evidente anche la diversità del metodo di Carnelutti, a mio avviso assai più moderno dell'approccio di Barassi, sul rapporto tra leggi speciali e diritto privato⁷¹.

Per Barassi, in particolare nella I edizione della sua monografia del 1901 esiste una netta distinzione tra diritto privato e leggi sociali, perché, come si è già rilevato, il primo è immutabile mentre le leggi sociali costituiscono il transeunte e devono considerarsi norme di diritto pubblico.

E nega la necessità di un dialogo tra giuristi, economisti e sociologi. Viceversa per Carnelutti le leggi sociali vanno collocate entro il sistema e il sistema non può essere più costruito senza fare riferimento ad esse perché solo se inserite nel sistema servono a rimediare alla deficienza di regolamento espresso dal Codice civile ed allo squilibrio tra la libertà del lavoratore e quella dell'imprenditore nel determinarsi al rapporto⁷².

E tuttavia, come ha sottolineato Mengoni⁷³, Barassi nella II edizione della sua opera (1915-1917), sollecitato da una critica di Carnelutti⁷⁴, modifica in parte il suo pensiero sul rapporto di estraneità della legislazione sociale rispetto al diritto privato.

⁷⁰ G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, cit., p. 29, e L. MENGONI, *Il contributo di Giuseppe Messina allo sviluppo del contratto collettivo nel diritto italiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Giuffrè, 1978, vol. II, p. 445; A. GALIZIA, *op. cit.*

⁷¹ In una prospettiva attuale e diversa, sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali si veda N. IRTI, *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle Ieri speciali)*, cit., p. 151 ss.

⁷² F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, 1, p. 416 ss.

⁷³ L. MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del «Contratto di lavoro»*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Vita e Pensiero, 2003, p. 13 ss.

⁷⁴ F. CARNELUTTI, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, cit.

Barassi ammette che il sovrapporsi «al concetto atomistico proprio del diritto privato di una considerazione d'ordine prettamente sociale non conferisce carattere di diritto pubblico alle norme imperative con cui essa si fa valere nel rapporto di lavoro».

Ciò detto, va riaffermato che la monografia di Barassi sul contratto di lavoro nel diritto positivo italiano del 1901 (I edizione)⁷⁵ è risultata vincente rispetto agli apporti dei suoi predecessori perché ha utilizzato categorie esistenti nel sistema del Codice come la *locatio operarum* e la *locatio operis* e ha messo in evidenza la grande elasticità e adattabilità di questi istituti, tale da renderli sempre accetti⁷⁶.

Barassi ha il merito – o, a seconda dei punti di vista, il demerito – di avere individuato i *criteri distintivi tra locatio operarum e locatio operis* nella subordinazione, e cioè nella direzione del lavoro da parte del conduttore d'opera, che è sicuramente un criterio elastico con le sue luci e le sue ombre, e nell'assunzione del rischio a carico dell'imprenditore.

Una critica serrata a questa impostazione è stata condotta da Spagnuolo Vigorita⁷⁷, che ha sottolineato «il vizio costruttivo non tanto delle singole soluzioni ma piuttosto dell'impostazione metodologica che accomuna [e confonde] tutte le soluzioni».

Si tratta di chiedersi, di fronte a queste esatte osservazioni, se la stratificazione di leggi successive per scopi specifici e diversi avrebbe comunque consentito la formazione di uno statuto epistemologico della nostra disciplina e se tale processo di formazione sarebbe stato più agevole o più veloce di quello storicamente ottenuto mediante l'individuazione di una fattispecie unitaria, pur con le inevitabili forzature.

D'altra parte la subordinazione sarà accolta dal Codice civile del 1942 come dato di qualificazione del tipo legale, anche se Barassi è rimasto del tutto estraneo alla redazione del libro V e il nuovo Codice civile ha trasformato in archetipo quello che per Barassi era un sottotipo⁷⁸.

E, al di là di questi rilievi sul tipo contrattuale, un interrogativo di maggior rilievo nell'interpretazione del diritto del lavoro, analogo a quello che Ascarelli⁷⁹ si poneva per il diritto commerciale, come singolare conseguenza dell'unificazione del diritto privato nel Codice del 1942, riguarda il ruolo che la “civilisation” del diritto del lavoro in generale e del rapporto di lavoro in particolare, operata dal nuovo Codice, ha avuto nell'interpretazione della dottrina lavoristica successiva alla caduta dell'ordina-

⁷⁵ M. NAPOLI (a cura di), *op. cit.*

⁷⁶ Si veda in argomento G. CAZZETTA, *op. cit.*, p. 140, e adesivamente P. GROSSI, *op. cit.*, p. 60.

⁷⁷ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, 1967, p. 58.

⁷⁸ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Sel, II ed., 1915-1917, vol. I, p. 767. Sul punto si veda anche L. MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del «contratto di lavoro»*, cit., p. 20.

⁷⁹ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, cit., vol. I, p. 109.

mento corporativo. A questa domanda si potrebbe rispondere sinteticamente che, sul piano dell'interpretazione, la *civilisation* del diritto del lavoro ha dato forza e ragione a quella parte della dottrina secondo la quale «per il diritto del lavoro il problema è di correggere la logica tradizionale del contratto non di rifiutarla»⁸⁰.

5. La responsabilità dell'imprenditore senza colpa e il rischio professionale

Non sarebbe completo il discorso sulle opere di Carnelutti in tema di contratto di lavoro se l'indagine si fermasse ad osservazioni sul metodo dei suoi studi sugli infortuni, senza segnalare il merito degli importanti, e a quell'epoca nuovissimi, istituti regolati dalla legge sugli infortuni e sistemati da Carnelutti come la *responsabilità senza colpa* e il *correlativo rischio professionale*.

Tali istituti per il giurista del lavoro attuale sono ormai acquisiti, ma al tempo di Carnelutti incontrarono forti resistenze, perché infrangevano il principio della responsabilità soggettiva per colpa⁸¹.

E, come si è visto, proprio in questa materia le *diversità di metodo* tra Barassi e Carnelutti si attenuano e non impediscono di segnalare talune convinzioni complementari tra i due Autori.

La distinzione tra *locatio operarum* e *locatio operis* ha la sua importanza nel dialogo tra i due giuristi laddove Carnelutti giustamente rivendica alla legge sugli infortuni la funzione di integrare il deficiente regolamento del contratto di lavoro statuito dal Codice⁸².

E sul titolo in base al quale deve essere prestata l'attività di lavoro per l'applicazione della legge sugli infortuni, dopo l'iniziale indifferenza, si afferma la tesi, per merito di Carnelutti negli studi sul concetto di operaio e sui criteri di interpretazione della legge, che l'esistenza del contratto di lavoro e non la *locatio operis* sia il requisito dell'obbligo di assicurazione⁸³.

Barassi accetta tale impostazione quando afferma che l'obbligo di assicurare l'operaio, nei casi voluti dalla legge, «penetra nel contenuto del contratto di lavoro, è cioè obbligazione contrattuale»⁸⁴. È questa un'acquisizione relevantissima per un'epoca nella quale l'obbligo del padrone era solo quello di corrispondere la mercede.

Ovviamente il rapporto assicurativo presuppone un valido contratto di lavoro.

⁸⁰ L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Dir. lav. riv. ind.*, 1990, p. 6; critica questa impostazione U. ROMAGNOLI, *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2009, n. 3, p. 390.

⁸¹ Sul tema degli infortuni sul lavoro si veda l'indagine storica di L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Esi, 1986.

⁸² F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, cit., vol. I, p. VIII.

⁸³ *Ivi*, p. 57 e in particolare p. 61.

⁸⁴ L. BARASSI, *op. cit.*, p. 707.

6. La disciplina del recesso

Degno di menzione, a mio avviso, è anche lo scritto sul licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato perché tiene conto del contesto dell'epoca che, ai sensi dell'art. 1628 c.c. del 1865, vietava di obbligare la propria opera in perpetuo.

In altri termini, Carnelutti valorizza la temporaneità e (oggi diciamo) la natura di contratto di durata, della locazione delle opere e quindi, individua, per analogia a quanto previsto per la locazione delle cose dall'art. 1609 c.c. del 1865, la disciplina del recesso che opera *ex nunc* ed è preceduta dall'obbligo del preavviso.

Non sembra quindi che il nostro Autore tenga conto degli ammonimenti di Polacco (maestro ma non troppo di Carnelutti) che, si è già detto, criticava l'ibrida unione della locazione di cose con quella c.d. di opere. E non tiene conto neppure della proposta di Barassi che fondava sulla fiducia il potere di recesso del datore di lavoro. In realtà la proposta di Carnelutti ha il limite di porre sullo stesso piano il datore di lavoro e il prestatore di lavoro.

Ciononostante questa tesi segnerà per molto tempo la disciplina del recesso dal contratto di lavoro, e sarà accolta anche dall'art. 2118 c.c. del 1942⁸⁵.

7. La sostituzione dello schema della locazione con quello della vendita di energie

Per completezza, accanto alle luci che rifulgono negli studi sugli infortuni non si può fare a meno di individuare qualche ombra come la tesi, rimasta invero isolata, secondo cui le energie umane prestate dal lavoratore nel contratto di lavoro fossero cose equiparabili all'energia elettrica.

Nell'ansia di superare il peso della tradizione che, a suo dire, rallentava lo svincolo del contratto di lavoro dalla locazione, Carnelutti sostituisce allo schema della locazione quello della vendita, senza avvedersi che questo schema, al pari della locazione, avrebbe separato il lavoro dal suo autore e certo non sarebbe risultato più favorevole per il lavoratore⁸⁶.

⁸⁵ Si veda, in senso critico, U. ROMAGNOLI, *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, cit., p. 373 ss. e in particolare p. 394, ove afferma: «la licenza di licenziare d'una volta è il bottino di uno scippo dottrinale legalizzato».

⁸⁶ F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 354 ss. e in particolare p. 388. Si veda anche la valutazione critica di U. ROMAGNOLI, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, I, p. 424, e, più recentemente, U. ROMAGNOLI, voce *Diritto del lavoro*, in *Enc. dir. - Annali*, 2011, IV, p. 428.

8. *Gli studi in materia di diritto sindacale*

Nel campo del diritto sindacale i temi affrontati da Carnelutti sono ovviamente lo sciopero e il contratto collettivo e il nostro Autore si dimostra sin dall'inizio critico rispetto alla liceità civile dello sciopero mentre crede fermamente nell'intervento del terzo e dell'arbitrato obbligatorio come mezzo di composizione del conflitto.

8.1. *Lo sciopero come diritto pubblico subbiettivo, come inesecuzione collettiva e come inadempimento nel diritto privato*

Già nel 1907 Carnelutti esprime con chiarezza il suo pensiero: «A proposito del diritto di sciopero, si può parlare come di un vero diritto pubblico subbiettivo, riconosciuto sulla stessa linea del diritto di riunione, di associazione di stampa, da quando lo sciopero cessò di essere considerato reato. Ma tutt'altra cosa è nell'orbita del diritto privato e contrattuale: qui esso è inconcepibile, non potendosi pensare, dato l'ordinamento atomistico del contratto di lavoro, se non a singole inesecuzioni dei singoli rapporti, mentre sciopero significa inesecuzione collettiva. Né dal fatto che il diritto pubblico riconosca la liceità della inesecuzione collettiva può essere tratta la conclusione aberrante che codesta sospensione sia sempre legittima di fronte al diritto privato. Siamo in pieno dominio delle norme ordinarie sull'esecuzione dei contratti: il debitore inadempiente non potrà invocare per esimersi dalla responsabilità che il caso fortuito o la forza maggiore da un lato o l'inadempimento del creditore dall'altro»⁸⁷.

Nel primo caso, lo sciopero è legittimo perché la sua inesecuzione è involontaria per essere determinata dallo sciopero degli altri. Nel secondo caso, lo sciopero è ugualmente legittimo quando è determinato dall'inadempimento dell'imprenditore.

Al di là di questi due casi, per Carnelutti «lo sciopero costituisce inadempimento dato l'ordinamento legislativo atomistico del contratto di lavoro».

Si può anche non condividere il ragionamento di Carnelutti, ma secondo le norme del tempo non è infondato⁸⁸.

⁸⁷ F. CARNELUTTI, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, cit., pp. 87, 94. Inoltre, per Carnelutti lo sciopero sospende e non estingue il rapporto di lavoro. In altri termini il datore di lavoro è costretto a riammettere gli scioperanti se nel corso dello sciopero non li abbia regolarmente licenziati, salvo che il licenziamento sia abusivo. E per Carnelutti il licenziamento deve considerarsi abusivo, qualora a fronte di uno sciopero legittimo, il padrone licenzi per puro spirito di rappresaglia. E in tal caso il datore di lavoro è obbligato al risarcimento del danno.

⁸⁸ Cfr. L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, 1994, p. 168, che richiama le opinioni diverse di Redenti, secondo il quale lo sciopero non poteva determinare il licenziamento ricorrendo alla clausola generale della buona fede, o di Messina, secondo il quale lo sciopero poteva considerarsi un rischio di impresa.

In altri termini e brevilamente, lo sciopero non rientrava nell'area del diritto privato perché rilevava come libertà con il Codice Zanardelli, che aveva depenalizzato lo sciopero, ma rimaneva inadempimento sul piano del contratto, e poi, con l'ordinamento corporativo, cessa di essere anche una libertà e torna ad essere reato.

Come si vedrà, solo con la Costituzione, lo sciopero diventa diritto, e la dottrina in misura largamente prevalente lo qualifica come diritto a titolarità individuale⁸⁹ e ad esercizio collettivo e, conseguentemente, cessa di essere inadempimento.

8.2. *Intervento del terzo, arbitrato e contratto collettivo*

Ma tornando a Canelutti bisogna sottolineare che il nostro Autore compie nello scritto sui criteri di interpretazione della legge una diagnosi corretta del fenomeno sindacale e propone soluzioni tendenti a garantire l'ordine sociale piuttosto che la libertà e l'autonomia dei gruppi collettivi.

Infatti, egli prende atto che «traverso la disparità economica delle parti la libertà contrattuale ha mutato il regolamento bilaterale in regolamento unilaterale del rapporto» e tuttavia, a fronte di questa disparità, rileva che «il movimento professionale sorge, si allarga, si afferma, il gruppo riassorbe l'individuo come soggetto contraente e si sostituisce a lui; il regolamento collettivo zampilla dalla duplice fonte dell'arbitrato e del contratto e disegna nell'avvenire lontano il nuovo equilibrio dei contraenti senza intervento della legge»⁹⁰.

E, pur riconoscendo nel movimento associativo dei lavoratori l'unico rimedio per ristabilire l'equilibrio tra le parti, l'Autore sottolinea che la sostituzione della volontà sociale alla volontà privata come fonte del regolamento del rapporto individuale è «un ricostituente troppo energico della volontà dell'operaio e assomiglia assai al provvedimento di chi per sottrarre una persona alle violenze dell'altra, la piglia e la porta in prigione»⁹¹.

E «davvero il regolamento legale imperativo del rapporto è legittimo solo per quei punti che impegnano un vero interesse sociale, per il resto almeno nella genesi

⁸⁹ Si veda ad es. F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, cit., p. 177 ss.; L. MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in G.M. RIGAMONTI (a cura di), *Il diritto di sciopero. Atti del primo convegno di studi di diritto e procedura penali. Varenna, Villa Monastero 14-16 settembre 1963*, Giuffrè, 1964, p. 4; viceversa qualifica lo sciopero come diritto a titolarità collettiva P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 1, p. 221.

⁹⁰ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, cit., vol. I, pp. 38-39. E sia pure con un interrogativo non considera utile in materia di lavoro l'astensione del legislatore «chi si sente nell'attesa del nuovo equilibrio di lasciar correre l'acqua per la china omettendo quella progressiva formazione di norme legali, a volte diapositive a volte imperative integranti il regolamento contrattuale singolare del rapporto di lavoro, che ottengono una ricostituzione artificiale, bensì, ma provvida dell'equilibrio tra i contraenti?».

⁹¹ F. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, cit., p. 416 ss. e in particolare p. 418.