

CAPITOLO I

DALLA LEGISLAZIONE SOCIALE ALL'ITALIA REPUBBLICANA

1. Il lavoro e la questione sociale

Il diritto del lavoro nasce, nel contesto della legislazione sociale, da una esigenza di protezione della persona del lavoratore in ragione della sua qualità di soggetto debole sul piano socio-economico e, conseguentemente, sul piano contrattuale, perché operante su di un mercato segnato da una diffusa disoccupazione ed, insieme, perché dipendente, quanto alla sua sopravvivenza (ed a quella del suo nucleo familiare), solo dai redditi derivanti dalla sua attività lavorativa. Origini

Il fenomeno del lavoro, invero, non era ignoto agli ordinamenti giuridici del passato ed, in particolare, al mondo romano; peraltro, anche in ragione della circostanza che il lavoro manuale eterodiretto era affidato agli schiavi, esso venne a trovare collocazione negli istituti propri della *locatio*, ancorandosi alla *locatio hominis* (appunto per l'affitto dello schiavo), alla *locatio operarum* (in cui l'oggetto del contratto non era la persona dell'uomo libero, bensì le sue attività), alla *locatio operis* (in cui l'oggetto del contratto era il compimento di un'opera determinata, con autonomia organizzativa e rischio di risultato per il prestatore), e manifestandosi anche nelle *operae liberales* (cioè nelle libere professioni allora esercitate). Il mondo romano

La disciplina di riferimento restò sostanzialmente invariata sino al secolo diciannovesimo, seppur attraverso un processo che vide il fenomeno intreciarsi con la nascita delle corporazioni professionali di arti e mestieri, in quanto mezzo di regolazione oligopolista delle attività economiche (ed anche di partecipazione, nel basso medioevo, alla vita politica), nonché conseguentemente di disciplina, oltre che della concorrenza tra gli imprenditori e/o maestri artigiani, delle prestazioni rese in loro favore dai prestatori d'opera e dagli apprendisti. Il medioevo

Sarà, quindi, solo il processo di industrializzazione (la c.d. rivoluzione industriale) ad imporre agli ordinamenti delle società occidentali, a partire dalla seconda metà del secolo diciottesimo, la necessità di forme di intervento regolativo nei rapporti tra capitale e lavoro. La rivoluzione industriale

*La parità
formale*

Del resto, la soppressione delle corporazioni (legge Le Chapelier, 1791), con i molteplici impedimenti che le stesse avevano imposto all'autonomia individuale, ed il riconoscimento formale della parità tra le due parti del contratto di lavoro (Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, 1793), non aveva garantito nessun riequilibrio effettivo, permanendo la situazione di debolezza contrattuale di colui che era detentore soltanto delle sue energie psicofisiche, in una situazione di diffusa disoccupazione e, quindi, di esasperata concorrenza, che consentiva la allocazione dei salari ai livelli della mera sussistenza.

*La questione
sociale*

La questione sociale fu, dunque, il risultato di questa disparità sostanziale e dell'accentuarsi dello sfruttamento, favorito ed aggravato dal diffondersi delle nuove tecnologie, dal sorgere della grande industria, dall'espandersi dei fenomeni dell'inurbamento e della concentrazione delle attività produttive, dall'espandersi della concorrenza tra lavoratori con l'utilizzazione delle donne e dei fanciulli (c.d. mezzeforze), dall'incrementarsi della pericolosità ed insalubrità del lavoro, con la conseguente crescita degli infortuni e delle malattie, spesso mortali.

*L'associazionismo
professionale*

Questa situazione ebbe a trovare delle prime risposte nell'associazionismo professionale e nella mutualità volontaria. Malgrado l'affermarsi della ideologia liberale, ispirata al principio della libertà di concorrenza, dell'autonomia individuale e della sovranità del mercato, che aveva portato, dopo l'esempio francese, ad ulteriori interventi repressivi nei confronti delle associazioni professionali (Combination Act, 1799), la spinta alla costituzione di strutture organizzative espressive di interessi collettivi risultò insopprimibile, dando luogo all'affermarsi del fenomeno sindacale, anche in presenza di espressi divieti legislativi.

*La mutualità
collettiva*

L'istanza aggregativa nasce, inizialmente in una dimensione localistica connotata in genere da processi di accelerata industrializzazione, attraverso un'acquisita coscienza di identità e bisogni comuni.

Questi bisogni furono identificati nella garanzia, a mezzo dell'assicurazione mutualistica contro i rischi da infortunio sul lavoro (e successivamente da invalidità e vecchiaia) e da connessa riduzione o perdita della capacità lavorativa, di un reddito sostitutivo di quello non percepibile a seguito dell'inidoneità a produrlo; e, sintonicamente, nella acquisizione di un'occupazione e nella percezione di un equo salario, attraverso l'associazionismo professionale immaginato come detentore monopolista del fattore lavoro e, quindi, come titolare del potere di negoziare con il detentore monopolista del capitale, le condizioni per l'utilizzo di quel fattore (prezzo, scelta della manodopera, ecc.).

*La neutralità
dello Stato*

Il fenomeno fu centrale per avviare a soluzione la questione sociale nella misura in cui alla dimensione quantitativa delle masse coinvolte sovrappose il nuovo dato qualitativo dell'organizzazione. Risultò, peraltro, evidente l'impossibilità che lo stesso producesse di per sé l'emancipazione dei soggetti deboli del mercato in presenza della neutralità (o dell'ostilità) dell'ordinamento.

Le strutture aggregative originarie vennero così necessariamente ad incontrarsi con le grandi correnti di pensiero, che ragionavano di diversi modelli ordinamentali e di difformi regolazioni del mercato e nel mercato quanto alla detenzione dei fattori di produzione (marxismo, anarco-insurrezionalismo, socialismo-riformista, socialismo-utopistico); da questo incontro si sarebbero generati, insieme a robusti movimenti di opinione all'interno della borghesia illuminata e del mondo cattolico, i partiti della sinistra operaia con l'obiettivo di dare rappresentanza politica alla classe lavoratrice in un contesto istituzionale in cui l'assenza del suffragio universale determinava una selezione per censo degli interessi tutelati dall'ordinamento. La dialettica tra l'associazionismo professionale e quello politico sarà continua e vivace, assumendo connotazioni diverse (dall'identità al collateralismo, dall'autonomia concorrenziale a quella sinergica) in ragione delle tradizioni e delle specificità di ogni ordinamento, nonché delle sue evoluzioni nelle varie scansioni temporali.

La sinistra operaia

In ogni caso, essa produrrà il graduale superamento della neutralità statale ed il primo affermarsi di un intervento regolativo del lavoro con finalità protettive della persona umana (ed in particolare dei soggetti più deboli), imponendo una tecnica compressiva dell'autonomia individuale (anche del prestatore d'opera) e, talvolta, di quella collettiva, laddove l'interesse da soddisfare sarà ritenuto rispondente a valori prevalenti, socialmente condivisi.

I primi interventi regolativi

L'intervento normativo investirà in questa fase anche la mutualità collettiva, impossibilitata ad assolvere gli obiettivi per cui si era aggregata, in ragione della dimensione ridotta delle comunità di riferimento e, quindi, della carenza di fondamentali matematico-attuariali idonei ad assicurarne l'equilibrio economico di lungo periodo. L'assunzione da parte dell'ordinamento degli obiettivi propri della mutualità collettiva originerà la previdenza sociale; nella sua fase embrionale, peraltro, il fenomeno resterà ancorato a quell'area normativa definita legislazione sociale nella quale vengono ad aggregarsi tutti i primi interventi protettivi a tutela delle classi lavoratrici.

La previdenza sociale

2. La legislazione sociale

Come si è detto in precedenza, la regolamentazione del lavoro industriale non era operata dalla legge, poiché, in omaggio alle teorie liberiste, si riteneva che in questo campo l'autonomia privata dovesse essere non comprimibile. Sarà, dunque, solo nel corso del secolo diciannovesimo, a seguito dell'estendersi del processo di industrializzazione e del connesso aggravarsi della questione sociale, che, sotto la spinta dell'associazionismo professionale e di quello politico, nonché di movimenti di opinione sempre più incisivamente attivi nel ceto borghese e nel mondo intellettuale, lo Stato inizierà

Le teorie liberiste

ad intervenire (nella maggioranza dei Paesi europei), dando luogo a quella disciplina che è stata definita, appunto, legislazione sociale.

Norme di ordine
pubblico

Comune denominatore di questo insieme eterogeneo di interventi normativi sarà la loro finalizzazione alla tutela ed alla protezione del prestatore d'opera, attraverso il miglioramento di alcuni aspetti particolarmente gravosi delle condizioni di lavoro; comune sarà anche la tecnica utilizzata, quella delle norme di ordine pubblico compressive dell'autonomia privata per garantire una tutela minima (e, quindi, derogabile solo *in melius*) coerente con l'interesse pubblico (all'equo bilanciamento) che in concreto si voleva perseguire.

La locatio
operarum

D'altro canto, l'assenza di una disciplina legale del rapporto di lavoro era evidenziata dal codice civile francese del 1803 (codice napoleonico), le cui poche disposizioni di origine romanistica furono poi riprese, per restare all'esperienza italiana, pressoché letteralmente dal codice civile del 1865; quest'ultimo conteneva soltanto (artt. 1570 ss.) la disciplina della "locazione delle opere e dei servizi"; ed in quest'ambito si limitava a definire la prima come "il contratto in cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede" (art. 1570) ed a stabilire limiti di durata, sancendo, in ossequio ai principi di libertà individuale, il divieto di contratto a tempo indeterminato ed, in particolare, di contratti di lavoro a vita, evocativi dell'antica servitù della gleba (artt. 1627 e 1628).

Le leghe operaie

Così, mentre appare ancora lontana l'emersione della nozione di contratto di lavoro, il crescere dirompente dell'associazionismo professionale favorirà, insieme con le prime abrogazioni dei divieti di organizzazione sindacale (Gran Bretagna, 1824), l'affermarsi di un insieme di disposizioni legislative, dettate in deroga ai principi del codice civile, per proteggere il lavoratore in quanto soggetto economicamente debole e per riequilibrarne la capacità negoziale nell'ambito del rapporto con la controparte. Contestualmente, le prime leghe di resistenza (o sindacati o *trade unions*) sovrapponevano alla debolezza del singolo la forza contrattuale della coalizione (espressa nel conflitto anche per via di un'unanimità imposta), per un verso, apprezzando la sua capacità, in quanto monopolista, di determinare, per mezzo dei concordati di tariffa, più eque condizioni salariali, per l'altro, valorizzando la sua attitudine alla promozione politica di provvedimenti legislativi in favore dei lavoratori.

L'esperienza
italiana

I fenomeni sopra ricordati si manifestarono in Italia più tardi che negli altri Paesi europei, nei quali la rivoluzione industriale si era ormai da tempo consolidata ed i problemi della tutela dei prestatori d'opera si erano perciò presentati prima all'attenzione degli uomini di governo e del sistema ordinamentale complessivamente inteso. Questo ritardo è emblematicamente segnalato dalla circostanza che la soppressione delle corporazioni, intervenuta in Francia nel 1791, con la già ricordata legge Le Chapelier, si realizza in Piemonte nel 1848 con l'emanazione dello Statuto albertino e nel Regno d'Italia con la legge 29 maggio 1864, n. 1797.

Del resto, a tutto il 1890, il bilancio della legislazione sociale è assai modesto, portando al suo attivo solo l'introduzione di una (morbida) vigilanza sulle cave e sulle miniere (1859), la previsione di interventi per la gente del mare con premi assicurativi a carico dell'equipaggio (1861), l'introduzione della defiscalizzazione in favore delle cooperative di lavoro (1870-1874), il divieto di lavoro minorile (sino a 18 anni) per i mestieri girovaghi (1873), l'estensione della vigilanza al settore industriale con la nomina di due ispettori per tutto il territorio nazionale (1879).

*La prima
legislazione*

Quanto alle aggregazioni collettive, dopo la soppressione delle corporazioni un forte sviluppo aveva avuto il fenomeno della mutualità volontaria, originato da associazioni di lavoratori che provvedevano ad erogare, con l'accantonamento di contributi da parte di soci (o con l'elargizione di somme da parte di soci filantropi), prestazioni a quanti si fossero trovati in condizioni di bisogno a causa di malattia, infortunio, invalidità e, in alcune ipotesi, vecchiaia e morte (a favore dei superstiti). Le società operaie di mutuo soccorso furono l'espressione di questo fenomeno diffuso prevalentemente nel nord e nella Toscana; esso fu disciplinato dalla legge 15 aprile 1886, n. 3818, che, a fronte di benefici fiscali (peraltro modesti), impose una maggiore trasparenza associativa (pubblicazione degli statuti e verbalizzazione degli atti interni).

*Il mutuo
soccorso*

Peraltro, la difficoltà per la mutualità volontaria di adottare lo schema assicurativo in ragione della dimensione ridotta della popolazione di riferimento e della coincidenza tra fruitori e finanziatori (quanto agli eventi certi come la vecchiaia), aggravata dall'assenza di adeguati strumenti matematico-attuariali, venne a determinare (al di là degli abusi insiti nello strumento associativo e nella impossibilità di garantire un rendimento effettivo del patrimonio accantonato) il superamento dell'esperienza, favorito dalla propensione dei soggetti più giovani a dissociarsi dal fenomeno (anche attraverso l'illusoria creazione di nuove mutue). La crisi del fenomeno veniva, del resto, a coincidere con l'affermarsi del movimento sindacale, che guardava con diffidenza modelli associativi alternativi che non si ponessero come obiettivo il riequilibrio del potere contrattuale e la lotta per il miglioramento economico-sociale.

*La solidarietà
di classe*

3. Il riconoscimento della libertà sindacale

Già all'inizio della seconda metà dell'ottocento l'associazionismo operaio aveva assunto anche in Italia, sulla spinta dell'Internazionale fondata a Londra nel 1864, una seppur rudimentale connotazione sindacale. Nel 1872 nasce l'associazione tra gli operai tipografi italiani, che può considerarsi il primo esempio di organizzazione sindacale di mestiere; negli stessi anni vennero affermandosi altre leghe di resistenza ed associazioni di mestiere, che si proponevano, con la solidarietà di classe, di introdurre, attraverso

*Le leghe di
resistenza*

l'unificazione degli operai del settore, migliori condizioni salariali e riduzioni dell'orario di lavoro.

Il Partito socialista italiano La nascita del Partito operaio italiano (1882) e, successivamente, quella del Partito dei lavoratori italiani (1892), che poi assunse il nome di Partito socialista italiano (1893), ebbe a scandire (con l'evoluzione organizzativa di quest'ultimo in circoli elettorali) l'autonomia della funzione sindacale da quella politica, pur riconfermando le contiguità nelle ideologie e negli obiettivi di riferimento, insieme con le necessarie connessioni di azione.

Le camere del lavoro Contemporaneamente, l'istituzione delle camere del lavoro, che cominciarono a sorgere soprattutto al nord dal 1891, veniva a favorire un radicamento territoriale delle organizzazioni sindacali, valorizzandone, sul modello francese delle *bourses du travail*, il ruolo di supporto e di informazione dei lavoratori, nonché l'attività (gratuita) di collocamento e di mediazione sul mercato del lavoro. Superata una fase di incerta collocazione all'interno dell'associazionismo operaio, le camere del lavoro, dopo la repressione conseguente ai moti popolari del maggio 1898 a Milano (di cui pure le stesse non erano state promotrici), assunsero un carattere marcatamente sindacale con il congresso di Milano del 1900 della Federazione nazionale (costituita nel 1893).

La contrattazione collettiva Ormai, agli inizi del nuovo secolo, esisteva, del resto, una rilevante produzione della contrattazione collettiva, che, seppur disarticolata e localizzata, aveva già determinato un miglioramento delle condizioni di lavoro, registrando significativi successi in materia di minimi salariali, orario, lavoro straordinario, regolamentazione del cottimo.

La libertà sindacale E, d'altro canto, l'ordinamento aveva preso atto da un decennio dell'insostenibilità del conflitto sociale ed aveva operato per agevolare una evoluzione non sovversiva della questione operaia, riconoscendo la libertà sindacale.

La liceità dello sciopero In Italia il codice penale Zanardelli del 1889 considerò leciti lo sciopero e la serrata se non attuati con violenza o minaccia (artt. 165 e 166), pur permanendo l'effetto civilistico dell'inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, con conseguente possibilità per il datore di lavoro di reazioni sul piano del rapporto, in particolare nei confronti dei dirigenti sindacali promotori del conflitto.

4. La nascita della previdenza sociale

Lo strumento assicurativo I tempi erano ormai maturi perché si affermasse, nell'ambito della legislazione sociale, un nucleo specifico di interventi che poi avrebbe assunto, in relazione alla identità delle tecniche e dei fini, la dimensione di un complesso normativo a sé stante: il diritto della previdenza sociale. Lo strumento individuato per la tutela dai rischi sociali fu quello assicurativo, emendato dai difetti della mutualità volontaria attraverso la sua generalizzazione e la

sua obbligatorietà, con la connessa garanzia dello Stato (anche attraverso i sussidi) del buon esito per mezzo del ricorso alle tecniche attuariali (necessarie per ridurre l'aleatorietà).

Inizialmente strutturato come assicurazione privata obbligatoria (conforme ad un modello normativamente precostituito), esso approderà alla versione più sofisticata delle assicurazioni sociali, gestite dallo Stato attraverso enti strumentali. Vi erano per il cambiamento, insieme, motivazioni di ordine pubblico (e, quindi, di conservazione di un modello statale fortemente classista), ragioni teoriche (con l'affermarsi, soprattutto in Germania, della "scuola storica di economia politica" sostenitrice del superamento del modello liberista) e movimenti di opinione (riferibili sia al pensiero laico che a quello cattolico).

Le
assicurazioni
sociali

Fu la Germania ad assistere per prima, alla fine dell'800, alla nascita del modello assicurativo, definito occupazionale (perché limitato ai lavoratori) o bismarkiano (dal Cancelliere Bismarck, che lo introdusse durante il Regno di Guglielmo I). La soluzione tedesca ebbe grande eco e si diffuse gradualmente negli altri Paesi dell'Europa continentale, che ne adottarono anche il modello attuariale di riferimento. In Italia, la generalizzazione della tutela previdenziale avverrà con maggiore gradualità, anche se il Regno sardo aveva già offerto garanzie al risparmio privato per tale finalità (istituzione della "Cassa rendite vitalizie per la vecchiaia", 1859).

Il modello
occupazionale

Una spinta importante ad una più incisiva azione dello Stato nell'affrontare la questione sociale venne dalla Chiesa cattolica, che prese posizione in senso sostanzialmente riformista con l'enciclica *Rerum novarum* di Leone XIII del 1891. L'enciclica rifiutava i due estremi materialistici del liberalismo e della lotta di classe, ritenendo più coerente ai valori della persona umana una collaborazione tra capitale e lavoro, che poteva realizzarsi solo in un contesto di libertà associativa (secondo il modello proprio del mondo cattolico) e di intervento regolativo dello Stato per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro.

La Rerum
novarum

L'intervento del Pontefice (che segna la nascita della dottrina sociale della Chiesa, recentemente ripresa ed aggiornata, anche con riferimento al fenomeno della mondializzazione dell'economia, dalle encicliche di Giovanni Paolo II, *Laborem exercens* del 1981 e *Centesimus annus* del 1991, e di Benedetto XVI, *Caritas in veritate* del 2009) avviene in un momento di forte tensione con lo Stato italiano per l'emanazione della legge 17 luglio 1890, n. 6972, che aveva convertito forzatamente tutte le opere pie ed ogni altro ente morale con finalità assistenziale in istituzioni pubbliche di beneficenza (poi denominate Ipab, Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, con il r.d. n. 2841/1923).

La dottrina
sociale della
Chiesa

L'intervento legislativo riteneva di porre fine ad un lungo conflitto in ordine ai soggetti che dovevano gestire l'assistenza nei confronti dei cittadini meno abbienti, rispondendo all'interrogativo se il contrasto alla povertà dovesse essere affidato alla beneficenza pubblica o a quella privata. In proposito,

La beneficenza
pubblica

le opzioni ordinamentali erano state molto differenziate, non solo tra i singoli Paesi dell'Europa continentale, ma anche all'interno degli stessi a seconda del prevalere di questa o quella corrente di pensiero. Così, se l'origine dell'assistenza sociale (e, quindi, pubblica) viene in genere identificata nelle leggi anglosassoni sulla povertà (1598-1601), lo Stato liberale inglese interverrà (1834) per ridurre gli ambiti della solidarietà sociale, promuovendo le iniziative associative con finalità di carità privata. Alterne fortune ebbe ugualmente la beneficenza pubblica in Francia ed in Germania. Nella prima, dopo il riconoscimento del diritto dei cittadini all'assistenza (Costituzione del 1793, art. 21), si dovrà attendere il 1893 per l'emanazione di una legge sull'assistenza ai cittadini malati; nella seconda, sarà solo nel 1870 che verrà istituito il domicilio di soccorso. Quanto all'Italia, la legge 3 agosto 1863, n. 733, segnala la reazione verso i tentativi di promuovere forme legali di beneficenza e, quindi, provvede a sottrarre dalle "usurpazioni governative" la beneficenza privata, affidata "nelle mani dei più onorati cittadini".

*L'assistenza
sociale*

La legge n. 6972/1890 opera, quindi, una svolta nella posizione dello Stato italiano in materia, aprendo tra l'altro un contenzioso con il mondo cattolico che durerà cento anni (passando per il Concordato del 1929 e per la sentenza della Corte Costituzionale n. 396/1988 sino al d.p.c.m. 16 febbraio 1990). Essa, peraltro, segna la nascita dell'assistenza sociale in Italia, affidando direttamente ai Comuni compiti di beneficenza ed istituendo in ognuno di essi la congregazione di carità.

*Lo sviluppo della
legislazione
sociale*

La volontà di contenere il conflitto sociale e, soprattutto, di determinare un suo svolgimento in chiave non sovversiva determinano in questi anni un vigoroso sviluppo della legislazione sociale. Tra gli interventi più significativi vanno ricordati quelli afferenti al primo nucleo del diritto della previdenza sociale; ma importanti sono anche gli interventi finalizzati al miglioramento delle condizioni di lavoro secondo la già ricordata tecnica di introdurre una disciplina inderogabile, limitativa dell'autonomia delle parti quale riconosciuta dal sistema di diritto civile allora vigente.

*La tutela
della salute*

Numerose furono, altresì, le disposizioni di legge finalizzate ad efficientare la protezione della salute dei lavoratori per prevenire gli infortuni e le malattie professionali, nonché quelle aventi l'obiettivo di creare un apparato di vigilanza per garantire l'effettività della legislazione sociale.

5. Il contratto di lavoro operaio

*Il lavoro
manuale*

L'insieme di questi provvedimenti legislativi aveva come riferimento il lavoro manuale o salariato (prevalentemente industriale), maggiormente esposto agli effetti negativi della disoccupazione generata dalla sovrabbondanza di offerta di lavoro operaio (a fronte della più rarefatta offerta di lavoro impiegatizio) ed in ogni caso (anche in ragione del diffuso analfabetismo) dotato di minore capacità contrattuale sul mercato.

La nuova disciplina soffriva, peraltro, ormai, lo schema di riferimento codicistico del 1865, utilizzando l'ordinamento sempre più spesso l'espressione contratto di lavoro (già legge n. 215/1893, per cui vedi paragrafo successivo) ed assumendo a fini di identificazione descrittiva della dipendenza o subordinazione (in assenza di una sua definizione positiva) il collegamento tra la prestazione e l'impresa industriale (legge n. 80/1898, legge n. 242/1902).

Il contratto di lavoro

Invero, gli sforzi di affinamento dello schema codicistico da parte della dottrina erano stati assai significativi sotto la pressione di un fenomeno sociale che si faceva dirompente e che aveva già prodotto nel codice di commercio del 1882 un'organica disciplina del contratto di arruolamento marittimo (artt. 521 ss.).

Il contratto di arruolamento

In realtà, l'impianto del codice del 1865 (art. 1627), nel preoccuparsi di contrapporre alla locazione di cose la locazione di opere, trascurava la stessa distinzione tra lavoro autonomo (*locatio operis*) e lavoro subordinato (*locatio operarum*), disciplinando pressoché esclusivamente il primo nei suoi tipi sociali prevalenti e riservando al secondo soltanto il divieto di un contratto perpetuo.

Lavoro autonomo e subordinato

Sarà la dottrina a recuperare la distinzione tra *locatio operis* e *locatio operarum*, già nota alle fonti romane ed allo stesso diritto intermedio, richiamando la diversa imputazione e ripartizione tra le parti dei rischi inerenti alla realizzazione della prestazione lavorativa, quello dell'impossibilità (o mancanza) di lavoro e quello dell'utilità del lavoro prestato, ed evidenziando come soltanto il primo sia comune ad entrambe le fattispecie di riferimento, laddove il secondo non grava sul prestatore (ma sul datore di lavoro) solo nell'ipotesi della *locatio operarum*.

L'imputazione dei rischi

Questa distinzione, peraltro, se dava conto della sostanziale identità nelle due fattispecie dell'oggetto della prestazione offerta dal lavoratore e della difformità causale che ne spiega la diversa imputazione dei rischi, non evidenziava i connotati che caratterizzano sotto il profilo funzionale le due specie di obbligazione. Assumerà allora crescente rilevanza, nelle ricostruzioni della dottrina e nella disciplina legislativa, il richiamo al criterio della dipendenza (o subordinazione), del resto presente nel codice napoleonico (art. 1779), che riferiva ai domestici, agli operai ed, in genere, agli altri lavoratori manuali l'obbligazione di mettere le proprie energie lavorative al servizio altrui.

La dipendenza

In questo processo di elaborazione teorica giocheranno un ruolo prevalente le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza dei collegi probivirali, istituiti per il settore industriale con la legge 15 giugno 1893, n. 295, che, nell'esercizio delle loro funzioni di equità, vennero a porre le premesse per l'elaborazione della prima nozione di contratto di lavoro subordinato.

I collegi dei probiviri

La legge stabiliva che i collegi dei probiviri erano organi dello Stato, ai quali venivano affidati compiti di amministrazione della giustizia, ma escludeva che essi dovessero essere obbligatoriamente costituiti. I collegi erano

Organi di giustizia

composti da un presidente, scelto tra i magistrati onorari o togati, ed, in numero paritetico, da rappresentanti elettivi degli industriali e degli operai; in ogni collegio erano costituiti un ufficio di conciliazione ed una giuria, alla quale era demandata la funzione di decidere le controversie secondo equità (cioè sulla base delle regole collettive ricavabili dalla prassi), qualora non si giungesse ad un accordo in sede conciliativa.

Equità e prassi

La competenza era limitata per valore e per materia; erano escluse le controversie economiche collettive, mentre erano previste quelle sui salari e sugli orari riferite ai concordati collettivi quando avessero avuto carattere individuale, cioè, secondo la dottrina dell'epoca, dopo che questi ultimi fossero entrati a far parte del contratto individuale o ne avessero modificato il regolamento; peraltro, la giurisprudenza probivirale investirà anche le problematiche del contratto di tirocinio e quelle connesse allo scioglimento del contratto, con particolare riferimento ai temi del preavviso e dei danni da licenziamento ingiustificato.

*La prima
disciplina del
rapporto di
lavoro*

Il graduale diffondersi dell'esperienza probivirale anche in settori originariamente esclusi e la sua estensione anche all'impiego privato (dove presero il nome di Commissioni provinciali per l'impiego privato) producono la costituzione del primo nucleo della disciplina del rapporto di lavoro, che si impone nel contesto sociale malgrado l'ostilità di una parte della dottrina civilistica e della magistratura (che spesso ebbe a cassare in appello le decisioni dei collegi). L'esperienza venne a concludersi con la soppressione dell'istituzione da parte del nuovo ordinamento corporativo (r.d. n. 471/1928). La giurisprudenza probivirale, tuttavia, aveva ormai elaborato i primi istituti del contratto di lavoro, operando come fonte materiale e costituendo precetti, che, in seguito, saranno recepiti a livello di fonte formale dal legislatore.

6. La nascita dell'autonomia privata collettiva

*Il diritto
sindacale*

Assai rilevante fu, anche, l'apporto di questa giurisprudenza nell'elaborazione di un primo embrione di diritto sindacale; a tale nucleo originario si ricolleggerà la dottrina chiamata a costruire questo diritto dopo la parentesi corporativa.

*Il vincolo
associativo*

I collegi dei probiviri si trovarono, in particolare, ad affrontare i problemi della natura e dell'efficacia dei concordati di tariffa, nonché quelli degli effetti dell'esercizio del diritto di sciopero sul rapporto di lavoro; nel farlo, vennero ad intervenire su di un sistema di relazioni collettive, che si andava via via facendo sempre più maturo, anche in ragione di una acquisita dimensione nazionale o, comunque, di una più ampia estensione territoriale e di caratteri di maggiore generalità. Sono questi gli anni del primo novecento, in cui la dottrina che studia il fenomeno inizia ad allontanarsi dalla concezione del concordato di tariffa come contratto di lavoro cumulativo,