

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA**  
**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**  
**DOTTORATO DI RICERCA IN TEORIA E PRASSI DELLA**  
**REGOLAZIONE SOCIALE NELL'UE**  
**XXV CICLO**

**IL CONTRATTO DI LAVORO COME ISTITUZIONE EUROPEA**

**GIULIA MARIA RITA PICARELLA**

**Coordinatore:**

**Chiar.mo Prof. Antonio Lo Faro**

**Tutor:**

**Chiar.ma Prof.ssa Anna Alaimo**



## INDICE

INTRODUZIONE.....	p. 5
<b>CAPITOLO I: Cenni storici sulla nascita del contratto individuale di lavoro e del diritto del lavoro: la lunga marcia dallo <i>status</i> al contratto</b>	
1. <i>I rapporti di lavoro dallo status.....</i>	p. 13
2. <i>...al contratto.....</i>	p. 16
3. <i>Il lavoro e la locazione.....</i>	p.19
3.1 <i>L'unitarietà della locatio-conductio nel diritto romano e le sue "mutazioni" nel diritto intermedio.....</i>	p.22
3.2 <i>La locazione nei codici liberali. In particolare, nel Code civil del 1804 e nel Codice italiano del 1865.....</i>	p. 26
3.2.1 <i>Le sotto-categorie di locazione di opere.....</i>	p. 30
3.3 <i>La regolazione dei rapporti di lavoro nel BGB tedesco e in Inghilterra.....</i>	p. 31
4. <i>Funzioni e finzioni della libertà contrattuale nei codici borghesi.....</i>	p. 34
5. <i>La giuridificazione dei rapporti di lavoro fra Ottocento e Novecento: verso il contratto di lavoro.....</i>	p. 37
6. <i>Legislazione sociale e contratto di lavoro nell'ordinamento italiano: dal cd. "socialismo giuridico".....</i>	p. 46
7. <i>...a Ludovico Barassi.....</i>	p. 52
7.1 <i>La purezza del diritto civile e "l'ossessione dell'unitarietà".....</i>	p. 52

7.2 *Locatio operarum e locatio operis nel pensiero barassiano: dalla dicotomia attività-risultato alla 'invenzione' dell'eterodirezione. Subordinazione e autonomia come nuovi criteri discretivi dei due sottotipi.....*p. 58

**CAPITOLO II: Il contratto di lavoro nell'ordinamento italiano: contratto, rapporto e subordinazione nelle ricostruzioni della dottrina italiana**

1. *La fattispecie da Barassi al codice civile del 1942: l'ambiguità 'multilivello' dell'art. 2094. ....*p. 66

1.1 *L'ambiguità 'congenita' della funzione della subordinazione e l'effetto Barassi.....*p. 67

1.2 *La parzialità dell'art. 2094 c.c. e la nozione di subordinazione: alla ricerca del tipo perduto .....p. 74*

1.3 *La crisi 'sopravvenuta' della subordinazione nell'economia post-fordista.....*p. 77

2. *Dalla fattispecie agli effetti: la questione del quantum delle tutele applicabili al lavoro subordinato.....*p. 81

3. *Quantum della subordinazione e quantum delle tutele: la subordinazione nella controversia sul metodo.....*p. 84

3.1 *La rivisitazione mengoniana del metodo sussuntivo e la critica di D'Antona: luci e ombre del metodo tipologico.....*p. 89

3.2 *...e il metodo 'pragmatico-tipologico' della giurisprudenza.....*p. 97

4. Subordinazione, contratto e rapporto di lavoro: teorie contrattuali e 'a-contrattuali' a confronto.....	p. 99
4.1 Teorie contrattuali e 'a-contrattuali' nel periodo corporativo.....	p. 101
4.2 La dottrina post-corporativa e la svalutazione non 'ideologica' del contratto di lavoro.....	p. 104
4.3 La vittoria dogmatica del contrattualismo 'puro' e l'ingenuità vetero-liberale del suo fondamento: preludeo allo studio dell'autonomia individuale nei rapporti di lavoro.....	p. 117

**CAPITOLO III: Il contratto di lavoro nel dibattito europeo su autonomia individuale e *personal work contract*: nostalgia di Barassi o ritorno allo *status*?**

1. I rapporti fra diritto del lavoro e diritto privato come 'cornice' del dibattito sull'autonomia individuale: introduzione e caveat.....	p. 128
1.1 Diritto del lavoro e diritto privato fra confluenza 'infantile' e conflittualità 'adolescenziale': quale equilibrio per un diritto del lavoro ormai adulto? .....	p. 131
1.2 I rapporti fra diritto del lavoro e diritto privato declinati in chiave europea: quale spazio per il contratto di lavoro e la giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo? .....	p. 143
1.2.1 La prospettiva dei civilisti.....	p. 144
1.2.2 ... e quella dei lavoristi.....	p. 154

2. <i>Il ritorno al contratto e alla autonomia individuale fra revisionismo storico-giuridico e negazionismo: chi ha paura dell'eteronomia?</i> .....	p. 160
2.1 <i>Il superamento della capitis deminutio del prestatore: una necessità imprescindibile o un falso problema?</i> .....	p. 162
2.2 <i>La tutela degli outsiders come ragione giustificatrice del ritorno alla libertà contrattuale e della riduzione delle tutele inderogabili: dal conflitto capitale - lavoro alla "guerra fra poveri"</i> .....	p. 181
3. <i>Dal contratto di lavoro subordinato al contratto di attività?</i> .....	p. 186
3.1 <i>Il contratto di lavoro subordinato e la sua crisi: affinità e divergenze fra gli ordinamenti europei</i> .....	p. 188
3.2 <i>Oltre il contratto di lavoro subordinato: la storia 'circolare' del diritto del lavoro e il ritorno allo status</i> .....	p. 193
3.2.1 <i>Verso una nuova regolazione del lavoro: le proposte di riforma della dottrina giuslavoristica europea</i> .....	p. 197
3.2.2 <i>Contratto di lavoro subordinato e diritto del lavoro nella beffarda circolarità dell'eterno ritorno dell'uguale</i> .....	p. 205
<b>CONCLUSIONI</b> .....	p. 208
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	p. 211

## INTRODUZIONE

Studiare il contratto di lavoro, e il contratto di lavoro come istituzione europea, significa studiare l'intera storia dell'evoluzione del diritto del lavoro in Europa. Significa intraprendere un'impresa titanica in cui è alto il rischio di ritrovarsi schiacciati dal peso dell'argomento, sopraffatti dal complesso di inferiorità che non si può non provare quando ci si confronta con i "grandi", con i padri del diritto del lavoro. Si rischia di ritrovarsi in un labirinto di concetti in cui, ad ogni angolo, si aprono infiniti percorsi tematici, di perdersi in una foresta di cui si conosce l'entrata ma non la via d'uscita.

Per riuscire a spiegare meglio il senso del percorso che si è intrapreso, e le scelte tematiche che lungo la strada si sono compiute, è allora necessaria una premessa che possa servire al lettore, sia consentito, come un filo di Arianna che lo guiderà lungo il cammino, forse tortuoso, di questo lavoro.

Come porta d'accesso al labirinto del contratto del lavoro, si è scelto il momento della nascita del contratto di lavoro come strumento di regolazione dei rapporti di lavoro. A tal fine, il primo capitolo analizza il passaggio dallo *status* al contratto nella regolazione del lavoro in Europa.

In particolare, dopo un breve accenno, in premessa, alla regolazione del lavoro tramite *status*, nel contesto dell'economia feudale, si osserva il passaggio dallo *status* al contratto nel passaggio dalla società corporativa alla società liberale, e il suo significato storico, giuridico e 'politico' (parr. 1 e 2).

Ci si sofferma, quindi, sulla regolazione ottocentesca dei rapporti di lavoro *sub specie* di contratto di locazione (§ 3), con una parentesi sulla *locatio conductio* nel diritto romano (§ 3.3), che ne

## INTRODUZIONE

mette in luce, soprattutto attraverso l'analisi di Spagnuolo Vigorita, le differenze rispetto alla distinzione pandettistica fra *locatio operarum* e *locatio operis*. Segue, quindi, una "panoramica" sulla regolazione del lavoro in Europa (in particolare, nel *Code Napoléon* e nel codice civile italiano del 1865, nel BGB tedesco e in Inghilterra).

Ci si sofferma, quindi, sul significato 'politico' dell'introduzione del contratto di locazione come strumento di giuridificazione dei rapporti di lavoro, criticando la *vulgata* secondo cui la regolazione per contratto, e non per *status*, del lavoro rappresenterebbe un'istanza di tutela del prestatore e della sua libertà (§ 4). Si evidenzia, in particolare, la circostanza (sin troppo nota) secondo cui, dietro la libertà formale della logica contrattuale, l'Europa dell'ottocento abbia celato lo spettro della subordinazione e la realtà dei rapporti di lavoro nella rivoluzione industriale.

Questa panoramica sul passaggio dallo *status* al contratto si conclude osservando la nascita della legislazione sociale, del diritto del lavoro, e del contratto di lavoro come fattispecie autonoma e speciale rispetto al contratto di locazione (§ 5), con un *focus* sulla nascita del contratto di lavoro nell'ordinamento italiano dalla prospettiva dei socialisti della cattedra (§ 6) e, infine, di Barassi (§ 7).

In quest'ultimo paragrafo (che, come fra non molto si vedrà, congiunge il primo capitolo al secondo) si analizza l'opera ricostruttiva del padre fondatore del diritto del lavoro italiano, le conseguenze che la stessa ha avuto per la configurazione del contratto di lavoro nel nostro ordinamento e il dibattito dottrinale che si è formato attorno alla sua figura e alla sua ricostruzione.



Il secondo capitolo fa da "ponte" fra il primo e il terzo, giacché contiene le chiavi di lettura attraverso le quali comprendere le questioni che verranno affrontate nel terzo capitolo.

In particolare, la trattazione riprende da dove, alla fine del primo capitolo, la si era lasciata: la ricostruzione barassiana e l'introduzione della subordinazione come criterio che determina l'applicazione della disciplina protettiva del diritto del lavoro. Il secondo capitolo si sofferma, quindi, sull'elaborazione dottrinale italiana sulla subordinazione e sul contratto di lavoro, ritenendo questa prospettiva un punto di osservazione privilegiato (per la ricchezza e la raffinatezza delle ricostruzioni) sullo "stato dell'arte" del contratto di lavoro in Europa.

A tal fine, ripartendo da Barassi, il secondo capitolo analizza i limiti regolativi dell'art. 2094 c.c. e del criterio della subordinazione. Tali limiti, come si vedrà, sono congeniti, nel senso che la subordinazione è un criterio insoddisfacente *ab origine*, sin dalla sua nascita (§ 1.1), ma sono anche acquisiti, sopravvenuti, nel senso che derivano dai mutamenti, sul piano economico e dell'organizzazione del lavoro, che hanno reso l'art. 2094 una norma del tutto incapace di regolare i rapporti di lavoro e di distribuire le tutele in maniera efficace, razionale ed equa (§ 1.3).

A partire dalla crisi della subordinazione si è sviluppato, in Italia, un fecondo dibattito sulla questione del *quantum* delle tutele applicabili al lavoro subordinato (§ 2), che ha interessanti risvolti sulla raffinata (e mai sopita) *querelle* metodologica attorno alla quale i giuslavoristi italiani dibattono da anni (§ 3).

Nei primi tre paragrafi del secondo capitolo, quindi, si tratteggia la "parabola della subordinazione", da Barassi

## INTRODUZIONE

all'impresa post-fordista, passando per il codice del 1942, evidenziando le principali posizioni dottrinali sulla teoria della subordinazione e le ambiguità, le contraddizioni e le difficoltà interpretative (e metodologiche) che nascono dalla fattispecie "contratto di lavoro subordinato", come fattispecie dalla cui presenza o assenza dipende l'applicazione della disciplina protettiva.

Il par. 4 offre, poi, anche in considerazione delle questioni che saranno oggetto del terzo capitolo, una panoramica delle principali ricostruzioni dogmatiche sulla funzione del contratto di lavoro come fattispecie costitutiva del rapporto.

Dalla riflessione su contratto e rapporto di lavoro (e sulla ricostruzione della subordinazione all'interno della teoria sul contratto) nella dottrina italiana sorgono, come sarà chiaro alla fine del capitolo II, due nuclei tematici che saranno al centro della trattazione nel capitolo III: il primo nucleo evidenzia la necessità di indagare quale sia la funzione e il ruolo dell'autonomia individuale nel rapporto di lavoro e quali rapporti intercorrano (o dovrebbero intercorrere) fra diritto civile e diritto del lavoro (l'argomento verrà trattato nei §§ 1 e 2 del cap. III).

Il secondo nucleo incrocia i temi sui quali ci si era soffermati nella prima parte del capitolo II (la crisi della subordinazione, l'effetto Barassi e la necessità di graduazione delle tutele), e sarà ripreso nella seconda parte del capitolo III (§ 3), nella quale si analizzeranno le proposte in tema di contratto di attività, *personal work contract* e tutela dei lavoratori "senza aggettivi".

Il terzo capitolo, in particolare, si apre con una 'cornice' che funge da premessa rispetto all'analisi dell'autonomia individuale nei rapporti di lavoro: il tema dei rapporti fra diritto

del lavoro e diritto civile. Si indaga, cioè, la “differenziazione funzionale del diritto del lavoro rispetto alla disciplina generale posta dal diritto civile”. E lo si fa in una duplice prospettiva: quella interna, e più risalente, che riflette sui rapporti fra diritto del lavoro e diritto generale dei contratti (§ 1.1) e la più recente analisi in chiave ‘europeistica’, attraverso la quale si analizzano i rapporti fra diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo nel dibattito sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti (§ 1.2).

Su questo tema generale si innesta l'analisi del ruolo dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro. Peraltro, considerata la vastità dell'argomento, si è scelto di soffermarsi (anche in ragione delle questioni che verranno affrontate nel § 3), su due aspetti in particolare: la questione della limitazione dell'autonomia individuale del prestatore di lavoro e la sua *capitis deminutio* (§ 2.1) e la critica alla disciplina eteronoma del diritto del lavoro dal punto di vista della teoria *insiders-outsiders* (§ 2.2).

Questo secondo aspetto, come si vedrà, farà da ‘cerniera’ fra il tema del ritorno al contratto (cui sono dedicati i §§ 1 e 2) e il tema del superamento del contratto (sui è dedicato il § 3). Il conflitto *insiders/outsideers* pone, infatti, l'interprete dinanzi alle contraddizioni e alle inefficienze regolative del diritto del lavoro.

Tali inefficienze, come si vedrà (§ 3.1.) sono comuni a tutti i ‘diritti del lavoro’ europei. Ed è per questo che la dottrina giuslavoristica europea (ci si soffermerà, in particolare, su quella inglese, francese ed italiana) ha avanzato nuove ipotesi di regolazione del lavoro oltre il contratto di lavoro subordinato (§ 3.2). Attraverso quest'ultimo paragrafo, si cercherà, allora, traendo le fila del percorso e delle riflessioni che hanno accompagnato la trattazione, di capire se il contratto di lavoro subordinato ha, in

## INTRODUZIONE

Europa, ancora un futuro, e in quale direzione si dirige (o dovrà dirigersi) il diritto del lavoro del XXI secolo

## CAPITOLO I

### **Cenni storici sulla nascita del contratto individuale di lavoro e del diritto del lavoro: la lunga marcia dallo *status* al contratto**

Una breve premessa, per quanto ovvia, è necessario abbozzare prima di entrare in quello che si è appena descritto come il temibile labirinto di Cnosso.

Come emerge dalla letteratura sull'argomento, gli studi e le opinioni sul contratto di lavoro e sulla sua funzione non si risolvono in valutazioni puramente tecniche e neutrali, ma portano con sé precise scelte di valore in ordine alla funzione del diritto del lavoro come disciplina autonoma e alla specificità delle tutele che esso appresta (e dovrebbe apprestare). Sul contratto, cioè, si riversa "*l'orgoglio giuslavoristico*" "*di una dottrina [...] attenta a preservare l'autonomia del diritto del lavoro*"<sup>1</sup>.

Proprio per questa ragione, e per comprendere funzioni, finzioni e significati del contratto individuale nel diritto del lavoro di oggi, in Italia e in Europa, non si può non tentare<sup>2</sup> un salto nel passato, un ritorno alle origini, alla nascita del diritto del lavoro e del contratto individuale di lavoro.

---

<sup>1</sup> MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, *Lavoro e diritto*, 1995, I, p.21.

<sup>2</sup> E questo capitolo introduttivo altro non è che un azzardato tentativo, privo di qualunque pretesa di completezza, di riscoperta delle radici del diritto del lavoro.

## CAPITOLO I

Come ha rilevato la dottrina, infatti, “agli albori del diritto del lavoro” v’è l’esigenza di spiegare il lavoro in termini giuridici, di leggere il “fenomeno del lavoro sul piano del diritto”<sup>3</sup>.

Se, invero, le origini del “libero contratto di lavoro” possono, con qualche approssimazione, identificarsi con la fine di un sistema (quello corporativo, ‘medievale’) fondato sullo *status*, sul controllo del mercato da parte delle corporazioni, sulla ‘gelosa difesa’ degli interessi di ciascuna corporazione, su rapporti sociali ancora caratterizzati da “incrostazioni feudali”<sup>4</sup>, sembra utile cercare di ricostruire la nascita del contratto di lavoro analizzando anzitutto questo passaggio dallo *status* al contratto<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Considerazioni sull’oggetto del diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 826.

<sup>4</sup> VENEZIANI B., *L’evoluzione del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industriale al 1945*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1996, I, p. 49.

<sup>5</sup> Ci limiteremo a descrivere brevemente il passaggio dallo *status* al contratto nell’ambito dei rapporti di lavoro, pur consapevoli che si tratta solo di uno degli aspetti della questione e che questo passaggio ha caratterizzato “l’evoluzione delle organizzazioni sociali” nel loro complesso: cfr. l’estratto di MAINE H.J.S., *Dallo «status» al contratto*, in RODOTÀ S (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, 1971, Il Mulino, Bologna pp. 211-212. La genesi della regolazione contrattuale dei rapporti di lavoro verrà trattata in una prospettiva ‘europea’, ma nella consapevolezza della diversità dei modi, dei tempi (e del substrato economico) in cui il passaggio dallo *status* al contratto si è realizzato nei diversi Paesi. Per tali ragioni, oltre che per ragioni ‘sistematiche’ (nel capitolo II si approfondirà, infatti, la funzione del contratto di lavoro nell’ordinamento italiano), in questo capitolo introduttivo si fa soprattutto riferimento alla regolazione dei rapporti nei paesi di *civil law* (e, in particolare, al *Code Napoléon* e al codice civile italiano del 1865).

**1. I rapporti di lavoro dallo status...**

La nascita del contratto di lavoro, infatti, per quanto deludente e atrofico si sia rivelato il suo sviluppo<sup>6</sup>, rappresenta il tentativo di fuggire dallo *status*, quale “vincolo di diritto reale”<sup>7</sup> che legava un soggetto (lo schiavo dapprima, il servo della gleba poi) al proprio padrone.

In particolare, la fuga dallo *status* è la fuga da un sistema (quello corporativo) di rigido controllo sul lavoro (sulle arti e sui mestieri), sull’accesso al lavoro (attraverso una altrettanto rigida disciplina dell’apprendistato<sup>8</sup>) e sulla permanenza nel ‘mercato del lavoro’ (attraverso la prescrizione di strumenti e metodi di lavoro, e il controllo sul comportamento degli appartenenti alla corporazione)<sup>9</sup>.

Tale vincolo ‘reale’, nell’Europa pre-rivoluzionaria, si esprimeva anche con la previsione di sanzioni penali per il caso di scioglimento anticipato dello rapporto e con un penetrante controllo pubblico sullo stesso, sui salari e persino sull’adempimento.

---

<sup>6</sup> VENEZIANI B, *op. cit.*, p. 23.

<sup>7</sup> SINZHEIMER H., *La democratizzazione del rapporto di lavoro, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1979, II, p.218.

<sup>8</sup> Fra l’altro, il maestro si obbligava a fornire formazione professionale e assistenza, mentre l’apprendista giurava fedeltà e obbedienza al maestro, obbligandosi a corrispondergli un compenso. Tale rigido controllo dell’accesso al lavoro mediante una disciplina particolarmente severa dell’apprendistato, peraltro, era funzionale all’autoconservazione del ceto, attraverso l’accesso all’apprendistato dei figli dei membri (v. nt. che segue).

<sup>9</sup> Cfr. VENEZIANI B., *op. cit.*, pp. 28-33.

## CAPITOLO I

Nel sistema corporativo, quindi, il rapporto di lavoro era regolato dal diritto pubblico, e costituiva un “vincolo di natura personale, fondato sull'appartenenza a una istituzione autoritaria”<sup>10</sup> e gerarchicamente organizzata, quale era la corporazione.

La rigidità della regolazione dei rapporti di lavoro, peraltro, rifletteva coerentemente la rigidità sociale dell'*ancien régime*, come società per ceti nella quale “l'uomo senza status non è persona”<sup>11</sup>: il vincolo di natura personale era, dunque, funzionale alla conservazione di quell'assetto sociale, giacché la libertà contrattuale, come “molla alla mobilità sociale”<sup>12</sup>, ne avrebbe minato le fondamenta.

In particolare, tale regolazione dei rapporti di lavoro trova fondamento in un sistema di produzione fondato sulle botteghe degli artigiani organizzati in corporazioni, sulla “casa”, intesa non solo come famiglia, ma anche come attività e patrimonio, come *universitas rerum* (e di persone) finalizzata alla produzione<sup>13</sup>. Come ha evidenziato Renner, la proprietà della casa si traduceva in proprietà della produzione: la casa, come luogo della produzione, infatti, costituiva al tempo stesso “luogo di lavoro e magazzino per tenere il materiale, laboratorio per tessere e per cucire, giardino di casa [...]. La casa offre il luogo ove avviene il giro d'affari: la bottega”.

---

<sup>10</sup> MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in G. BOLDT - G. CAMERLYNCK - P. HORION - A. KAYSER - M.G. LEVENBACH - L. MENGONI (a cura di) *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Ufficio pubblicazioni CEE, Lussemburgo, 1965, p. 416.

<sup>11</sup> HESPANHA A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 80.

<sup>12</sup> VENEZIANI B., *op. cit.*, p. 30.

<sup>13</sup> Cfr. RENNER K., *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 68-69.



Rappresentava una “comunione effettiva di cose e di persone”, nella quale “la proprietà comprendeva la stanza dei bambini [...] e offriva alla generazione che cresceva la prima formazione di lavoro” (ma la proprietà, il diritto privato, non regolava, come si è accennato, i rapporti di lavoro: “il mantenimento di garzoni ed apprendisti, il processo di lavoro erano [...] regolati dal diritto pubblico”<sup>14</sup>).

Nel corso del Settecento, tuttavia, l’economia corporativa entra in una fase di inarrestabile declino. La rivoluzione industriale costringe l’artigiano ad assoggettarsi ai *mercatores qui faciunt laborare*, all’imprenditore-capitalista<sup>15</sup>, mentre la casa unifamiliare (che costituiva, in un certo senso, la ‘cellula’ della società fondata sulla produzione artigianale), con l’avvento del capitalismo si scinde due entità separate (la fabbrica e la famiglia), determinando, così, una separazione fra unità di produzione e unità di consumo<sup>16</sup>.

La casa unifamiliare, quindi, si disgrega. La rivoluzione industriale agisce come una sorta di misteriosa forza centrifuga, per opera della quale i piccoli luoghi della produzione, prima raccolti sotto un unico tetto, vengono separati. E così, i laboratori si concentrano tutti “nell’unica grande fabbrica [...]. Il deposito del materiale, [...] la stanza per filare e [...] quella per cucire [...] si sono raggomitolati nelle gigantesche fabbriche tessili. I giardinetti della casa si sono concentrati alla periferia della città nei grandi orti”<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> RENNER K., *op. cit.*, pp.69-72.

<sup>15</sup> MAIFREDA G., *La disciplina del lavoro. Operai, macchine e fabbriche nella storia italiana*, Mondadori, Milano, 2007, p.32.

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>17</sup> RENNER K., *op. loc. cit.*

2. *...al contratto*

Se, quindi, sul piano economico, la rivoluzione industriale muta il “modo di produzione”, questi mutamenti si riverberano sul piano giuridico, e segnatamente (per quel che ci riguarda) sulla regolazione dei rapporti di lavoro.

Con la rivoluzione francese e con le codificazioni del XIX secolo si verifica, così, lo storico passaggio da un sistema di rapporti fondati sullo *status* di soggezione del *servant* al *master*, a un sistema di rapporti di lavoro fondati sulla libertà individuale e sull’uguaglianza formale dei singoli individui<sup>18</sup>. Detto in termini più netti, “*i produttori di merci distrussero con metodi rivoluzionari l’ordinamento tramandato del lavoro e posero al suo posto la negazione di ogni ordinamento sociale cosciente del lavoro, il diritto di libertà personale*”<sup>19</sup>.

Il *Code Napoléon* del 1804, com’è noto, si fonda sulla proprietà privata intesa come diritto di godere e di disporre delle cose “*de la manière la plus absolue*”<sup>20</sup>, sulla libertà e l’uguaglianza dei cittadini (verticale, nei confronti dello Stato, e orizzontale, nei

---

<sup>18</sup> Con la parziale eccezione, come si vedrà, dei paesi di *common law*: in Inghilterra, infatti, in assenza di codificazione, la regolazione giuridica del lavoro, sebbene ‘liberalizzata’, resta ancorata a schemi personalistici e non patrimonialistici (sul punto v. *infra*, § 3.3).

<sup>19</sup> RENNER K., *op. cit.*, p.79.

<sup>20</sup> Cfr. PADOA SCHIOPPA A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 503.

reciproci rapporti) e sulla autonomia contrattuale<sup>21</sup>: “*sul dogma della proprietà e sul dogma del volere*”<sup>22</sup>.

Anche i rapporti di lavoro sono permeati dalla nuova ideologia borghese della libertà individuale, dell'individuo nudo, spogliato dai vincoli interindividuali, astratto ed uguale, sicché le relazioni di lavoro passano da una “*regolamentazione di diritto reale*” ad una “*regolamentazione di diritto delle obbligazioni*”<sup>23</sup>. Alla base della nuova regolamentazione vi è il “*libero contratto di lavoro*”, attraverso il quale si instaura un rapporto di lavoro fra soggetti formalmente liberi.

Alla necessità, sopra rilevata, di regolazione del lavoro dopo la fine del sistema corporativo, si risponde, quindi, adottando “*schemi noti e collaudati*”<sup>24</sup> per fenomeni nuovi. Utilizzando, cioè, gli strumenti già in uso nel diritto comune (il contratto e il rapporto obbligatorio), in tal modo segnando il destino del diritto del lavoro: la sua costruzione in chiave contrattualistica<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Le ragioni del diritto-Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1235-1236.

<sup>22</sup> CORRADINI D., *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in RODOTÀ S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p.53.

<sup>23</sup> SINZHEIMER H., *op. cit.*, pp. 217-219.

<sup>24</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, II, p. 274.

<sup>25</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Il codice civile e il diritto del lavoro*, cit., pp.1235-1236. V. cap.II.

## CAPITOLO I

Sul piano dei rapporti di lavoro, la “*valorizzazione libero-scambista del contratto*”<sup>26</sup> deriva, come è noto, dalla necessità di lasciarsi alle spalle l’autoritarismo del sistema feudale, inserendo il lavoro in uno strumento normativo coerente con il primato della volontà dell’individuo<sup>27</sup>. Tale operazione consente, così, di sostituire alla “*logica della subordinazione personale del lavoratore*”, propria dell’assetto corporativo medievale<sup>28</sup>, una visione ‘spersonalizzata’ dei rapporti di lavoro, maggiormente funzionale alla società della rivoluzione industriale<sup>29</sup>, libera dai vincoli: ma, come si vedrà, una tale visione è libera dai vincoli della società feudale, non certo dai nuovi vincoli della società borghese, giacché “*la libertà di scambio diventa un nudo nome, allorché una delle parti non è in grado di resistere al bisogno dello scambio*”<sup>30</sup>.

Lo sviluppo della società borghese si accompagna, infatti, ad una nuova organizzazione del lavoro, e segna, come detto, il declino del lavoro artigiano, in favore di una nuova forma di utilizzazione delle energie lavorative: l’impresa. Con la rivoluzione industriale le energie lavorative ‘migrano’ dalla bottega del maestro alla fabbrica, l’invenzione e l’utilizzo delle macchine accelera il ritmo della produzione di beni e dello

---

<sup>26</sup> GRANDI M., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, II, p. 316.

<sup>27</sup> VENEZIANI B., *op. cit.*, p. 50 e ss.

<sup>28</sup> GRANDI M., *op. loc. cit.*

<sup>29</sup> Nella quale l’autonomia contrattuale diviene lo strumento attraverso il quale gli individui provvedono ‘liberamente’ alla regolamentazione dei rapporti patrimoniali: SCOGNAMIGLIO R., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, I, p.381.

<sup>30</sup> MENGONI L., *op. cit.*, p. 417.

scambio, al tempo stesso affrancando gli uomini dalla “gravosità e limitatezza del lavoro materiale”<sup>31</sup>.

Assieme al modo di produzione, quindi, cambia anche la regolazione dei rapporti di lavoro, giacché ad una regolazione di diritto pubblico si sostituisce una regolazione di diritto privato. Il “diritto di libertà personale” affermatosi nell’Europa post-rivoluzionaria si traduce, così, in “proprietà della persona sulla propria forza lavoro”<sup>32</sup>.

### 3. *Il lavoro e la locazione*

Il lavoro viene, quindi, ricondotto al diritto dei contratti. Ma a quale contratto? Qual è, nell’Europa post-rivoluzionaria, la categoria maggiormente idonea a regolare il fenomeno della prestazione, in favore altrui, di un’attività lavorativa? A tal fine, la dottrina disponeva della distinzione fra contratti associativi (in cui le parti partecipano in maniera paritaria ad un’impresa o a un’attività) e contratti di scambio (nei quali “si esprime la contrapposizione di interessi e pretese dei lavoratori e dei datori”<sup>33</sup>).

---

<sup>31</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, I, p. 378.

<sup>32</sup> RENNER K., *op. loc. cit.* Ma tale libertà è, a ben vedere (come ricorda lo stesso Renner, e come si evidenzierà *infra*), funzionale al modo di produzione capitalista, giacché consente all’imprenditore di attingere in maniera libera, senza i vincoli del sistema corporativo, alla forza lavoro.

<sup>33</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., p.274.

## CAPITOLO I

Orbene, com'è risaputo, i rapporti (fra individui liberi ed eguali) aventi ad oggetto la prestazione di un'attività lavorativa vengono in un primo momento ricondotti allo schema locativo.

La 'giuridificazione' del rapporto di lavoro operata nel corso del XIX secolo, quindi, non si risolve nella creazione di una figura autonoma di 'contratto di lavoro', ma, rifacendosi alla tradizione "romanistica"<sup>34</sup>, riconduce i rapporti di lavoro nelle figure della *locatio operis* e della *locatio operarum*.

Così, nel *Code Napoléon*, la prestazione dell'attività lavorativa in favore di un soggetto è inserita nello schema della locazione di opere (*louage d'ouvrage et d'industrie*<sup>35</sup>, artt. 1708-1710 e 1779- 1780 del codice del 1804), il cui oggetto, non potendo coincidere, in una società di liberi individui, con la persona del lavoratore, è rappresentato dalle energie lavorative in sé considerate<sup>36</sup>.

Nell'ordinamento italiano, la libertà contrattuale nei rapporti di lavoro viene attuata inserendo i rapporti di lavoro nello schema della locazione (così l'art. 1625 del codice civile del 1865)<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Ma il termine è improprio, come si dirà fra non molto.

<sup>35</sup> In contrapposizione alla *louage des choses*.

<sup>36</sup> MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 86. 2000, II, 182.

<sup>37</sup> Analogamente il codice belga del 1804, il codice danese del 1896, il codice tedesco del 1896, la legge danese del 1878; in Inghilterra, poi, questo processo di affrancamento dei rapporti di lavoro dai vincoli del feudalesimo, si realizzò attraverso l'abrogazione del sistema delle *Master and servant laws*, nel 1875 (VENEZIANI B., *op. cit.*, pp. 51-52).

Come la più attenta dottrina ha osservato, tuttavia, il richiamo alla *locatio operarum* (quantomeno per quella che era la sua funzione 'originaria' nel diritto romano) strideva con la 'invenzione' del libero contratto come strumento di regolazione del rapporto di lavoro. Nel diritto romano, invero, la *locatio operarum*, rappresentando "un'estensione della *locatio servi*"<sup>38</sup>, attraverso la quale l'uomo libero locava sé, allo stesso modo in cui il padrone dà in locazione uno schiavo, si sostanzialmente in un'obbligazione di dare (e dunque, più brutalmente, di dare in affitto il proprio corpo) che mal si conciliava con la cultura borghese della libertà individuale.

In particolare, e nonostante l'opposta tesi (secondo cui già nel diritto classico giustiniano oggetto della *locatio operarum* sarebbe stata un'obbligazione di *facere*, una prestazione d'opera, e non una *res*, come nella *locatio servi*)<sup>39</sup>, la dottrina romanistica<sup>40</sup> ha ampiamente dimostrato l'unitarietà della figura della *locatio-conductio*, il cui tratto distintivo consisterebbe nella consegna della *res*: anche nella locazione delle opere, quindi, oggetto della locazione non sono le *operae* (e dunque un *facere*), ma la persona del locatore, anche se liberto o libero<sup>41</sup>. Nel diritto romano, in

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> DESCHAMPS A., *Sur l'expression « locare operas » et le travail comme objet de contrat à Rome*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pag. 157 e ss.; alla base di tale tesi, osserva Grandi, vi sarebbe il rilievo secondo cui la *locatio operarum* "sarebbe connessa all'uso di concedere le opere del liberto, non più considerabile come *res*, e all'estensione di tale uso alle opere dell'uomo libero": GRANDI M., *op. cit.*, p. 317.

<sup>40</sup> In particolare, lo studio di AMIRANTE L., *Ricerche in tema di locazione*, in *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, LXII, 1959, p.9.

<sup>41</sup> GRANDI M., *op. cit.*, p. 318.

definitiva, “è *locator chi loca se, o le sue operae, o il servum [...] o l’opus faciendum*”<sup>42</sup>.

Il richiamo allo schema locativo nella società post-corporativa, al contrario, aveva proprio il fine di fornire ai rapporti di lavoro un’architettura regolativa libera dai vincoli di subordinazione personale della società feudale (in tal senso non dissimile, come si è appena detto, dalla subordinazione personale del diritto romano).

La ‘liberalizzazione’ del lavoro (il superamento, cioè, della visione ‘reificante’ della persona che lavora) ha, in definitiva, determinato una “*deformazione della categoria romana della locatio operarum*”<sup>43</sup>, trasformando la *locatio hominis* in *locatio operarum*<sup>44</sup>.

### 3.1 *L’unitarietà della locatio-conductio nel diritto romano e le sue “mutazioni” nel diritto intermedio*

Per chiarire meglio il senso di tale “deformazione”, sia consentito un passo indietro nella storia: un passo a partire dal quale si tratterà un breve *excursus* di tale mutamento, attraversando il diritto romano e il diritto intermedio, per ritornare, infine, ai codici liberali.

---

<sup>42</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli, 1967, p. 83.

<sup>43</sup> MENGONI L., *op. ult. cit.*, p.181.

<sup>44</sup> GAETA L. - TESAURO P., *La subordinazione*, in GAETA L. - STOLFA F. - TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Tomo I, in *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, diretta da G. Giugni, UTET, Torino, 1993, p. 5.



La *locatio-conductio*, nel diritto romano, ha, quale tratto caratterizzante, l'attribuzione temporanea di un bene (cosa o persona) con obbligo di restituzione: la finalità perseguita (la ragione per la quale si loca) non si riverbera sul tipo negoziale<sup>45</sup>.

Come tipo negoziale, per così dire, 'onnicomprensivo', la *locatio-conductio* si distingue esclusivamente dall'*emptio-venditio*, nella quale la cessione non è temporanea, ma definitiva: la tripartizione fra *locatio rei*, *locatio operarum* e *locatio operis* (e, in particolare, la distinzione fra *locatio operarum* e *locatio operis*)<sup>46</sup> è frutto dell'elaborazione pandettistica, ma è del tutto sconosciuta al diritto romano<sup>47</sup>.

Così, quello che per la pandettistica sarebbe il tratto caratterizzante della *locatio operarum* (il godimento di energie lavorative messe a disposizione dal lavoratore), nel diritto romano può essere ricondotto all'interno della figura unitaria di *locatio-conductio*: come si è accennato *supra*, l'uomo libero che *locat se* mette a disposizione se stesso allo stesso modo in cui chi *locat servum* mette a disposizione il proprio schiavo. Le *operae* (*suae*, del libero, o *servi*, nella locazione dello schiavo) altro non sono che i *fructus* dello schiavo o del libero, allo stesso modo in cui chi *locat*

---

<sup>45</sup> Ricorre, infatti, la *locatio-conductio* quando si loca lo schiavo perché venga istruito o perché serva a bottega, o "quando si loca un'insula affinché venga costruita [o] data in fitto; quando il fondo è locato affinché sia coltivato e quando è locato affinché se ne godano i frutti": SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, pp. 78-79.

<sup>46</sup> Sulle quali v. *infra*.

<sup>47</sup> Come ha messo in luce la monografia di Spagnuolo Vigorita già citata. Ma v. anche GRANDI M., *op. cit.*, p. 318 e ss. e bibliografia *ivi* citata.

## CAPITOLO I

*fundum fruendum* mette a disposizione un fondo perché se ne godano i frutti<sup>48</sup>.

Analogamente, è sconosciuta al diritto romano la figura di *locatio operis* elaborata dalla pandettistica. I giuristi romani, in particolare, dapprima ricomprendono nella *locatio-conductio* il caso in cui sia locata una *res* materiale (con l'impegno di restituzione dell'*eadem res*<sup>49</sup> o di una *res eiusdem generis*<sup>50</sup>); con Labeone, cade il riferimento alla materiale esistenza della *res locata*, e si fa riferimento all'*opus locatum*. Quest'ultimo coincide con il *corpus perfectum*, ovvero con la cosa che il locatore consegna, come modificata dall'attività del conduttore: "non è affatto un qualunque «risultato» dell'attività lavorativa, pattuito beninteso insieme con questa [...] è la *res ideale*, che il locatore affida da fare al conduttore e che questi consegnerà, *perfecta*", al conduttore<sup>51</sup>.

Da questa brevissima digressione sulla *locatio-conductio* emerge, quindi, come, nel diritto romano, la distinzione fra *locatio operarum* e *locatio operis* non sia fondata, come avrebbero poi sostenuto i pandettisti, sulla diversità della prestazione dedotta in obbligazione (rispettivamente, la mera attività o un'attività comprensiva di un risultato), ma sulla diversità delle *res* dedotte: il corpo stesso del locatore di *operae* nella *locatio operarum*, l'*opus perfectum* che il conduttore consegnerà al locatore nella *locatio operis*.

---

<sup>48</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 80.

<sup>49</sup> Come la consegna di vesti perché siano lavate.

<sup>50</sup> Come la consegna di una quantità d'oro perché se ne facciano anelli.

<sup>51</sup> Nella consegna di una quantità d'oro, l'*opus perfectum* è rappresentato, quindi, dagli anelli: SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 80.

Nel diritto intermedio, tuttavia, la linearità della figura della *locatio-conductio* inizia a incrinarsi: nello suo schema causale viene, infatti, innestato l'elemento dell'*uti frui*, della dazione in godimento, sicché elemento distintivo della *locatio* inizia a divenire il *dare aliquid utendum*. Questo *aliquid*, a ben vedere, nella locazione delle opere continua ad essere la persona<sup>52</sup>: come per i giuristi romani, anche nel diritto intermedio oggetto della locazione (oggetto del godimento) è la persona, non le *operae*.

Ma l'elemento dell'*uti frui*, della dazione in godimento, introdotto dai giuristi intermedi, mal si concilia con la *locatio operis*, nella quale un soggetto si obbliga a *facere opus* e non a *dare (rem vel personam) utendum* (come nella *locatio rei* e nella *locatio operarum*).

La mancanza, nella *locatio operis*, di un *dare aliquid utendum* determinerà, così, la rottura dell'unitarietà della *locatio-conductio*: introdotto l'elemento dell'*uti frui* (ma non potendo ravvisarlo nella figura della *locatio operis*), infatti, i giuristi intermedi spezzeranno in due la nozione (fino ad allora) onnicomprensiva di *locatio-conductio* nel negozio in cui il locatore dà al conduttore "*aliquid vel utendum vel faciendum*"<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> La *res*, nel caso della locazione di cose.

<sup>53</sup> *Ivi*, pp. 86-87. Ma in tal modo si spezza anche la 'simmetria' fra le parti nella *locatio operarum* e *locatio operis*. Si inverte, cioè, il ruolo che, all'interno dei due 'sotto-tipi', svolgono il *locator* e il *conductor*. Nella *locatio operarum*, infatti, è *locator* il soggetto che svolge la '*prestazione caratteristica*' (che svolge attività lavorativa, locando sé) e riceve in cambio la *merces*, ed è *conductor* colui che riceve in godimento l'attività lavorativa del *locator*. Nella *locatio operis*, al contrario, la parte che svolge la prestazione caratteristica, che svolge l'attività lavorativa e riceve in cambio della *merces*, poiché si obbliga a un *facere* (e non a dare in godimento la propria *res* o la propria *persona*) è *conductor* e non *locator*.

## CAPITOLO I

L'unitarietà della *locatio-conductio* cessa, quindi, nel diritto intermedio, mentre prende forma la tripartizione della *locatio* (*rei*, *operarum* e *operis*). La locazione verrà, infatti, distinta:

1. Nel negozio in cui il locatore dà al conduttore *aliquid utendum* (e in tal caso l'*aliquid* è rappresentato da una cosa o da una persona, non dalle opere): *locatio rei* e *locatio operarum*.
2. Nel negozio in cui il locatore dà al conduttore *aliquid faciendum* (e in tal caso quell'*aliquid* è la *res* ideale che il conduttore renderà, attraverso la propria attività lavorativa, *opus perfectum*<sup>54</sup>): *locatio operis*.

### **3.2 La locazione nei codici liberali. In particolare, nel Code civil del 1804 e nel Codice italiano del 1865**

Nel periodo post-rivoluzionario la prestazione di lavoro viene, quindi, inquadrata all'interno della ("deformata" categoria romanistica della) *locatio operarum*, in contrapposizione alla (altrettanto 'distorta') *locatio operis*.

Il *Code Napoléon*, distaccandosi del tutto dalla tradizione romanistica, ricostruisce la *locatio* come "attribuzione in godimento delle operae, considerate in sé ovvero nel risultato che esse sono destinate a raggiungere"<sup>55</sup>: le opere, quindi, da *fructus* dell'oggetto

---

Mentre è *locator* chi affida al *conductor* l'*opus faciendum* affinché quest'ultimo la trasformi, attraverso la propria attività, in *opus perfectum*.

<sup>54</sup> V. *supra*.

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 88.

della locazione, divengono esse stesse oggetto della locazione. Viene, così, definitivamente abbandonata l'idea che oggetto della prestazione sia un *dare*<sup>56</sup>: inserito l'elemento dell'*uti frui* (della dazione in godimento) introdotto nel diritto intermedio, il codice civile francese ricostruisce la prestazione delle opere e la prestazione d'opera come un'obbligazione di *facere*.

In particolare, accanto al *louage des choses* (art. 1709), nel quale si innesta, come nel diritto intermedio, l'elemento della dazione in godimento di una cosa, il *louage d'ouvrage et d'industrie* (di cui agli artt. 1710 e 1779) viene ricostruito come il negozio con cui una parte si obbliga ad un *facere*, dietro pagamento della convenuta mercede.

Da qui una duplice rottura con la tradizione romanistica: per un verso, come si è diffusamente anticipato, la *locatio operarum* del codice civile francese ha ad oggetto le *operae*, l'attività del prestatore (e non più il suo corpo); per altro verso, la *locatio operis* subisce un radicale capovolgimento rispetto alla sua configurazione nel diritto romano.

E invero, da negozio nel quale il *locator* dà al *conductor* la materia dalla quale realizzare l'*opus perfectum*, anche la *locatio operis* è ricostruita come il negozio nel quale un soggetto dà in godimento la propria attività, il proprio lavoro<sup>57</sup>. Ma, così facendo, come detto, si realizza un'inversione, rispetto al diritto romano,

---

<sup>56</sup> Come detto, oggetto del *dare* nel diritto romano è una *res* (il *fundum*, o una *res* dalla quale il *conductor* "creerà" l'*opus perfectum*) o la persona, il corpo, del prestatore di opere.

<sup>57</sup> Con la differenza, rispetto alla *locatio operarum*, che oggetto della prestazione non è l'attività lavorativa per se stessa considerata, ma l'attività attraverso la quale si perviene al risultato dedotto in obbligazione: v. SPAGNUOLO VIGORITA L, *op. cit.*, pp. 89-90.

## CAPITOLO I

della qualificazione delle parti del negozio, giacché quello che era il *conductor*<sup>58</sup> diviene adesso il *locator* (colui che dà in locazione la propria attività in vista del risultato voluto dalla controparte, adesso *conductor*).

In tal modo, la nozione (unitaria, nel diritto romano) di *locatio-conductio* - scomposta nella tripartizione sopra ricordata<sup>59</sup>- si ricompone nella ricostruzione unitaria della locazione di opere: il codice del 1804, infatti, contempla due specie di locazione (art. 1708): il *louage des choses* e il *louage d'ouvrage et d'industrie*<sup>60</sup>. Quest'ultima diviene lo schema negoziale (ricomposto secondo nuovi criteri<sup>61</sup>) della prestazione di lavoro umano.

Tale processo, tuttavia, non è scevro di contraddizioni e ambiguità: da un lato, si risolve in un processo di oggettivazione del lavoro e dei rapporti di lavoro<sup>62</sup> che, però, riconduce allo schema locativo “*termini oggettivi diversi*”<sup>63</sup> (una *res* nel *louage des choses*, l'*aliquid faciendum* nel *louage d'ouvrage et d'industrie*);

---

<sup>58</sup> Come detto, colui che riceveva dal *locator aliquid faciendum* (v. *supra*, nt. 45).

<sup>59</sup> *Locatio rei, locatio operarum e locatio operis*.

<sup>60</sup> Il codice civile del Regno d'Italia del 1865, analogamente, stabiliva che “*il contratto di locazione ha per oggetto le cose e le opere*” (art. 1568), definendo la locazione delle opere come un contratto “*per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede*” (art. 1570).

<sup>61</sup> Giacché è ricomposta la simmetria fra i soggetti dello scambio: sia nella *locatio operarum* che nella *locatio operis*, infatti, è *locator* chi si impegna a un *facere*, chi presta la propria attività lavorativa (in sé considerata o comprensiva di un risultato); è *conductor* colui che utilizza tale attività, dietro pagamento della pattuita mercede.

<sup>62</sup> VENEZIANI B., *op. cit.*, p. 52, GRANDI M., *op. cit.*, p. 322.

<sup>63</sup> *Ivi*, p. 319.

dall'altro lato rimarrà ambigua la distinzione fra *locatio operis* e *locatio operarum* (fondata sulla distinzione fra la prestazione di una mera attività lavorativa e la prestazione di un'attività lavorativa in quanto produttiva di un risultato<sup>64</sup>).

Come si è anticipato, la *locatio* (come 'travisata' dalla pandettistica) è lo schema negoziale che meglio si concilia con l'idea borghese di autonomia dei singoli e libertà contrattuale: il rapporto di lavoro post-rivoluzionario è un rapporto paritario, fra individui eguali che liberamente hanno convenuto la prestazione di un'attività lavorativa dietro pagamento di una mercede.

L'operazione di riscrittura della locazione consente, infatti, "una moderata astrazione dell'attività lavorativa dalla persona"<sup>65</sup>: consente, cioè, coerentemente agli ideali affermatasi con l'illuminismo e incarnati nei codici liberali dell'Ottocento, di considerare oggetto del negozio non già la persona del lavoratore (come nel diritto romano), ma le opere, l'attività lavorativa messa a disposizione del datore di lavoro.

La fuga dallo *status* attraverso la riconduzione del lavoro nello schema locativo, si realizza, poi, nel divieto di costituire vincoli giuridici perpetui. L'art. 1780 del *code civil* stabiliva, infatti, che "on ne peut engager ses services qu'à terme ou pour une entreprise déterminée"<sup>66</sup>. In questo modo, i codici liberali sostituiscono un vincolo (quello di subordinazione personale, proprio dell'*ancien régime*) con un nuovo vincolo, il vincolo di durata, di necessaria

---

<sup>64</sup> V. anche *infra*.

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 330.

<sup>66</sup> Analoga previsione era contenuta nell'art. 1628 del codice del 1865, ai sensi del quale "Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa".

temporaneità dei rapporti di lavoro. Tale disciplina, come ha notato la dottrina, era “funzionale ad un’economia che esigeva mobilità nel mercato del lavoro”, ed evitava al tempo stesso che un lavoratore dovesse “soggiacere per un tempo eccessivamente lungo ad un regime salariale predeterminato”<sup>67</sup>.

### 3.2.1 Le sotto-categorie di locazione di opere

Analizzando un po’ più da vicino il *louage d’ouvrage et d’industrie*, va ricordato che l’art. 1779 del *code civil* del 1804 opera una tripartizione di tale categoria in *louage*

1. *des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ;*
2. *des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ;*
3. *des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés*<sup>68</sup>.

Come ha osservato Spagnuolo Vigorita, la categoria “*gens de travail*” farebbe riferimento a specifiche categorie sociali (quella

---

<sup>67</sup> VENEZIANI B., *op. cit.*, p. 52.

<sup>68</sup> Anche tale tripartizione, come è noto, sarà pedissequamente ripresa dall’art. 1627 del codice del 1865, ai sensi del quale le principali specie di locazione d’opera e d’industria sono “*quella per cui le persone obbligano la propria opera all’altrui servizio; quella de’ vetturini, sì per terra come per acqua, che s’incaricano del trasporto delle persone o delle cose; quella degli imprenditori di opere ad appalto o a cottimo*”.



dei domestici e degli operai<sup>69</sup>), sicché, a ben vedere, non è possibile individuare, in tale tripartizione, una figura (generale) di *locator operarum*, se non “per contrapposizione alternativa rispetto al *cd. locator operis*”<sup>70</sup> di cui all’art. 1779 n. 3.

Si è già detto, inoltre, che, attraverso l’uso dello schema locativo in generale (e attraverso tale tripartizione in particolare), il codice borghese “liberava” il *locator operarum* e il *locator operis* dalla disciplina vincolistica delle corporazioni. A ciò va, ora, aggiunto, che, a ben vedere, dietro tale ‘comune’ liberazione si cela soprattutto la possibilità, per il *locator operis*<sup>71</sup>, di “liberamente utilizzare l’attività di lavoro del *cd. locator operarum*”<sup>72</sup>: la rottura con l’*ancien régime*, con le sue gerarchie e con i suoi vincoli, cioè, se è, in un certo senso, accidentale per il *locator operarum*, consente all’imprenditore il libero utilizzo della forza lavoro attraverso il suo libero reperimento nel mercato del lavoro<sup>73</sup>.

### ***3.3 La regolazione dei rapporti di lavoro nel BGB tedesco e in Inghilterra***

---

<sup>69</sup> La Sezione I (Capitolo III del Libro III) del *code civil* (art. 1780 e ss.), invero, reca il titolo “*Du louage des domestiques et ouvriers*” .

<sup>70</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L, *op. cit.*, p.93.

<sup>71</sup> L’*entrepreneurs*, l’imprenditore, di cui agli art. 1779 del *code civil* e 1627 del codice civile.

<sup>72</sup> L’*ouvrier* della rubrica della Sez.I del codice napoleonico, come nota SPAGNUOLO VIGORITA (categoria alla quale, tuttavia, non fa riferimento il codice italiano).

<sup>73</sup> Su questo aspetto v. anche *infra*.

## CAPITOLO I

Richiamate, seppur sommariamente, le caratteristiche principali della regolazione dei rapporti di lavoro nel *code Napoléon* e nel codice del Regno d'Italia, una breve digressione va, adesso, abbozzata (per le differenze che si registrano, rispetto alla codificazione francese), con riferimento ai rapporti di lavoro nel codice tedesco e in Inghilterra.

Se, infatti, nel corso dell'Ottocento, domina l'idea della locazione come attribuzione temporanea di una *res* materiale o delle opere (come detto, delle opere in sé considerate o in quanto produttive di un risultato), alla fine del secolo il BGB tedesco opererà una soluzione di continuità: il codice del 1896, invero, non adotta la tripartizione pandettistica della locazione in *locatio rei, operarum* e *operis* e, a differenza del codice francese e di quello italiano, disciplina separatamente "la locazione di cose (Miete) e le figure distinte del « contratto di servizio » (Dienstvertrag) e del « contratto d'opera » (Werkvertrag), che non riflettono la nota distinzione tra *locatio operarum* e *locatio operis*"<sup>74</sup>. Viene, così, rifiutata l'assimilazione della locazione di opere alla locazione di cose, "sulla base del rilievo [...] per cui è inconcepibile, nella locazione di lavoro, un trasferimento d'uso di energie lavorative nel patrimonio del conduttore [...] a meno di non intendere il diritto d'uso trasferito sulla persona stessa del locatore"<sup>75</sup>.

Quello tedesco rappresenta, così, il primo tentativo di sganciare i rapporti di lavoro dagli schemi patrimonialistici della locazione e dai contratti di scambio (Gierke), e di regolare il lavoro

---

<sup>74</sup> GRANDI M., *op. cit.*, p. 320.

<sup>75</sup> *Ivi*, p. 321.

non già alla luce delle categorie dell' avere, ma come attività nella quale è implicato l' essere del lavoratore (Lotmar)<sup>76</sup>.

Quanto all'Inghilterra, il passaggio dallo *status* al contratto si realizza a metà Ottocento, con l'abolizione del sistema di *Master and servant laws*<sup>77</sup> e con la configurazione del *contract of employment* quale contratto col quale il lavoratore presta un "servizio esclusivo" in favore del datore di lavoro, che sul primo esercita "un potere di «coercizione»"<sup>78</sup>.

Nei paesi di *common law*, tuttavia, in assenza di codificazione, non penetra la riconduzione (propria dei codici continentali<sup>79</sup>) del rapporto di lavoro nello schema patrimoniale della locazione, ma si continua a considerarlo appartenente alla "sfera del diritto della persona"<sup>80</sup>, mentre prevale un approccio di tipo casistico, favorito, a sua volta, da una legislazione - altrettanto casistica - in cui non si rinviene una definizione, per così dire, 'astratta', unitaria e onnicomprensiva, di lavoratore, ma il riferimento a particolari industrie e a particolari classi di lavoratori<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> Per i riferimenti alla dottrina tedesca v. GRANDI M., *op. cit.*, p.p 321- 322, note 43-46.

<sup>77</sup> V. *supra*.

<sup>78</sup> VENEZIANI B., *op. cit.*, p. 56.

<sup>79</sup> Con la parziale eccezione, come si è appena visto, del BGB tedesco.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

*4. Funzioni e finzioni della libertà contrattuale nei codici borghesi.*

Da quanto si è finora osservato, emerge che la libertà contrattuale borghese non è altro che una chimera, almeno dal punto di vista del prestatore.

Se, come detto, l'imprenditore viene liberato dalle ipoteche del sistema corporativo, lo stesso non può dirsi per il lavoratore: *"La nuova «libertà» non liberava il lavoratore da un sistema di rapporti di lavoro sostanzialmente oppressivi"*<sup>82</sup>.

La costruzione borghese dei rapporti di lavoro non si fonda, invero, sul lavoro, ma *"sulla proprietà come «istituzione naturale» e «individualizzata», che svela(va) la sua intrinseca natura di fonte del potere sociale"*<sup>83</sup>. Superata la regolamentazione di diritto reale propria del diritto romano (e, in termini diversi, del sistema corporativo) in favore di una regolamentazione del lavoro fondata sul diritto delle obbligazioni, l'istituto della proprietà rimane, invero, centrale: la proprietà, infatti, *"ha perduto la sua diretta signoria giuridica sull'uomo lavoratore ma non per questo nel lavoratore è venuta meno la condizione di dipendenza dalla proprietà"*<sup>84</sup>. Sciolti i vincoli feudali (e il vincolo di soggezione personale che legava il lavoratore al datore, al *master*), fonte del "potere sociale", nella società borghese della rivoluzione industriale, è la proprietà sui mezzi di produzione. La proprietà (per così dire, "diretta") sui mezzi di produzione (necessari ai lavoratori per lavorare e vivere)

---

<sup>82</sup> *Ivi*, p. 57.

<sup>83</sup> *Ibidem*, e bibliografia *ivi* citata.

<sup>84</sup> SINZHEIMER H., *op. cit.*, p. 219.

si risolve, quindi, in una proprietà (indiretta, perché mediata dalla finzione del libero contratto) sui lavoratori: *“La signoria sulle cose [...] genera il potere di comandare alle persone”*<sup>85</sup>. In altri termini, attraverso la riconduzione dei rapporti di lavoro (le opere) nello schema della locazione, è possibile regolare il lavoro senza dover *“ricorrere al concetto di uso del corpo umano”*<sup>86</sup>, senza dover considerare la persona del lavoratore come *res*, come oggetto della locazione. E tuttavia, mentre nella *locatio rei*, il conduttore realizza il proprio interesse attraverso il possesso, il dominio, sulla cosa locata, nella locazione delle opere, in cui oggetto della locazione è l'attività, le *operae*, prestate dal locatore in favore del conduttore, non è sufficiente a soddisfare l'interesse del conduttore la mera (passiva) messa a disposizione della propria attività, ed è *“necessario costruire una struttura giuridica più complessa e articolata, idonea a rendere governabile o perlomeno possibile l'organizzazione della produzione capitalistica”*<sup>87</sup>: occorre, cioè, che il lavoratore non si limiti a prestare la propria attività lavorativa, ma lo faccia in una condizione di *“soggezione giuridica a cui corrisponde una posizione di comando”*<sup>88</sup>.

Dietro la formale uguaglianza fra datore di lavoro e lavoratore, aleggia, così, lo spettro della subordinazione, portando a galla le intrinseche contraddizioni dell'idea di libertà contrattuale e di uguaglianza dei codici liberali e della ricostruzione dei rapporti di lavoro all'interno dello schema

---

<sup>85</sup> RENNER K., *op. cit.*, p.88.

<sup>86</sup> ROMAGNOLI U., *L'amarcord del diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1982, III, p. 408.

<sup>87</sup> *Ivi*, p. 409.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

## CAPITOLO I

locativo. Solo nella *locatio rei* è, invero, possibile rinvenire un "rapporto di uguaglianza fra merce e prezzo"<sup>89</sup>. Non nella *locatio operarum*, non nella nuova organizzazione del lavoro derivante dalla rivoluzione industriale, dove invece i rapporti di lavoro, intrisi di subordinazione, si configurano, in un certo senso, ancora come *status*, più che come liberi rapporti fra soggetti uguali<sup>90</sup>.

La subordinazione 'borghese' si sviluppa, in particolare, con lo sviluppo della grande impresa manifatturiera, all'interno della quale l'imprenditore è *dominus* dei fattori di produzione, compreso il fattore lavoro; la libertà contrattuale dei codici dell'Ottocento, quindi, "viene garantita nel traffico commerciale, ma lo è solo formalmente in quello dei rapporti di lavoro"<sup>91</sup>.

Nei rapporti di lavoro, invero, l'autonomia contrattuale è garantita, per così dire, in senso 'orizzontale', fra gli imprenditori, non in verticale, fra datore di lavoro e lavoratore. Se si pensa, infatti, al sopra ricordato divieto di costituire rapporti di lavoro a tempo indeterminato (art. 1780 del *code civil* e art. 1628 del codice italiano), sembra emergere, ad una lettura più 'smaliziata' della norma, che il senso di tale divieto, più che fondarsi sulla necessità di liberare gli individui (i lavoratori) dal vincolo di subordinazione personale della società feudale<sup>92</sup>, poggi in realtà su un'altra ragione, più commerciale che 'lavoristica': sulla volontà di assicurare a tutti gli imprenditori il libero e

---

<sup>89</sup> VENEZIANI B., *op. cit.*, p. 59.

<sup>90</sup> Su tali aspetti v. anche cap. III.

<sup>91</sup> *Ivi*, p. 57.

<sup>92</sup> È, questa, un'osservazione che ricorre diffusamente nella letteratura sull'argomento e, tuttavia, da ridimensionare, alla luce delle considerazioni sopra riportate.

‘paritario’ accesso alla manodopera, di assicurare un certo ‘dinamismo’ nel mercato del lavoro, evitando, attraverso la costituzione di vincoli perpetui, la sclerotizzazione dell'offerta di lavoro.

*5. La giuridificazione dei rapporti di lavoro fra Ottocento e Novecento: verso il contratto di lavoro*

Dietro il velo della libertà contrattuale, dietro gli ideali rivoluzionari di libertà e uguaglianza, si cela, quindi, la realtà delle fabbriche. E invero, i rapporti di lavoro, pur inquadrati nello schema locativo e in un'ottica di parità fra le parti contrattuali, si fondano, nei fatti, sull'incontestabile arbitrio dell'imprenditore e sulla dipendenza economico-sociale dei lavoratori<sup>93</sup>.

Nella società della rivoluzione industriale "gli uomini - che dispongono soltanto delle proprie energie lavorative, e devono impiegarle giorno per giorno onde ottenere la retribuzione indispensabile per sopperire ai bisogni di vita propri e della famiglia, ma anche per realizzare le proprie personalità e professionalità - si trovano a dipendere dalle iniziative e dalle decisioni dei datori privati e pubblici"<sup>94</sup>, in una condizione di "soggezione", in una "inesorabile situazione di inferiorità e debolezza"<sup>95</sup> che, come si diceva, rimane più vicina allo *status* che non al contratto.

---

<sup>93</sup> Sul piano del diritto essi si fonderanno, come si vedrà, sull'esercizio del potere direttivo, gerarchico e disciplinare dell'imprenditore, e sulla conseguente condizione di subordinazione del lavoratore.

<sup>94</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, cit., p. 379.

<sup>95</sup> *Ivi*, p. 380.

## CAPITOLO I

La necessità di lavorare per vivere (dalla quale germina la condizione di subordinazione dei lavoratori) determina, come è noto, condizioni di sfruttamento dei lavoratori e delle loro energie lavorative: retribuzioni inadeguate, pesanti orari di lavoro, sfruttamento del lavoro delle donne e dei fanciulli, disinteresse per le condizioni di sicurezza nei luoghi di lavoro. In questo quadro di incontrollati sfruttamento e soggezione dei lavoratori, la costruzione contrattualistica mostra le sue incongruenze, la sua inadeguatezza regolativa.

Come rileva Scognamiglio, *"il vincolo della subordinazione genera [e al contempo, come si è detto, è generato da] una pesante condizione di inferiorità e debolezza del prestatore che impegna nell'attività lavorativa i valori essenziali, economici, professionali e personali, della sua vita"*<sup>96</sup>.

Dinanzi all'inadeguatezza della libertà contrattuale a regolare il fenomeno del lavoro nelle fabbriche<sup>97</sup>, a cavallo fra il XIX e il XX secolo nasce, sia pur nella forma embrionale<sup>98</sup> della

---

<sup>96</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, II, p. 275.

<sup>97</sup> Come ha sottolineato la dottrina (SCOGNAMIGLIO R., *op. loc. ult. cit.*), *"l'autonomia contrattuale dei soggetti del rapporto non appare in grado di assolvere alla funzione autoregolamentazione dei privati interessi"* e, piuttosto, concorre ad aggravare la condizione di subordinazione. Ciò, tuttavia, non deve stupire, se si accede alla lettura (sopra riportata e definita) 'smaliziata' della libertà contrattuale nei rapporti di lavoro post-rivoluzionari. Tale libertà, se determina la liberazione degli imprenditori dai vincoli del sistema corporativo (che possono, così, liberamente accedere e attingere al mercato del lavoro secondo i bisogni della produzione), non affranca di certo (o, quantomeno, non del tutto) i lavoratori dai vincoli di subordinazione del sistema feudale.

<sup>98</sup> Di *"leggine sociali"* parla PERA G., *Rileggendo il Contratto di lavoro (1915- 17) di Ludovico Barassi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, I, p. 4.



legislazione sociale protettiva, il diritto del lavoro, il diritto che "non si accontenta dell'eguaglianza formale dei soggetti"<sup>99</sup>.

La realtà dello sfruttamento e della subordinazione nelle fabbriche, delle rivendicazioni del movimento operaio, del resto, non può più essere ignorata, ed impone la necessità di assicurare "effettive<sup>100</sup> condizioni di eguaglianza, libertà e dignità dei lavoratori, sottraendoli al prepotere e agli abusi dei datori di lavoro"<sup>101</sup>.

Questa fase "reattiva" della storia dei rapporti di lavoro segna l'avvio della loro "giuridificazione"<sup>102</sup> ad opera di tre fattori (legge, autonomia collettiva e giurisprudenza<sup>103</sup>) e della nascita del contratto di lavoro come figura autonoma rispetto alla locazione.

Come ha sottolineato la dottrina, infatti, legge e contrattazione collettiva rappresentano "fattori costitutivi del diritto del lavoro"<sup>104</sup>, gli strumenti attraverso i quali nasce e prende forma il diritto del lavoro delle origini.

Quanto alla prima, l'intervento del legislatore mira, in questa fase embrionale del diritto del lavoro, a correggere i casi più 'vistosi' di disparità e sfruttamento di una delle parti in danno

---

<sup>99</sup> SINZHEIMER H., *op. cit.*, p. 221.

<sup>100</sup> O, se non altro, minime.

<sup>101</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, cit., p. 380.

<sup>102</sup> SIMTIS S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1986, p. 224.

<sup>103</sup> Sulla "giustizializzazione" dei rapporti di lavoro v. *infra*.

<sup>104</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., p. 276.

## CAPITOLO I

dell'altra, nei quali si manifesta un "eccezionale bisogno"<sup>105</sup> della protezione della legge; tale esigenza viene perseguita attraverso l'intervento di un 'terzo incomodo' (lo Stato) in rapporti che, secondo la visione borghese dell'economia e del lavoro contenuta nei codici liberali, avrebbero dovuto essere regolati esclusivamente dall'autonomia delle parti.

I rapporti di lavoro divengono, così, permeabili all'intervento normativo (sia pur 'avaro' e, per molti aspetti, inefficace<sup>106</sup>) dello Stato che, in tal modo, impone una regolamentazione eteronoma a rapporti prima lasciati alla libera iniziativa delle parti<sup>107</sup> (o, *rectius*, all'arbitrio incontrollato di una delle parti).

L'intervento della legge di risposta alla "questione sociale" si sostanzierà, così, nella tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli, nella riduzione dell'orario di lavoro, nell'introduzione di disposizioni a tutela della sicurezza dei lavoratori<sup>108</sup>: in misure

---

<sup>105</sup> KAHN - FREUND O., *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 53.

<sup>106</sup> Così Romagnoli sulla legislazione sociale italiana a cavallo fra Otto e Novecento: 1893-1993: *i proibiviri industriali avrebbero cent'anni*, in *Lavoro e diritto*, 1993, III, p. 409.

<sup>107</sup> Cfr. SIMITIS S., *op. cit.*, p. 228.

<sup>108</sup> Così, in Italia, a cavallo fra il XIX e il XX secolo, nasce e si sviluppa la legislazione sociale protettiva: vennero emanate le leggi 3657/1886 e 242/1902, sulla tutela del lavoro dei fanciulli, la legge 80/1898 sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro, le leggi 489/ 1907 e 520/1910 sulla costituzione della cassa nazionale di maternità, la legge 377/1907 sul riposo settimanale e festivo, la legge 473/1925, sulla limitazione dell'orario di lavoro per gli operai e gli impiegati delle aziende industriali e commerciali. L'intervento protettivo del legislatore, avviato alla fine del XIX secolo, prosegue anche nel ventennio fascista, con l'emanazione della legge 370/1934 (in materia di riposo settimanale e domenicale), della legge 653/1934 (in materia di tutela

protettive volte a preservare la “*dimensione umana*”<sup>109</sup> nella quale è radicata la prestazione di lavoro.

L'individuo nudo, astratto e uguale, della rivoluzione francese, veste ora i panni dell'operaio: “*Il citoyen viene definitivamente soppiantato dall'employeur e dal travailleur*”<sup>110</sup>.

La regolamentazione formale e astratta, indifferente alle reali differenze fra le parti contrattuali, dei codici dell'Ottocento, si arricchisce, dunque, di elementi ‘differenziali’, volti a tutelare la parte debole del rapporto: attraverso l'intervento protettivo e inderogabile della legge, alla regolazione dei rapporti di lavoro (che i codici borghesi avevano innestato esclusivamente nel diritto delle obbligazioni) si aggiunge, così, una ‘nota’ di protezione.

Si aggiunge, ma non si sostituisce: la valorizzazione della dimensione umana e sociale coinvolta nel rapporto di lavoro non soppianta (ma coesiste con) la concezione ‘mercantilistica’ dello

---

del lavoro delle donne e dei fanciulli), del r.d.l. 1765/1935 sulle assicurazioni obbligatorie contro gli infortuni, del r.d.l. 1827/1935 in materia di previdenza sociale (cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Rapporto di lavoro e contratto*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, 3, pp. 680-681). In altri paesi d'Europa, ove il sistema industriale si è sviluppato più precocemente che in Italia, la legislazione sociale risale già alla prima metà del XIX secolo (al 1833 in Inghilterra, con il primo *Factory Act* sul lavoro dei fanciulli e dei giovani nell'industria, al 1841 in Francia): cfr. GIUGNI G., *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1979, I, p.11., KAHN - FREUND O., *op. cit.*, p.59.

<sup>109</sup> SINZHEIMER H., *op. cit.*, p.222.

<sup>110</sup> SIMITIS S., *op. cit.*, p. 233.

stesso<sup>111</sup>. Se, infatti, lo schema della *locatio operarum*, inizialmente pensato per il domestico e l'operaio a giornata, mostra i suoi limiti con riferimento alla regolazione del lavoro dell'operaio della grande industria, con la legislazione protettiva il legislatore interviene esclusivamente sugli effetti (correggendo solo le iniquità più evidenti del rapporto di lavoro), ma non sulla fattispecie, che, in questa fase, rimane pur sempre quella della *locatio*<sup>112</sup>. Detto da un'altra angolazione, la legislazione sociale protettiva non mutò da sé sola la costruzione scientifica del lavoro: “le leggi sociali avevano una natura giuridica pubblicistica[...]; erano transitorie e, pertanto, non potevano incidere sulla ‘vita lenta’, quella ‘vera’ del diritto privato”<sup>113</sup>.

Come detto, la “giuridificazione” non si è limitata alla produzione legislativa di norme di tutela della condizioni di lavoro: un ruolo fondamentale ha, infatti, giocato l'autonomia collettiva che, attraverso lo sciopero e il contratto collettivo, ha rappresentato un indispensabile strumento di contrasto alle disuguaglianze sostanziali che si celavano dietro l'apparente uguaglianza contrattuale delle parti.

La progressiva abolizione dei divieti di coalizione e di sciopero (ad opera, nell'ordinamento liberale italiano, del codice Zanardelli) ha legittimato, infatti, il ricorso allo sciopero quale

---

<sup>111</sup> Cfr. GRANDI M., *op. cit.*, p. 330. Il diritto del lavoro, come è stato più volte evidenziato dalla dottrina, nasce nella scomoda posizione di un diritto “a cavalcioni” (ROMAGNOLI U., *Un diritto a misura d'uomo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1989, I-IV, p. 289), di “equilibrio instabile” (MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, *cit.*, p. 420) fra il diritto dei beni e quello delle persone.

<sup>112</sup> Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, pp. 105-106 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>113</sup> CAZZETTA G., *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, XVII, p. 165.

fondamentale *“strumento di pressione”* finalizzato ad una *“codeterminazione più equilibrata delle condizioni di lavoro”*<sup>114</sup> e, favorendo l'associazionismo operaio, ha consentito *“il recupero di potere contrattuale dei lavoratori nella forma del mercato collettivo”*<sup>115</sup>. Legge e contrattazione collettiva, dunque, hanno operato come fattori di riequilibrio di un rapporto che, dietro la finzione contrattuale liberale, era del tutto sbilanciato a scapito del lavoratore. Ma, come si è anticipato, non è questa l'unica direttrice lungo la quale si è mossa la giuridificazione dei rapporti di lavoro: è, infatti, grazie alla *“azionabilità effettiva dei diritti del lavoratore”*<sup>116</sup> che il neonato diritto del lavoro prende vita; ed è attraverso il contributo della giurisprudenza, attraverso la *“giustizializzazione”*<sup>117</sup>, che il diritto del lavoro, prende forma.

Limitando l'analisi all'ordinamento italiano, si pensi alla l. 295/1893, con la quale è stato istituito il collegio dei *“probiviri industriali”*, organismo paritetico ed elettivo di composizione dei conflitti fra operai e industriali.

Per un verso, la magistratura probivirale è stata istituita con l'intento (invero 'utopistico') di frenare la tendenza dei lavoratori a coalizzarsi e di stemperare, di disinnescare il conflitto sociale, prevenendo *“la degenerazione delle liti da individuali in collettive e*

---

<sup>114</sup> CASTELVETRI L., *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 305.

<sup>115</sup> MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, cit., p. 182.

<sup>116</sup> GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1986, 30, p. 322.

<sup>117</sup> SIMITIS S., *op. cit.*, p. 228.

## CAPITOLO I

*quella degli scioperi in vero e proprio scontro di classe*<sup>118</sup>: inserendo il conflitto fra capitale e lavoro *“all'interno dell'involucro della pubblica amministrazione”*, attraverso la *“mediazione dentro lo Stato”*<sup>119</sup>, i collegi probivirali avrebbero svolto una funzione *“pacificatrice”*<sup>120</sup> dei contrapposti interessi, dagli stessi rappresentati e ‘sublimati’.

Per altro verso, i probiviri avrebbero svolto un rilevante ruolo di supplenza in una fase in cui stentava ad affermarsi una regolazione legislativa autonoma del contratto individuale di lavoro<sup>121</sup>. Attraverso la leva dell'art.1124 c.c., attraverso il ricorso agli usi, alla buona fede e all'equità, infatti, i probiviri avrebbero arricchito di contenuti il rapporto di lavoro, in un ordinamento che definiva il tipo contrattuale (artt. 1570 e 1627 del codice del 1865) senza tuttavia regolarlo<sup>122</sup>: operando, così, come la ‘levatrice’ di un diritto del lavoro che travagliosamente cercava di venire alla luce o, secondo una celebre e più opportuna similitudine, come

---

<sup>118</sup> CASTELVETRI L., *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, in PERSIANI M. (a cura di) *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da PERSIANI M. e CARINCI F., Cedam, Padova, 2011, p.19.

<sup>119</sup> ROMAGNOLI U., *1893-1993: i probiviri industriali avrebbero cent'anni*, cit., p.410.

<sup>120</sup> CAZZETTA G., *op. cit.*, p.208.; sull'inadeguatezza dei collegi probivirali a funzionare come istanze di mediazione pacificatrice del conflitto collettivo cfr. PASSANITI P., *Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano, 2006, pp.356-369. Cfr. anche CASTELVETRI L., *Il diritto del lavoro delle origini*. Cit., p. 188.

<sup>121</sup> MAZZOTTA O., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, 1, p.221.

<sup>122</sup> Una situazione in un certo senso speculare a quella attuale, in cui il legislatore, al contrario, non definisce il tipo contrattuale (come è noto, l'art. 2094 c.c. definisce il prestatore d'opera), ma regola il rapporto: ma sul punto v. *amplius* cap.II.

*“raddomanti di Stato”*<sup>123</sup> alla ricerca di una *“vena d'acqua vigorosa che stenta ad aprirsi la via traverso la crosta terrestre e si manifesta qua e là in sottili spruzzi e zampilli”*<sup>124</sup>.

Dall'*excursus* sopra tratteggiato, dunque, emerge come, attraverso l'operare di questi fattori di giuridificazione (la legislazione sociale, il contratto collettivo e la “giustizializzazione”), “ricondotti ad unità dalla scienza giuridica”, si sia formato l'embrione (o, per meglio dire, si sia formata la “coscienza di identità”<sup>125</sup>) di ciò che diventerà il diritto del lavoro.

Parallelamente, a cavallo fra il XIX e il XX secolo, il contratto di lavoro<sup>126</sup> si autonomizza dallo schema locativo, in cerca di una propria identità. Il primo Novecento europeo, in effetti, è segnato, come ricorda Veneziani, da numerose leggi e progetti di legge sul contratto di lavoro<sup>127</sup> e da correnti dottrinali

---

<sup>123</sup> ROMAGNOLI U., *Un giurista liberal-democratico e il diritto dei probiviri*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1985, I, p. 52; ID., 1893-1993: *i probiviri industriali avrebbero cent'anni*, cit., p.415.

<sup>124</sup> CARNELUTTI F., *Infortuni sul lavoro. Studi*, I, Athenaeum, Roma, 1913, p. XII.

<sup>125</sup> Cfr., anche sugli studi di T. Mayer Maly, CAZZETTA G., *op. cit.*, pp.159-161.

<sup>126</sup> O, *rectius*, il contratto che ha ad oggetto il lavoro umano (posto che, in questa fase, non esiste ancora un contratto di lavoro come tipo contrattuale distinto dalla locazione).

<sup>127</sup> In primo luogo il codice tedesco del 1896 (ed i progetti di modifica del 1913, 1919 e 1938) che, come sopra evidenziato, per primo in Europa, si distacca dallo schema pandettistico della locazione ‘tripartita’; il progetto italiano (il progetto Cocco-Ortu e Baccelli) del 1902, la legge sul lavoro nelle risaie del 1907 e la legge sul contratto di impiego privato del 1924; in Francia il *Code du travail* del 1910; la legge belga del 10 marzo del 1900 e la legge del 7 agosto 1922 sul contratto di impiego privato; le leggi lussemburghesi del 31 ottobre 1919 e del 7 giugno 1937; la legge olandese del 13 luglio 1907; il rapporto della Commissione

che sostenevano la necessità di codificare un diritto operaio, quale disciplina autonoma rispetto al diritto privato dei borghesi.

Questa fondamentale fase di transizione, in cui il contratto e il diritto del lavoro iniziano a rivendicare la propria autonomia e la propria identità, merita un ulteriore approfondimento. Si prediligerà, tuttavia, una prospettiva 'nazionale', dalla quale mettere meglio a fuoco questo passaggio (una prospettiva più ampia, 'europea', rischierebbe, se non altro, di eccedere in vaghezza).

Limitandoci all'esperienza italiana, nei prossimi paragrafi si analizzeranno, quindi, le proposte del cd. socialismo giuridico, per arrivare, poi, alla celebre sistemazione della materia compiuta da Ludovico Barassi. L'ultimo paragrafo, analizzando la ricostruzione barassiana, farà, così, da 'cerniera' fra la (rapida) ricostruzione storica di queste pagine e il capitolo seguente, nel quale verrà analizzata la funzione del contratto individuale di lavoro come fattispecie costitutiva del rapporto e come fonte di regolazione dello stesso (e nel quale ci si soffermerà sul significato e la funzione che la subordinazione ha assunto nel nostro ordinamento, anche in seguito alle opzioni ricostruttive di Barassi).

*6. Legislazione sociale e contratto di lavoro nell'ordinamento italiano: dal cd. "socialismo giuridico"...*

---

danese del 1910 e le leggi del 6 maggio 1921 e del 13 aprile 1938 (cfr. VENEZIANI B., *op. cit.*, p.64).



Come si è sopra ricordato, la regolazione dei rapporti di lavoro entro lo schema della locazione si dimostra del tutto inadeguata rispetto alle nuove e drammatiche questioni emerse nella società industriale.

Anche in Italia, alla fine del XIX secolo, si sviluppa una corrente fortemente critica verso l'individualismo dei codici borghesi e verso la scarna disciplina del codice del 1865, ritenuta del tutto insufficiente a regolare la realtà del lavoro nelle fabbriche.

Tale corrente, come è noto, è stata etichettata "socialismo giuridico". E tuttavia, quest'ultima definizione è impropria per un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo perché al suo interno vengono collocate, appiattendole, posizioni dottrinali piuttosto diversificate e variegate, sicché è arbitrario ricondurle nell'ambito di una medesima corrente (se non per contrapposizione rispetto alla corrente conservatrice, di cui si dirà *infra*). In secondo luogo perché ciò che in Italia viene definito socialismo giuridico ha, a ben vedere, ben poco in comune con il socialismo mengeriano: *"l'aspirazione di realizzare, attraverso l'adattamento del diritto, l'eliminazione delle disuguaglianze sociali ricorre spesso sovrapposto o confuso con l'altra e non omogenea aspirazione di razionalizzare l'ordinamento giuridico in funzione genericamente solidaristica e di pacificazione sociale"*<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> CASTELVETRI L., *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, 1, p.284; a sua volta, il socialismo giuridico di Menger, e la sua aspirazione a *"trasformare le idee socialiste in concetti giuridici"*, hanno ben poco in comune con il socialismo e, anzi, furono oggetto della critica marxista di fine Ottocento: il socialismo dei giuristi, in fin dei conti, rappresentava una soluzione tutto sommato 'borghese' allo sfruttamento della classe operaia nelle fabbriche (cfr. *Ivi*, pp. 247-248 e bibliografia riportata), una

## CAPITOLO I

Ad ogni modo, il dato che accomuna i “giussocialisti”<sup>129</sup> italiani è quello di avere, se non proprio “*inventato il diritto del lavoro*”, quanto meno quello di aver sottolineato l'esigenza di una normativa speciale e differenziata (rispetto alla disciplina privatistica) dei rapporti di lavoro<sup>130</sup>: alla 'frigidità sociale' (per riprendere, in tutt'altro contesto, la nota espressione manciniana) del codice del 1865, all'indifferenza di un codice borghese 'atavico', avulso dalla realtà dei bisogni sociali e dal drammatico conflitto fra capitale e lavoro, contrappongono un diritto nuovo, un diritto sensibile alle disuguaglianze fra le classi, un diritto del quale, peraltro, già esisteva una forma embrionale (la legislazione sociale). Alla fattispecie pandettistica della *locatio operarum* vogliono sostituire una nuova fattispecie, nella quale rientri non tanto la “*posizione contrattuale del lavoratore*” (la promessa di una mera attività, in contrapposizione alla promessa di un'attività produttiva di un risultato della *locatio operis*), quanto un dato proveniente dal contesto economico-sociale (la debolezza, il bisogno di protezione del prestatore): alla *locatio operarum* deve sostituirsi un'autonoma figura di contratto di lavoro<sup>131</sup>.

Così, Tartufari sottolinea che l'implicazione della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro non consente la regolazione

---

soluzione certamente non eversiva, ma piuttosto 'pallida' e 'innocua': così GROSSI P., *Pagina introduttiva*, in *Quaderni fiorentini*, 1974-75, III-IV, p. 2.

<sup>129</sup> Fermi restando i superiori rilievi in ordine all'inadeguatezza dell'etichetta “socialismo giuridico”, ad essa si fa riferimento nel testo per ragioni di semplicità espositiva.

<sup>130</sup> CASTELVETRI L., *op. ult. cit.*, p. 284; la letteratura prebarassiana esprime, secondo Cazzetta, “*più una confusa esigenza di un discorso giuslavoristico che il tentativo di porvi fondamento*” (*op. cit.*, p.227)

<sup>131</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, pp. 106- 109.

dello stesso all'interno dello schema locativo, ma richiede uno specifico intervento del legislatore nel senso della codificazione del contratto di lavoro<sup>132</sup>; l'opposizione all'individualismo del codice<sup>133</sup> si sostanzia, in Vadalà-Papale, nella proposta di far fondare una nuova fattispecie, nella quale innestare il dato della subordinazione nelle fabbriche, il lavoro operaio (mutando, cioè, l'oggetto del contratto e codificando, in tal modo, la figura dell'operaio).

Con Cimbali (uno dei più illustri esponenti del movimento, sostenitore dell'introduzione di un codice "privato-sociale", di una normativa che raccogliesse le istanze di mutamento sorte nella mutata realtà della società industriale), il codice borghese, il diritto civile, distaccato e indifferente a tali mutamenti, viene paragonato ad una "*nave incantata che solca tranquilla le onde burrascose seminate di cadaveri e di moribondi*"<sup>134</sup>.

Anche per Salvioli il diritto civile è un diritto atavico, un diritto che non tiene conto del nuovo, costruito nell'esclusivo interesse delle classi dominanti. La sua opera, caratterizzata da uno "*spiccato paternalismo verso il proletariato industriale*" e dalla critica nei confronti dell'atteggiamento ancora fin troppo cauto del legislatore nella tutela del lavoro operaio, evidenzia una certa propensione per l'intervento protettivo e riequilibratore dello Stato. E tuttavia, anche il lavoro di Salvioli è ricordato per un

---

<sup>132</sup> *Ivi*, pp.227-229.

<sup>133</sup> Sebbene si perda in una "*prosa astrusa ed ampollosa*": CASTELVETRI L., *op. ult. cit.*, p. 269.

<sup>134</sup> CIMBALI E., *La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, 1895, UTET, Torino, p.5 (La citazione è ripresa da CAZZETTA G., *op. cit.*, p.173).

## CAPITOLO I

"cauto e generico (...) contenuto costruttivo" che si risolve, in definitiva, in sterili proposte di riforma<sup>135</sup>.

Analogamente, Gianturco reputa necessario l'intervento protettivo dello Stato nei rapporti, solo formalmente paritari, fra imprenditore e operai, ed è favorevole all'introduzione di un codice di diritto privato sociale.

Modica, poi, propone la tipizzazione di un contratto "per disciplinare tutto il lavoro, che si svolge nelle fabbriche, nelle officine, nei campi, nelle miniere, ecc."<sup>136</sup> ed auspica un intervento dello Stato che faccia prevalere l'interesse generale sull'interesse privato. La protezione, da parte dello Stato, del lavoro, non si risolverebbe, secondo Modica, nell'esclusiva tutela del singolo lavoratore, ma assicurerebbe il progresso e la tutela della società complessivamente considerata<sup>137</sup>.

Il lavoro più compiuto e organico è, probabilmente, quello di Jannaccone, la cui posizione, nel panorama della letteratura del periodo, può in qualche modo definirsi *sui generis*.

E invero, il suo pensiero, per un verso, si distacca dal socialismo giuridico (e si avvicina, così, alla ricostruzione barassiana), nella parte in cui non condivide la critica sull'individualismo dei codici liberali e sostiene "l'ineluttabilità

---

<sup>135</sup> Cfr. CASTELVETRI L., *op. ult. cit.*, pp. 261-263.

<sup>136</sup> MODICA I., *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, in *Il Circolo giuridico*, XXVII, 1896, p. 1 24.

<sup>137</sup> *Ivi*, pp. 119-120.

*storica ed economica*” della riconduzione dei rapporti di lavoro entro lo schema della locazione<sup>138</sup>.

Per altro verso, tuttavia, Jannaccone si distacca dallo stesso Barassi, giacché nella sua opera non si rinviene “*il programmatico distacco barassiano dalla realtà sociale*”<sup>139</sup>, ma è semmai presente l’esigenza di una regolazione più ricca (rispetto alla laconica disciplina del codice civile) che faccia fronte alle mutate esigenze del lavoro nelle fabbriche<sup>140</sup>.

Ma al riformismo dei socialisti, al diritto nuovo che avanza, alle leggi e alla questione sociale che minacciano i principi eterni ed immutabili del codice civile, si contrappone il conservatorismo dei civilisti ‘puristi’: questi ultimi, infatti, continuano a difendere l’autonomia dei principi privatistici rispetto ai mutamenti della realtà, la separazione del giuridico dal sociale. La questione sociale ha natura prettamente economica, non può arrivare a contaminare la purezza della scienza civilistica, il caotico approccio sociologico non può minacciare la chiarezza dei dogmi del diritto privato. Non è attraverso le leggi sociali, o le proposte riformiste del socialismo giuridico, che si dà una risposta ai nuovi problemi della società industriale: attraverso le clausole generali e l’analogia è possibile colmare le lacune ‘sopravvenute’ della regolazione civilistica.

---

<sup>138</sup> Cfr. CASTELVETRI L., *op. ult. cit.*, pp. 261-263; dalla riconduzione del lavoro nello schema locativo è, peraltro, possibile, ricavare alcune regole anche per il lavoro nelle fabbriche: in materia di infortuni, ad es., Jannaccone propone l’estensione analogica dei principi in tema di locazione (e di locazione di cose) alla locazione di opere (cfr. CAZZETTA G., *op. cit.*, p.223, nt. 161).

<sup>139</sup> CASTELVETRI L., *op. ult. cit.*, p. 283.

<sup>140</sup> *Ivi*, pp. 274-275.

L'immortale diritto civile contiene, dunque, in sé gli strumenti necessari al suo aggiornamento, e non si deve in alcun modo confondere fra sociale e giuridico, fra diritto pubblico e diritto privato, confusione alla quale invece conducono le proposte di introduzione di un codice privato-sociale. Oggetto del diritto privato è l'individuo, i rapporti interprivati; l'utilità sociale e il benessere collettivo competono invece al diritto pubblico. Può, dunque, ammettersi l'introduzione di un codice sociale, purché però sia distinto dal codice civile<sup>141</sup>.

## 7. ...a Ludovico Barassi

### 7.1 La purezza del diritto civile e "l'ossessione dell'unitarietà"

Ma il civilista conservatore<sup>142</sup> per eccellenza, il principale oppositore<sup>143</sup> degli innovatori che la storia ci abbia consegnato è, come è noto, Ludovico Barassi.

---

<sup>141</sup> Sui civilisti conservatori, e su Polacco e Delogu (al cui pensiero si è, in particolare, fatto riferimento nel testo) cfr. *amplius* CAZZETTA G., *op. cit.*, pp.178-190.

<sup>142</sup> E tuttavia, se non fu, certo, un socialista, non fu neppure un "retrivo forcaiolo": così PERA G., *op. cit.*, p.9.

<sup>143</sup> Sulla contraria tesi del carattere non oppositivo, reattivo, della sistemazione barassiana rispetto alle proposte dei socialisti giuridici si veda CASTELVETRI L., *Il diritto del lavoro delle origini*, cit., e le considerazioni critiche di CAZZETTA G., *Il diritto del lavoro e l'insostenibile leggerezza delle origini*, in *Quaderni fiorentini*, 1996, XXV, pp. 556-558, secondo il quale questa ricostruzione pone le origini del diritto del lavoro "in un poetico paradiso" (p.558). Secondo il giudizio di Spagnuolo Vigorita, alla base dell'opera di Barassi, si rinviene non già un

Attorno alla sua controversa figura la dottrina giuslavoristica periodicamente si incontra e si scontra<sup>144</sup>, alimentando un dibattito (talora sterile, talora fecondo) che è giunto ad indagare persino il nome (Ludovico o Lodovico) dell'autore<sup>145</sup>.

Ciò, come vedremo, per le decisive implicazioni che le sue scelte, le sue ricostruzioni, ebbero nella storia del diritto del lavoro in Italia. La sua opera segnò, infatti, il destino della scienza giuslavoristica e del contratto di lavoro e, proprio per questo, il suo valore (da un punto di vista non solo simbolico, ma anche tecnico-scientifico) non può essere trascurato.

In questo senso, Barassi può essere considerato il fondatore del diritto del lavoro: non tanto, come vedremo fra poco e nel prossimo capitolo, perché il suo lavoro scientifico sia stato 'ineccepibile', quanto perché egli ha tracciato il sentiero, "le linee

---

"intento sistematico", quanto una finalità reattiva, antagonista rispetto alle proposte di riforma del socialismo giuridico (*op. cit.*, p. 117).

<sup>144</sup> In particolare, a una prima fase 'reverenziale' nei confronti del pensiero barassiano è seguita, a partire dagli anni '60 e dal più volte citato saggio di Spagnuolo Vigorita, una fase di rilettura storico-critica dell'opera di Barassi, rilettura resa necessaria, più in generale, da un'esigenza di 'rifondazione' del diritto del lavoro (MAZZOTTA O., *Barassi, Goethe e la tipologia dei rapporti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, 1, pp. 33-34 (saggio poi pubblicato in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. Il «contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, 2003, Vita e pensiero, Milano, p.309).

<sup>145</sup> Sull'uso alternato, da parte dello stesso Barassi, dei nomi Ludovico e Lodovico v. il medaglione di GAETA L., *Ludovico Barassi*, in *Lavoro e diritto*, 1997, p. 521 e la secca replica di PERA G., *op. cit.*, p.17.

direttive", lungo le quali si è mossa la dottrina giuslavoristica successiva<sup>146</sup>.

Secondo il più netto giudizio di Cazzetta, Barassi è, al tempo stesso, "il padre e l'affossatore" del diritto del lavoro: la sua impostazione dogmatica, infatti, sarebbe "nata per affondare e non per sistematizzare il diritto del lavoro". E in ogni caso, secondo lo storico, la sua è una paternità involontaria (quasi accidentale): a differenza delle ricostruzioni del socialismo giuridico<sup>147</sup>, infatti, Barassi non è mosso dall'esigenza di fondare una disciplina automa e differenziata, ma, al contrario, da quella di dimostrare che i rapporti di lavoro, anche nella forma nuova che avevano assunto con l'avvento della società industriale e del movimento operaio, potevano ancora essere regolati con "lo strumentario della tecnica civilistica"<sup>148</sup>.

Ciò si intravede, in effetti, già dalla celebre 'dichiarazione programmatica' di Barassi, riportata nell'introduzione alla prima edizione, del 1901, de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*<sup>149</sup>, che ricalca il suo precedente *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, del 1899<sup>150</sup>. Secondo l'autore,

---

<sup>146</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 117.

<sup>147</sup> Che peraltro, si è mostrato essere "ricco più di promesse che di realizzazioni": CAZZETTA G., *op.ult.cit.*, p. 555.

<sup>148</sup> *Ivi*, pp. 552-555.

<sup>149</sup> *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1901.

<sup>150</sup> In *Filangieri*, p. III.



non si deve "intorbidare la limpidezza del diritto civile col punto di vista sociologico"<sup>151</sup>.

I rapporti di lavoro possono ancora farsi rientrare nello schema locativo; i nuovi problemi nati con lo sviluppo della società industriale, la conseguente necessità dell'intervento dello Stato, e dunque le leggi sociali, non toccano, secondo l'autore, l'essenza dell'istituto della *locatio operarum*, non ne scalfiscono l'intima struttura, giacché non svolgono una funzione dogmatica, di rifondazione del contratto su nuove basi (la debolezza socio-economica del prestatore), ma si limitano a porre rimedio 'dall'esterno' allo squilibrio fra creditore e debitore della prestazione. Le leggi sociali vengono, dunque, confinate nella sfera del diritto pubblico (quantomeno nella prima edizione dell'opera<sup>152</sup>), con la funzione di limite 'esterno' dell'autonomia individuale e non di "fonte eteronoma del regolamento contrattuale concorrente con la volontà delle parti", funzione, questa, svolta all'interno del diritto privato dalle norme imperative<sup>153</sup>.

Come afferma l'autore, nel passo forse più citato dalla letteratura sull'argomento, il contratto di lavoro sarebbe "nella sua struttura intima quello che era ieri, quello che era duemila anni or sono"<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> P. 1 (cfr. SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 118).

<sup>152</sup> Nella seconda edizione dell'opera correggerà, infatti, il tiro, ammettendo, a proposito della legge sull'assicurazione contro gli infortuni, che la legislazione sociale, "per la parte in cui attribuisce diritti e obblighi alle parti del rapporto di lavoro", costituisce "una pura riforma di diritto privato": cfr. MENGONI L., *L'evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del Contratto di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, I, p. 214.

<sup>153</sup> *Ivi*, p.211 e 214.

<sup>154</sup> BARASSI L., *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 3-4.

## CAPITOLO I

Barassi compie, dunque, una sorta di *reductio ad unum*, cercando di “*ricondere i fenomeni oggetto di studio ad un principio «primo», che gli fornisca una chiave di lettura del sistema complessivo*”<sup>155</sup>, e tale chiave di lettura è la perenne saggezza dei principi romanistici, la ‘limpidezza’ del diritto civile, del quale non disdegna il laconismo normativo. Anche perché, sostiene Barassi<sup>156</sup>, questa regolamentazione “*leggera*”<sup>157</sup> (questo diritto ‘mite’, verrebbe da azzardare) può essere colmata attraverso il ricorso agli usi locali e all’equità e, cioè, attraverso l’opera interpretativa (ed integrativa) della giurisprudenza (e, segnatamente, di quell’*organo dell’equità* che, per Barassi, era la giurisprudenza probivirale<sup>158</sup>).

Già dalle prime pagine dell’opera emergono, però, insanabili contraddizioni: Barassi, come detto, sostiene la purezza del diritto civile, negando la “*commistione del giuridico con elementi sociali*”<sup>159</sup>. Eppure, il rifiuto di tale commistione con gli elementi sociali è, in un certo senso, contraddetto dal riferimento agli usi. Gli usi (negoziali e normativi), infatti, sono intrisi di elementi ‘sociali’, presi dalla realtà concreta dello svolgimento del rapporto. Con la non trascurabile differenza, però, che gli stessi si limitano a ‘giuridificare’ lo *status quo*, i rapporti di forza esistenti e

---

<sup>155</sup> MAZZOTTA O., *op.ult.cit.*, p.36.

<sup>156</sup> BARASSI L., *op.ult.cit.*, p. 6 e ss.

<sup>157</sup> MAZZOTTA O., *op.ult.cit.*, p.37.

<sup>158</sup> BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1915, p. 419; sul punto v. PERA G., *Il «contratto di lavoro» di L. Barassi e la giurisprudenza dei probiviri*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 105.

<sup>159</sup> CAZZETTA G., *op.ult.cit.*, p.555.

cristallizzatisi nella prassi, all'interno di un "regime patriarcale" (quello della fabbrica) in cui gli operai non possono far altro che "sperare nella [...] buona fede"<sup>160</sup> dell'imprenditore. Nella regolazione dei rapporti di lavoro, quindi, Barassi preferisce ad "un'astratta norma di legge, violentemente imposta dal legislatore"<sup>161</sup> la violenza della prassi delle fabbriche, appena edulcorata dal riferimento all'equità<sup>162</sup>.

Ma "l'ossessione dell'unitarietà" di Barassi, come l'ha definita Mazzotta<sup>163</sup>, non si limita solo agli aspetti descritti. Il 'fondatore' del diritto del lavoro compie, invero, una *reductio ad unum* anche delle figure della *locatio operarum* e della *locatio operis*, sostenendo l'unitarietà (e l'onnicomprensività) del contratto di lavoro<sup>164</sup> (nelle due varianti, o sotto-tipi, della locazione di opere e di opera), come contratto caratterizzato dal godimento dell'altrui attività lavorativa dietro pagamento della relativa mercede.

Di questo approccio così ampio e onnicomprensivo<sup>165</sup>, la dottrina ha sottolineato la "forte modernità"<sup>166</sup>, ma anche

---

<sup>160</sup> ROMAGNOLI U., *Giuristi del lavoro*, Donzelli editore, Roma, 2009, p. 146.

<sup>161</sup> *op.ult.cit.*, p. 6

<sup>162</sup> Da questa prospettiva appare, quindi, poco convincente il ritratto di un Barassi 'liberal-marxista' impegnato, con la sua opera, a contestare il paternalismo industriale e statalista e a salvaguardare, a suon di uguaglianza formale, la "dignità sociale degli umili": così CASTELVETRI L., *Barassi e l'ideologia liberale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, I, p.278.

<sup>163</sup> MAZZOTTA O., *op.ult.cit.*, p. 36.

<sup>164</sup> "Chi lavora per altri non lavor(a) che in modo autonomo o subordinato", BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., 1915, p. 766.

<sup>165</sup> Ormai perduto sia nella letteratura lavoristica (che si è concentrata sullo studio del lavoro subordinato) sia civilistica (che ha separato dal contratto d'opera i singoli rapporti di lavoro autonomo): così NAPOLI M., nella prefazione

l'ambiguità (fino a che punto, si chiede Scognamiglio<sup>167</sup>, i due sotto-tipi sono compatibili con la concezione unitaria del contratto di lavoro?).

**7.2 Locatio operarum e locatio operis nel pensiero barassiano: dalla dicotomia attività-risultato alla 'invenzione' dell'eterodirezione. Subordinazione e autonomia come nuovi criteri discretivi dei due sotto-tipi**

Ma la sistemazione barassiana è oggetto di studio (e di critica) anche per un'altra ragione: e invero, di fronte alla necessità di conciliare il nuovo che avanza con l'immutabile purezza della *locatio operarum* e della *locatio operis*, Barassi pensa di trovare la quadratura del cerchio nel riferimento all'eterodirezione da parte del datore di lavoro (e quindi, specularmente, alla subordinazione<sup>168</sup> del prestatore).

---

alla ristampa anastatica della prima edizione dell'opera di Barassi: *Ritornare a Barassi?*, in BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2003, Vita e pensiero, Milano, p. X.

<sup>166</sup> MARIUCCI L., *L. Barassi e l'autonomia collettiva*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 270.

<sup>167</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto di lavoro e il contratto di locazione nel pensiero di Lodovico Barassi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 34.

<sup>168</sup> Il termine subordinazione, per la verità, compare solo nella seconda edizione de *Il contratto di lavoro*, mentre nella prima Barassi ricorre all'uso del termine "dipendenza" o "lavoro dipendente": cfr. PEDRAZZOLI M., *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status, riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, II, p. 265 (saggio poi pubblicato in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 349).

Questa opzione implica, nella ricostruzione di Barassi, due conseguenze.

Anzitutto l'autore si distacca dalla ricostruzione pandettistica (che Barassi attribuisce, tuttavia, al diritto romano<sup>169</sup>), superando il criterio distintivo *fra locatio operarum e operis*, basato sulla prestazione promessa: la *locatio operarum* "ha per oggetto una determinata quantità di lavoro, di energia produttrice, di attitudini fisiche o intellettive; lo scopo cui questa attività [...] deve condurre, non è essenziale alla configurazione giuridica di quel rapporto; la locazione d'opera invece ha per oggetto una quantità di lavoro non in sé, ma in quanto mercè esso si deve ottenere dall'artefice un determinato risultato"<sup>170</sup>. E tuttavia, anche nella *locatio operis* si rinviene la *faciendi necessitas*, un *facere* (seppur finalizzato al conseguimento del risultato dedotto), sicché ciò che distingue le due figure non è tanto il contenuto della prestazione promessa, quanto "il modo con cui il lavoro viene prestato"<sup>171</sup>: è "la "dipendenza [...] il criterio caratteristico distintivo dei due contratti"<sup>172</sup>.

Il criterio distintivo è spiegato da Barassi in questi termini: "quando il creditore del lavoro è a contatto col lavoro, lo dirige, lo sorveglia, lo indirizza a quei risultati cui egli, mercè le prestazioni del debitore, intenda arrivare, vi ha locazione di opere. In tal caso il lavoratore è un istrumento, e un istrumento in un certo senso passivo, nel senso che presta le proprie attitudini fisiche e intellettive perché l'altra parte le abbia a plasmare e dirigere e indirizzare come egli

---

<sup>169</sup> V. *supra*.

<sup>170</sup> BARASSI L., *Il contratto di lavoro*, cit., 1901, p.23.

<sup>171</sup> *Ivi*, p. 26.

<sup>172</sup> *Ivi*, p. 34.

## CAPITOLO I

*intende*<sup>173</sup>; “Quando invece il contatto di lavoro cessa, quando dei mezzi e del modo di elaborazione dell’opera è arbitro il debitore di essa, cosicché il creditore non abbia che attenderne il compimento e sia spoglio della direzione e dell’indirizzo da darsi all’attività del debitore occorrente per la produzione dell’opus, - allora vi è locazione d’opera”<sup>174</sup>.

La figura di *locatio operarum* ricostruita da Barassi è, quindi, caratterizzata dall’elemento della subordinazione del lavoratore. E tuttavia, precisa l’autore, essa non implica un assoggettamento servile del lavoratore all’imprenditore; per un verso, infatti, la subordinazione non coinvolge l’intera persona del lavoratore, ma è limitata “all’attuazione del lavoro, nel cui ambito può andare da un massimo a un minimo secondo la natura delle prestazioni dovute”<sup>175</sup> (così, è più marcata nel lavoro manuale e si attenua nel lavoro intellettuale). Per altro verso, poi, se è vero che il rapporto di subordinazione comporta “l’unilaterale affermazione della volontà del creditore”, è pur vero che questa condizione trova fondamento nel consenso prestato, a monte, dal lavoratore, con la stipulazione del contratto<sup>176</sup>.

In tal modo Ludovico Barassi, con un abile gioco di prestigio<sup>177</sup>, riesce ad affermare il primato dell’eguaglianza

---

<sup>173</sup> *Ivi*, p. 29.

<sup>174</sup> *Ivi*, p. 34.

<sup>175</sup> SCOGNAMIGLIO R., *op.ult.cit.*, pp.32-33. Con la seconda edizione dell’opera, in effetti, Barassi costruisce l’obbligazione di prestare lavoro come diritto di credito e, quindi, come “pretesa di un comportamento, non [come] signoria sulla persona”: MENGONI L., *op.ult.cit.*, p.213.

<sup>176</sup> BARASSI L., *Il contratto di lavoro*, cit., 1915, p. 698; SCOGNAMIGLIO R., *op.ult.cit.*, p.34.

<sup>177</sup> L’espressione è mutuata da CAZZETTA G., *op.ult.cit.*, p.554.

formale: il dominio sul corpo del lavoratore veste le più civili spoglie della eterodirezione, e la *locatio operarum* nasconde la *locatio hominis*, divenendo “lo strumento di rilegittimazione consensuale di un rapporto di potere che riassumeva in sé la sindrome da rifeudalizzazione che aveva inaspettatamente colpito una società ove i vincoli di status erano stati appena sciolti e l’eco della Marsigliese non si era ancora spenta”<sup>178</sup>.

Come si diceva, dal riferimento alla direzione-subordinazione del debitore di lavoro Barassi fa discendere una seconda conseguenza, che segnerà il destino del diritto del lavoro negli anni a venire: introdotto nella fattispecie l'elemento della subordinazione<sup>179</sup> come criterio discretivo dei due sotto-tipi di contratto di lavoro, egli utilizza la stessa come dato dal quale far scaturire determinati effetti (l’applicazione delle leggi sociali)<sup>180</sup>.

Ma attraverso quali passaggi arriva a questa conclusione? Secondo Barassi “è chiaro che questo rapporto di subordinazione, quando la natura del lavoro (prevalentemente manuale [...]) accentui in modo particolare quella subordinazione”, può in pratica condurre ad abusi a danno del lavoratore, che non si verificano per il lavoratore autonomo. Di qui le preoccupazioni costanti, oggi, del legislatore per quella categoria di lavoratori sotto forma di una legislazione sociale intesa a temperare gli effetti di quel dominio sul lavoro altrui, che può generare in sfruttamento illecito. [...] Ecco dunque perché la legislazione sociale non si occupa del lavoro autonomo”<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> ROMAGNOLI U., *op. ult. cit.*, p.155.

<sup>179</sup> Caratterizzata, come detto, dalla circostanza di lavorare "ai criteri direttivi del contraente cui è destinata", BARASSI L., *Il contratto di lavoro*, cit., 1915, p. 599.

<sup>180</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 125.

<sup>181</sup> BARASSI L., *op. ult. cit.*, pp. 616-617.

Orbene, in questo passo dell'opera emerge lo sforzo titanico di tenere insieme una fattispecie che si vuole 'pura', non contaminata da elementi sociali, e la necessità di tutelare, attraverso la legislazione sociale, "il soggetto esposto ad abusi e pericoli nella sua libertà"<sup>182</sup>. In altri termini, Barassi cerca di 'ammodernare' la fattispecie da lui delineata per consentire un'applicazione 'efficiente' della legislazione protettiva senza scalfire la purezza del diritto civile.

E tuttavia, la ricostruzione della subordinazione come criterio per l'applicazione della legislazione sociale ha destato (e desta) forti perplessità. Barassi, infatti, ricollega a tale fattispecie l'applicazione delle leggi sociali, sebbene queste siano "storicamente e logicamente non collegat(e) né collegabili alla circostanza che il debitore di lavoro abbia promesso una mera attività oppure un risultato"<sup>183</sup>. E invero, il campo di applicazione delle leggi sociali fino ad allora emanate (la fattispecie cui le leggi sociali facevano riferimento) non era delimitato dal criterio dell'eterodeterminazione (né, tanto meno, dal criterio 'pandettistico' della prestazione di un'attività in sé considerata, a prescindere dal risultato). Anzi, se si considera che la legislazione infortunistica fa riferimento al lavoro manuale, la legge istitutiva dei collegi probivirali e la legge sull'abolizione del lavoro notturno dei fornai si applicano agli operai, si può affermare che la legislazione sociale precedente e contemporanea all'opera di Barassi non ha un ambito di applicazione unitario e 'onnicomprensivo', né trova applicazione sulla base della distinzione fra *locatio operis* e *locatio operarum*: essa, infatti, "viene riferita [...] al lavoratore funzionalmente collegato all'impresa industriale

---

<sup>182</sup> PEDRAZZOLI M., *op. cit.*, p.276.

<sup>183</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 125.



*in forza di una obbligazione lavorativa non precisamente qualificata sotto il profilo tecnico-giuridico*<sup>184</sup>.

Cosicché Barassi, mentre rifugge dalle 'contaminazioni' del socialismo giuridico<sup>185</sup>, rifugge persino dalle indicazioni dello stesso legislatore, che non aveva attribuito alla legislazione sociale alcuna *ratio* unitaria. Il che è, quantomeno, singolare, se è vero, come si è scritto, che la sua opera "si svolge [...] tenacemente nei confini dell'ordinamento vigente, con il dichiarato intento di trarne la disciplina positiva dei rapporti di lavoro"<sup>186</sup>.

Nel cercare di conciliare l'inconciliabile (la purezza civilistica e l'esigenza di tutela eteronoma), Barassi tenta quindi la quadratura del cerchio.

Per un verso, l'empirica nozione di subordinazione delle leggi sociali non poteva essere accettata da un civilista conservatore come Barassi, giacché tradisce (confessa) uno stato di soggezione che mina il principio di eguaglianza dei contraenti<sup>187</sup>. Per altro verso, però, la nozione di subordinazione utilizzata da Barassi "perde ogni riferimento al dato effettuale: cui invece intimamente lo vincolava il collegamento -contrastato da Barassi- [...] alla grande industria o alla manualità del lavoro, e dunque a situazioni economico-sociali già chiare alla coscienza dell'interprete e bisognose di immediata disciplina (protettiva), senza ricorso al filtro di un negozio tipico"<sup>188</sup>.

---

<sup>184</sup> *Ivi*, pp. 108-113; v. anche PEDRAZZOLI M., *op. cit.*, p.280.

<sup>185</sup> E dalla costruzione di una fattispecie sensibile alle istanze economico-sociali (v. *supra*).

<sup>186</sup> Così CASTELVETRI L., *op.ult.cit.*, p. 276.

<sup>187</sup> ROMAGNOLI U., *op. ult. cit.*, p. 153.

<sup>188</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 126.

## CAPITOLO I

Così, attraverso questa operazione di 'epurazione' dalla fattispecie di elementi 'adulteranti', come la debolezza economica e sociale del lavoratore, il diritto del lavoro perde "i caratteri dell'originario *droit ouvrier* e finisce in sostanza per coprire un'area interclassista"<sup>189</sup>.

Ma la subordinazione come criterio di differenziazione della *locatio operarum* e della *locatio operis* e come criterio per l'applicazione della disciplina protettiva costituirà una scomoda eredità per la neonata scienza giuslavoristica.

Da questa impostazione sono derivate, infatti, "conseguenze asfittiche e irrigidite"<sup>190</sup> con cui la dottrina non ha ancora smesso di fare i conti: ed è di tali conseguenze (nel corso di un più compiuto discorso sul ruolo del contratto come fattispecie costitutiva del rapporto) che si discuterà nel prossimo capitolo.

---

<sup>189</sup> GIUGNI G., *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., p.22.

<sup>190</sup> PEDRAZZOLI M., *op. cit.*, p.276.

## CAPITOLO II

### **Contratto, rapporto e subordinazione nelle ricostruzioni della dottrina italiana**

Nel capitolo precedente si è osservato il momento della nascita della regolazione del lavoro attraverso il contratto. Si è inteso, infatti, introdurre il tema del contratto individuale di lavoro e delle sue funzioni raccontando la genesi della regolazione del lavoro nei codici dell'Ottocento. Adesso, però, è finalmente giunto il tempo di addentrarsi nel cuore della materia.

Continuando a seguire il cammino del contratto di lavoro, del cui avvio si è parlato nel capitolo precedente, occorre ora ripartire dal punto nel quale quel capitolo si era fermato, ovvero dalla nascita del contratto di lavoro in Italia e dalla trattazione di Ludovico Barassi.

Seguendo il percorso tracciato dalla storia del contratto di lavoro, e dalla storia della dottrina che del contratto ha fatto il proprio oggetto di studio, ci si imbatte in un sentiero, che è opportuno in questo capitolo seguire, per arrivare infine, come detto ad osservare la funzione del contratto di lavoro in Europa attraverso l'analisi dei due 'nuclei tematici' dell'autonomia individuale e del *work contract* (cap. III).

Si indugerà, quindi, sul sentiero dell'elaborazione dottrinale del contratto di lavoro in Italia, analizzando, in particolare, il contratto di lavoro nelle ricostruzioni che, dagli anni Cinquanta, hanno arricchito gli studi sul contratto e sul rapporto di lavoro e sulla subordinazione. Per tale via sarà possibile comprendere più

## CAPITOLO II

compiutamente il senso e le implicazioni degli studi sull'autonomia individuale, il dibattito sul ruolo del contratto di lavoro nel diritto contrattuale europeo e le elaborazioni in tema di contratto di attività e *work contract*, sulle quali ci si soffermerà alla fine di questo lavoro.

Tale scelta ha una duplice finalità: per un verso, infatti, in questo capitolo si anticiperanno, da una prospettiva 'domestica', gli strumenti concettuali attraverso i quali analizzare il contratto di lavoro da una prospettiva europea; per altro verso, si avrà modo di soffermarsi su alcune delle elaborazioni dottrinali più raffinate in tema di contratto di lavoro e subordinazione (come vedremo, infatti, costretta dall'eredità barassiana e dalla formulazione dell'art. 2094 c.c., la dottrina italiana ha raggiunto ineguagliati livelli di raffinatezza teorica su questi temi).

Per tali ragioni, si può sostenere che la direzione che ci si accinge ad intraprendere rappresenta un sentiero che conduce ad un punto privilegiato di osservazione della dimensione europea del contratto di lavoro.

### *1. La fattispecie da Barassi al codice civile del 1942: l'ambiguità 'multilivello' dell'art. 2094.*

Come si diceva, la fecondità delle elaborazioni dottrinali in materia di contratto di lavoro deriva, fra l'altro, dalle 'barriere interpretative' nelle quali la dottrina italiana si è imbattuta nel proprio cammino. Come è noto, infatti, una delle maggiori difficoltà incontrate dalla dottrina discende anzitutto dal tenore dell'art. 2094 c.c.: una norma che non a torto potrebbe esser considerata come l'origine delle incertezze (e, al tempo stesso,

della ricchezza) delle ricostruzioni dottrinali in materia di contratto di lavoro subordinato.

L'ambiguità dell'art. 2094, come si anticipava nel titolo del paragrafo, è 'multilivello', giacché le incertezze interpretative che da esso discendono sono molteplici, e possono essere osservate da più livelli di indagine. In questa sede si analizzeranno, in particolare, le ambiguità (congenite e 'acquisite') nella funzione e nella definizione del concetto di subordinazione.

### *1.1 L'ambiguità 'congenita' della funzione della subordinazione e l'effetto Barassi*

Come si è visto nell'ultima parte del precedente capitolo, Barassi concepisce come categoria unitaria il contratto di lavoro; ma vi distingue due sottotipi (la locazione di opere<sup>1</sup> e la locazione d'opera), in relazione alla presenza o meno dell'elemento della subordinazione. Secondo Barassi, infatti, nella locazione di opere, a differenza della locazione d'opera, il lavoratore si impegna "a porre le proprie forze di lavoro a disposizione dell'altra parte, che le guiderà e le indirizzerà secondo i criteri e gli scopi suoi personali"<sup>2</sup>.

L'operazione di Barassi pare, tuttavia, viziata da una serie di contraddizioni "di portata storica"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> O contratto di lavoro "in senso stretto", come lo ha definito, con riferimento all'opera barassiana, SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 27.

<sup>2</sup> BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., 1915, p. 29.

<sup>3</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 128.

## CAPITOLO II

Anzitutto, e nonostante la *“ossessione dell’unitarietà”* (v. cap. I), Barassi finisce col favorire la separatezza (fra lavoro subordinato e lavoro autonomo), e in tal modo conduce il diritto del lavoro proprio nelle secche dell’ideologia, sulle quali riteneva di non arenarsi navigando il sicuro mare del diritto civile. La contrapposizione fra lavoro subordinato (come fattispecie da cui discende la applicazione della legislazione protettiva) e lavoro autonomo si traduce, infatti, in una ‘preterintenzionale’ ideologizzazione della materia, poiché *“accresce[...] sinergicamente i motivi della autolimitazione del diritto del lavoro al solo lavoro dipendente e incrementa[...] la base ideologica della materia”*<sup>4</sup>.

Per altro verso, in contrapposizione alle proposte provenienti dal socialismo della cattedra (nel tentativo di salvaguardare la purezza civilistica<sup>5</sup> della regolazione dei rapporti di lavoro e di superare la limitazione del contratto di lavoro al solo lavoro industriale), Barassi utilizza come dato qualificante il mezzo *“esorbitante”*<sup>6</sup> della subordinazione.

---

<sup>4</sup> PEDRAZZOLI M., *Diritto del lavoro è bello*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, IV, p. 662.

<sup>5</sup> Ma a ben vedere, Barassi costruisce la fattispecie proprio partendo dal dato empirico- sociale della subordinazione nell'impresa industriale.

<sup>6</sup> Esorbitante per due ordini di ragioni: per un verso perché va oltre il lavoro industriale, ovvero oltre il primigenio ambito di applicazione della legislazione sociale (v. Cap.I). Per altro verso, collegato al primo, perché la subordinazione (e, per converso, l'eterodirezione), presenta, in Barassi, un elevato grado di *“astrazione del dato tipologico”* (PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 277); ma da ciò consegue, come ‘effetto collaterale’, che all’elevata capacità ‘ricomprensiva’ del criterio della subordinazione si accompagna una sua scarsa capacità selettiva (v. *infra*).

In tal modo, l'Autore ricostruisce la distinzione fra *locatio operarum* e *locatio operis* sostituendo al binomio "mera attività/risultato", il binomio "subordinazione/autonomia", nel quale il criterio distintivo è rappresentato dalla circostanza che la prestazione sia eterodiretta dal creditore. Come detto nel capitolo I, attraverso questa operazione, Barassi opera una sorta di 'compromesso' fra la purezza civilistica delle rigide "categorie negoziali di tradizione pandettistica e le nuove vivaci istanze provenienti dal processo di trasformazione della realtà tecnico-economica e sociale"<sup>7</sup>.

Tale compromesso, tuttavia, rappresenta il vizio genetico, il "peccato originale"<sup>8</sup> dal quale germineranno tutte le contraddizioni del contratto e del diritto del lavoro. E invero, il criterio distintivo individuato da Barassi (la direzione della prestazione da parte del creditore di lavoro) perde, come detto, "ogni collegamento [...] con la situazione che si dimostra di volere individuare, e cioè con quella del lavoro funzionalmente inserito nella stabile organizzazione aziendale"<sup>9</sup>. Perde ogni collegamento, cioè, con il dato effettuale<sup>10</sup> dal quale discendevano le esigenze di protezione e di tutela di cui si faceva carico (e di cui avrebbe dovuto farsi carico) il (nascente) diritto del lavoro<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, 125.

<sup>8</sup> Riprendendo, ma in diverso contesto, la nota espressione di Pedrazzoli (v. *infra*).

<sup>9</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 128.

<sup>10</sup> Il collegamento, cioè, alla grande industria, o al lavoro manuale, operaio, ovvero "a situazioni economico-sociali già chiare alla coscienza dell'interprete [v. le leggi sociali] e bisognose di immediata disciplina (protettiva), senza ricorso al filtro del dato causale di un negozio tipico" (*Ivi*, p. 126).

<sup>11</sup> Dalla "scarsa selettività sociale" (l'espressione è di MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*,

## CAPITOLO II

Ma veniamo all'ordinamento positivo e, in particolare, al codice civile italiano del 1942.

Da Barassi al codice del 1942 c'è di mezzo, va detto, l'abbandono dello schema locativo; ma, nonostante ciò, un filo conduttore continua a legare l'elaborazione barassiana e l'impostazione del nuovo codice civile.

Anche dopo Barassi, infatti, *"il lavoro eterodiretto si impone [...] come nucleo tipologico forte del diritto del lavoro e unità di misura delle sue discipline"*<sup>12</sup>.

Si consideri, al riguardo, che anche il codice del 1942 assegna alla subordinazione la funzione di *"criterio di*

---

1986, I, p. 8) della subordinazione discende la 'ottusità' di un diritto del lavoro che, avendo perso l'originario carattere di *droit ouvrier*, è affetto da uno *"strabismo precoce che lo porta a concedere tutela a chi non ne ha bisogno e a negarla a chi invece ne avrebbe"* (GHEZZI G. - ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1984, p.23).

<sup>12</sup> PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, p. 61. Peraltro, l'adozione del criterio della subordinazione non è l'unico elemento a legare l'elaborazione barassiana e la sistemazione codicistica. Di Barassi, il codice conserva anche l'idea del diritto del lavoro come *"«sottoregno» del diritto privato"*. Ma, a differenza di Barassi e dei codici liberali dell'Ottocento, il codice fascista non si limita a 'celare' la disuguaglianza delle parti all'interno di un rapporto formalmente paritario: il codice del '42 persegue la parità formale appiattendolo verso il basso le posizioni delle parti, funzionalizzandole al superiore interesse dello Stato fascista (Cfr. MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1991, I, pp. 38-39).



*qualificazione del contratto di lavoro*<sup>13</sup>, attribuendole il compito di *“richiamare la complessa normativa del diritto del lavoro”*<sup>14</sup>.

E invero, gli artt. 2094 e 2222 c.c. fanno discendere, dalla presenza o meno dell'elemento della subordinazione, l'effetto dell'applicazione delle norme di cui al titolo II del libro V (artt. 2094-2134) nel primo caso, e delle norme di cui al titolo III (artt. 2222-2238) nel secondo caso.

Alla presenza o meno del vincolo di subordinazione è, inoltre, collegata l'applicazione delle legislazione speciale lavoristica: il contratto di lavoro subordinato, quindi, rappresenta la fattispecie alla quale il nostro ordinamento ricollega l'effetto dell'applicazione della disciplina del diritto del lavoro<sup>15</sup>.

Poiché la subordinazione rappresenta l'elemento qualificante il contratto di lavoro (*sub specie* di contratto di lavoro subordinato, appunto), alla quale l'ordinamento riconnette l'applicazione della disciplina protettiva, è proprio la presenza o meno della subordinazione (e la sottoposizione al potere direttivo e disciplinare del datore) che va indagata al fine di distinguere se una prestazione è svolta 'subordinatamente' ovvero *“senza vincolo di subordinazione”*.

Ma l'individuazione della fattispecie *“contratto di lavoro subordinato”*, cui ricollegare la disciplina protettiva del diritto del lavoro, non è un'operazione ermeneutica semplice, proprio in

---

<sup>13</sup> MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, cit., p. 185.

<sup>14</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 19. La subordinazione, quindi, continua a rappresentare *“il criterio fondamentale cui si ricorre per l'applicazione del diritto del lavoro”* (*ivi*, p. 62).

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 42.

## CAPITOLO II

ragione di quel che è stato definito il 'vizio genetico' del diritto del lavoro.

L'art. 2094 c.c., come si è visto, ricollega tale effetto ad una specifica "modalità della prestazione", ovvero alla circostanza che il prestatore si sia obbligato "a lavorare alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore"; e si presume che vi sia una perfetta corrispondenza fra la subordinazione come dato qualificante il contratto di lavoro subordinato (la subordinazione tipizzata all'art. 2094) e la "subordinazione come socialtipo del lavoratore protetto".

In tal modo, tuttavia, l'interprete, rimane vittima di quel che Massimo D'Antona ha definito uno strano "effetto ottico" (il cd. "effetto Barassi"), giacché si illude di "dover vedere il "chi" del diritto del lavoro, cioè il soggetto protetto, guardando al "come" della prestazione dedotta nel contratto di lavoro subordinato"<sup>16</sup>.

Nella definizione di cui all'art. 2094, in altri termini, si fondono "il chi della protezione e il come della prestazione"<sup>17</sup>.

Ma è proprio sul "come" della prestazione (sul lavorare alle dipendenze e sotto la direzione) che si riversano i principali problemi interpretativi, problemi che derivano dalla difficoltà di isolare, fra le "varie e diffuse possibilità di direzione del debitore del lavoro da parte del creditore" una modalità di direzione che possa dirsi "tipica del contratto di lavoro subordinato"<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 1988, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) *Massimo D'Antona. Opere*, vol. 3, tomo III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1206.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, pp. 46-47.

E invero, che il creditore impartisca al debitore istruzioni o indicazioni (in vista del raggiungimento del risultato che per lui è più utile) è un dato comune a tutti i contratti 'a esecuzione continuata' che comportino lo svolgimento continuativo di un'attività di lavoro. La questione è, semmai, quantitativa (nel senso che maggiore o minore può essere l'intensità e la frequenza della direzione da parte del creditore). La difficoltà, quindi, nell'indagare la presenza della subordinazione attraverso il criterio dell'esercizio, da parte del creditore, del potere direttivo, consiste in ciò: che solo approssimativamente la direzione si concentra "nella misura massima nel lavoro subordinato e nella minima nel lavoro autonomo"<sup>19</sup>. Ma *quid iuris* nei casi intermedi?

A ciò si aggiunga che, come una risalente dottrina ha rilevato<sup>20</sup>, possono ipotizzarsi prestazioni di lavoro autonomo (come quella dell'artigiano, e financo del medico e dell'avvocato) intensamente 'etero-dirette' dal creditore, e prestazioni a carattere subordinato (come quelle di un direttore generale, o di un impiegato altamente specializzato) nelle quali il potere di dirigere la prestazione è fortemente attenuato<sup>21</sup>.

Da qui, la conclusione secondo cui la direzione non può rappresentare un elemento qualificante la fattispecie della subordinazione, ma, semmai, un effetto della stessa, "presente o

---

<sup>19</sup> *Ivi*, pp. 47-48.

<sup>20</sup> Sulla quale v. SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 48 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>21</sup> Ma a ben vedere, ragionando in tal modo, si finisce col dare per acquisito ciò che si dovrebbe dimostrare: le prestazioni (dell'artigiano, dell'avvocato, del direttore generale, etc.) vengono, infatti, qualificate *a priori* (come subordinate o autonome) quando, invece, è proprio in relazione alla presenza (e all'intensità) della direzione da parte del creditore (e dunque *ex post*) che quelle attività dovrebbero essere qualificate.

*assente a seconda della natura giuridica dell'impegno lavorativo assunto dal debitore"*<sup>22</sup>.

### **1.2 La parzialità dell'art. 2094 c.c. e la nozione di subordinazione: alla ricerca del tipo perduto**

Ma l'art. 2094 c.c. presenta ulteriori ambiguità.

Com'è noto, infatti, la disposizione si limita a far riferimento a un sotto-tipo di rapporto di lavoro, sebbene socialmente prevalente: il lavoro nell'impresa<sup>23</sup>. La nozione di subordinazione fornita dal legislatore del 1942, dunque, non riesce ad essere 'onnicomprensiva', perché limitata all'ipotesi (parziale, seppure predominante) del lavoro nell'impresa.

In tal modo, la nozione di subordinazione contenuta nell'art. 2094 c.c., finisce col risolversi in un singolare paradosso: l'art. 2094 tipizza, infatti, il criterio della subordinazione (il lavorare "alle dipendenze e sotto la direzione"), il criterio, cioè, attraverso il quale Barassi mirava a superare la limitazione del contratto di lavoro al solo lavoro industriale<sup>24</sup>; e tuttavia, il

---

<sup>22</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 49.

<sup>23</sup> L'art. 2094, invero, trova sede nel titolo II del libro V ("Del lavoro nell'impresa") e definisce il prestatore come colui che si obbliga a "collaborare nell'impresa". In particolare, come ha rilevato una parte della dottrina, il "referente socio-economico" dell'art. 2094 sembrerebbe ulteriormente ristretto: la subordinazione sembrerebbe infatti riferirsi al lavoro nell'impresa medio-grande. A tale conclusione conduce la concezione istituzionalistica dell'impresa sottesa all'art. 2086 (rubricato "Direzione e gerarchia nell'impresa") che ridonda nella definizione di cui all'art. 2094: cfr. MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, cit., p. 186.

<sup>24</sup> V. *supra* e, *amplius*, il cap. I.

legislatore del 1942 utilizza quel criterio non già in un'accezione onnicomprensiva (come appunto teorizzato dal 'padre' del diritto del lavoro), ma in un ambito limitato.

L'art. 2094 c.c., dunque, si limita a fornire una definizione di subordinazione legata a un sotto-tipo di rapporto di lavoro, ovvero il rapporto di lavoro nell'impresa. Ne consegue che la definizione di cui all'art. 2094 c.c. non può essere confusa con la definizione, per così dire, generale, del contratto di lavoro subordinato.

Il carattere 'parziale' della fattispecie di cui all'art. 2094 è ulteriormente confermato dall'art. 2239 c.c., ai sensi del quale *"I rapporti di lavoro subordinato che non sono inerenti all'esercizio di un'impresa sono regolati dalle disposizioni delle Sezioni II, III e IV del Capo I del Titolo II, in quanto compatibili con la specialità del rapporto"*<sup>25</sup>.

In base al combinato disposto dell'art. 2094 c.c. e dell'art. 2239 c.c. può, così, affermarsi che il legislatore ha operato una *"tipizzazione in due gradi: una, più generale, confluyente in un tipo e raffigurata dal lavoro subordinato nell'impresa; le altre, più specifiche [...], confluenti in sottotipi e raffigurate dalle specie di lavoro subordinato fuori dell'impresa"*<sup>26</sup>. L'errore di fondo, avverte Marcello

---

<sup>25</sup> Nell'art. 2239, peraltro, come ha notato Pedrazzoli (*op. ult. cit.*, p. 322), *"si annida una singolare inesattezza"*: la disposizione, infatti, nel sancire l'applicabilità, "in quanto compatibili", delle disposizioni delle sezioni II, III e IV, finisce col richiamare anche l'art. 2094. Il che è inesatto: e invero, il richiamo, in quanto compatibili, alle disposizioni delle Sezioni II, III e IV, concerne gli effetti (la disciplina); l'art. 2094 c.c., invece, regola (descrive) la fattispecie. È, pertanto, inesatto il richiamo alle disposizioni di cui all'art. 2094 "in quanto compatibile": l'art. 2094 c.c. si pone, infatti, in un rapporto di specialità (rispetto ai rapporti di lavoro subordinato non inerenti all'esercizio di un'impresa).

<sup>26</sup> *Ivi*, p. 322.

## CAPITOLO II

Pedrazzoli, consiste, però, nel fare del tipo più generale (quello cristallizzato nell'art. 2094) il modello di riferimento anche dei sottotipi, "con la conseguenza di confondere le ragioni di un prevalere «statistico» con quelle della logica"<sup>27</sup>.

Di conseguenza, occorre distinguere fra fattispecie ed effetti: e invero, sebbene, ai sensi dell'art. 2239, ai rapporti di lavoro non inerenti all'esercizio di un'impresa si applica, in quanto compatibile, la disciplina dettata per il lavoro nell'impresa, ciò non significa che la fattispecie di subordinazione (cui tali rapporti rimandano) debba essere qualificata facendo ricorso alla fattispecie di cui all'art. 2094.

L'art. 2094, in altri termini, rappresenta solo una delle fattispecie "discrete" di subordinazione, non la fattispecie generale del diritto del lavoro: non si può, dunque, commettere l'errore di attribuire alla nozione di subordinazione contenuta nell'art. 2094 c.c. "funzioni surrettizie di teoria generale"<sup>28</sup>. La disposizione si limita a tipizzare la fattispecie di subordinazione del lavoro nell'impresa e, quindi, fornisce una nozione di subordinazione limitata a un sotto-tipo (sebbene, come detto, statisticamente prevalente nella prassi).

Dalla parzialità dell'art. 2094 (dalla circostanza, cioè, che la disposizione fornisce la definizione di una parte, ma non del tutto), nasce la proposta di pensare "una struttura globale"<sup>29</sup>, una fattispecie generale di subordinazione, che ricomprenda in sé tutte le fattispecie 'discrete' (il lavoro subordinato nell'impresa e il

---

<sup>27</sup> *Ivi*, p. 323.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 324.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 325.

lavoro subordinato alle dipendenze di un datore non imprenditore)<sup>30</sup>.

### *1.3 La crisi 'sopravvenuta' della subordinazione nell'economia post-fordista*

La nozione di lavoratore subordinato contenuta nell'art. 2094 c.c. pone, poi, l'interprete di fronte a ulteriori difficoltà ermeneutiche, legate, questa volta, non già ad anomalie 'congenite', relative alla funzione e alla configurazione originarie del criterio della subordinazione (della quale si è detto nei paragrafi precedenti), quanto a ragioni 'postume', sopravvenute, legate ai cambiamenti tecnologici e all'evoluzione dell'organizzazione del lavoro e dell'impresa.

Da questo punto di vista, la crisi del modello regolativo dell'art. 2094 discende dalla crisi del modello di riferimento sotteso al concetto di subordinazione tipizzato in quella disposizione. Si pensi al processo di de-industrializzazione che dagli anni Ottanta ha caratterizzato le economie occidentali, alla terziarizzazione, ai mutamenti dell'organizzazione del lavoro, alla

---

<sup>30</sup> La subordinazione come fattispecie generale costituisce, in un certo senso, 'condizione di pensabilità' del diritto del lavoro, e delle fattispecie 'discrete' (come le definisce Pedrazzoli) che si collocano nel *continuum* di subordinazioni. A differenza di queste ultime, la figura generale di subordinazione ipotizzata dall'autore non è costruita in vista della applicazione ad un caso concreto (*ivi*, p. 331): secondo la tesi di Pedrazzoli, infatti, nel diritto del lavoro la fattispecie generale della subordinazione sta alle singole fattispecie discrete come nel diritto penale la teoria generale del reato sta ai singoli reati (PEDRAZZOLI M., *Verso una nuova teoria generale della subordinazione?*, in *Politica del diritto*, 1983, I, pp. 17-18).

crisi del modello fordista, all'innovazione tecnologica che ha modificato il "come" e il "quando" della prestazione: tali mutamenti hanno portato ad una crisi del modello sociale di riferimento, su cui si era costruita la nozione di subordinazione (il modello social-tipico del lavoratore impiegato, a tempo pieno e indeterminato, in un'impresa manifatturiera di dimensioni medio-grandi) determinando, così, la crisi dello stesso concetto subordinazione<sup>31</sup> e della sua "originaria funzione unificante delle diverse figure sociali e professionali di lavoratori dipendenti"<sup>32</sup>.

In altri termini, poiché "il mutamento del rapporto con la tecnica [...] determina il mutamento della struttura (oltre che della funzione) del contratto di lavoro"<sup>33</sup>, tali processi hanno scosso dalle fondamenta il diritto del lavoro, facendo 'tremare' l'edificio del contratto di lavoro subordinato, come emerge dall'impalcatura del codice: i 'rischi strutturali' cui il diritto del lavoro va incontro si sostanziano nella perdita dell'efficacia qualificatoria della

---

<sup>31</sup> D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, cit., p. 1208. A ben vedere, però, quel modello social tipico si afferma molti anni dopo l'entrata in vigore del codice civile, solo negli anni Settanta, con lo Statuto dei lavoratori: sino ad allora, la legislazione lavoristica si era concretizzata in "interventi in materia di collocamento, apprendistato, lavoro a domicilio, appalti di manodopera, lavoro a termine", in interventi, cioè, in cui emergeva, più che il lavoratore "social-tipico", il lavoratore *standard* della grande impresa fordista, un "lavoratore «marginale», atipico e sottoprotetto" (MARIUCCI L., *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 70).

<sup>32</sup> GHERA E., *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, I, Cacucci, Bari, 1999, p. 482 ("funzione unificante" che, come si è appena visto, la subordinazione non è riuscita ad assolvere neppure 'in origine').

<sup>33</sup> VARDARO G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1986, I, p. 88.



subordinazione e, quindi, nell'incapacità di operare un'efficace distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, una distinzione che sia coerente con la differenza di regime (un regime protettivo da un lato, e il libero mercato dall'altro) che il legislatore riconnette alle due tipologie.

Così, nella società post-industriale fondata sul lavoro "autoregolato e degerarchizzato"<sup>34</sup>, il criterio dell'eterodirezione rischia di tramontare con il tramonto della figura del lavoratore come contraente soggetto al potere di 'signoria' dell'imprenditore (che ne dirige e coordina la prestazione impartendo ordini specifici): attraverso i processi di responsabilizzazione e intellettualizzazione del lavoro impiegatizio ed operaio, infatti, i lavoratori "divengono «attori» e non solo esecutori delle direttive e degli obiettivi dell'impresa"<sup>35</sup>. La società della conoscenza, poi, ha 'prodotto' una serie di figure di lavoratori subordinati (i cd. *knowledge workers*, appunto) per le quali non ha più alcun senso ricercare il tradizionale criterio del lavorare "alle dipendenze e sotto la direzione"<sup>36</sup>.

Tali mutamenti organizzativi e tecnologici, dunque, rendono obsoleti i principali criteri distintivi del lavoro subordinato rispetto al lavoro autonomo, come il "penetrante coordinamento (spazio) temporale rispetto all'organizzazione aziendale"

---

<sup>34</sup> GHERA E., *op. cit.*, p. 486.

<sup>35</sup> PERULLI A., *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lavoro e diritto*, 1997, II, p. 176.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

## CAPITOLO II

o *“la durata e/o continuità della prestazione<sup>37</sup>, facendo emergere le contraddizioni<sup>38</sup> interne alla distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato: nella società della terza rivoluzione industriale esistono, infatti, lavoratori formalmente subordinati che, per la professionalità e le conoscenze possedute (i sopra citati *knowledge workers*, come i cd. “softwaristi”) hanno il dominio della tecnica e giungono ad “invadere la stessa area delle finalità del processo produttivo”; per converso, “il carattere pervasivo-diffuso delle soft technologies estende a forme di attività lavorative autonome extraziendali la posizione di dipendenza tecnica originariamente propria del lavoro (tecnicamente) subordinato”<sup>39</sup>.*

In altri termini, alla *“subordinazione- controllo”* (i.e., alla subordinazione personale e tecnica del lavoratore soggetto alle direttive, specifiche e vincolanti, dell'imprenditore) succede la *“subordinazione- coordinamento”*, ovvero una modalità della prestazione che non esclude (ma, semmai, implica) elevati livelli

---

<sup>37</sup> DE LUCA TAMAJO R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1986, pp. 459- 460. Il tempo del lavoro diviene, infatti, fluido e flessibile, ed è scandito non più per quantità rigide e predeterminate, ma con modalità sempre variabili e adattabili: *“Se il modo di produzione simboleggiato dalla catena di montaggio era caratterizzato da strutture rigide ed anelastiche ove il lavoro doveva necessariamente essere acquisito in blocchi temporali quanto più ampi e standardizzati possibile ovvero secondo moduli spersonalizzati e insuscettibili di qualsivoglia variazione che non fosse «in aumento», la fabbrica e tanto più il terziario degli anni '80 presentano processi produttivi contraddistinti da un alto tasso di flessibilità, variabilità ed adattabilità rispetto alle accelerate fluttuazioni quantitative e qualitative del mercato, alla incalzante innovazione tecnologica, ai cangianti stimoli della concorrenza e del quadro economico”* (ivi, p. 437).

<sup>38</sup> Già presenti nel diritto del lavoro *“delle origini”*, come si è visto.

<sup>39</sup> VARDARO G., *op. cit.*, pp. 116-117.

di autonomia decisionale e di 'autodirezione' della attività lavorativa<sup>40</sup>.

Di contro, la società post-industriale vede diffondersi "forme di lavoro autonomo (o preteso tale) [con] caratteristiche strutturali e modalità dell'attività lavorativa assai simili a quelle del lavoro subordinato", come "una penetrante erogazione di 'istruzioni' da parte del committente, in funzione di un coordinamento organizzativo, logistico e temporale assai stretto tra il lavoratore ed il committente stesso"<sup>41</sup> (il criterio, sopra citato, del coordinamento spazio-temporale della prestazione, un tempo tipico del lavoro subordinato, entra quindi in crisi nei lavori 'tradizionalmente' subordinati per transitare nell'area del lavoro 'formalmente' autonomo).

## ***2. Dalla fattispecie agli effetti: la questione del quantum delle tutele applicabili al lavoro subordinato***

Lo strabismo 'congenito' che affligge il diritto del lavoro, quindi, si aggrava in età adulta.

Ma l'incapacità del criterio della subordinazione di selezionare i soggetti che devono godere della disciplina protettiva, se emerge anzitutto a monte, in punto di definizione della fattispecie, si riversa poi a valle, nella determinazione degli effetti, della disciplina applicabile.

---

<sup>40</sup> GHERA E., *op. cit.*, p. 487.

<sup>41</sup> CARABELLI U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2004, I, p. 25.

## CAPITOLO II

Poiché, infatti, la subordinazione ha la funzione di individuare non solo la fattispecie, ma anche gli effetti (è "criterio per l'applicazione" della disciplina<sup>42</sup>), il carattere onnicomprensivo, 'esorbitante' (v. *supra*) della nozione di subordinazione adottata nel nostro ordinamento ha comportato l'impossibilità (o quanto meno, una certa difficoltà) nella graduazione del *quantum* dell'intervento eteronomo<sup>43</sup>.

La subordinazione come criterio per l'applicazione delle discipline lavoristiche pone, cioè, un problema di differenziazione non solo esterna (sul confine, sull'alternativa fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, sull'*an* della subordinazione, della fattispecie), ma anche di diversificazione interna (sulla disciplina da applicare alle molteplici forme e modalità che la subordinazione può, in concreto, assumere: sul *quantum* della disciplina protettiva, degli effetti).

La riflessione nasce dal fatto che, una volta accertato l'*an*, la sussistenza della subordinazione, "*quel concetto non orienta nessun'altra decisione ulteriore [...]. La subordinazione non opera mai come criterio idoneo a scegliere anche fra diverse quantità di tutela che in un singolo concreto rapporto vengano immesse*"<sup>44</sup>. Ne consegue che, laddove il legislatore voglia differenziare i trattamenti e le tutele, dovrà ricorrere alla tecnica della limitazione dell'ambito di applicazione. Al prezzo, però, di mettere in moto "*un meccanismo istituzionale costosissimo*" (il controllo di costituzionalità sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza), e di rendere le

---

<sup>42</sup> La porta di accesso al diritto del lavoro, la fattispecie cui si riconnette l'applicazione delle discipline lavoristiche.

<sup>43</sup> PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., p. 278.

<sup>44</sup> PEDRAZZOLI M., *Verso una nuova teoria generale della subordinazione?*, cit., p. 13.

discipline differenziate introdotte dal legislatore perennemente soggette “*al dubbio di costituzionalità*”<sup>45</sup>.

Da qui la proposta di abbandonare la subordinazione “*onnicomprensiva e ottusa*”<sup>46</sup> come criterio per l’applicazione ‘in blocco’ delle tutele lavoristiche, esclusivamente basato sul come della prestazione: dal processo, sopra richiamato, di disgregazione della figura sociale tipica di lavoratore subordinato deriva, infatti, la necessità di “*una differenziazione e modulazione del quantum e della qualità delle garanzie*”<sup>47</sup>.

Poiché non riesce più a spiegare il perché della tutela <sup>48</sup>, occorre dunque “*decongestionare*” il criterio ottuso ed esorbitante della subordinazione, graduando e differenziando le tutele in relazione al tipo e al grado di subordinazione<sup>49</sup>, in modo da

---

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 14.

<sup>46</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>47</sup> DE LUCA TAMAJO R., *La diversificazione della prestazione ai confini e nel cuore del lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 113.

<sup>48</sup> D’ANTONA M., *Il lavoro e i lavori*, in *Lavoro e diritto*, 1988, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) *Massimo D’Antona. Opere*, cit., vol. 3, tomo III, p.1200. Confida, invece, nella capacità della subordinazione di ‘adattarsi’, nel tempo, ai cambiamenti GRANDI M., *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, spec. pp. 89-91.

<sup>49</sup> D’ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, cit., p. 1210. Per una ‘panoramica’ delle proposte in campo cfr. DE LUCA TAMAJO R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l’emersione del «lavoro coordinato»*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, IV-V, p. 46 e ss. e PEDRAZZOLI M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, p. 9.

includere nella disciplina protettiva quei soggetti (attualmente esclusi) che ne avrebbero bisogno, e da escludere, per converso, quei soggetti che, potendo proteggersi da soli (o godendo comunque già di un'ampia tutela) sono in "overdose di garanzie"<sup>50</sup>.

**3. Quantum della subordinazione e quantum delle tutele: la subordinazione nella controversia sul metodo.**

Dietro la questione della subordinazione e dell'applicazione della disciplina protettiva si cela un tema più ampio e 'radicale', che concerne l'identità e la funzione del diritto del lavoro<sup>51</sup> e, in definitiva, la sua epistemologia.

Proprio per tale ragione un'importanza centrale ha acquisito, nel dibattito italiano sul contratto di lavoro e sulla subordinazione, la questione del metodo attraverso il quale si procede alla qualificazione del contratto di lavoro (*sub specie* di contratto subordinato ex art. 2094 c.c. ovvero autonomo ex art. 2222 c.c.).

Al riguardo, sono due le principali alternative che si pongono dinanzi all'interprete nel procedimento di qualificazione del contratto e nell'accertamento della subordinazione:

---

<sup>50</sup> ROMAGNOLI U., *Introduzione*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 22; analog. GHEZZI G. - ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 307, MARIUCCI L., *op. cit.*, p. 74.

<sup>51</sup> D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, cit., p. 1217.

l'applicazione del cd. metodo sussuntivo o del cd. metodo tipologico<sup>52</sup>.

Una prima lettura in chiave tipologica 'classica' dell'art. 2094 è, come noto, quella che Spagnuolo Vigorita propone nella più volte citata monografia del 1967: l'autore rileva, infatti, che *"la pretesa fattispecie astratta è in realtà solo una sintesi degli elementi dell'ipotesi più frequente e socialmente caratteristica di lavoratore subordinato"*<sup>53</sup>; e invero, *"gli elementi della subordinazione, della indeterminatezza del contenuto dell'obbligazione lavorativa, dell'inserimento nell'impresa, della continuità del rapporto, etc. prendono valore non direttamente ed esclusivamente per sé, ma in quanto allusivi ad una figura socialmente tipica di lavoratore subordinato"*<sup>54</sup>. Per Spagnuolo Vigorita, cioè, l'art. 2094 c.c. si limita a descrivere *"il tipo normativo prevalente accanto al quale possono emergere nella realtà concreta una serie ulteriore di tipi empirici ai quali conferisce rilevanza normativa il giudice in sede giurisdizionale"*<sup>55</sup>.

Da ciò consegue che l'interprete procederà alla qualificazione del contratto non già attraverso un rigido confronto fra fattispecie concreta e fattispecie astratta (attraverso, quindi, la sussunzione della prima nella seconda), ma attraverso un giudizio

---

<sup>52</sup> A ben vedere, le alternative sono più di due (almeno quattro): come fra poco si vedrà, infatti, del metodo tipologico e del metodo sussuntivo non esiste una sola 'versione', giacché all'interno del metodo tipologico è possibile distinguere fra metodo tipologico classico e metodo tipologico funzionale (NOGLER L., *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, I); e del metodo sussuntivo classico esiste, poi, una versione 'rivisitata', proposta da Luigi Mengoni (v.*infra*).

<sup>53</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 142.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 140.

<sup>55</sup> Così NOGLER L., *op. cit.*, p.112.

## CAPITOLO II

di approssimazione, in relazione al grado di vicinanza, “*al maggiore o minore accostamento del rapporto di lavoro concretamente svoltosi ai caratteri che contraddistinguono l’ipotesi più frequente di lavoro subordinato, e intesa come fattispecie tipica*”<sup>56</sup>.

Dalla gradualità, per così dire ‘a monte’, del giudizio di qualificazione del tipo discenderebbe, ‘a valle’, la gradualità dell’applicazione delle tutele lavoristiche.

Poiché, infatti, come si è visto, la subordinazione rappresenta il criterio per l’applicazione della normativa lavoristica, dalla gradualità, dalla ‘parzialità’ dell’accertamento della sussistenza della fattispecie consegue la parzialità dell’applicazione della disciplina. Riprendendo le riflessioni con cui l’autore conclude la monografia: “*una volta posto in discussione il contratto tipico di lavoro subordinato, deve dubitarsi anche della fondatezza della consueta impostazione, secondo la quale è lavoratore subordinato il soggetto cui si applica la normativa lavoristica, e viceversa: tale normativa, infatti, non si applica se non nei casi socialmente elementari nella sua totalità; e bisognerebbe quindi anche sotto questo aspetto procedere secondo criteri di prevalenza o di combinazione*”<sup>57</sup>.

Il metodo tipologico, della prevalenza o della combinazione, pertanto, non vale solo a monte, per la fattispecie, ma anche a valle, per gli effetti: nel procedere alla qualificazione del tipo (e, come si è appena visto, anche all’applicazione della disciplina) l’interprete dovrà accertare non tanto l’*an* della subordinazione, ma il *quantum*.

---

<sup>56</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 142.

<sup>57</sup> *Ivi*, p. 143.



Traducendo la differenza fra metodo tipologico e metodo sussuntivo in termini matematici, potremmo dire che il metodo sussuntivo risponde alla logica 'booleana' del sì/no, del vero/falso<sup>58</sup>; il metodo tipologico è, invece, assimilabile alla cd. logica *fuzzy*, nella quale non esistono solo due gradi di verità (vero e falso, appunto), ma esistono valori intermedi (zone grigie) compresi fra il vero e il falso. Alla logica del tutto/niente, del "*tertium non datur*", quindi, il metodo tipologico sostituisce una logica che misura i "gradi di verità", che misura il grado, il *quantum* di appartenenza, di vicinanza, della fattispecie concreta al tipo.

Il dibattito scientifico intorno al metodo tipologico si fa particolarmente serrato negli anni Ottanta, in coincidenza con il passaggio dalla società industriale alla società di servizi<sup>59</sup> (il processo di 'terziarizzazione', cui si è fatto riferimento sopra come una delle cause della crisi della nozione di subordinazione).

Così, una parte della dottrina<sup>60</sup>, riprendendo le teorizzazioni di Spagnuolo Vigorita, sostiene che la nozione di subordinazione non si esaurisce nella definizione contenuta nell'art. 2094, "*ma consiste nell'insieme di elementi della disciplina legale che svelano la figura sociale presupposta dal legislatore (il c.d. tipo normativo)*"<sup>61</sup>. Attraverso l'approssimazione della fattispecie

---

<sup>58</sup> Nel nostro caso, i due (soli) gradi di verità sono rappresentati dall'alternativa subordinazione/autonomia.

<sup>59</sup> Così NOGLER L., *op. cit.*, p. 133.

<sup>60</sup> Cfr. CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P. TREU T., *Diritto del lavoro*, 2, *Il rapporto di lavoro subordinato*, 1992, Utet, Torino.

<sup>61</sup> D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, cit., p. 1212 (sul punto v. anche *supra*).

## CAPITOLO II

concreta al tipo normativo (cui farebbe riferimento implicito la fattispecie astratta), quindi, è possibile qualificare il rapporto di lavoro (come subordinato o autonomo).

Dal giudizio di approssimazione potrebbe, inoltre, discendere non già l'applicazione *in toto* dell'intera disciplina garantistica, ma un'applicazione parziale e graduata della stessa: a diversi gradi di approssimazione corrisponderebbero diversi gradi di tutela, "*un'applicazione selettiva della disciplina tipica*"<sup>62</sup>.

Una sorta di 'compromesso' fra metodo tipologico 'classico' e metodo sussuntivo è il cd. metodo tipologico 'funzionale'<sup>63</sup>, in base al quale al 'meccanicistico' giudizio d'identità (tipico del metodo sussuntivo e della logica del sì/no) e al giudizio (sin troppo intuitivo<sup>64</sup>) di approssimazione del metodo tipologico classico, si sostituisce un giudizio di 'equivalenza', di sintesi. Secondo tale impostazione, la qualificazione del contratto (e l'accertamento della subordinazione) non avviene sulla base della "*semplice presenza dei singoli elementi [i cd. indici], ma [dello] specifico ruolo che essi svolgono rispetto al contesto, [...] attraverso la valutazione ponderata della incidenza che ciascun elemento del caso presenta rispetto agli altri, e della sua idoneità o meno a realizzare congiuntamente agli altri, la funzione considerata*"<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> *Ivi*, p. 1213.

<sup>63</sup> NOGLER L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro.*, 1990, I, p. 209; ID., *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 2000, p. 532).

<sup>64</sup> V. *infra*.

<sup>65</sup> NOGLER L., *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, cit., p. 145.

### **3.1 La rivisitazione mengoniana del metodo sussuntivo e la critica di D'Antona: luci e ombre del metodo tipologico...**

Il metodo tipologico (sia nella 'versione' classica che nella variante funzionale), tuttavia, ha registrato numerose critiche in dottrina, delle quali si darà conto di seguito.

Si rileva, anzitutto, che la fattispecie di "lavoro subordinato nell'impresa" tipizzata dall'art. 2094 c.c. , sebbene evidenzi "una consapevole opzione a favore di un ampio spazio valutativo del giudice"<sup>66</sup>, non per questo legittima un metodo che presenta un notevole tasso di incertezza applicativa e che amplia eccessivamente la discrezionalità del giudice, giacché conduce a soluzioni giudiziali adottate caso per caso e presuppone il "riferimento a criteri ricavati da teorie, extragiuridiche, di natura funzionalistica"<sup>67</sup>.

Invero, come ha evidenziato Luigi Mengoni in un celebre saggio<sup>68</sup>, il metodo tipologico finisce per operare la qualificazione del rapporto attraverso un procedimento induttivo, poiché utilizza

---

<sup>66</sup> *Ivi*, p. 125.

<sup>67</sup> *Ibidem*; Più netto è il giudizio di Proia, che reputa "arbitrario [...] sostituire al dato (almeno relatioamente) certo stabilito della legge (nel rispetto, quindi, delle regole democratiche che presiedono alla produzione normativa), un dato vago, indefinito ed incerto, perché basato su apprezzamenti soggettivi o su una nozione di coscienza sociale, suscettibile di essere variamente connotata sul piano ideologico" (PROIA G., *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie defnitorie*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, I, pp.90 e 96).

<sup>68</sup> MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., pp. 16-17.

## CAPITOLO II

dati (i cd. indici della subordinazione) “ricavati direttamente dall’osservazione della realtà socio-economica e produttiva”<sup>69</sup>.

Né, a ben vedere, è possibile misurare il *quantum* della subordinazione: il metodo tipologico non riesce ad operare selezioni accurate ed efficienti nelle zone grigie, nelle zone controverse e, segnatamente, nella zona grigia della parasubordinazione (proprio nello stesso terreno, dunque, in cui si impantana il metodo sussuntivo). Ciò perché la questione della qualificazione del contratto esige pur sempre, in definitiva, una ‘scelta secca’ su una delle due alternative possibili<sup>70</sup>.

Il rifiuto del metodo tipologico e, in particolare, la critica avanzata da Mengoni, non implicano, però, come ha successivamente chiarito Nogler, l’adozione di un rigido metodo sussuntivo inteso come applicazione di un puro sillogismo

---

<sup>69</sup> NOGLER L., *op. ult. cit.*, p. 134.

<sup>70</sup> Sul concetto di subordinazione come concetto a formazione “classificatoria” e non “gradualistica” cfr. NOGLER L., *op. ult. cit.*, pp. 134-135 e bibliografia ivi citata. Sul punto anche D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, pp. 1212-1214. Secondo Proia, poi, anche nel metodo tipologico funzionale il giudizio di equivalenza finisce con il risolversi in un giudizio di identità: in fin dei conti, il contratto può essere ricondotto nello schema legale (e qualificato, quindi, come contratto di lavoro subordinato) solo se la “funzione del primo sia la « medesima » del secondo e non già soltanto « equivalente »” PROIA G., *op. cit.*, p. 92). Ne consegue che il giudizio di equivalenza rischia di risolversi in una forzatura del dato normativo, dal momento che “è utilizzato esclusivamente al fine di verificare se la medesima funzione del tipo legale possa essere svolta, nel caso concreto, da elementi diversi da quelli contemplati della disciplina legale” (Ivi, p.93).

dimostrativo, cieco alle sollecitazioni della realtà.<sup>71</sup> L'attività di interpretazione del diritto è pur sempre un'attività valutativa, e non puramente logica, posto che *“La determinazione della premessa minore, ossia degli elementi di fatto giuridicamente rilevanti del caso da decidere, e della premessa maggiore, ossia della norma o del principio normativo cui la fattispecie concreta deve essere collegata, dipende (. . .) da una scelta del giudice, e dunque non è materia di attività logica, bensì di attività valutativa”*<sup>72</sup>.

Come risolvere, quindi, la questione della qualificazione del contratto di lavoro e dell'accertamento della subordinazione? Mengoni 'rilegge' il sintagma *“alle dipendenze e sotto la direzione”* di cui all'art. 2094 c.c., scomponendolo in due elementi: la dipendenza (intesa come stabile inserimento nell'organizzazione aziendale) e l'eterodirezione (come coordinamento spazio-temporale della prestazione del lavoratore e sottoposizione, da parte di quest'ultimo, alle *“disposizioni per l'esecuzione”* impartite dall'imprenditore). Mentre la prima (la dipendenza) avrebbe una

---

<sup>71</sup> Anche il metodo sussuntivo presenta dei limiti insuperabili: e invero, ancorché rispetti il formalismo sillogistico della sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta di cui all'art. 2094 c.c., esso non risolve in alcun modo il problema della qualificazione del contratto. *“Gli inconvenienti legati al metodo tipologico classico cacciati [...] «dalla porta» [...] rientrano «dalla finestra» e cioè nella fase realmente decisiva dell'individuazione della maior e della minor della decisione finale”* (NOGLER L., *op. ult. cit.*, p. 144).

<sup>72</sup> MENGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, ora in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 26 (v. anche nt. precedente); per tali ragioni il pensiero di Mengoni, come ha fatto notare Nogler, non può essere interpretato come un'opzione in favore di un rigido metodo sussuntivo, giacché quest'ultimo tende, contrariamente a quanto sostenuto da Mengoni, a svalutare, *“a nascondere il momento valutativo di passaggio dal fatto empirico al fatto giuridico (dal caso alla fattispecie) nell'accertamento dei fatti oppure ad attribuire alla volontà delle parti una vera e propria funzione qualificatoria”* (NOGLER L., *op. ult. cit.*, p. 139).

## CAPITOLO II

funzione descrittiva della subordinazione (identificando il tipo normativo), l'eterodirezione rappresenterebbe una componente non essenziale, non descrittiva, un elemento 'accidentale' e non necessario della subordinazione, aggiunto "solo per suggestione della figura più frequente o normale di lavoro subordinato"<sup>73</sup> (un elemento, dunque, che non farebbe parte del tipo normativo, ma del tipo legale preso in considerazione dall'art. 2094, ovvero il lavoro normalmente prestato all'interno della 'classica' impresa fordista).

Ma così facendo, Mengoni finisce per incorrere nel medesimo errore che aveva addebitato al metodo tipologico: anch'egli, in definitiva, identifica la subordinazione attraverso elementi presi dalla realtà sociale e attraverso dati 'extragiuridici' (la svalutazione dell'elemento dell'eterodirezione di cui all'art. 2094 c.c. presuppone pur sempre il dato fattuale, extragiuridico, del "superamento dell'organizzazione del lavoro gerarchica e compatta della fabbrica fordista"<sup>74</sup>).

---

<sup>73</sup> Così (riportando la tesi di MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., p. 17) D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 1214. A questa ricostruzione del sintagma "alle dipendenze e sotto la direzione" si contrappone la tesi secondo cui, mentre la dipendenza svolge "una funzione meramente descrittiva della caratteristica generale del tipo normativo, costituita appunto dalla soggezione del lavoratore ai poteri del datore di lavoro nell'ambito del rapporto di lavoro", l'eterodirezione costituisce "necessario ed essenziale modo di essere di tale soggezione in relazione all'adempimento dell'obbligazione di effettuare la prestazione lavorativa" (CARABELLI U., *op. cit.*, pp. 27-28).

<sup>74</sup> Questa l'obiezione di D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1995, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) *Massimo D'Antona. Opere*, cit., vol. 1, p. 211. Cfr., *contra*, NOGLER L. *op. ult. cit.*, p. 138, nt. 106.

A ben vedere, quindi, la critica mossa al metodo tipologico, secondo cui il giudizio fra subordinazione e autonomia esige pur sempre una scelta netta, che non è possibile graduare<sup>75</sup>, fra subordinazione e autonomia (sicché all'esito del giudizio tipologico si giunge pur sempre ad una sussunzione<sup>76</sup>), può essere avanzata, uguale e contraria, al metodo sussuntivo, come rivisitato da Mengoni: dietro l'apparenza di un'operazione sussuntoria l'interprete non solo svolge un'operazione valutativa e non meramente logica<sup>77</sup>, ma inserisce anche dati fattuali, presi dalla realtà sociale (un'operazione non dissimile, cioè, da quella compiuta in sede di giudizio tipologico).

Quanto al timore che il metodo tipologico possa portare ad una deriva verso il soggettivismo giudiziario<sup>78</sup>, per D'Antona è vero il contrario: il metodo tipologico assicura la trasparenza e la verificabilità delle decisioni giudiziali e, in particolare il *"processo di aggiornamento giurisprudenziale della nozione di subordinazione in base all'evoluzione dei modelli sociali"*, consentendo di tener conto dei

---

<sup>75</sup> Quanto meno *de iure condito*.

<sup>76</sup> V. *supra*

<sup>77</sup> Come l'illustre autore ha evidenziato nel 1976 (v. *supra*).

<sup>78</sup> V. *supra*. Per Nogler è *"ormai scontato"* che il metodo tipologico classico *"rappresenti una preoccupante apertura verso un giudizio intuitivo che, in nome del carattere necessariamente valutativo del giudizio stesso, rende praticamente impossibile controllare la giustificazione della decisione giudiziale sul piano della sua coerenza, e forza di convincimento, rispetto alle categorie dogmatiche formalmente richiamate nel decisum medesimo"* (NOGLER L., *op. ult. cit.*, p. 143). L'autore è, comunque, concorde con D'Antona nel riconoscere che anche il metodo sussuntivo come 'rigido' ragionamento sillogistico conduce al medesimo risultato (il soggettivismo giudiziario): cfr. *supra*, nt. 66 e D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 210. Neanche il metodo tipologico funzionale, infine, si sottrae a tale rischio (cfr. le considerazioni di Proia in nt.67).

## CAPITOLO II

valori sottesi alla distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo<sup>79</sup>. Per tale motivo, il giudizio sulla sussistenza della subordinazione, in quanto giudizio “orientato a realizzare i valori sottesi dal sistema dei diritti costituzionali del lavoratore subordinato, ogni volta che si configuri nei fatti il relativo rapporto economico sociale”, non può che essere un giudizio tipologico<sup>80</sup>.

Il ricorso al metodo tipologico è una scelta ‘necessitata’ non solo sul piano assiologico, come appena detto, ma anche sul piano logico, giacché “il giudizio per approssimazione è l'unico logicamente possibile, quando manca una nozione forte di subordinazione e quando dall'ordinamento stesso provengono sollecitazioni verso approcci flessibili e modularizzati alla questione”<sup>81</sup>.

Resta da capire, per concludere questa riflessione ‘metodologica’ sull'accertamento della subordinazione, quali implicazioni possa avere l'adozione del metodo tipologico con riferimento alla questione (sopra anticipata) della graduazione del *quantum* della disciplina protettiva (della graduazione degli effetti in relazione alla graduazione della fattispecie).

Sul punto, la dottrina ha evidenziato come l'interprete non possa autonomamente azzardare “diversificazioni di trattamento, ma può scoprire nella legge lacune di previsione”, colmandole con il ricorso all'analogia: spetta solo al legislatore differenziare la disciplina della subordinazione “in sottotipi corrispondenti alle

---

<sup>79</sup> D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, pp. 209-210.

<sup>80</sup> Così, commentando la celebre sentenza della Corte costituzionale n. 115/1994, D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 207.

<sup>81</sup> LUNARDON F., *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1990, I, p. 421.



*variazioni giuridicamente rilevanti [...] dei suoi modi di atteggiarsi*"<sup>82</sup> (attraverso l'introduzione di nuove tipologie 'flessibili', di sottotipi 'speciali' di lavoro subordinato, come in effetti è avvenuto).

Questa conclusione trova conferma se sol si rifletta sulle profonde differenze che intercorrono fra l'applicazione del metodo tipologico nel diritto del lavoro e la sua applicazione, nel senso proposto da De Nova<sup>83</sup>, nel diritto civile.

In estrema sintesi: l'applicazione del metodo tipologico al diritto dei contratti aveva la finalità di superare "la rigidità dei procedimenti giurisprudenziali di classificazione dei contratti in base ai tipi regolati"<sup>84</sup> (ovvero la tendenza ad applicare, ai contratti che presentavano elementi di atipicità, l'intera disciplina di un contratto tipico), consentendo un'applicazione parziale e selettiva (non in blocco) della disciplina prevista per il contratto nominato.

Non va, tuttavia, dimenticato che alla base di tali teorizzazioni v'è pur sempre il principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322: nei limiti imposti dalla legge, infatti, i privati "possono liberamente determinare il contenuto del contratto" (1° comma); da ciò discende la facoltà di "concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare" (2° comma). Poiché le parti sono libere di determinare il contenuto

---

<sup>82</sup> MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, cit., p. 194. Peraltro, sui limiti che si impongono allo stesso legislatore in ordine alla disponibilità del tipo v. la richiamata sentenza della Consulta e il commento di D'Antona, citati in nt. 80.

<sup>83</sup> DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974.

<sup>84</sup> D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 208. Tale rigidità vanificava del tutto la libertà, riconosciuta ai privati, di "concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare" ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. (cfr. RESCIGNO P., *Note sulla atipicità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 43).

## CAPITOLO II

del contratto, nulla osta a che le stesse 'creino' contratti atipici, che non hanno "una disciplina particolare"<sup>85</sup>.

Radicalmente diversi sono i termini della questione nel diritto del lavoro, in cui, al contrario, non esiste un principio generale di libertà nella determinazione del contenuto del contratto. Poiché il contratto di lavoro dà vita<sup>86</sup> ad una "relazione giuridica caratterizzata dalla prevalenza delle norme inderogabili su quelle dispositive"<sup>87</sup>, l'applicazione del metodo tipologico in funzione di applicazione selettiva e misurata della disciplina rischia di risolversi "in una sostituzione arbitraria della valutazione del giudice a quella (inderogabile) del legislatore"<sup>88</sup>.

*De iure condito*, dunque, non è possibile ipotizzare in via interpretativa alcuna differenziazione graduata della disciplina: spetta al legislatore la differenziazione delle tutele in relazione ai diversi gradi e ai diversi modi in cui la subordinazione può 'manifestarsi' nella prassi<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Ed è da questa libertà che nasce, da un lato, l'interrogativo su quale (e 'quanta') disciplina tipica vada applicata al contratto atipico e, dall'altro, l'esigenza di non frustrare la libera adozione di contratti atipici attraverso l'applicazione in blocco della disciplina di un contratto tipico.

<sup>86</sup> V. *infra*.

<sup>87</sup> MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1991, III, p. 495: il tema dell'autonomia individuale verrà affrontato, *amplius*, nel capitolo III.

<sup>88</sup> Così D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 208.

<sup>89</sup> Per una prospettiva *de iure condendo* si rinvia al capitolo III (ma v. anche *supra*, nt. 49).

### 3.2 ...e il metodo 'pragmatico-tipologico' della giurisprudenza

Alle contraddizioni interne al concetto di subordinazione, sulla quale la dottrina discute e si arrovela, la giurisprudenza ha reagito in maniera più pragmatica. Ma si tratta pur sempre di un "pragmatismo di compensazione" al quale la giurisprudenza è indotta proprio dalla mancanza di una "nozione «forte» di subordinazione"<sup>90</sup>.

Così, dietro il formale ossequio alla definizione dell'art. 2094, dietro l'apparente utilizzo del metodo sussuntivo, i giudici nascondono il riferimento al giudizio di approssimazione proprio del metodo tipologico, procedendo "per via indiziaria" alla verifica degli elementi tipici del lavoro subordinato (sottoposizione al potere direttivo e disciplinare, lavoro a tempo pieno e indeterminato, inserimento nell'organizzazione aziendale, retribuzione a misura fissa)<sup>91</sup>.

Il formale ossequio all'art. 2094 (e al metodo sussuntivo), in particolare, si rinviene nella definizione di subordinazione come "assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro"<sup>92</sup>. Ma, nonostante 'l'omaggio' alla definizione di cui all'art. 2094, i giudici non procedono alla verifica

---

<sup>90</sup> LUNARDON F., *op. cit.*, p. 404.

<sup>91</sup> D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, cit., pp. 1207-1208; LUNARDON F., *op. cit.*, p. 403.

<sup>92</sup> V. la giurisprudenza riportata da LUNARDON F., *op. cit.*, p. 406, nota 10. Tale assoggettamento, peraltro, fra fine degli anni Ottanta e gli inizi degli anni Novanta era ancora anacronisticamente inteso dalla Cassazione come "soggezione costante del lavoratore ad ordini specifici sull'intrinseco svolgimento della sua prestazione lavorativa" (Cfr. NOGLER L., *op. ult. cit.*, pp. 136-137).

della presenza (o dell'assenza) dell'assoggettamento del lavoratore secondo un giudizio di identità: poiché l'intensità del vincolo varia quantitativamente e qualitativamente, in relazione alla natura della prestazione<sup>93</sup>, *“non è affatto semplice individuare la soglia della subordinazione sulla base del quantum o comunque dell'intensità del potere direttivo, così come esercitato o potenzialmente esercitabile”*<sup>94</sup>.

Poiché, dunque, non è possibile individuare un *“rigido discrimine”*<sup>95</sup> in base al criterio dell'eterodirezione, i giudici utilizzano elementi *“fluidi od elastici”*<sup>96</sup> che consentono un giudizio più flessibile sulla sussistenza della subordinazione, come l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione del datore, la continuità della prestazione, e indici *“residuali”*, come l'esistenza in capo al lavoratore di un'organizzazione imprenditoriale, l'incidenza del rischio economico, l'obbligo di un orario, le modalità di corresponsione della retribuzione<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> E invero, la subordinazione *“può manifestarsi anche implicitamente nelle direttive programmatiche coincidenti con la stessa struttura aziendale e non tramite espressi e continui ordini e controlli”* (Cass. 648/1986) e può presentare *“un più generico contenuto man mano che s'intensifica l'iniziativa personale del lavoratore”* (cfr. LUNARDON F., *op. cit.*, pp. 409-410).

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 410.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ivi*, p. 411.

<sup>97</sup> Cass. 27 marzo 2000, n. 3674, Cass. 3 giugno 1998, n. 3464, Cass. 29 maggio 2000, n. 6570, Cass. 29 marzo 1995, n. 3745, Cass. 30 giugno 1999, n. 376, Cass. 20 febbraio 1995, n. 1827, Cassazione civile sez. lav., 04 novembre 2000, n. 14414, Cass. Civ. Sezione Lavoro, 30 novembre 2009, n. 25224; Cass., 19.11..2003, n. 17549, Cass. 21.11.2001 n. 14664, Cass. 12.9.2003 n. 13448, Cass. 6.6.2002 n. 8254, Cass. 4.4.2001 n. 5036, Cass. 3.4.2000 n. 4036, Cass. 16.1.1996 n. 326.

In tal modo, quindi, la giurisprudenza ‘sussume’ il caso concreto nell’art. 2094 c.c. non attraverso un giudizio di identità, ma all’esito di un giudizio di approssimazione: all’esito, cioè, di una valutazione sintetica di indici di subordinazione che, considerati isolatamente, non avrebbero un’autonoma funzione qualificatoria.

La giurisprudenza, tuttavia, ha limitato l’uso del metodo tipologico alla qualificazione della fattispecie e non lo ha esteso (correttamente, per le ragioni precisate a conclusione del precedente paragrafo) al fine di modulare l’applicazione delle tutele: il metodo tipologico è, cioè, utilizzato dalla giurisprudenza *“soltanto come criterio di flessibilità della qualificazione, ma mai come criterio di flessibilizzazione degli effetti e quindi delle tutele”*<sup>98</sup>.

#### **4. Subordinazione, contratto e rapporto di lavoro: teorie contrattuali e ‘a-contrattuali’ a confronto**

Nella prima parte di questo capitolo, traendo spunto dai riferimenti all’opera barassiana (con cui si era concluso il primo capitolo), si è cercato di tratteggiare la “parabola della subordinazione”, da Barassi all’impresa post-fordista, passando per il codice del 1942. Si è cercato, in particolare, di evidenziare le principali posizioni dottrinali sulla teoria della subordinazione e le ambiguità, le contraddizioni e le difficoltà interpretative (e

---

<sup>98</sup> D'ANTONA M., *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in AMATO F. (a cura di), *I “destini” del lavoro. Autonomie e subordinazione nella società post-fordista*, Franco Angeli, Milano, 1998, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) *Massimo D'Antona. Opere*, cit., vol. 1, p. 253.

## CAPITOLO II

metodologiche) che nascono dalla fattispecie “contratto di lavoro subordinato”, come fattispecie dalla cui presenza o assenza dipende l’applicazione della disciplina protettiva.

A questo punto della trattazione (e anche in considerazione delle questioni che si affronteranno nel prossimo capitolo), occorre compiere una leggera ‘virata’ dalla subordinazione al contratto: e invero, sebbene (almeno secondo alcune ricostruzioni) la teoria della subordinazione è indipendente da quella del contratto<sup>99</sup>, è pur vero<sup>100</sup> che i due discorsi finiscono comunque con l’intrecciarsi ed interconnettersi<sup>101</sup>.

Per tale ragione (e in considerazione delle questioni che verranno analizzate nel capitolo III), si è scelto di indagare, attraverso una panoramica delle principali ricostruzioni dogmatiche, una delle questioni fondamentali sulle quali la

---

<sup>99</sup> Pedrazzoli distingue nettamente i due piani del discorso, giacché la subordinazione può variare anche se il vincolo si instaura sempre allo stesso modo mediante contratto; e, per converso, “*se una classe di casi è identificata da un certo tipo di subordinazione, non è perciò escluso che il fatto costitutivo del vincolo possa variare*” (PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., pp. 334-335 e 358-359).

<sup>100</sup> Come lo stesso Pedrazzoli riconosce (*ivi*, p. 335).

<sup>101</sup> Sebbene un’analisi della subordinazione (come “*strumento di costruzione scientifica e schema di richiamo dei trattamenti diversificati*”) che sia distaccata dal contratto e dal dibattito sui modi di costituzione del vincolo può meglio assicurare l’autonomia teorica del diritto del lavoro (*ivi*, p. 337): ma sull’autonomia teorica del diritto del lavoro e sui rapporti fra questo e il diritto civile v. cap. III.

dottrina lavorista si è confrontata<sup>102</sup>: la funzione del contratto di lavoro come fattispecie costitutiva del rapporto e le 'dinamiche' fra il primo e il secondo.

#### ***4.1 Teorie contrattuali e 'a-contrattuali' nel periodo corporativo***

Come si è visto nel capitolo precedente, il codice civile del 1865, ponendosi in linea di continuità con il *Code Napoléon*, manifesta una chiara opzione contrattualistica: il rapporto di lavoro è regolato entro gli schemi del contratto di locazione.

Si è visto anche come l'opera del padre fondatore del diritto del lavoro in Italia, abbia innestato la disciplina del rapporto di lavoro entro i confini del diritto comune dei contratti.

La concezione del rapporto di lavoro muta, però, nel nostro ordinamento, nel periodo corporativo: con la legge sull'impiego privato del 1924<sup>103</sup> e, soprattutto, con la "fascistissima" legge sindacale del 1926 e la Carta del lavoro del 1927 si verifica, infatti, un primo "strappo"<sup>104</sup> dalla matrice civilistica, sino ad allora

---

<sup>102</sup> Il dibattito sull'origine contrattuale del rapporto si è, tuttavia, parecchio affievolito (quanto meno dopo gli anni Sessanta), a differenza del dibattito intorno alla subordinazione, sul quale, come si è visto, la dottrina italiana ha continuato e continua a confrontarsi.

<sup>103</sup> Alla base della quale v'era ancora, tuttavia, una concezione contrattuale del rapporto: così GAETA L. - TESAURO P., *op. cit.*, p.20.

<sup>104</sup> ICHINO P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, Relazione al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011, p. 10.

## CAPITOLO II

prevalente, in favore di una concezione “pubblicistica” del rapporto di lavoro.

Limitando l’analisi ai temi sopra evidenziati (e, in particolare, a quello relativo all’origine contrattuale del rapporto), va ricordato come, nella fase corporativa, si siano fatte strada, influenzate dalle elaborazioni tedesche, costruzioni dottrinali caratterizzate da una concezione a-contrattuale del rapporto di lavoro.

Alle teorie contrattuali, che fondano il rapporto sul consenso, sulla disponibilità del lavoratore, si contrappongono, così, le teorie cd. organicistiche<sup>105</sup>, secondo le quali il rapporto di lavoro origina non tanto da un contratto, da un incontro di volontà, quanto dallo ‘inserimento’, dalla ‘incorporazione’ (*Eingliederung*) del lavoratore nell’impresa, intesa quale istituzione preesistente al rapporto e “dotata di una sorta di soggettività sua propria”<sup>106</sup>, nella quale il lavoro collabora con il capitale. Il contratto, secondo tali ricostruzioni, ha, al più, il limitato compito di assicurare l’inserimento ‘iniziale’ del lavoratore nell’impresa. Una volta inserito nell’organizzazione gerarchica creata dall’imprenditore, è da tale “incorporazione” (e non dal contratto), che discendono i poteri dell’imprenditore.

Dinanzi a queste due alternative di fondo (la concezione contrattuale del rapporto e la visione organicistico-corporativa dello stesso), qual è la scelta compiuta dal codice civile del 1942?

---

<sup>105</sup> La più celebre e compiuta ricostruzione organicistica è quella di GRECO P., *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, II, 3, Utet, Torino, 1939, secondo il quale “il contratto di scambio in sé e per sé non indurrebbe senz’altro lo stato di subordinazione, ove non si combinasse con l’ingresso e la permanenza, stabile o transitoria, del lavoratore nella organizzazione dell’impresa”.

<sup>106</sup> ICHINO P., *op. cit.*, p. 10.



Il legislatore del 1942 sembra avere optato per una soluzione mediana (o, per meglio dire, ambigua<sup>107</sup>).

E invero, come ampiamente sottolineato in dottrina, l'impostazione del libro V del codice sembrerebbe recepire la concezione organicistica del rapporto di lavoro, la concezione dell'impresa come istituzione funzionalizzata al superiore interesse della nazione, all'interno della quale il lavoratore presta la propria collaborazione.

A supporto della lettura 'istituzionista' del codice del 1942, esiste una molteplicità di dati.

L'elemento maggiormente evidenziato dalla dottrina è, anzitutto, l'assenza di qualunque riferimento al contratto di lavoro (com'è ampiamente noto, l'art. 2094 si limita a definire il prestatore di lavoro, ma non contiene alcun riferimento al contratto); a ciò si aggiunga la circostanza che la regolazione dei rapporti trova sede nel libro V (dedicato all'impresa), piuttosto che nel citato libro IV ("*Delle obbligazioni*") e che nel codice non si rinviene "*una partizione intitolata al contratto di lavoro*"<sup>108</sup>, come avviene per i contratti nominati (ai quali è dedicato il Titolo III<sup>109</sup> del libro IV).

Ai superiori rilievi 'sistematici' possono associarsi, poi, argomentazioni, per così dire, 'ideologico-funzionali', legate alla funzione, al ruolo che l'ordinamento corporativo riserva

---

<sup>107</sup> Questa ulteriore ambiguità, della quale subito si dirà, si aggiunge alle molteplici ambiguità dell'art. 2094 c.c. già rilevate *supra*.

<sup>108</sup> SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 1970, Jovene, Napoli, p. 111.

<sup>109</sup> "*Dei singoli contratti*".

all'impresa e all'imprenditore. Si pensi, in particolare, alla concezione di impresa come entità gerarchicamente organizzata, della quale l'imprenditore è "*capo*" (art. 2086) e nella quale il lavoratore "*collabora*" (art. 2094); e si consideri, inoltre, che nelle maglie del libro V del codice si cela la 'funzionalizzazione' dell'attività economica a un interesse pubblico, al superiore interesse della nazione, al quale l'imprenditore deve conformare "*l'indirizzo della produzione e degli scambi*" (artt. 2084 e 2088).

In quel contesto normativo intriso di ideologia organicistico-fascista, quindi, la dottrina teorizza l'inserimento nell'impresa- istituzione come fatto idoneo a 'creare' il rapporto di lavoro, indipendentemente da un contratto<sup>110</sup>.

#### ***4.2 La dottrina post-corporativa e la svalutazione non 'ideologica' del contratto di lavoro***

Ma le teorie istituzionalistiche avranno vita breve. Con l'ordinamento corporativo cadono, infatti, anche le teorie organiciste, in favore del riconoscimento della libertà di iniziativa privata e dei 'nuovi' principi costituzionali in materia di lavoro; il diritto del lavoro torna, così, nell'alveo del diritto privato<sup>111</sup>.

Da qui una rinnovata attenzione verso il contratto di lavoro, sulla base della considerazione ('vetero-liberale'<sup>112</sup>, e quindi, sia consentito, piuttosto ovvia) secondo cui "*il principio della*

---

<sup>110</sup> Cfr. PERSIANI M., *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, I, p. 457 (testo e nt. 10) e bibliografia *ivi* citata.

<sup>111</sup> PERSIANI M., *op. cit.*, p. 458; ICHINO P., *op. cit.*, p. 11 e ss.

<sup>112</sup> Sulla 'invenzione' del contratto come strumento di regolazione dei rapporti di lavoro nei codici borghesi v. Cap. I.

*contrattualità del rapporto di lavoro significa anzitutto che la nostra civiltà non può e non deve conoscere se non il lavoro liberamente accettato*"<sup>113</sup>.

Caduto il sistema corporativo, l'origine contrattuale del rapporto di lavoro si afferma come verità pressoché incontrastata.

Ma la dottrina giuslavoristica degli anni Cinquanta, a guardar più da vicino, se è concorde nel riconoscere la matrice contrattuale del rapporto, lo è meno sulla funzione del contratto: restava, infatti, anche dopo la caduta del regime corporativo, una certa "insoddisfazione per una teoria del rapporto di lavoro che fosse completamente fondata sul contratto di lavoro"<sup>114</sup>.

A partire dalla fine del sistema corporativo, possono distinguersi, così, due linee di pensiero principali: quella contrattualistica 'pura' (rappresentata, non a caso, da due civilisti 'prestati' al diritto del lavoro<sup>115</sup>), che riconduce il contratto di lavoro entro la categoria dei contratti di scambio; e un'altra, variegata corrente, che si distingue per la sopra accennata insoddisfazione verso ricostruzioni puramente contrattualistiche, verso ricostruzioni del contratto di lavoro come contratto di scambio.

Tale seconda corrente, pur riconoscendo al contratto una funzione 'costitutiva' del rapporto di lavoro, tende a svalutarne la funzione di fonte delle obbligazioni delle parti (sicché, come

---

<sup>113</sup> SANTORO PASSARELLI F., *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, in *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, Napoli, 1961, p.1081.

<sup>114</sup> PERSIANI M., *op. cit.*, p. 459.

<sup>115</sup> Francesco Santoro Passarelli e Luigi Mengoni: v. *amplius* ICHINO P., *op. cit.*, p. 12 e ss.

## CAPITOLO II

emergerà a breve, solo con qualche approssimazione può esser definita 'a-contrattuale'<sup>116</sup>).

Al suo interno può, a sua volta, distinguersi un orientamento 'neo-istituzionale'<sup>117</sup>, che svaluta (pur non negandola del tutto, come detto) l'origine contrattuale del rapporto, ponendo l'attenzione sul dato dell'inserimento organico del lavoratore in azienda, sulla "organizzazione del lavoro intesa come fonte di situazioni giuridiche sostanzialmente autonome dal contratto"<sup>118</sup>. In particolare, secondo le dottrine neo-istituzionaliste, il rapporto di lavoro, pur derivando dal contratto, ricomprende posizioni giuridiche (come il "potere di organizzazione" dell'imprenditore<sup>119</sup>) non riconducibili al contratto, ma all'organizzazione dell'impresa, di cui il lavoratore entra a far parte attraverso il contratto.

---

<sup>116</sup> Si intende, cioè, avvertire, che la ricostruzione sopra proposta non intende contrapporre una corrente contrattualista fondata sul contratto e una a-contrattualista, basata esclusivamente sul rapporto di lavoro e sulla negazione del suo fondamento contrattuale. Come ha ben evidenziato Mazziotti, infatti, "non è sul piano della contrapposizione contratto-rapporto che si pone l'alternativa tra concezione organicistica e concezione individualistica, bensì con riguardo agli interessi tipici che, secondo la valutazione dell'ordinamento, il contratto-rapporto di lavoro è destinato a realizzare" (MAZZIOTTI F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974, p.4; v. anche *ivi*, pp. 2-3).

<sup>117</sup> Rispetto all'istituzionalismo corporativo, infatti, quello di cui si parla è un istituzionalismo 'di seconda generazione': cfr. MARAZZA M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, p. 14 (v. anche PERSIANI M., *op. cit.*, p. 459 e ss.).

<sup>118</sup> GAETA L. - TESAURO P., *op. cit.*, p. 30.

<sup>119</sup> HERNANDEZ S., *Posizioni non contrattuali del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1968.

Tuttavia, a differenza delle concezioni organicistiche sviluppatesi nel ventennio fascista, tale corrente rigetta l'idea (e l'ideologia che vi si cela dietro) dell'inserimento del lavoratore nell'impresa come fatto finalizzato a una collaborazione 'non conflittuale' del prestatore con l'imprenditore, e funzionalizzata al superiore interesse dell'economia nazionale. Si rigetta, cioè, l'idea della 'collaborazione' intesa quale negazione del conflitto fra capitale e lavoro (proprio per tale ragione si è parlato di "*versione conflittuale dell'impresa-istituzione*"<sup>120</sup>).

Da qui il carattere non 'ideologico' (come si è indicato anticipato nel titolo del paragrafo), non 'corporativista', di tali teorie.

Altra dottrina (come Ardaù e Rabaglietti<sup>121</sup>), partendo da una concezione di impresa come comunità, ricostruisce il contratto di lavoro come contratto a causa associativa, attraverso il quale datore e prestatore costituiscono una 'comunione di scopo': in quest'ottica (che tenta, in definitiva, di "*conciliare la teoria istituzionalistica con quella contrattuale*"<sup>122</sup>) datore di lavoro e prestatore non sono portatori di interessi configgenti, ma di "*una*

---

<sup>120</sup> GAETA L. - TESAURO P., *op. cit.*, p. 30.

.

<sup>121</sup> RABAGLIETTI M. F., *Contratti con comunione di scopo. Il contratto di lavoro come contratto plurilaterale?*, Edizione del diritto del lavoro, Roma, 1961; ARDAU G., *Corso di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1960. Cfr. PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, p. 85 e GAETA L. - TESAURO P., *op. cit.*, p. 35 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>122</sup> MAGNANI M., *Contratti di lavoro e organizzazione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, I, p.124.

## CAPITOLO II

*fascia di interessi comuni*"<sup>123</sup>, consistenti nell'interesse allo svolgimento dell'attività produttiva.

Tali ricostruzioni dal sapore 'organicista' non hanno, tuttavia, ottenuto molto seguito (forse proprio in ragione dell'ideologia del ventennio appena trascorso, che le stesse, pur con le differenze sopra accennate, in qualche modo evocavano).

Né pare aver avuto miglior fortuna la tesi di Cessari<sup>124</sup> che cerca di mediare, per così dire, fra una concezione conflittuale del rapporto fra capitale e lavoro e una concezione organicistica (Cessari distingue, infatti, fra un momento conflittuale, che coinciderebbe con la stipulazione del contratto, e un momento 'collaborativo', che caratterizzerebbe la fase dell'esecuzione del contratto). In quest'ottica il contratto, come contratto con "comunione di scopo" e non come contratto di scambio, soddisfa un interesse che è superiore rispetto agli egoistici interessi contrapposti delle due parti del contratto.

Ma la ricostruzione istituzionalistica<sup>125</sup> più nota del periodo post-costituzionale è quella di Federico Mancini<sup>126</sup> che, sulla base della distinzione fra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato, sostiene che la prestazione di lavoro è destinata al raggiungimento di un risultato ulteriore, non dedotto e non deducibile in obbligazione (la produzione), che il datore di lavoro

---

<sup>123</sup> GAETA L. - TESAURO P., *op. cit.*, p. 35.

<sup>124</sup> CESSARI A., *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano, 1969.

<sup>125</sup> Di "istituzionalismo temperato" parla, con riferimento al pensiero manciniano, PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, p.87.

<sup>126</sup> MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.

persegue coordinando la prestazione di lavoro. Nel contratto, quindi, il lavoratore si limita a obbligarsi a mettere a disposizione le proprie energie lavorative, e “*non si fa questione della destinazione dell’attività promessa*”<sup>127</sup>.

In tal modo, Mancini svaluta la funzione ‘genetica’ del contratto: esso è fonte unicamente dell’obbligo di messa a disposizione delle energie lavorative; la destinazione di tali energie verso un risultato utile per il datore di lavoro deriva, invece, non già dal contratto, quanto dall’inserimento del lavoratore nell’organizzazione dell’imprenditore<sup>128</sup>.

In quest’ottica, dunque, il potere del datore di lavoro e, correlativamente, la subordinazione del lavoratore, escono dalla sfera del contratto: attraverso il contratto sorge l’obbligo di messa a disposizione delle proprie energie lavorative, ma come tali energie vengano poi utilizzate e indirizzate è questione che non rientra nella causa del contratto.

La subordinazione, dunque, “*non si giustifica nella logica elementare dello scambio*”<sup>129</sup>, del contratto, poiché è legata all’inserimento in una istituzione organizzata dall’imprenditore (la comunità di impresa), all’interno della quale si svolge il rapporto.

A fondamento della costruzione del contratto di lavoro come di un “*contratto impermeabile alla subordinazione*”, Mancini pone la distinzione “*fra una zona contrattuale e una zona più ampia*,

---

<sup>127</sup> *Ivi*, p. 23.

<sup>128</sup> Cfr. sul punto GAETA L. - TESAURO P., *op. cit.*, p. 32.

<sup>129</sup> MANCINI G.F., *op. cit.*, p. 112.

*del rapporto*<sup>130</sup>, distinzione che per l'autore è evidente nei rapporti di lavoro alle dipendenze di un imprenditore<sup>131</sup>.

Ma la riconduzione della subordinazione fra gli effetti, piuttosto che nella causa, del contratto, sarà ritenuta intrinsecamente contraddittoria: proprio perché il nostro ordinamento distingue 'dicotomicamente' (art. 2094 e art. 2222 c.c.) i due tipi contrattuali (lavoro subordinato e lavoro autonomo)<sup>132</sup>, *"un rapporto contrattuale non può [...] essere caratterizzato da un elemento estraneo alla causa del contratto"*<sup>133</sup>. In altri termini, e *a contrario*, se ciò che conta non è il tipo (subordinato o autonomo) di prestazione promessa, ma il tipo di prestazione resa nello svolgimento del rapporto di lavoro, *"non si comprende come possa configurarsi un effetto del contratto il dato qualificativo di esso"*<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., p. 87.

<sup>131</sup> Secondo Mancini, infatti, mentre i rapporti di lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro non imprenditore si avvicinerebbero allo schema dello scambio, il lavoro alle dipendenze di un imprenditore *"non si giustifica nella logica elementare dello scambio"* (MANCINI G.F., *op. cit.*, p.112): il lavoratore, infatti, si limita, in sede di contratto, a mettere a disposizione le proprie energie lavorative, mentre è in sede di rapporto, a seguito dell'inserimento del lavoratore nella comunità di impresa, (attraverso l'esercizio del potere direttivo dell'imprenditore) che la destinazione di tali energie troverà concreta attuazione.

<sup>132</sup> Sicché la presenza o meno della subordinazione ha efficacia qualificante del tipo contrattuale.

<sup>133</sup> MENGONI L., *Contratto e rapporto nella recente dottrina italiana*, in *Rivista delle società*, 1965, p. 675; PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

<sup>134</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 34; PERSIANI, *op. ult.cit.*



Stipulando un contratto di lavoro subordinato, infatti, il lavoratore non si obbliga soltanto a svolgere un'attività lavorativa 'non qualificata', ma si impegna "a lavorare subordinatamente", sicché la subordinazione deve necessariamente esser collocata nella struttura del contratto, nella causa dello stesso<sup>135</sup>. Dal tenore dell'art. 2094 c.c., che "definisce la promessa del prestatore di lavoro in termini di impegno a collaborare nell'impresa del datore, si argomenta che la destinazione della prestazione di lavoro a coordinarsi con gli altri fattori dell'organizzazione diretta dal datore, in vista del risultato finale da questi prestabilito, è materia essenziale dell'accordo delle parti"<sup>136</sup>.

La distinzione manciniana fra sfera del contratto e sfera del rapporto non resta, peraltro, isolata nella dottrina italiana, che continua ad avvertire un "non effimero disagio [...] circa l'idoneità dello schema negoziale interindividualistico a dar conto delle specificità del lavoro prestato nell'impresa"<sup>137</sup>.

È nota, infatti, la tesi, riduttivamente definita a-contrattualistica<sup>138</sup>, di Renato Scognamiglio, secondo il quale "il contratto costituisce uno strumento del tutto inadeguato e addirittura

---

<sup>135</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, p. 35.

<sup>136</sup> MENGONI L., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971, p. 31.

<sup>137</sup> Così LIEBMAN S., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 110.

<sup>138</sup> D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, cit., p. 207; Ichino descrive la tesi di Scognamiglio come una "concezione acontrattualistica, temperata dal riconoscimento della necessità del contratto per l'instaurazione del rapporto" (ICHINO P., *op. cit.*, p. 13).

## CAPITOLO II

*fuorviante e pericoloso, quando si tratta di provvedere alla costruzione ed applicazione del diritto del lavoro*<sup>139</sup>.

Critico verso le teorie istituzioniste<sup>140</sup>, secondo l'autore il lavoro subordinato "si colloca su un versante ben diverso da quello del contratto in cui le parti si trovano in una posizione di parità e nell'identica possibilità di regolare i propri interessi e rapporti patrimoniali"<sup>141</sup>. Il diritto del lavoro nasce e si sviluppa con l'obiettivo di "riscattare il lavoratore dalla condizione di debolezza in cui versa nei confronti del datore e nella realtà socio-economica"<sup>142</sup>, ed è per tale ragione che la speciale disciplina protettiva, apprestata in favore del lavoratore, induce a ritenere che il lavoro subordinato "non si presta ad essere configurato e disciplinato come un contratto di scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione [...]"<sup>143</sup>, ma, semmai,

---

<sup>139</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 830.

<sup>140</sup> Oltre alla vaghezza del concetto di istituzione, Scognamiglio sottolinea che il dato dell'inserimento del lavoratore nella comunità di impresa si porrebbe in insanabile contrasto con "le ragioni e gli obiettivi del diritto del lavoro, che si volgono invece, principalmente, al riscatto del prestatore dalla condizione di debolezza in cui versa all'interno del rapporto di lavoro e nell'ambito del contesto sociale" (SCOGNAMIGLIO R., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, cit., p. 388). Nella concezione istituzionistica, invece, il lavoratore, in quanto concepito come "collaboratore" dell'imprenditore, "perde il suo ruolo di altro soggetto del rapporto di lavoro[...] per divenire, involontariamente, il soggetto passivo di un'entità che trascende i valori ed i fini del lavoro subordinato" (SCOGNAMIGLIO R., *Rapporto di lavoro e contratto*, cit., p. 702).

<sup>141</sup> SCOGNAMIGLIO R., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, cit., p. 403.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> *Ivi*, p. 405.

come un *“rapporto giuridico consistente nello assoggettamento del prestatore al datore per poter lavorare [...]”*<sup>144</sup>.

Per tali ragioni, il rapporto di lavoro non può ricondursi, *sic et simpliciter*, alla logica del mero scambio contrattuale: *“La costituzione del rapporto avviene mediante l'incontro tra l'offerta del posto di lavoro da parte del datore e la messa a disposizione delle energie lavorative da parte del prestatore, che non si può ragguagliare però ad un contratto a cui ricondurre il rapporto di lavoro subordinato”*<sup>145</sup>.

È nel rapporto di lavoro che trova fondamento la disciplina protettiva del diritto del lavoro, ed è al rapporto, e non al contratto, che va ricondotto il vincolo di dipendenza che lega il prestatore al datore di lavoro (vincolo di dipendenza che, come dato della realtà socio-economica, preesiste al contratto)<sup>146</sup>.

Senonché, secondo alcuni autori, la ricostruzione di Scognamiglio (e la valorizzazione del rapporto) *“si sottrae radicalmente alla spiegazione della causa costitutiva del nesso genetico e funzionale in cui sono collegate le obbligazioni qualificative delle rispettive posizioni soggettive del lavoratore e del datore”*<sup>147</sup>. In definitiva, la tesi di Scognamiglio, non sarebbe *“metodologicamente appropriata”* nella misura in cui sostituisce *“il dato strutturalmente*

---

<sup>144</sup> *Ivi*, p. 409.

<sup>145</sup> *Ivi*, p. 413.

<sup>146</sup> Cfr. GAETA L. - TESAURO P., *op. cit.*, p. 33.

<sup>147</sup> GRANDI M., *Rapporto di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, p. 314.

## CAPITOLO II

*qualificante del contratto con una nozione di "rapporto di lavoro" [...] puramente descrittiva*"<sup>148</sup>.

Come nella ricostruzione di Scognamiglio, anche in Suppiej<sup>149</sup> "il rapporto è in una relazione di tensione o comunque problematica col contratto"<sup>150</sup>, sebbene egli intenda il rapporto in senso unitario, non come "correlazione fra posizioni singole", ma come un *quid pluris* rispetto alle posizioni singole e alla loro somma<sup>151</sup>.

In particolare, secondo la raffinata (ma anch'essa isolata) posizione dell'autore, dal contratto non deriva immediatamente "una sola obbligazione di lavoro"<sup>152</sup>: il contratto è condizione necessaria, ma non sufficiente, per perfezionare l'obbligazione di lavoro. Sono, infatti, le singole disposizioni per l'esecuzione del lavoro, che il datore di lavoro impartisce al lavoratore, a rappresentare la *condicio iuris* per la costituzione delle "obbligazioni di eseguire le singole attività lavorative"<sup>153</sup>.

Tali disposizioni rappresentano non tanto un requisito di validità, quanto piuttosto un requisito di *efficacia* del contratto

---

<sup>148</sup> LIEBMAN S., *op. cit.*, p.119. Per una replica (invero non del tutto soddisfacente) a tali rilievi cfr. SCOGNAMIGLIO R., *op. ult. cit.*

<sup>149</sup> Cfr., in particolare, SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam Padova, 1963.

<sup>150</sup> PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, p. 92.

<sup>151</sup> SUPPIEJ G., *op. cit.*, p. 22.

<sup>152</sup> La cui esecuzione sarebbe "differita e condizionata di volta in volta alle disposizioni del datore di lavoro", come sostenuto dalla 'classica' dottrina contrattualistica e, in particolare, da Santoro Passarelli (*ivi*, p. 89).

<sup>153</sup> *Ivi*, pp. 104-105 e 116-117.

stesso: la fattispecie del contratto, quindi, sarebbe completa ancor prima che le disposizioni per l'esecuzione vengano impartite dal datore di lavoro (in questo senso l'autore esclude che la fattispecie del contratto possa considerarsi una fattispecie a formazione successiva<sup>154</sup>).

Il contratto di lavoro, nella ricostruzione di Suppiej, è, dunque, 'perfetto *ab origine*', sebbene faccia parte di una fattispecie 'complessa', a formazione successiva: solamente con la combinazione di due elementi (il contratto, appunto, e le disposizioni impartite dal datore), solamente a tale fattispecie complessa, in cui il contratto è una parte del tutto, l'ordinamento riconnette l'effetto della costituzione della singola obbligazione di lavoro<sup>155</sup>.

Infine, per concludere questa rapida ricostruzione delle principali posizioni dottrinali che rifiutano l'idea del contratto di lavoro come mero contratto di scambio, svalutandone la funzione nella fase genetica del rapporto, va ricordato il più recente, e già citato, "*Democrazia industriale e subordinazione*". All'opera di Pedrazzoli si è già diffusamente fatto riferimento nella prima parte di questo capitolo, quando ci si è soffermati sulla ambigua nozione di subordinazione. Ad essa si ritorna, dalla prospettiva scelta in questa seconda parte del capitolo, per comprendere quale sia la funzione del contratto, e i rapporti fra subordinazione, contratto e rapporto, nella monografia del 1985.

Pedrazzoli, com'è noto, ha individuato il vizio genetico, il "peccato originale" del concetto di subordinazione, nel fatto che essa svolge una funzione in negativo, rappresentando un

---

<sup>154</sup> *Ivi*, p. 116.

<sup>155</sup> *Ivi*, pp. 115-117.

“disvalore” (giacché indica l’assenza di potere, di autonomia, del lavoratore).

Da qui una costante frizione fra la nozione di subordinazione come assenza di potere e il moderno diritto del lavoro, che invece studia l’interazione fra poteri (la democrazia industriale) che conduce ad una codeterminazione delle regole<sup>156</sup>.

Nella subordinazione (intesa come ‘disvalore’, come assenza di potere), Pedrazzoli innesta, così, il ‘valore’ dell’interazione fra poteri: la “*fattispecie fondamentale*”, “*l’oggetto complessivo del diritto del lavoro*”<sup>157</sup>, è dunque sintesi di un disvalore e di una valore (la mancanza di autonomia del lavoratore rispetto al datore e l’interazione del potere collettivo con il potere datoriale, attraverso la quale si creano regole condivise).

Venendo, quindi, al ruolo del contratto quale fattispecie costitutiva del rapporto, si può notare come, nella ricostruzione di Pedrazzoli, il contratto individuale di lavoro subordinato non rappresenti la fattispecie esclusiva dalla quale far discendere l’applicazione delle norme a tutela dei lavoratori subordinati: è la subordinazione (come da lui ricostruita<sup>158</sup>) che riassume in sé quelle valenze relazionali e bilaterali che la dottrina ha attribuito al contratto e al rapporto. Il contratto cessa, in questa prospettiva, di costituire il “*concetto costruttivo par excellence*”<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, spec. pp. 103- 104, 342-350 e 354-355; D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 1217.

<sup>157</sup> PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, pp. 354-355.

<sup>158</sup> Ovvero come fattispecie che racchiude in sé non soltanto il 'disvalore', ma anche il valore della democrazia industriale.

<sup>159</sup> *Ivi*, p. 358.

Ma a ben vedere, la teoria di Pedrazzoli si proietta “oltre la subordinazione”<sup>160</sup> e oltre il contratto di lavoro, verso una teoria del “lavoro come istituto giuridico”<sup>161</sup>, che trascende la prospettiva di inquadramento entro un contratto tipico (subordinato o autonomo)<sup>162</sup>: il lavoro come istituto giuridico non è più legato al contratto tipico, giacché comprende “l’intera gamma delle relazioni giuridiche entro le quali si realizza”<sup>163</sup>.

#### ***4.3 La vittoria dogmatica del contrattualismo ‘puro’ e l’ingenuità vetero-liberale del suo fondamento: preludeo allo studio dell’autonomia individuale nei rapporti di lavoro***

Come si è anticipato, al di là delle ricostruzioni ‘alternative’ del contratto e del rapporto di lavoro sopra riportate, la dottrina maggioritaria sostiene la tesi del contratto di lavoro come

---

<sup>160</sup> D'ANTONA M., *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 47. La necessità di decongestionare il concetto esorbitante di subordinazione, in modo da ridefinire il sistema di tutele che il diritto del lavoro ottusamente appresta (v. *supra*) finisce, in definitiva, con il proiettare “oltre una teoria della subordinazione come segno comune di fattispecie diversificate e operanti a livelli diversi, che è quanto Pedrazzoli propone” (*ivi*, pp. 47-48). In questo senso, quindi, può dirsi che la teoria di Pedrazzoli si proietta oltre se stessa, oltre Pedrazzoli.

<sup>161</sup> *Ivi*, p. 48.

<sup>162</sup> Da questo punto di vista, la teoria di Pedrazzoli prosegue nella direzione tracciata per la prima volta da SPAGNUOLO VIGORITA L., *op. cit.*, pp. 141- 142.

<sup>163</sup> D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 48. Sul tema si tornerà nel cap. III.

## CAPITOLO II

contratto di scambio, sebbene tale filone dottrinale<sup>164</sup> si articoli, poi, in una pluralità di varianti <sup>165</sup>.

Tale dottrina, in particolare, critica le teorie neoistituzionali con riferimento alla concezione della comunità di impresa come istituzione e come fonte del rapporto, giacché *“non ogni gruppo è un ordinamento giuridico, ma solo la società generale, comprensiva dei singoli e dei gruppi particolari, e l’istituzione in cui [...] si inserisce il prestatore non solo non è un ordinamento giuridico, ma neppure è fonte di rapporti giuridici, secondo il nostro ordinamento statale”*: fonte del rapporto è l’autonomia contrattuale, *“per particolari che possano essere i modi dell’autodisciplina individuale del rapporto di lavoro e ristretto l’ambito della medesima”*<sup>166</sup>.

Si è, poi, evidenziato che le ricostruzioni organicistiche, fondate su una *“irreale”*<sup>167</sup> comunione di interessi fra datore e prestatore di lavoro, sono del tutto incompatibili con

---

<sup>164</sup> Che potremmo definire “contrattualista”, ma nei limiti sopra precisati (giacché neppure le ricostruzioni sopra riportate, che con qualche approssimazione abbiamo definito ‘a- contrattuali’, giungono a negare il fondamento contrattuale del rapporto di lavoro): v. *supra*.

<sup>165</sup> E invero, secondo alcuni le prestazioni alla base dello scambio contrattuale sarebbero lavoro e retribuzione, per altri subordinazione e retribuzione, altra dottrina ricomprende nello scambio anche gli obblighi accessori: v. GAETA L. - TESAURO P., *op. cit.*, p. 37 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>166</sup> SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., p.114. Come più volte evidenziato, tuttavia, le dottrine istituzionali (quanto meno quelle ‘post-corporative’, o ‘neoistituzionali’, come sono state definite precedentemente) non arrivano mai *“a contrapporre l’istituzione al contratto”*, negando il fondamento contrattuale del rapporto, come pure Santoro Passarelli sembrerebbe sostenere.

<sup>167</sup> PERSIANI M., *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, cit., p. 462.



l'ordinamento giuridico e con *“l'attuale sistema capitalistico di produzione”*<sup>168</sup> e che l'interesse del lavoratore, perché sia adeguatamente tutelato, va distinto, *“non può essere confuso con quello del datore di lavoro”*<sup>169</sup>. Il rapporto di lavoro è, invero, caratterizzato da un conflitto di interessi fra le parti, e tale conflitto non è limitato alla fase iniziale della stipulazione del contratto<sup>170</sup>, ma si riverbera anche nell'esecuzione dello stesso: *“nel contratto di lavoro le parti perseguono [...] ognuna un suo immediato scopo particolare[...]]. La causa dello stesso pone le parti una di fronte all'altra, tendenti ciascuna alla realizzazione del proprio interesse”*<sup>171</sup>, sicché il contratto di lavoro costituisce, secondo tale dottrina, un contratto oneroso di scambio.

Così, con Santoro Passarelli (considerato, dopo Barassi, il *“fondatore del nuovo diritto del lavoro”*<sup>172</sup>), il rapporto di lavoro è ricondotto a una matrice contrattualistica. Secondo tale ricostruzione, il contratto di lavoro è il contratto mediante il quale il prestatore *“si obbliga a mettere a disposizione dell'imprenditore, o altro datore, la sua attività di lavoro e questi si obbliga a corrispondere al*

---

<sup>168</sup> MAZZIOTTI F., *op. cit.*, p.2.

<sup>169</sup> PERSIANI M., *op. cit.*, p. 464 e bibliografia *ivi* citata.

<sup>170</sup> In questo senso la ricostruzione del contratto di lavoro come contratto di scambio non si distinguerebbe da quella del contratto di lavoro come contratto associativo, posto che anche in tale seconda ipotesi si può ravvisare un 'iniziale' conflitto di interessi fra le parti. La differenza è, piuttosto, da ravvisare nel fatto che, nei contratti a causa associativa, lo *“scopo comune [...] si sovrappone all'iniziale conflitto di interessi dei singoli”* (SANTORO PASSARELLI F., *op. ult. cit.*, p.137).

<sup>171</sup> *Ivi*, p.137-138.

<sup>172</sup> SCOGNAMIGLIO R., *op. ult. cit.*, p. 385.

## CAPITOLO II

*prestatore una retribuzione*<sup>173</sup>; il contratto di lavoro costituirebbe, quindi, un contratto nominato (regolato dall'art. 2094), nel quale la “*causa caratteristica sta nello scambio tra il lavoro e la retribuzione*” (un contratto, quindi, a prestazioni corrispettive)<sup>174</sup>.

In linea con le riflessioni di Santoro Passarelli, un altro civilista 'prestato' al diritto del lavoro, Luigi Mengoni, sosterrà la tesi del contratto di lavoro come contratto di scambio: “*nel contratto di lavoro la prestazione di ciascuna parte è lo scopo della prestazione dell'altra, e l'interdipendenza fra le due prestazioni costituisce [...] l'essenza della causa del contratto*”<sup>175</sup>.

Ma la ricostruzione contrattualistica più complessa e raffinata rimane quella di Mattia Persiani<sup>176</sup>, che ravvisa nell'organizzazione di lavoro l'elemento costitutivo del contratto, 'innestandola' nella causa (che rimane di scambio) dello stesso.

Com'è ampiamente noto, l'Autore sostiene che la funzione del contratto di lavoro sarebbe quella di realizzare non solo lo scambio fra prestazione di lavoro e retribuzione, ma anche, e soprattutto, quella di creare l'organizzazione di lavoro: il contratto di lavoro, in questa prospettiva, non presuppone una preesistente organizzazione. Al contrario, esso la “*crea*”: il contratto ha la

---

<sup>173</sup> SANTORO PASSARELLI F., *op. ult. cit.*, p.120.

<sup>174</sup> *Ivi*, p.137.

<sup>175</sup> MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., p. 429. Una più recente tesi in favore della lettura 'sinallagmatica' è quella di Carabelli, secondo il quale il contratto di lavoro subordinato è un “*puro contratto a prestazioni corrispettive, la cui funzione economico-sociale è di assicurare uno scambio 'secco' tra retribuzione ed attività lavorativa qualificata [...] dalla subordinazione*” (CARABELLI U., *op. cit.*, p. 17).

<sup>176</sup> PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit.

funzione di "determinare l'esistenza dell'organizzazione di lavoro, in quanto fa derivare da esso effetti che sono costitutivi di quest'ultima"<sup>177</sup>.

Nella ricostruzione di Persiani la subordinazione (e il corrispondente potere direttivo dell'imprenditore), costituisce il mezzo attraverso il quale il datore di lavoro coordina il comportamento dovuto dal lavoratore in vista di un suo scopo (l'organizzazione del lavoro). Ma in quest'ottica, la subordinazione non rappresenta, come in Mancini, una posizione estranea all'obbligazione di lavorare. La tesi di Mancini e quella di Persiani finiscono per essere due tesi del tutto speculari: per il primo, dall'organizzazione nasce la subordinazione (dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione di impresa deriva la subordinazione<sup>178</sup>); in Persiani, al contrario, è la subordinazione che crea l'organizzazione: è solo attraverso la subordinazione<sup>179</sup> che può realizzarsi l'organizzazione di lavoro.

Nella costruzione di Persiani, quindi, la causa del contratto si arricchisce del profilo 'organizzativo', sicché il contratto di lavoro non è solo un contratto di scambio, un contratto a prestazioni corrispettive, ma è anche un "contratto di organizzazione"<sup>180</sup>: e la subordinazione è lo strumento attraverso il

---

<sup>177</sup> *Ivi*, p.45.

<sup>178</sup> Cfr. *supra*.

<sup>179</sup> È attraverso il contratto di lavoro subordinato, infatti, che il datore di lavoro si procura "quella collaborazione del lavoratore che è necessaria a soddisfare il suo interesse e, cioè, l'interesse a realizzare la produzione o lo scambio di beni e servizi" (PERSIANI M., *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, cit., p. 465).

<sup>180</sup> *Ivi*, p. 466.

## CAPITOLO II

quale l'ordinamento attribuisce al datore di lavoro la facoltà di predisporre e 'gestire' l'organizzazione del lavoro<sup>181</sup>.

In tal modo, tuttavia, la funzione che Persiani attribuisce al contratto di lavoro "*non è individuata attraverso la contrapposizione e comparazione di interessi delle due parti*"<sup>182</sup>, ma esclusivamente attraverso il riferimento all'interesse del datore di lavoro (il coordinamento dell'attività del prestatore nell'ambito dell'organizzazione del lavoro).

La tesi di Persiani, dunque, sembra attribuire al contratto di lavoro la funzione 'unilaterale' di garantire l'interesse tipico del solo datore di lavoro alla etero-direzione della prestazione di lavoro (e all'esercizio del potere disciplinare in caso di inosservanza delle direttive impartite).

Per altro verso, essa finisce con l'aggravare la posizione debitoria del lavoratore, nella misura in cui impone al singolo lavoratore il raggiungimento di un risultato 'generale' (l'organizzazione *complessiva* del lavoro nell'impresa) che la singola prestazione, isolatamente considerata, non può certo soddisfare, in quanto circoscritta a "*una porzione ben limitata dell'organizzazione produttiva*"<sup>183</sup>. E nella misura in cui per Persiani il lavoratore, obbligandosi, ex art. 2094 c.c., a "*collaborare nell'impresa*", si obbliga ad "*effettuare la prestazione convenuta nel*

---

<sup>181</sup> PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., p. 157 e ss.

<sup>182</sup> PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, p. 94.

<sup>183</sup> LISO F., *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, pp. 50-59.

*rispetto del potere direttivo, con la diligenza dovuta, e soprattutto con l'osservanza dell'obbligo di fedeltà*<sup>184</sup>.

A tali rilievi ha di recente replicato l'Autore, con alcune considerazioni dalle quali emergono, ancora una volta, le questioni fondamentali (e tuttora irrisolte) del diritto del lavoro: la funzione del contratto, della subordinazione e il ruolo dell'autonomia individuale nei rapporti di lavoro subordinato. Persiani ha, infatti, evidenziato che *"l'effetto del contratto di lavoro è quello di determinare un'organizzazione di persone, ond'è che contrasterebbe con la natura di queste se, a differenza di quanto avverrebbe per l'organizzazione di cose o di animali, venisse dimenticata l'inevitabile implicazione della persona umana. Implicazione che, se impone inevitabilmente di prevedere anche l'impegno del lavoratore subordinato a realizzare l'interesse del datore di lavoro alla realizzazione del risultato, giustifica e, al tempo stesso, impone quella tutela che, si noti, l'ordinamento non appresta per tutti gli altri debitori che adempiono senza, però, che nell'adempimento resti implicata la propria persona"*<sup>185</sup>.

E tuttavia, nell'indagine sul fondamento dei poteri dell'imprenditore (e della subordinazione del lavoratore), Persiani ritiene<sup>186</sup> che *"il contratto di lavoro è, e resta, garanzia di libertà per il lavoratore nel senso che, sebbene le vicende della vita gli impongono di lavorare per vivere, alla fine sta pur sempre a lui accettare, o no, di*

---

<sup>184</sup> CARABELLI U., *op. cit.*, p. 8 (v. anche pp. 9-11).

<sup>185</sup> PERSIANI M., *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, cit., p. 468.

<sup>186</sup> Aderendo alla considerazione, prima definita 'vetero-liberale', secondo cui il principio di contrattualità del rapporto è un principio cardine del nostro ordinamento nella misura in cui evidenzia che *"la nostra civiltà non può e non deve conoscere se non il lavoro liberamente accettato"* (v. *supra*, testo e nt. 113).

## CAPITOLO II

*lavorare, come si dice, «sotto padrone» [...]. Le reciproche posizioni di comando e soggezione che caratterizzano il rapporto di lavoro non contrastano, infatti, con la logica del contratto e, più in generale, con la logica dell'autonomia privata che è adusata a prevedere anche l'attribuzione di diritti potestativi, e quindi poteri privati, ad ambedue o anche ad una soltanto delle parti»<sup>187</sup>.*

Da queste considerazioni nascono due riflessioni principali, con le quali è possibile trarre le fila della ricostruzione abbozzata in questo capitolo, e dalle quali potrà, poi, ripartire la trattazione nel capitolo successivo.

Per un verso, infatti, sembra delinearsi una visione 'limitata' (e, forse, 'edulcorata') della libertà contrattuale come rassicurazione del fatto che *“la nostra civiltà non può e non deve conoscere se non il lavoro liberamente accettato”*. A ben vedere, infatti, è proprio perché *“le vicende della vita gli impongono di lavorare per vivere”* (per riprendere l'espressione di Persiani), è proprio per tale ragione che il lavoratore non è libero di *“accettare, o no, di lavorare [...] «sotto padrone»”*: e invero, dovendo lavorare per vivere, l'individuo, così come non è libero di scegliere l'*an* (se lavorare o no, appunto), non è parimenti libero di scegliere il *quomodo* (se lavorare in maniera subordinata o autonoma), poiché il *“come”* della prestazione è deciso unilateralmente dal datore, in relazione alle esigenze della sua organizzazione. E pertanto, non accettare di lavorare *“sotto padrone”* potrebbe voler dire accettare di non lavorare *'tout court'*. Dalla riflessione su contratto e rapporto di lavoro (e sulla ricostruzione della subordinazione all'interno della teoria sul contratto)<sup>188</sup> nasce, dunque, la necessità di indagare quale sia la funzione e il ruolo dell'autonomia individuale nel

---

<sup>187</sup> PERSIANI M., *op. ult. cit.*, p. 470.

<sup>188</sup> Riportata nella seconda parte di questo capitolo.

rapporto di lavoro e quali rapporti intercorrono (o debbano intercorrere) fra diritto civile e diritto del lavoro: ed è proprio su questi temi che si aprirà la riflessione sul contratto di lavoro nel capitolo III.

Per altro verso, che il lavoratore non sia libero di decidere se lavorare o meno “sotto padrone”, è circostanza che trova ulteriore conferma analizzando la questione da un'altra angolazione. Si pensi, in particolare, alla cd. “zona grigia” fra autonomia e subordinazione, e al ricorso abusivo al lavoro autonomo per rapporti che hanno “*contenuti e modalità di svolgimento propri del rapporto di lavoro subordinato*”<sup>189</sup>. In tali ipotesi<sup>190</sup> il prestatore, che pur vorrebbe lavorare sotto padrone (nel senso che avrebbe interesse a lavorare *de iure*, e non solo *de facto*, sotto padrone, per accedere alle tutele garantistiche, alla disciplina protettiva “effetto” della fattispecie subordinazione), deve stipulare un contratto di lavoro autonomo (o ‘parasubordinato’): e così, lavorando sotto padrone solo ‘in via di fatto’, egli subisce esclusivamente gli ‘effetti negativi’ della subordinazione (il disvalore rappresentato dalla assenza di potere, di autonomia, e dal dovere di obbedienza), senza, tuttavia, poter godere della contropartita, delle garanzie apprestate dall’ordinamento proprio come ‘controbilanciamento’ di quel disvalore. Questa seconda prospettiva, che incrocia i temi sui quali ci si è soffermati nella prima parte del capitolo (la crisi della subordinazione, l’effetto Barassi e la necessità di graduazione delle

---

<sup>189</sup> L’espressione è mutuata dalla citata sentenza della Corte costituzionale 115/1994.

<sup>190</sup> Si tratta di situazioni in un certo senso opposte, rispetto a quella immaginata da Persiani che, parlando della necessità di “lavorare sotto padrone” si riferisce alla subordinazione come ‘disvalore’, come assenza di potere in capo al prestatore.

## CAPITOLO II

tutele), sarà ripresa nella seconda parte del capitolo III, nella quale si analizzeranno le proposte in tema di contratto di attività, *work contract* e tutela dei lavoratori “senza aggettivi”.



### CAPITOLO III

#### **Il contratto di lavoro nel dibattito europeo su autonomia individuale e *personal work contract*: nostalgia di Barassi o ritorno allo *status*?**

Nel capitolo precedente si sono analizzate, da una prospettiva nazionale, le teorie sulla subordinazione e le principali ricostruzioni sul contratto e sul rapporto di lavoro.

Alla fine della trattazione, sono emersi due temi fondamentali, dei quali si tratterà, in una prospettiva europea, in questo capitolo.

Il primo concerne la libertà contrattuale nei rapporti di lavoro e la specialità del contratto di lavoro subordinato rispetto alla disciplina generale del diritto privato.

Il secondo origina dalla crisi della nozione di subordinazione e dall'effetto Barassi, e riguarda la questione dell'applicazione delle tutele al di là del contratto di lavoro subordinato.

Questi sono i due principali temi che attraversano il dibattito sul diritto e sul contratto di lavoro, almeno dagli anni Novanta, ed è su questi che si incentrerà la trattazione. Tale scelta è determinata (oltre che dalle ragioni evidenziate alla fine del precedente capitolo) da due ordini di considerazioni.

Per un verso, se ha perso rilevanza la questione della funzione genetica del contratto (come si è visto, la natura contrattuale del rapporto di lavoro non è, ormai, messa in

discussione), si dibatte sul ruolo del contratto come fonte di regolazione del rapporto. In questa prospettiva si analizzerà lo spazio e la funzione che l'autonomia individuale ha (o dovrebbe avere) nella regolazione dei rapporti di lavoro, rispetto allo statuto protettivo della norma inderogabile (§§ 1 e 2).

Per altro verso, non è neppure in discussione la distinzione fra subordinazione e autonomia: la crisi della nozione di subordinazione (la *“disaggregazione della figura sociale tipica del lavoratore”*) pone, semmai, gli interpreti, di fronte un'altra questione di fondo: se il contratto di lavoro subordinato sia ancora in grado di *“fungere da fattispecie unitaria della disciplina imperativa e quindi dello statuto protettivo del lavoratore; o se al contrario tale statuto protettivo debba essere ormai separato dal modello – o tipo normativo- del contratto di lavoro e articolato in funzione di una pluralità differenziata di contratti e rapporti di lavoro”*<sup>1</sup>. Da questa prospettiva, verranno analizzati il dibattito in materia di lavoro senza aggettivi e contratto di attività e le più recenti proposte sul *personal work contract* (§ 3).

#### **1. I rapporti fra diritto del lavoro e diritto privato come 'cornice' del dibattito sull'autonomia individuale: introduzione e caveat**

---

<sup>1</sup> GHERA E., *op. cit.*, p. 483. La questione di fondo è, in tal senso, una questione 'identitaria', ovvero *“la crisi di identità del contratto di lavoro”*, che oggi *“riguarda la sua capacità di incorporare [...] lo statuto sociale e legale protettivo del lavoratore come persona e, nello stesso tempo, contraente debole”* (*ibidem*).

Prima di entrare nel vivo dell'analisi dei rapporti di lavoro dal punto di vista della libertà contrattuale<sup>2</sup>, occorre affrontare il tema (più ampio, ma strettamente connesso al primo) dei rapporti fra diritto del lavoro e diritto civile.

Al dibattito sul ruolo del contratto e dell'autonomia individuale nella regolazione dei rapporti di lavoro, infatti, fa da sfondo un tema più ampio e generale: il tema dei rapporti fra diritto del lavoro e diritto privato, ovvero la questione dell'autonomia, della specialità della disciplina lavoristica rispetto alla disciplina generale del diritto privato e, in particolare, rispetto al diritto dei contratti.

Il tema, come si è anticipato nel titolo del paragrafo, costituisce una 'cornice' rispetto all'analisi dell'autonomia individuale, se sol si considera (semplificando al massimo) che il diritto del lavoro nasce come tecnica di limitazione dell'autonomia individuale in funzione di protezione del contraente debole, in contrapposizione al diritto privato, tradizionalmente identificato come 'regno' dell'autonomia negoziale<sup>3</sup>.

Entrambe le questioni verranno affrontate cercando di coglierne le molteplici sfaccettature, dai profili storici a quelli tecnico-giuridici, dagli aspetti metodologici a quelli assiologici.

Con riferimento alla prima, si indagherà, in particolare, il tema della *"differenziazione funzionale del diritto del lavoro rispetto*

---

<sup>2</sup> Alla quale è dedicato il § 2.

<sup>3</sup> Come detto, si tratta di un'eccessiva semplificazione, funzionale solo a una prima introduzione al tema: come si vedrà, i termini della questione sono ben più complessi.

### CAPITOLO III

*alla disciplina generale posta dal diritto civile*"<sup>4</sup> in una duplice prospettiva: quella interna, e più risalente, che riflette sui rapporti fra diritto del lavoro e diritto generale dei contratti (§ 1.1) e la più recente analisi in chiave 'europeistica', attraverso la quale si analizzeranno i rapporti fra diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo (§ 1.2).

Prima di entrare *in medias res* è necessario, tuttavia, un *caveat* su ciò che sarà oggetto di indagine nei successivi paragrafi. Si deve, infatti, precisare che, fra le aree in cui è tradizionalmente suddivisa la materia (rapporto individuale, diritto sindacale e diritto previdenziale), l'analisi dei rapporti fra diritto del lavoro e diritto privato verrà circoscritta entro la prospettiva del contratto individuale di lavoro. Si tralasceranno, di contro, per rimanere 'sull'oggetto' di questo lavoro<sup>5</sup>, le altre due aree (e in particolare gli studi 'classici' sui rapporti sindacali fra diritto privato e diritto pubblico), pur nella consapevolezza che "*in ciascuna di queste aree «privato» e «pubblico» [sono] costretti a stare insieme e combinarsi in «dosi» diverse*"<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> VARDARO G., *Subordinazione ed evolucionismo*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., pp. 107-108.

<sup>5</sup> E proprio perché, come si diceva, ai fini di questo lavoro il tema dei rapporti fra disciplina lavoristica e disciplina privatistica fa da cornice al tema dell'autonomia privata e del contratto individuale.

<sup>6</sup> RUSCIANO M., *Il diritto del lavoro tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1208-1209.

**1.1 Diritto del lavoro e diritto privato fra confluenza 'infantile' e conflittualità 'adolescenziale': quale equilibrio per un diritto del lavoro ormai adulto?**

Ciò precisato, va adesso evidenziato come già nei capitoli precedenti si intravedano, in 'filigrana', le dinamiche fra diritto del lavoro e diritto privato.

Dalla precedente trattazione possono trarsi, infatti, due considerazioni: per un verso, le trasformazioni industriali (e le istanze sociali che dalle prime nascevano) hanno "complicato", fra Otto e Novecento, il diritto privato<sup>7</sup>; per altro verso, oggi si assiste al fenomeno opposto, poiché le trasformazioni 'post-industriali' fra Novecento e Duemila hanno complicato, e complicano, il diritto del lavoro<sup>8</sup>.

Da questa duplice considerazione germinano, poi, due ulteriori riflessioni.

Se, come si è visto nel capitolo I, nell'Ottocento i giuristi (Barassi, ma non solo<sup>9</sup>) hanno cercato di preservare la purezza, l'autonomia del diritto privato dalle 'incursioni' della legislazione sociale, oggi sembra accadere l'esatto contrario: i giuslavoristi<sup>10</sup> cercano di preservare l'autonomia del diritto del lavoro dal diritto

---

<sup>7</sup> Così CAZZETTA G., *Leggi sociali*, cit., p. 175: v. *supra*, cap. I e, in particolare, la nascita del cd. socialismo giuridico.

<sup>8</sup> V. *supra*, cap. II e, in particolare, la crisi della subordinazione nell'impresa post-fordista e nella società post-industriale.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 211.

<sup>10</sup> Non tutti, e non tutti in egual misura, per la verità (v. *infra*).

### CAPITOLO III

civile e dal ritorno 'revisionistico' a schemi e paradigmi privatistici.

Si tratta di una dinamica che ricorda, in qualche modo, quelle fasi dello sviluppo umano e dei rapporti figlio-genitore che la psicologia dello sviluppo ha individuato come 'tappe' dell'evoluzione dell'essere umano dalla prima infanzia all'età adulta.

Si vuole, cioè, evidenziare, prendendo in prestito da questa scienza alcune 'categorie' di riferimento, che i rapporti del diritto del lavoro con la disciplina 'madre', con il diritto privato, sembrano caratterizzati, in una prima fase, da una certa 'confluenza' (caratterizzata dall'identificazione dell'io del neonato con l'io della madre<sup>11</sup>): a tale fase, di 'confluenza infantile', è possibile ricondurre, come già detto, la disciplina dei codici dell'Ottocento e la ricostruzione di Barassi, nella quale l'io del neonato diritto del lavoro è confluyente, indistinto, rispetto all'io del diritto privato.

Questo 'inglobamento' del diritto del lavoro nel diritto privato caratterizza i rapporti fra le due discipline almeno sino alla prima metà del Novecento: si consideri, infatti, che, se si esclude la fase corporativa (e la 'deriva' pubblicistica di quel periodo<sup>12</sup>), fino alla metà del secolo scorso, nel codice civile del

---

<sup>11</sup> Nei rapporti confluenti la volontà dell'uno si fonde 'acriticamente' in quella dell'altro, sicché non è possibile individuare una linea di confine fra i due soggetti: "la confluenza è un fantasma inseguito da coloro che vogliono ridurre le differenze in modo da moderare l'esperienza sconvolgente del nuovo e dell'altro" (POLSTER E. - POLSTER M., *Terapia della Gestalt integrata*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 88).

<sup>12</sup> Il ventennio fascista rappresenta, invero, la "fase della massima «pubblicizzazione» del diritto del lavoro": RUSCIANO M., *op. cit.*, p. 1211.

1942 era racchiusa l'intera disciplina del rapporto di lavoro (e financo della contrattazione collettiva)<sup>13</sup>.

Caduto il sistema corporativo, quindi, il diritto del lavoro, torna nell'alveo del diritto privato: "*la rifondazione del diritto del lavoro si deve ai civilisti*"<sup>14</sup> e alla ricostruzione di F. Santoro Passarelli, fondatore del "nuovo" diritto del lavoro<sup>15</sup>.

Dal punto di vista dei rapporti fra le due discipline, pare, allora, interessante rilevare che "*come era stato un civilista, Ludovico Barassi, a far "nascere" il diritto del lavoro all'inizio del '900 [...] sarà un civilista a farlo "rinascere", a cavallo fra il decennio '40 e '50*"<sup>16</sup>.

Il ritorno al diritto privato e agli schemi civilistici dopo la fase corporativa, non rappresenterà, tuttavia, un mero ritorno a Barassi e alla sua costruzione, o alla scarna disciplina del codice civile del 1942. E ciò per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo perché il radicamento del diritto del lavoro nell'alveo del diritto privato, nella fase post-corporativa, si differenzia dalla (rigida) concezione barassiana della legislazione sociale come intervento protettivo di diritto pubblico: l'opera di Barassi si caratterizza, invero, per la "*costante sottovalutazione del*

---

<sup>13</sup> PERSIANI M., *Diritto privato e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, IV-V, p. 950.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> V. *supra*, cap. II.

<sup>16</sup> CARINCI F., *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 54/2007, p. 10; cfr. anche ICHINO P., *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti del 1966*, in ICHINO P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008.

### CAPITOLO III

*ruolo delle leggi "speciali" e [per] un uso troppo rigido della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico (che [...] lo portava inizialmente addirittura a escludere che «l'intervento coattivo» dello Stato potesse far parte del vero diritto privato)*<sup>17</sup>. Dovendo spiegare i cambiamenti sociali in atto con i soli "strumenti del privatista"<sup>18</sup>, infatti, Barassi relega nel diritto pubblico tutto ciò che non riesce a spiegare in chiave dogmatica (l'intervento protettivo dello Stato, appunto<sup>19</sup>). Ma la scelta di Barassi si rivelerà "necessariamente perdente, di fronte ad una transitorietà dell'intervento sociale dello Stato destinata a trasformarsi in un elemento stabile che la stessa civilistica non poteva più ignorare nella sua sistematica"<sup>20</sup>.

In secondo luogo perché è diverso, in Barassi e in Santoro Passarelli, il rapporto fra la costruzione dogmatica del diritto del lavoro e il codice civile 'di riferimento': se il primo deve ricostruire il contratto di lavoro entro gli schemi (locativi) del codice del 1865, Santoro Passarelli deve, al contrario, "liberare il diritto del lavoro dalle superfetazioni corporative" del codice fascista<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> CAZZETTA G., *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, in *Lavoro e diritto*, 2007, I, p. 149; MENGONI L., *L'evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi*, cit., pp. 210-211.

<sup>18</sup> CAZZETTA G., *Leggi sociali*, cit., p. 242.

<sup>19</sup> "Nella sua linea di pensiero la legislazione sociale doveva avere una «funzione integratrice» di riequilibrio della situazione di disuguaglianza di fatto in cui versa il lavoratore, non una funzione dogmatica di rifondazione del contratto di lavoro sul dato socio-economico della mancanza nel lavoratore di effettivo potere contrattuale" (MENGONI L., *op. ult. cit.*, p. 210; v. anche cap. I).

<sup>20</sup> CAZZETTA G., *op. loc. cit.*

<sup>21</sup> Così CARINCI F., *op. loc. cit.*



E invero, il ritorno del diritto del lavoro nell'alveo del diritto privato, ha una portata simbolica, una valenza ideologica piuttosto marcata: il ritorno al diritto privato, al codice civile (o, *rectius*, a un codice civile decontaminato dai 'miasmi' corporativistici) rappresenta, infatti, la liberazione del diritto del lavoro dalla 'morsa' (pubblicistica) del ventennio fascista.

La rinascita del diritto del lavoro come diritto 'partigiano' spiega, quindi, il successo del ritorno al diritto privato: *"il giudizio di disvalore che il diritto pubblico si era guadagnato durante l'orgia corporativa ingrandiva i meriti dei giuristi che si atteggiavano a difensori della libertà intesa come potere dei privati di gestire direttamente i propri interessi [e] li rinsaldava nell'opinione che il diritto del lavoro repubblicano non potesse acquistare la propria identità se non nell'alveo della codificazione civile del 1942"*<sup>22</sup>.

La 'riscoperta' della 'matrice' privatistica rappresentava, quindi, la riscoperta della libertà e dell'autonomia, dei singoli e dei gruppi, sino ad allora soffocate dall'autoritarismo e dall'asfittica ingerenza dello Stato fascista<sup>23</sup>.

Peraltro, la caduta del regime corporativo non rappresenterà, per il diritto del lavoro, un mero ritorno a Barassi e a un rapporto di confluenza con il diritto privato anche per una terza ragione: il diritto del lavoro è, nel frattempo, cresciuto, e si accinge ad entrare in quella fase che potremmo definire - per riprendere la metafora psicologica sopra introdotta - di 'conflittualità' che è tipica del periodo adolescenziale. In questa

---

<sup>22</sup> ROMAGNOLI U., *La costituzione delegittimata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, III, p. 844 (v., per alcuni aspetti, cap. II).

<sup>23</sup> In quest'ottica, la concezione privatistica rimandava a *"un ordine naturale delle cose, più mitizzato che storicamente realizzato, da contrapporre all'ordine artificiale creato dal diritto pubblico"* (ivi, p. 840).

### CAPITOLO III

fase, cioè, il diritto del lavoro esce da quel rapporto 'confluente' che si è sopra descritto, per iniziare un processo di differenziazione, di identificazione del proprio Io attraverso la contrapposizione, la ribellione alla disciplina- madre.

Il diritto del lavoro 'adolescente' rivendica, quindi, la propria autonomia, la propria specialità, la propria unicità rispetto alla disciplina generale del diritto privato, e definisce la propria identità attraverso una contrapposizione, un 'parricidio', dal quale sembra emergere una "freudiana ed inconfessata ostilità [...] per il diritto civile e privato"<sup>24</sup>: il diritto del lavoro nasce e si sviluppa, infatti, "contro l'imperialismo del contratto"<sup>25</sup>, "contro il potere sociale illimitato offerto dalla libertà di contratto individuale", ponendo "confini alla libertà (a una libertà) per renderla effettiva e immetterla nel fluire dei rapporti reali"<sup>26</sup>.

Questo processo di differenziazione del diritto del lavoro post-costituzionale, di questo "giovane e ribelle virgulto del diritto privato"<sup>27</sup>, può essere osservato da varie angolazioni.

Anzitutto, va evidenziato come, nella fase post-costituzionale, si sia innescato un processo normativo che ha

---

<sup>24</sup> MONTUSCHI L., *Sulla «discussa» centralità della fattispecie «contratto di lavoro subordinato»*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, cit., p. 1027.

<sup>25</sup> LYON-CAEN A., *Actualité du contrat de travail, bref propos*, in *Droit social*, 1988, VII-VIII, p. 540.

<sup>26</sup> CAZZETTA G., *Una consapevole linea di confine*, cit., p. 144.

<sup>27</sup> Così Mengoni descrive il diritto del lavoro post-corporativo in ICHINO P., *Intervista a Luigi Mengoni*, in ICHINO P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., p. 411.

condotto alla “*perdita di centralità*”<sup>28</sup> della disciplina di cui al libro V del codice: scalzata dalla legislazione speciale (che, procedendo in modo “*alluvionale*”<sup>29</sup>, giuridificava aspetti rilevanti del rapporto di lavoro, sui quali la disciplina ‘minimalista’ del codice taceva<sup>30</sup>), la disciplina codicistica, proprio perché minimalista, ha finito con l’assumere un ruolo ‘ancillare’, residuale, nella regolazione del rapporto<sup>31</sup>.

L’allontanamento dal codice (e la formazione alluvionale del diritto del lavoro post-costituzionale) ha, peraltro, una forte carica simbolica, poiché rappresenta l’affermazione dell’autonomia, della diversità della disciplina lavoristica<sup>32</sup> rispetto al diritto privato, regno della libertà contrattuale e dell’autonomia negoziale<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1991, I, p. 41.

<sup>29</sup> È la famosa espressione di GIUGNI G., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1982, p. 373; ID., *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2000, II, p. 177.

<sup>30</sup> Si pensi, solo per fare un paio di esempi, all’introduzione della l. 604/1966 e della l. 300/1970.

<sup>31</sup> A ben vedere, comunque, questa fuga dal codice civile verso la legislazione speciale (il processo di de-codificazione, cioè) non è esclusiva del diritto del lavoro, poiché è comune ad altri diritti ‘secondi’, e allo stesso diritto privato: cfr. MAZZOTTA O., *op. loc. ult. cit.*

<sup>32</sup> Attraverso la tutela del contraente debole e il ricorso alla norma inderogabile e alla limitazione dell’autonomia privata dei contraenti.

<sup>33</sup> Sul diritto privato come regno della libertà del volere v., comunque, *infra*.

### CAPITOLO III

Ma fra diritto del lavoro (che cresce rivendicando la propria autonomia) e diritto privato non può esservi una radicale opposizione: proprio come un adolescente che si ribella al genitore, ma deve comunque tornare alla casa del padre, il diritto del lavoro, che “*resta e non può non restare una disciplina fortemente deviante dal diritto comune dei contratti*”<sup>34</sup>, non può rinunciare a tornare, di tanto in tanto, al diritto privato, poiché il primo deve utilizzare pur sempre “*infrastrutture e snodi*”<sup>35</sup> del secondo.

Il diritto del lavoro non riesce, quindi, a raggiungere una piena indipendenza: poiché “*si è allontanato abbastanza in fretta dal diritto privato, ma non si è mai svezato del tutto dalla sua patria potestà*”<sup>36</sup>, il diritto del lavoro tramanda una “*identità storica sempre in bilico tra appartenenza e opposizione al diritto comune*”<sup>37</sup>, in un continuo ‘dissidio interiore’ fra diritto privato e diritto pubblico, fra libertà e uguaglianza<sup>38</sup>.

D’altro canto, che il diritto del lavoro non possa fondarsi su una radicale opposizione rispetto al diritto civile è dimostrato da un’ulteriore circostanza. E invero, non solo, come si è appena

---

<sup>34</sup> MENGONI L., *Diritto civile*, in MENGONI L., PROTO PISANI A., ORSI BATTAGLINI A., *L’influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1990, I, p. 9.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 10, e bibliografia citata.

<sup>36</sup> ROMAGNOLI U., *Prefazione*, in MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 2.

<sup>37</sup> CAZZETTA G., *op. ult. cit.*, p. 147.

<sup>38</sup> Sul punto cfr. GAROFALO M. G., *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1999, I, p. 13 e v. *infra*, § 2.

detto, il diritto del lavoro, nato “*da una costola del diritto civile*”<sup>39</sup>, non può fare a meno di utilizzare le categorie civilistiche (anzitutto, e per quel che qui rileva, quella del contratto), ma esistono anche ragioni ‘interne’ al diritto privato che, in qualche modo, smorzano le asperità del confronto fra le due discipline.

Ciò che si intende sottolineare è il fatto che alla fase adolescenziale, di contrapposizione del diritto del lavoro al diritto privato, è seguita una fase più matura, di comprensione, in cui le due discipline “*crescono insieme*”<sup>40</sup>: la specialità del diritto del lavoro ha finito, infatti, per ‘ibridare’ la stessa disciplina madre, in un processo di mutua contaminazione in cui alla privatizzazione del diritto del lavoro si è affiancata la ‘lavorizzazione’ del diritto privato<sup>41</sup>.

Il dato dell’evoluzione interna del diritto civile, peraltro, non va trascurato, se non si vuol commettere l’errore (‘storico-giuridico’) di leggere i rapporti fra diritto del lavoro e diritto

---

<sup>39</sup> MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, cit., p. 54.

<sup>40</sup> MAZZOTTA O., *op. ult. cit.*, p. 42.

<sup>41</sup> Sull’“*influsso*” del diritto del lavoro sul diritto privato v. *amplius* MENGONI L., *op. ult. cit.*, p. 16 e ss., MAZZOTTA O., *op. ult. cit.*, p. 41. Proprio per questa continua ibridazione, la linea che separa diritto del lavoro e diritto civile va “*intesa non tanto a stregua di confine, ma piuttosto di frontiera: è questa, infatti, in quanto luogo di transizione, a rappresentare l’apertura e l’integrazione ed a consentire pratiche di ibridazione, laddove i confini hanno a che fare, invece, con la chiusura identitaria e con le pratiche di distinzione, poco tollerando sfumature e incertezze* (VISCOMI A., *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in *Diritti lavori mercati*, 2012, III, p. 441., analog., ID., *L’adempimento dell’obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, IV, p. 600). Di confine (ma non nei termini di una rigida “*chiusura identitaria*”) parla CAZZETTA G., *op. ult. cit.*

privato attraverso una contrapposizione fra diritto del lavoro come limite alla libertà contrattuale in funzione di protezione del contraente debole e diritto civile come terreno incontrastato della libertà negoziale. In tal modo, infatti, si opererebbe un “*confronto diacronico fra il diritto del lavoro attuale ed il diritto civile ottocentesco*”<sup>42</sup>, ovvero fra un diritto del lavoro che è ancora<sup>43</sup> e un diritto civile che non è più.

Come si diceva, il processo di differenziazione del diritto del lavoro dal diritto privato può essere osservato da diverse angolazioni, una delle quali concerne il profilo del metodo. Dagli anni Settanta, infatti, si assiste alla cd. “*fuga dal diritto civile*”<sup>44</sup>, alla ‘rottura’ della “*pax dogmatica*”<sup>45</sup>, ovvero alla critica della ricostruzione del diritto del lavoro all’interno del paradigma civilistico.

Da questo punto di vista, quella ribellione ‘adolescenziale’ al diritto privato - che sopra si è descritta come fase essenziale dello sviluppo del diritto del lavoro - rifiuta l’idea di una sudditanza scientifica di quest’ultimo nei confronti del primo, e si rivolge contro il metodo del diritto privato, contro “*la tecnica del diritto privato del ragionare per concetti*”<sup>46</sup>, manifestando, così, la tendenza “*antiformalista*” e “*antidogmatica*” del diritto del lavoro.

---

<sup>42</sup> MAZZOTTA O., *op. ult. cit.*, p. 44.

<sup>43</sup> Sul processo ‘revisionistico’ che sta attraversando l’odierno diritto del lavoro e sulla ‘riabilitazione’ dell’autonomia individuale anche nei rapporti di lavoro v., comunque, *infra*, § 2.

<sup>44</sup> PERSIANI M., *op. loc. ult. cit.*

<sup>45</sup> ROMAGNOLI U., *La costituzione delegittimata*, cit., p. 833.

<sup>46</sup> PERSIANI M., *op. ult. cit.*, p. 954. In particolare, sul dibattito fra metodo sussuntivo e metodo tipologico, v. cap. II.

Questa tendenza<sup>47</sup> del “*giovane e ribelle virgulto*”, se da un lato sembra renderlo maggiormente capace, rispetto al più ‘serio’ e anziano genitore, di comprendere (e adattarsi a) la realtà e i mutamenti sociali, dall’altro lato rischia, tuttavia, di accrescere “*la contingenza e la strumentalità dell’elaborazione giuridica*”, determinando, così, “*una riduzione drastica della possibilità di controllo e di selezione dei punti di vista e delle argomentazioni nelle forme dialogiche proprie della comunità scientifica*”<sup>48</sup>.

Ma il rifiuto del paradigma civilistico non è solo un problema di sudditanza scientifica, o di metodo. La “*scienza giuridica*” non può, infatti, limitarsi a “*possedere, e [...] saper usare, un metodo e, cioè, una tecnica*”<sup>49</sup>. Dietro tali questioni, “*apparentemente neutre*”, si cela, invero, una questione assiologica (che investe il ruolo del diritto del lavoro, della legislazione speciale protettiva, nella regolazione dei rapporti fra capitale e lavoro<sup>50</sup>), e dalla quale nasce l’attuale crisi di identità del diritto del lavoro: in questo senso, il timore del ritorno al diritto privato e del ricorso a ricostruzioni squisitamente civilistiche si traduce nel timore di un ritorno all’autonomia privata, nel timore,

---

<sup>47</sup> Che rappresenta quella “*anomalia post-positivista*” del diritto del lavoro che dà il titolo a uno dei più complessi saggi di D’Antona (*L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1990, I-IV, p. 213).

<sup>48</sup> D’ANTONA M., *op. loc. ult. cit.*. La questione è stata successivamente ripresa da PERSIANI M., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, I, p. 1 (sul “*fraintendimento*”, da parte dell’autore, del pensiero di D’Antona v. ROMAGNOLI U., *op. ult. cit.*, p. 835, nt. 14).

<sup>49</sup> PERSIANI M., *Diritto privato e diritto del lavoro*, cit., p. 954.

<sup>50</sup> E invero, “*i dissensi sulle opzioni metodologiche celano valutazioni contrastanti sui risultati a cui ciascuna di esse permette di giungere*” (ROMAGNOLI U., *op. ult. cit.*, p. 838).

### CAPITOLO III

cioè, di 'rispedire' il lavoratore nella selvaggia giungla del mercato del lavoro e della 'libera' contrattazione individuale, dalla quale, nel corso del Novecento, era faticosamente riuscito a fuggire.

Come si vedrà fra breve (§ 2), infatti, la dottrina che auspica il superamento della *deminutio capitis* del prestatore di lavoro, della limitazione della sua autonomia negoziale, vede il diritto civile non solo come punto di partenza, ma anche come "il punto di arrivo ideale del diritto del lavoro"<sup>51</sup>.

Ma, anticipando alcune riflessioni, va evidenziato come la prospettiva che valorizza l'autonomia individuale delle parti nel contratto di lavoro, sebbene si proponga come una prospettiva di 'modernizzazione' del diritto del lavoro e di riconciliazione di quest'ultimo col diritto dei contratti, trascuri, a ben vedere, un dato fondamentale: e cioè che il processo di avvicinamento, di 'pacificazione' delle due discipline è già avvenuto, giacché il diritto civile, come si accennava, ha da tempo avviato un proprio processo di 'modernizzazione', di costituzionalizzazione, che lo ha, per certi versi, avvicinato al diritto del lavoro. È, dunque, "più il diritto privato che insegue il diritto del lavoro che non il secondo che ritorna nelle braccia del primo"<sup>52</sup>.

Se queste sono le dinamiche fra le due discipline, il dibattito sulla valorizzazione dell'autonomia individuale nei rapporti di lavoro rischia di riaccendere uno 'scontro' che sembrava, ormai, superato.

---

<sup>51</sup> ICHINO P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro* cit., p. 6.

<sup>52</sup> LO FARO A., *Perché i giuslavoristi trascurano il dibattito sul diritto contrattuale europeo? Cinque risposte a Luca Nogler*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2008, II, p. 226.



Da quanto si è detto finora emerge, allora, che la comprensione dei rapporti fra diritto privato e diritto del lavoro è fondamentale per comprendere la natura (e le implicazioni) del dibattito sull'autonomia individuale nel diritto del lavoro<sup>53</sup>.

Per tale ragione, su questa analisi si indugerà ancora, nel paragrafo successivo, in una diversa prospettiva, che trascende il dibattito interno: se, infatti, i rapporti fra diritto privato e diritto del lavoro sono stati esaminati da una prospettiva 'domestica', si cercherà, adesso, di analizzarli in chiave europea e, in particolare, alla luce del recente dibattito sul diritto europeo dei contratti.

*1.2 I rapporti fra diritto del lavoro e diritto privato declinati in chiave europea: quale spazio per il contratto di lavoro e la giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo?*

Ciò che si vuole indagare, a questo punto della trattazione, è, quindi, la 'evoluzione' del diritto civile in una dimensione sovranazionale e il dibattito sul diritto contrattuale europeo, per cercare di capire quale possa essere la funzione del contratto di lavoro subordinato e del diritto del lavoro nel contesto 'euro-privatistico'.

E invero, il recente dibattito sul diritto contrattuale europeo, sebbene abbia coinvolto principalmente il diritto civile e la dottrina privatistica, con esclusione dei giuslavoristi e del diritto

---

<sup>53</sup> Ed è per tale motivo che, come si diceva, si è utilizzato il tema come 'cornice' del quadro che si delinea nel §2.

del lavoro<sup>54</sup>, riaccende l'interesse per l'analisi dei rapporti fra le due discipline, e del ruolo del contratto di lavoro nel panorama del diritto europeo dei contratti.

In una prospettiva europea, quindi, sorge una serie di interrogativi che 'incalzano' il giuslavorista e pretendono risposte: quale autonomia può conservare il diritto del lavoro nei confronti di un diritto privato 'europeizzato'? La costruzione europea del diritto dei contratti assorbirà la specificità del contratto di lavoro, neutralizzando le istanze di tutela e di protezione cui il diritto del lavoro è votato? Il diritto contrattuale europeo influirà sul contratto di lavoro attraverso un ritorno del diritto del lavoro al diritto privato o, come è avvenuto sul fronte nazionale, anche il diritto privato procederà verso una 'lavorizzazione' e una costituzionalizzazione della disciplina? Il diritto del lavoro, in altri termini, riuscirà a "mantenere, anche in presenza del diritto contrattuale europeo, il fortissimo grado di legittimazione giuridica raggiunto nelle regolazioni nazionali?"<sup>55</sup>.

Per rispondere a tali interrogativi, occorre analizzare più da vicino il dibattito privatistico sul diritto contrattuale europeo.

#### ***1.2.1 La prospettiva dei civilisti...***

---

<sup>54</sup> Sulle ragioni di tale 'esclusione' (delle quali si dirà fra poco) v., sin d'ora, il dialogo fra NOGLER L., *Why Do Labour Lawyers Ignore the Question of Social Justice in European Contract Law?*, in *European law journal*, 2008, IV, p. 483 e LO FARO A., *op. cit.*

<sup>55</sup> NOGLER L., *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2008, II, p. 173.

In particolare, e per quel che concerne la prospettiva sovranazionale, va sin d'ora precisato che il dibattito sul diritto contrattuale europeo è un dibattito piuttosto complesso, poiché, come subito si vedrà, non è ancora pacifica, fra i privatisti, la connotazione 'assiologica' che il diritto europeo dei contratti deve assumere nel panorama sovranazionale. Sarebbe, quindi, erroneo leggere i rapporti fra diritto europeo dei contratti e diritto del lavoro come terreno di scontro fra un diritto che esalta una illimitata libertà contrattuale da garantire nel libero mercato, da un lato, e un diritto che limita 'autoritativamente' tale libertà, dall'altro lato<sup>56</sup>.

Rinviando al § 2 l'analisi delle ragioni della limitazione dell'autonomia contrattuale nel diritto del lavoro, occorre dunque comprendere le ragioni della complessità del dibattito sul diritto contrattuale europeo.

Esse discendono, anzitutto, dalla riflessione sul ruolo della giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti e sui valori che ispirano (o ai quali dovrebbe ispirarsi) il diritto privato dell'Unione europea.

A tali riflessioni<sup>57</sup> i giusprivatisti sono stati, in un certo senso, 'costretti' dal processo di 'smantellamento' dei sistemi di *welfare* nazionali: tale processo di sostituzione delle prestazioni sociali con "*relazioni contrattuali*" - che fa sì che "*il diritto dei contratti fornisc(a) le regole che disciplinano il modo in cui i cittadini*

---

<sup>56</sup> Anche nella prospettiva sovranazionale valgono, infatti, le considerazioni sopra sviluppate in chiave nazionale: e cioè che non si può operare un confronto fra diritto del lavoro e diritto privato considerando quest'ultimo come l'ottocentesco regno della signoria della volontà (v. *supra*).

<sup>57</sup> Con cui il diritto del lavoro si misura, invero, sin dalla sua nascita.

### CAPITOLO III

*ottengono la soddisfazione dei loro bisogni primari*<sup>58</sup> - induce, infatti, a una riflessione sulle funzioni (di perseguimento di obiettivi di giustizia distributiva) da affidare al diritto civile.

E invero, il processo di indebolimento dei “*meccanismi distributivi dello Stato Sociale*”<sup>59</sup> (tuttora in corso e ulteriormente aggravato a seguito dell’attuale crisi economica e finanziaria), determina una ‘*metamorfosi*’ delle prestazioni sociali in prestazioni contrattuali. Con la conseguenza, messa in luce da un’attenta dottrina, che “*la giustizia contrattuale non può essere ulteriormente considerata una questione di giustizia correttiva tra individui*”<sup>60</sup>, giacché “*in molti casi l’equilibrio contrattuale ha implicazioni per i più generali obiettivi distributivi dello stato*”<sup>61</sup>.

In questo scenario, quindi, il diritto europeo dei contratti è chiamato a intraprendere un’evoluzione, al pari di quanto è accaduto nei sistemi di diritto privato domestici. Questi ultimi, come si è visto, sono stati protagonisti di un processo di

---

<sup>58</sup> AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, I, p. 102.

<sup>59</sup> COLLINS H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, IV, p. 665.

<sup>60</sup> COLLINS H., *Ibidem*.

<sup>61</sup> COLLINS H., *Ibidem*. E invero, come sottolinea lo stesso autore, dal momento che “*il diritto dei contratti [...] definisce in che misura gli operatori del mercato possono migliorare la loro posizione economica attraverso le singole transazioni*”, il diritto civile indirettamente “*determina in che modo sarà consentito al mercato di ridistribuire la ricchezza*” (*ivi*, p. 668). Se ciò è vero, “*il diritto dei contratti non può evitare l’imposizione di standard di giustizia, con uno sguardo rivolto al raggiungimento degli effetti distributivi*” (*ivi*, p. 667).

cambiamento interno<sup>62</sup> che li ha trasformati da custodi della ottocentesca libertà contrattuale e del principio “*qui dit contractuel dit juste*” a sistemi normativi ‘sensibili’ alle istanze di equità e di giustizia contrattuale (si pensi al settore delle locazioni, o ai contratti col consumatore)<sup>63</sup>.

Quale spazio deve, dunque, essere ‘ritagliato’, all’interno del diritto privato, alle istanze di equità e giustizia sociale nel contesto europeo?

La questione non è peregrina: essa, infatti, non rappresenta solo un dilemma interno alla discussione giusprivatistica<sup>64</sup>, ma si riverbera anche sulle dinamiche fra diritto del lavoro e diritto privato.

E invero, come è emerso anche dalle riflessioni precedenti, in un contesto in cui il diritto privato è attento alle istanze del contraente debole, all’ingiustizia contrattuale e a all’ingiustizia sociale, il diritto del lavoro, i suoi valori fondanti e la sua autonomia disciplinare sono ‘salvi’<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Di “*lavorizzazione*”, si potrebbe dire, dal punto di vista del giuslavorista: v. LO FARO A., *op. cit.*, p. 227. V. anche *supra*.

<sup>63</sup> AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, cit., p. 101.

<sup>64</sup> Che si interroga sul ruolo da assegnare alla giustizia sociale e alla solidarietà nel diritto contrattuale europeo, nel timore che l’armonizzazione del diritto privato, livellando “*le diversità fra i singoli diritti privati*”, possa metterne a rischio la “*dimensione sociale*” (cfr. JOERGES C., *Un codice civile europeo è davvero l’unica soluzione?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, I, p. 4 e ss.).

<sup>65</sup> In questa ipotesi, infatti, il diritto del lavoro rappresenta per il diritto privato un modello di protezione del contraente debole e di garanzia della giustizia contrattuale (v. *supra*).

### CAPITOLO III

Al contrario, se si coltiva una certa idea di diritto privato, come sistema di norme indifferenti alla giustizia sociale, volte esclusivamente alla tutela funzionalistica del libero mercato, in questo secondo caso, come è evidente, anche il diritto del lavoro rischia di intraprendere un inarrestabile processo di 'restaurazione': in tale ipotesi, cioè, se si assecondano le istanze 'revisionistiche' di ritorno al contratto, all'autonomia individuale e al diritto privato, il diritto del lavoro rischia di dimenticare se stesso, di ritrovarsi su una china scivolosa, sulla *slippery slope* del 'riformismo ablativo' che ne potrebbe segnare, presto o tardi, la fine<sup>66</sup>.

Nel contesto europeo, quindi, le dinamiche fra diritto privato e diritto del lavoro (e, in definitiva, il futuro del contratto e del diritto del lavoro<sup>67</sup>) possono svilupparsi lungo due diverse direttrici: o il diritto contrattuale europeo si "lavorizza", lasciandosi 'contaminare' dalle istanze di giustizia sociale e di solidarietà, andando al di là della tutela funzionalistica del contraente debole<sup>68</sup>; o, al contrario, il diritto del lavoro si "privatizza", abbandonando lungo il cammino le ragioni (e gli strumenti) della propria specialità, in una prospettiva di "eterno ritorno dell'uguale" (e in questo secondo caso il diritto

---

<sup>66</sup> Queste riflessioni, forse radicali e a tratti 'apocalittiche', verranno sviluppate nel paragrafo successivo.

<sup>67</sup> E dei diritti del lavoro nazionali.

<sup>68</sup> Non si trascuri, infatti, che la tutela del contraente debole (come avviene nella disciplina dei contratti con il consumatore) non necessariamente risponde a una logica di giustizia sociale, ma è, semmai, uno strumento funzionalistico di tutela del mercato e della concorrenza: cfr. MELI M., *Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*, in *European review of contract law*, 2006, II, , p. 159 e SOMMA A., *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, I, p. 77.

contrattuale europeo rischia di diventare un “*pericolo per l'esistenza stessa di una parte del diritto del lavoro favorendone la deregulation invocata dai sostenitori del mercato orientato al consumo ed all'accumulazione*”<sup>69</sup>).

In questa prospettiva appaiono, allora, particolarmente significative, per lo studio del contratto di lavoro, le riflessioni condivise nel citato “manifesto” dal gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo che, nel criticare l’approccio tecnocratico (e poco democratico) della Commissione al tema della ‘europeizzazione’ del diritto privato<sup>70</sup>, ha messo in luce l’esigenza che il diritto dei contratti non si limiti a perseguire i ‘valori’ dell’integrazione negativa e di tutela della concorrenza, ma si apra all’equità e alla giustizia sociale, a una più ricca dimensione assiologica che comprenda in sé i “*principi costituzionali già riconosciuti in Europa*”<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> NOGLER L., *op. ult. cit.*, p. 174.

<sup>70</sup> AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, cit., pp. 113-115. V., in particolare, COM (2003) 68 def., 12.2.2003, *Maggiore coerenza nel diritto contrattuale Europeo - Un piano d'azione*, e COM (2004) 651 def., 11.10.2004, *Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*. Sulle “tappe” (e sulle implicazioni) dell’armonizzazione del diritto contrattuale v. MELI M., *La «House of Lords» e il diritto contrattuale europeo: «the way forward»?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006, II, p. 349 e EAD., *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e Quadro comune di riferimento*, in *Diritto europeo*, 2008, I, p. 59.

<sup>71</sup> “Questi ultimi includono non solo le libertà civili individuali di cui alla Convenzione Europea sui diritti dell’uomo e le libertà fondamentali, ma anche il ricco assetto di diritti sociali ed economici riconosciuti nella Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell’Unione europea”: AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, cit., p. 122.

### CAPITOLO III

Ciò comporta, secondo tali autori, un bilanciamento dei principi 'classici' del diritto privato (la libertà contrattuale e l'autonomia privata) con altri valori sui quali l'Europa si fonda, come "il rispetto per l'uguaglianza, la diversità, l'inclusione sociale, l'accesso ai servizi di generale interesse economico, un elevato livello di protezione dell'ambiente e del consumatore" e soprattutto, per quel che ci riguarda, "condizioni di lavoro eque e giuste"<sup>72</sup>.

La necessità di un tale bilanciamento - e di un 'ridimensionamento' del valore generalmente attribuito all'autonomia privata - è, del resto, presente anche nel *Draft of Common Frame of Reference*<sup>73</sup>, ove si precisa che "la libertà contrattuale - normalmente porta alla «giustizia», ma questa condizione si verifica **solo se le parti sono completamente informate, hanno egual potere negoziale, quando si accingono a concludere il contratto, e scelgono il suo contenuto, il che implica - di norma - una scelta effettuata nel rispettivo interesse e quindi rispondente a giustizia**"<sup>74</sup> (grassetto mio).

Ma il dibattito fra i privatisti sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo non è, a ben vedere, così pacifico. Non si può, infatti, trascurare che una parte della dottrina, in parziale dissenso con le posizioni adottate nel manifesto sulla giustizia

---

<sup>72</sup> Ivi, p. 123.

<sup>73</sup> Predisposto, fra il 2008 e il 2009, su "invito" della Commissione (v. nt. 70 e COM (2005) 184 def., del 10.5.2005). Cfr. anche MELI M., *Gli sviluppi del diritto privato europeo e il «Quadro comune di riferimento»*, in *I quaderni europei. Scienze giuridiche*, 2008, VI, p. 1, <http://www.cde.unict.it>.

<sup>74</sup> ALPA G., *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, IV, p. 580; AA. VV., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier European Law Publishers, Monaco, 2009, pp. 62-63.



sociale, ha chiaramente sostenuto che “il diritto privato non è assolutamente in grado di adempiere ad un tal compito di giustizia sociale”<sup>75</sup>. Tale compito spetta alla “solidarietà verticale”, all’intervento dello Stato: al diritto privato compete, invece, “l’implementazione della c.d. solidarietà orizzontale, ossia gli interventi normativi intesi a perseguire ridistribuzioni della ricchezza direttamente da cittadini a cittadini”<sup>76</sup>. Ma non ogni limitazione dell’autonomia privata è “per ciò solo, ascrivibile alla solidarietà sociale e rispond(e) a ragioni di giustizia sociale propriamente intesa”<sup>77</sup>.

Secondo tale orientamento, infatti, delle tre funzioni che il controllo del contratto può assumere<sup>78</sup>, le prime due rispondono a

---

<sup>75</sup> BARCELLONA M., *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2005, III, p. 642; critico anche Mazzamuto, secondo il quale, sebbene, dopo il Trattato di Lisbona, “la cornice costituzionale europea ha iniziato a fornire indicazioni chiare a favore dell’esigenza di solidarietà sociale in funzione di correttivo delle tendenze più individualistiche e materialistiche del capitalismo”, ciò non implica l’esistenza di “un principio generale di giustizia contrattuale nel diritto privato europeo tale da giustificare limiti all’autonomia privata così stringenti da sconfinare nel dirigismo statale o, nel migliore dei casi, nella mediazione giudiziale in vista di obiettivi di etica dei rapporti economici dal forte accento paternalistico” (MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010, III, p. 614).

<sup>76</sup> BARCELLONA M., *op. cit.*, p. 644.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Una funzione “immunitaria” di controllo “dell’invasività del mercato” (v. ad esempio i divieti di discriminazione), e di “autofagia” dello stesso (così la disciplina a tutela della concorrenza); una funzione di “riscontro delle condizioni di operatività dell’autonomia privata”, di “riscontro della congruenza tra forma negoziale e volontà individuale” (come la disciplina sui vizi del consenso); una funzione “correttiva”, che tiene conto del fatto che, poiché “il mercato suppone disuguaglianza (dei possessi privati)”, esso “riproduce disuguaglianza” (Ivi, pp. 644- 652).

### CAPITOLO III

una logica di giustizia commutativa e non distributiva<sup>79</sup>: solo alla funzione 'correttiva' "*corrisponde propriamente la solidarietà redistributiva che mette in opera la giustizia sociale*"<sup>80</sup>.

Tale funzione, poiché comporta redistribuzioni dirette della ricchezza fra i contraenti, deve essere "*socialmente giustificat(a) e politicamente decis(a)*". In che modo? Secondo l'autore, tali redistribuzioni possono essere giustificate sul piano sociale solo a condizione che siano "*operate all'interno degli specifici conflitti ove si originano le disparità che esse sono volte a correggere, e perciò che esse siano limitate a conflitti seriali e siano operate all'interno di «compensazioni» non individuali ma collettive, che coinvolgano i rapporti tra interi ceti sociali e generali categorie economiche*"<sup>81</sup>.

Ora, ciò che è interessante (ai fini di questo lavoro) notare è che, secondo questa impostazione, è ascrivibile alla funzione correttiva e redistributiva il "*modello lavoristico tra «lavoratori» e «datori di lavoro»*"<sup>82</sup>. Rispetto alla disciplina generale del diritto privato, quindi, il diritto del lavoro sembra mantenere una propria autonomia. Delle tecniche di controllo del contratto che il diritto privato può adottare, il diritto del lavoro ne utilizza una 'speciale', quella correttiva, appunto, che tende a "*giustapporre alla logica economica una logica propriamente politica, alla logica individuale una*

---

<sup>79</sup> Nelle prime due funzioni, la "*socialità*" è un elemento accidentale, che può, ma non deve necessariamente riscontrarsi, mentre "*l'essenza è l'individuo*" (*ivi*, p. 646).

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 652.

<sup>81</sup> *Ivi*, p. 653.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

*logica [...] sociale, alla giustizia contrattuale una altra giustizia che evoca una diversa misura delle relazioni tra gli uomini”<sup>83</sup>.*

Delle molteplici funzioni sottese alle tecniche di limitazione dell'autonomia privata, quindi, il diritto del lavoro ne assolve una 'nobilissima'.

Quali conclusioni è, quindi, possibile trarre da questa breve digressione sul diritto contrattuale europeo? Come appaiono, alla luce del dibattito sopra riportato, le dinamiche fra diritto del lavoro e diritto privato?

Da quanto si è detto, sembrerebbe emergere che, anche dalla prospettiva dei privatisti, il diritto del lavoro continua a conservare un ruolo 'speciale' nella regolazione dei rapporti interprivati, un ruolo che non può essere appiattito e confuso con la disciplina madre.

Tale affermazione trova conferma nella visione degli autori del manifesto<sup>84</sup>, ma non solo: anche la dottrina privatistica più critica<sup>85</sup> verso una concezione 're-distributiva' del diritto privato ha messo in evidenza, infatti, la specialità della disciplina lavoristica.

---

<sup>83</sup> *Ivi*, p. 652.

<sup>84</sup> Da quel punto di vista, un diritto contrattuale europeo sensibile alla giustizia sociale non fa che confermare, anche sul piano sovranazionale, la tendenza del diritto privato a "inseguire" il diritto del lavoro (cfr. *supra*).

<sup>85</sup> Sulla necessità che alcuni settori, come quello delle relazioni di lavoro, si allontanino dalla disciplina generale del diritto dei contratti v. anche MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2011, II, p. 373.

Dal punto di vista della dottrina giusprivatistica, quindi, quale che sia la concezione di giustizia sociale e di diritto privato europeo adottata, il bilanciamento autonomia privata- solidarietà segue, nei rapporti di lavoro, logiche diverse rispetto alla disciplina generale. Per i privatisti, in conclusione, il contratto e il diritto del lavoro assolvono a finalità 'speciali' (distributive), non assimilabili a quelle della disciplina madre. Ciò, per riprendere le riflessioni di Mario Barcellona, è socialmente giustificato e "politicamente deciso".

Ma, proprio in quanto frutto di una scelta politica, la funzione assolta dal diritto del lavoro non è certo immutabile o irreversibile. Soprattutto quando è la stessa dottrina lavoristica che, in preda a un nostalgico desiderio di ritorno al grembo materno, si premura di sottolineare le proprie origini privatistiche<sup>86</sup>.

#### *1.2.2 ... e quella dei lavoristi*

Qual è, allora, dalla prospettiva dei giuslavoristi, il rapporto fra diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo?

Se si osserva il processo di "*penetrazione dei diritti sociali nel campo del diritto privato*" sembrerebbe "*naturale che diritto privato e diritto del lavoro sviluppino una nuova grammatica comune, che non riguarda solo la trama concettuale generale di cui il diritto del lavoro è*

---

<sup>86</sup> V. *supra*, § 1.1 (ma anche i precedenti capp.).

*tributario al diritto civile, ma anche le funzioni e la struttura assiologica del diritto*<sup>87</sup>.

Ma come costruire questa “nuova grammatica comune”? La risposta a questa domanda richiama gli interrogativi sopra posti (e rischia di innescare un ragionamento circolare da cui è difficile uscire): la grammatica comune si costruisce attraverso il ritorno del diritto del lavoro al contratto e al diritto privato o, al contrario, consolidando il processo di costituzionalizzazione e di apertura alla giustizia sociale del diritto privato?

Il diritto del lavoro, precisa la dottrina giuslavorista, “*non è (né deve essere) concepito contro il mercato; è un diritto regolatore del mercato, che esprime la propria razionalità anche economica non solo formalizzando i termini di utilizzo della forza lavoro nell'interesse dell'impresa, ma, soprattutto, correggendo le market failures e contribuendo a evitare le distorsioni competitive dell'economia*”<sup>88</sup>.

Anche per tale ragione, alcuni studiosi hanno lamentato l'assenza dei giuslavoristi nel dibattito sul diritto contrattuale europeo, ricordando che “*il pensiero giuslavoristico moderno nasce nella piena convinzione che per la protezione della persona del lavoratore giochino un ruolo fondamentale gli stessi diritti di libertà*” e che “*di contro all'impostazione istituzionalistica e comunitarista, questo orientamento chiude gli spazi giuridici al potere regolativo del datore di*

---

<sup>87</sup> PERULLI A., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, I, pp. 438 e 443.

<sup>88</sup> *Ivi*, p. 450.

### CAPITOLO III

*lavoro*”, assicurando il rispetto dell’autonomia privata del lavoratore<sup>89</sup>.

Ma, sul punto, occorre precisare quanto segue. Il fondamento contrattuale del rapporto ha rappresentato, sì, almeno in Italia, un’istanza di libertà, di liberazione dai vincoli del corporativismo fascista e dalla funzionalizzazione degli attori economici al “superiore interesse” della nazione. Sennonché, il contratto di lavoro non rappresenta la “liberazione” del solo lavoratore: va, infatti, ricordato che, con la fine del corporativismo e il ritorno al contratto, ad esser sciolto dai vincoli del regime corporativo è anche - e soprattutto - il datore di lavoro (anch’egli, come detto, “funzionalizzato” alle esigenze superiori della nazione e dell’economia nazionale).

Né può ritenersi che il contratto possa per ciò solo correggere “*i fallimenti dell’ordine spontaneo del mercato*”<sup>90</sup> (un ordine, almeno quello dell’economia corporativa, tutt’altro che spontaneo, poiché condizionato da precise scelte ‘dirigiste’ dello Stato fascista).

In altri termini, sembra eccessivo ‘caricare’ il contratto di una tale valenza assiologica (il contratto come strumento di protezione della persona del lavoratore, della sua libertà e della

---

<sup>89</sup> Così NOGLER L., op. ult. cit., p. 178, secondo il quale “*la stessa nozione di contratto rappresenta un limite ai fallimenti dell’ordine spontaneo del mercato*” (ivi, p. 179)

<sup>90</sup> *Ibidem* (grassetto mio).

sua autonomia privata) che, invece, andrebbe forse attribuita alla legislazione speciale protettiva degli anni '60- '70<sup>91</sup>.

E dunque, proprio mentre la dottrina civilistica, nazionale ed europea, discute di giustizia sociale, di limiti all'autonomia privata, riconoscendo la specialità, nel panorama della regolazione dei rapporti fra privati, del diritto del lavoro, sembra quasi paradossale che la dottrina giuslavorista torni a valorizzare il contratto come 'strumento di libertà' per il lavoratore, o veda il diritto civile come il "punto di arrivo ideale del diritto del lavoro"<sup>92</sup>.

Una posizione più 'equilibrata' sembra essere quella di chi vede il diritto del lavoro come disciplina che, sebbene tributaria degli "snodi e delle infrastrutture"<sup>93</sup> del diritto civile, non per questo auspica "un allontanamento dalla logica protettiva, improntata all'inderogabilità, che ha caratterizzato l'impianto dell'ordinamento giuslavoristico"<sup>94</sup>. Questo diritto del lavoro 'mite', moderato, dovrebbe, secondo questa impostazione, "raggiungere più elevati livelli di «sicurezza», da coniugarsi con una flessibilità non esasperata"<sup>95</sup>.

Ma la "mitezza" può rischiare di far rima con "vaghezza". In che misura la sicurezza va coniugata con la flessibilità? Chi e come può stabilire se e quando la flessibilità è "esasperata"?

---

<sup>91</sup> Sulla concezione "vetero-liberale" del contratto come garanzia di libertà per il lavoratore v. anche il cap. II (sul ritorno al contratto come strumento di libertà per il lavoratore e di individualizzazione dei rapporti di lavoro v. *infra*, § 2.1).

<sup>92</sup> V. *supra*, § 1.1.

<sup>93</sup> V. *supra*.

<sup>94</sup> PERULLI A., *op. loc. ult. cit.*

<sup>95</sup> *Ibidem*.

### CAPITOLO III

Detto altrimenti, la questione cruciale con cui deve confrontarsi il diritto del lavoro (e la sua epistemologia), nell'operazione di bilanciamento 'ragionevole' fra autonomia privata e solidarietà, rimane la "misurazione" di tale ragionevolezza: come tarare la bilancia del giudizio<sup>96</sup>? È davvero possibile trovare una mediazione e costruire un diritto del lavoro mite, come suggerisce Perulli? Il diritto del lavoro, aprendosi alla libertà contrattuale e all'autonomia privata, non rischia forse di dimenticare se stesso, le ragioni della propria esistenza e il fondamento delle tutele che ha sinora assicurato?

Come si è visto, lo sviluppo del diritto contrattuale europeo può riverberarsi anche sul contratto e sul diritto del lavoro, determinando 'dall'esterno' un arretramento o un 'affinamento' delle tutele a seconda che il diritto contrattuale evolva in senso funzionalistico o in senso 'sociale'.

---

<sup>96</sup> È davvero possibile trovare un *medium*, o è forse più probabile che "le innegabili insidie insite nella logica del bilanciamento" (LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e diritto*, 2008, I, p. 68) comportino, in definitiva, la soccombenza, il sacrificio di uno degli interessi contrapposti? (v. GUASTINI R. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 219). In questo scenario, non soccorre (e, anzi, complica il quadro) la nuova formulazione dell'art. 3 del TUE, ai sensi del quale l'Unione si adopera per uno sviluppo sostenibile basato su una "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva". Se la disposizione rappresenta proprio "la proclamazione di una tecnica, quella del bilanciamento, che è in primo luogo una tecnica di produzione normativa" (MAZZAMUTO S., *op. ult. cit.*, p. 389), non può, tuttavia, trascurarsi che essa contiene una formulazione 'compromissoria' ai limiti dell'ossimoro. E, proprio per questo, non sembra agevolare il legislatore e l'interprete nell'operazione di bilanciamento. Uno dei due interessi contrapposti, che la formulazione tenta di far coesistere (l'economia 'sociale' e l'economia 'di mercato') dovrà, pur sempre, cedere all'altro.



Ma il diritto del lavoro può evolversi (o involversi verso il libero mercato e la libertà contrattuale) anche attraverso un processo di trasformazione *'dall'interno'* in cui, indipendentemente dalle sorti del diritto privato, il diritto del lavoro decide di ripensare se stesso e suo il fondamento.

In questa prospettiva, può sin d'ora notarsi (anticipando alcune riflessioni che saranno sviluppate in seguito) una tendenza: l'Europa sembra avere abdicato alla sua funzione di *"vettore di trasformazione" virtuosa*<sup>97</sup>. Essa sembra indurre gli Stati, attraverso il *'grimaldello'* della crisi finanziaria, economica e occupazionale, a *"un generale ripensamento della legislazione protettiva del lavoro, soprattutto con riguardo ad alcuni istituti (licenziamenti economici, orario di lavoro, lavori atipici, contrattazione collettiva decentrata); il che ha comportato, in diversi casi, un arretramento dei livelli di protezione presenti nei diritti del lavoro nazionali"*<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Un'Europa, cioè, che riesce ad operare mediazioni *"orientat(e) alla difesa [...] del modello e dei valori sociali europei o, addirittura, ad un innalzamento del grado di protezione di tali valori da parte dell'ordinamento nazionale"* (ALAIMO A., *L'impatto della globalizzazione sul diritto del lavoro in Italia. La mediazione dell'Unione europea*, in *Diritti lavori mercati*, 2007, II, p. 251).

<sup>98</sup> ALAIMO A., *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, II, p. 256. Intontiti dal mantra *"ce lo chiede l'Europa"*, i diritti del lavoro nazionali stanno attraversando un processo di riforma *in pejus* della propria disciplina: si pensi alle riforme introdotte, fra il 2010 e il 2012, nell'ordinamento spagnolo (su cui v. BAYLOS GRAU A. P., *El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario*, in *Revista de derecho social*, 2012, p. 9 e, per una prospettiva comparata con l'ordinamento italiano, CRUZ VILLALÓN J., *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia*, in *Revista de derecho social*, 2011, p. 11) e, nel nostro ordinamento, alla l. 148/2011 e, soprattutto, alla riforma, nel 2012, dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. In questa prospettiva l'Europa, da *"scudo"* del modello e dei valori sociali europei (ALAIMO A., *L'impatto della*

In questo congiuntura storica così cruciale per il diritto del lavoro, e dopo aver analizzato, quale 'cornice' di riferimento, i rapporti fra diritto del lavoro e diritto privato sul piano nazionale e sovranazionale, è allora giunto il momento di indagare i possibili scenari, e i possibili "futuri" del diritto del lavoro dalla prospettiva del ritorno al contratto e all'autonomia individuale nel diritto del lavoro.

***2. Il ritorno al contratto e alla autonomia individuale fra revisionismo storico-giuridico e negazionismo: chi ha paura dell'eteronomia?***

Dalla precedente ricostruzione dei rapporti fra diritto del lavoro e diritto civile è emerso come, *persino per i civilisti*, i rapporti di lavoro presentino (rispetto ai rapporti contrattuali 'comuni') elementi di differenziazione e di specialità così marcati da non consentire un appiattimento del primo sulla disciplina del secondo.

Ne consegue che la questione della libertà contrattuale (il 'peso' da attribuire a tale principio) dovrebbe seguire un doppio binario nei rapporti di lavoro e nei rapporti di diritto comune. Ciò nonostante, una parte della dottrina giuslavoristica continua a

---

*globalizzazione sul diritto del lavoro in Italia*, cit., p. 251) diviene lo scudo con il quale i governi nazionali proteggono e giustificano la legittimità (e la necessità) delle proprie riforme 'restauratrici' (sulle giustificazioni 'europeiste' con cui è stato introdotto l'art. 8 della l. 148/2011 v., in particolare, PERULLI A.- SPEZIALE V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 132/2011, p. 7 e ss.).

sostenere che il diritto del lavoro continua ad essere “*soltanto un second best (per il sacrificio che esso comporta della libertà individuale) rispetto al diritto comune dei contratti*” e che esso dovrebbe tornare al diritto comune dei contratti, restituendo “*alla persona che lavora, nella misura più larga possibile e comunque progressiva, [...]la libertà e [...]l'autonomia proprie del diritto civile*”<sup>99</sup>.

Questa impostazione (che sarà approfondita nelle prossime pagine), pone lo studioso del diritto e del contratto di lavoro dinanzi a un interrogativo di fondo: è davvero così ‘prioritario’ per il diritto del lavoro il ritorno al contratto? Chi, fra i contraenti, può trarre realmente ‘vantaggio’ dalla libertà contrattuale? Tornare al diritto civile e a valorizzare l’autonomia individuale nei rapporti di lavoro è davvero necessario, per “*restituire alla persona che lavora*” la libertà ‘perduta’? Il lavoratore è così limitato, nella sua autonomia contrattuale, da fare del ritorno al contratto una necessità giuridica e politica?

La questione dell’autonomia individuale sarà, dunque, affrontata a partire da tali quesiti ‘critici’, attraverso i quali si cercherà di capire se davvero il diritto del lavoro debba evolvere (o involvere) verso una maggiore autonomia delle parti contrattuali. All’esito delle riflessioni, che di seguito verranno sviluppate, si cercherà di chiarire se ha davvero senso continuare a interrogarsi su “*chi ha paura dell'autonomia individuale*”<sup>100</sup> o se non sarebbe forse il caso di iniziare (*rectius*, di tornare) a interrogarsi su “*chi ha paura dell'eteronomia*”?

---

<sup>99</sup> ICHINO P., *op. ult. cit.*, p. 38.

<sup>100</sup> ICHINO P., *Chi ha paura dell'autonomia individuale?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza Sociale*, 1992, p. 81.

Considerata, tuttavia, la ampiezza dell'argomento e i molteplici rivoli che dal macro-tema "autonomia individuale" originano<sup>101</sup>, si è scelto di soffermarsi (anche in ragione delle questioni che verranno affrontate nel § 3), su due aspetti in particolare: la questione della limitazione dell'autonomia individuale del prestatore di lavoro e la sua *capitis deminutio* (§ 2.1) e la critica alla disciplina eteronoma del diritto del lavoro dal punto di vista della teoria *insiders-outsiders* (§ 2.2). Questo secondo aspetto, come si vedrà, farà da 'cerniera' fra il tema del ritorno al contratto (cui sono dedicati i §§ 1 e 2) e il tema del superamento del contratto (§ 3).

#### ***2.1 Il superamento della capitis deminutio del prestatore: una necessità imprescindibile o un falso problema?***

Conclusi gli anni della "fuga dal diritto civile" (*supra*), fra gli anni Ottanta e Novanta si sviluppa in Europa un serrato dibattito sul ruolo dell'autonomia privata e del contratto individuale di lavoro come fonte autonoma di regolazione del rapporto attraverso la quale il diritto del lavoro "riscopre" l'individuo.

Tale dibattito trova fondamento nella crisi del lavoro nella società post-industriale, dalla quale si è, a sua volta, generata una "*crisi del diritto del lavoro, caratterizzata da una «rivalutazione di tutti i*

---

<sup>101</sup> Si pensi alla mole degli studi sulla norma inderogabile, o al dibattito sull'indisponibilità del tipo contrattuale nei rapporti di lavoro, o ai rapporti fra autonomia individuale e contratti di lavoro flessibili.

valori»<sup>102</sup>: una crisi che continua a tormentare, ancora oggi, i giuslavoristi di tutta Europa.

Da quel momento, infatti, inizia un 'processo' al diritto del lavoro, accusato di causare distorsioni del mercato<sup>103</sup>, di soffocare l'autonomia negoziale delle parti e, in particolare, del lavoratore, di rappresentare uno vecchio strumento incapace di rispondere alle nuove esigenze regolative della società dei servizi, un "dinosaurio"<sup>104</sup> della storia (della preistoria) del diritto destinato a estinguersi e a soccombere alla "*fiumana del progresso*" della società post-industriale.

Questo attacco 'revisionistico' ha, come è intuibile, molteplici implicazioni e può essere osservato da varie angolazioni. Limitando l'analisi al tema oggetto di questo lavoro, si tenterà di sviluppare alcune riflessioni attorno alla domanda: si può (o si deve) frenare la "*colonizzazione del comportamento del lavoratore*"<sup>105</sup> da parte delle fonti eteronome (legge e contratto collettivo), valorizzando "*il contratto individuale ed i meccanismi civilistici ad esso collegati*" come "*garanti di un mercato autodisciplinato*"<sup>106</sup>?

---

<sup>102</sup> SIMITIS S., *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, IV, p. 612.

<sup>103</sup> È la nota critica, sul piano dell'analisi economica del diritto, di EPSTEIN R. A., *A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Labor Legislation*, in *The Yale law journal*, 1983, VIII, p. 1357.

<sup>104</sup> Così LYON- CAEN G., *La crise du droit du travail*, in AA.VV., *In memoriam Sir Otto Kahn Freund*, C.H. Beck, Monaco, 1980, p. 517.

<sup>105</sup> SIMITIS S., *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1990, I, p. 90.

<sup>106</sup> *Ivi*, p. 92.

### CAPITOLO III

A tali interrogativi, gli ordinamenti nazionali hanno risposto in modo differente: alla *deregulation* spinta della Gran Bretagna si sono affiancate politiche di 'flessibilizzazione' più 'moderate' (come in Spagna e in Francia), in cui "il contratto individuale si è fatto [...] veicolo di politiche imprenditoriali di gestione collettiva, ma desindacalizzata, delle relazioni di lavoro a livello aziendale"<sup>107</sup>.

In Italia, poi, a tali politiche (di "ri-regolazione" piuttosto che di de-regolazione<sup>108</sup>) è seguito un serrato dibattito sulla libertà contrattuale nel diritto del lavoro. Un dibattito fra i più ricchi in Europa (soprattutto per l'ampio spazio dedicato al tema della volontà delle parti nella qualificazione del rapporto e per la tenace difesa, da parte di alcuni autori, di opzioni marcatamente "neovolontaristiche"<sup>109</sup>).

Il ritorno al contratto è supportato da una pluralità di argomentazioni (di volta in volta di natura economica, giuridica o *lato sensu* politica) che, 'demonizzando' la disciplina vincolistica eteronoma, valorizzano l'autonomia contrattuale in funzione di

---

<sup>107</sup> V. D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1991, III, p. 456 e bibliografia ivi citata. Ma, come si diceva *supra*, e come si vedrà anche fra non molto, lo scenario è mutato, ed è forse destinato a mutare radicalmente, all'esito dei processi di riforma che attraversano i 'diritti' del lavoro al tempo della crisi.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> Le ragioni dell'ampiezza del dibattito italiano sulla volontà delle parti risiedono nel fatto che in nessun altro paese di *civil law* "la dottrina ha « osato » spingersi fino al punto di identificare la realtà che è oggetto della qualificazione, non con l'essere del rapporto contrattuale, ma con « il dover essere contrattuale » e cioè il « dato strutturale dell'obbligazione » (che Ichino denomina anche quale « volontà negoziale »)" (così NOGLER L., *Ancora su « tipo » e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, cit., p. 139). Ma sul tema, come detto, non si potrà, in questa sede, indugiare.

tutela del mercato, o della stessa libertà del lavoratore o, infine, degli *outsiders*, emarginati e dimenticati dalla disciplina protettiva riservata agli *insiders*.

In particolare, una delle critiche rivolte all'eteronomia denuncia la compressione dell'autonomia, della libertà del lavoratore da parte della legge e del contratto collettivo. Livellando le differenze, le fonti eteronome non solo determinano una *“standardizzazione delle condizioni lavorative diretta ad impedire l'anarchizzazione dei produttivi”*, ma, soprattutto, *“inibisc[ono] programmaticamente ogni tensione individualistica e costring[ono] il singolo lavoratore ad interiorizzare le regole di comportamento definite a livello collettivo”*<sup>110</sup>.

Perché, allora, la libertà contrattuale del lavoratore è inibita? È possibile trovare spazi di valorizzazione della sua autonomia, superando la *“eccessiva massificazione prodotta dalle istituzioni protettive dello Stato sociale”*<sup>111</sup>?

Secondo parte della dottrina, se la limitazione dell'autonomia negoziale trova fondamento in una particolare condizione del mercato del lavoro<sup>112</sup>, quando tale condizione non sussiste, e *“il lavoratore, per avventura, si trova a contrattare in condizioni (sociali, culturali, economiche, di mercato) favorevoli, non è certo la libertà formale in ipotesi riconosciutagli dal-*

---

<sup>110</sup> SIMITIS S., *op. ult. cit.*, p. 91.

<sup>111</sup> D'ANTONA M., *Alla ricerca dell'autonomia individuale (passando per l'uguaglianza)*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1992, p. 88.

<sup>112</sup> L'eccesso di offerta rispetto alla domanda, che, combinata con la libertà contrattuale del lavoratore, porterebbe la parte datoriale ad approfittare della debolezza contrattuale del singolo.

*l'ordinamento a indebolirlo*"<sup>113</sup>. In tali ipotesi, quindi, "quanto più il lavoratore è libero dal bisogno, tanto più deve essergli restituito il potere di autodeterminazione individuale"<sup>114</sup>: alla libertà sostanziale deve affiancarsi la libertà formale.

Secondo tali ricostruzioni, la libertà formale del lavoratore troverà spazi sempre più ampi "col progressivo superamento della struttura monopsonistica tipica del mercato del lavoro nascente dalla rivoluzione industriale [...] e col passaggio dall'organizzazione del lavoro di tipo fordista, dominata dalla figura dell'"operaio massa" e dai grandi flussi indistinti di manodopera poco qualificata, a un tessuto produttivo nel quale domanda e offerta di lavoro sono sempre meno riconducibili ai grandi modelli standard, perché sono sempre più segmentate e addirittura personalizzate"<sup>115</sup>.

Superate le distorsioni, le asimmetrie informative del mercato del lavoro - secondo questa ricostruzione, infatti, il diritto del lavoro altro non è che un'eccezione temporanea al diritto comune dei contratti<sup>116</sup> - laddove vi siano "possibilità effettive [...] di scelta circa il se, come, quando, quanto e a quali condizioni lavorare", in tal caso la libertà contrattuale deve tornare ad essere valorizzata, in quanto "prerogativa essenziale della persona"<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> ICHINO P., *op. ult. cit.*, p. 83.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> ICHINO P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro cit.*, p. 28.

<sup>116</sup> È considerato *first best* un mercato del lavoro in cui "eliminati totalmente i costi di transazione, le asimmetrie informative e i fattori di dipendenza economica, ogni lavoratore [possa] scegliere liberamente - in condizioni, a quel punto, di libertà effettiva - tra molte imprese che gli offrono lavoro in concorrenza tra loro" (*ivi*, p. 29).

<sup>117</sup> *Ivi*, p. 28.



Così, a dimostrazione del fatto che, a certe condizioni, anche nei rapporti di lavoro sia possibile trovare uno spazio per il libero esercizio dell'autonomia individuale, la dottrina citata non ha mancato di riportare esempi 'concreti' di 'libere trattative'<sup>118</sup>, sostenendo che *"l'esperienza quotidiana ci mostra numerosi casi di lavoratori dipendenti che, pur essendo soggetti al potere direttivo del datore nello svolgimento della loro prestazione, non nutrono alcuna soggezione nei suoi confronti e trattano con lui da pari a pari"*<sup>119</sup>.

In assenza di asimmetrie informative o di esternalità, quindi, occorre tornare al diritto comune dei contratti, poiché *"lo scambio liberamente contrattato aumenta sempre necessariamente il benessere contingente dei contraenti: altrimenti esso non sarebbe voluto e il contratto non verrebbe stipulato"*<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Per il significato paradigmatico che l'autore vi attribuisce, vale la pena di ricordare la vicenda (concernente l'assunzione di un fattorino presso lo studio di Ichino), come riportata al congresso Aidlass del 1991 dallo stesso: *"si è discusso innanzitutto del patto di prova, che egli non accettava (e che è stato escluso), perché non intendeva lasciare il proprio posto di lavoro precedente per un posto insicuro; poi si è discusso della retribuzione, non essendo certo egli disponibile ad accontentarsi dei minimi collettivi per gli studi professionali; poi della durata (cinque ore e mezzo al giorno) e distribuzione dell'orario, dovendosi raggiungere una non scontata mediazione tra le esigenze dello studio e le sue personali; ed infine del contenuto della prestazione, preferendo egli non usare il motorino (siamo giunti all'accordo che è escluso l'uso del motorino in caso di pioggia). Tutto questo [...] non è forse esercizio di autonomia individuale? [...] Il caso descritto non è eccezionale: è del tutto normale in tutte le zone (o «fasce» professionali) in cui il mercato del lavoro non è caratterizzato da squilibrio tra domanda e offerta"* (ICHINO P., *Chi ha paura dell'autonomia individuale?*, cit., p. 82).

<sup>119</sup> ICHINO P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro* cit., p. 3.

<sup>120</sup> ICHINO P.- ICHINO A., *A chi serve il diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1994, I, p. 463.

### CAPITOLO III

Sennonché, è del tutto utopistico ipotizzare un mercato del lavoro “perfetto”, in cui non esistono “*le asimmetrie informative e i fattori di dipendenza economica*”<sup>121</sup>: il mercato del lavoro esiste perché esistono persone che, per vivere, devono lavorare. Il che significa che non può darsi mercato del lavoro senza dipendenza economica: essi *simul stabunt vel simul cadent*<sup>122</sup>.

Né è possibile evitare che l'autonomia negoziale del singolo produca esternalità a livello 'collettivo'. In una situazione di disoccupazione strutturale, in cui l'eccesso di offerta rispetto alla domanda sembra essere una situazione fisiologica<sup>123</sup>, la scelta *di uno* di accettare condizioni peggiorative, anche se genuinamente libera, condizionerebbe le scelte *di molti*, determinando un

---

<sup>121</sup> ICHINO P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro* cit., p. 29. Per l'autore questo utopistico mercato è realizzabile “*in parte*”.

<sup>122</sup> Tale situazione (la dipendenza economica come dato “strutturale” del mercato del lavoro, naturalmente con l'eccezione delle professionalità “forti”) potrebbe forse mutare con l'introduzione di un reddito minimo di cittadinanza: questa prospettiva, infatti, separando *ius existantiae* e lavoro, riesce a separare il contratto di lavoro dalla dipendenza economica e dallo 'stato di bisogno' che mina la libertà del volere di uno dei contraenti. Sul reddito di cittadinanza cfr. BRONZINI G., *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2011. Sul non lavoro, e sulla concezione della società moderna come società *lavorista*, come società di individui formalmente liberi “*condannat(i) per natura ai lavori forzati a vita*” v. LATOUCHE S., *L'invenzione dell'economia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010, spec. p. 66 e ss.

<sup>123</sup> Tale condizione dovrebbe essere considerata, a ben vedere, come la “variabile indipendente”. In altri termini, anziché interrogarsi sugli spazi di autonomia da restituire al lavoratore in un mercato perfetto o quasi, ci si dovrebbe chiedere (tornare a chiedere), ribaltando la prospettiva, se davvero sia possibile ampliare gli spazi riservati all'autonomia contrattuale in un mercato 'irrimediabilmente' monopsonico.

inarrestabile processo di *race to the bottom* che l'ordinamento non può trascurare.

Questa ricostruzione sembra, poi, originare da un equivoco, dal travisamento dell'avversa dottrina. Ichino ritiene che le opposte ricostruzioni si fondino su "*un equivoco: l'idea, cioè, che proprio la libertà formale, il potere di autodeterminazione negoziale, sia la causa della debolezza del lavoratore; e che dunque solo privando di effetti giuridici i suoi atti di autodeterminazione negoziale possa ristabilirsi l'equilibrio contrattuale tra lui ed il datore di lavoro*"<sup>124</sup>. A ben vedere, però, gli autori<sup>125</sup> meno legati a una concezione 'forte' dell'autonomia individuale nei rapporti di lavoro, non ritengono affatto che sia la libertà formale a "causare" la debolezza del lavoratore. È evidente, infatti, che il lavoratore non è debole perché formalmente libero. Egli è debole perché sostanzialmente non libero, perché concretamente spinto dal bisogno. Come emerge dalla sua opera, e come si vedrà anche *infra*, D'Antona non demonizza affatto la libertà formale, perché è ovvio che non è, questa, la causa della debolezza: la debolezza contrattuale è il riflesso, sul piano negoziale, della debolezza economico-sociale. Questa (e non la libertà formale) è la causa di quella.

Non sembra, poi, che la limitazione dell'autonomia individuale attuata dal diritto del lavoro si concreti in un dirigistico "*impedimento a che i lavoratori «forti» si avvalgano, al di sopra dei livelli minimi collettivi o al di fuori delle materie in cui la tutela opera, della loro posizione di vantaggio relativo*", in un

---

<sup>124</sup> ICHINO P., *Chi ha paura dell'autonomia individuale?*, cit., p. 83.

<sup>125</sup> D'Antona, Mazzotta, ma anche Simitis e gli autori diffusamente citati nel corso della trattazione, cui si rinvia.

### CAPITOLO III

*“impedimento a che essi possano spendere liberamente nel mercato il loro potere contrattuale, piccolo o grande che esso sia”*<sup>126</sup>.

Non si comprende, infatti, in che modo il diritto del lavoro possa soffocare la ‘vivacità’ negoziale dei lavoratori forti. Sebbene esso rappresenti *“per l’aspetto che concerne il contratto di lavoro, [...], un sistema di limiti all’autonomia privata”*<sup>127</sup>, la vicenda dello *“arzillo fattorino di Ichino”*<sup>128</sup> dimostra proprio il contrario. Anzi, sembra essere, in definitiva, una vicenda che prova troppo: dimostra che tale limitazione non è poi così ‘radicale’, così ‘illiberale’, come sembrerebbe emergere dai citati saggi di Ichino, e che il prestatore non è affatto un *capite deminutus*, un ‘interdetto’ che versa in una condizione di ‘minorità’ negoziale, poiché il diritto del lavoro lascia ampi spazi entro i quali può liberamente svolgersi la contrattazione.

Il punto nodale è, semmai, capire se il fattorino sia riuscito a contrattare liberamente, ‘imponendo’ alcune clausole contrattuali, perché è un lavoratore forte sul mercato<sup>129</sup> o perché, in maniera del tutto accidentale, ha trovato una controparte ‘illuminata’, un

---

<sup>126</sup> Così ICHINO P., *op. ult. cit.*, p. 84.

<sup>127</sup> GIUGNI G., *Diritto del lavoro (voce per un’enciclopedia)*, cit., p. 25.

<sup>128</sup> D’ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 89.

<sup>129</sup> Ma, poiché sarebbe azzardato sostenere che quella dei fattorini è una professionalità forte sul mercato, si può, invece, ravvisare la condizione di forza dell’arzillo fattorino nel fatto che, come lo stesso autore rivela, il fattorino aveva già, durante le trattative, la sicurezza di un altro impiego (v. *supra*). Il che conferma che, in una situazione di disoccupazione strutturale, la libera contrattazione non può rappresentare un “modello” cui tendere.

*“filantropo”*<sup>130</sup>, che ha ‘concesso’ al prestatore un esercizio di libertà negoziale.

In questo secondo caso, la vicenda non è in alcun modo rappresentativa della realtà ‘quotidiana’ dei rapporti di lavoro: al di là dei casi marginali, *“nella normalità (e il giurista deve anzitutto apprezzare ciò che accade per lo più e non sopravvalutare le ipotesi marginali) il lavoratore si limita ad aderire ad uno schema già confezionato, le cui clausole originali sono state pensate e costruite dall’altro contraente, che si è così appropriato dei residui spazi agibili, astrattamente di pertinenza comune”*<sup>131</sup>.

In altri termini, la stipulazione del contratto di lavoro rappresenta, per il lavoratore, solo la scelta fra un sì o un no (stipulare il contratto e ottenere il lavoro/ non stipularlo e non ottenere il lavoro), alle condizioni stabilite dal datore di lavoro in relazione alle esigenze della propria organizzazione del lavoro e delle proprie scelte imprenditoriali (e, proprio per questo, le condizioni stabilite dall’imprenditore sono, nei fatti, ‘non negoziabili’ per la controparte)<sup>132</sup>.

Dietro l’asserita necessità di un superamento della *deminutio capitis* del prestatore può celarsi, allora, il rischio di un

---

<sup>130</sup> *Ibidem.*

<sup>131</sup> MONTUSCHI L., *Sulla «discussa» centralità della fattispecie «contratto di lavoro subordinato»*, cit., p. 1035.

<sup>132</sup> E invero, il Prof. Ichino avrebbe potuto, nell’esercizio della propria autonomia negoziale e organizzativa, rifiutare le condizioni richieste dall’aspirante fattorino. Si potrebbe dire che la libertà contrattuale esercitata dal lavoratore ha condotto alla stipulazione del contratto in maniera del tutto casuale: sol perché, *per accidente*, l’autonomia negoziale del fattorino ha incontrato il consenso del (futuro) datore di lavoro. Ma ciò non rappresenta, lo si ripete, un’ipotesi ricorrente nella realtà del mercato del lavoro.

### CAPITOLO III

arretramento<sup>133</sup> delle tutele e il ritorno al 'libero' mercato, nel quale il lavoratore perde ogni possibilità di libera determinazione sull'*an* della contrattazione e sul contenuto del contratto.

Tali osservazioni, com'è evidente, costituiscono banali riflessioni su uno dei pilastri del diritto del lavoro (la limitazione dell'autonomia individuale in funzione di protezione del prestatore di lavoro) che, sino a qualche decennio fa, rappresentava un'acquisizione (politica e scientifica) indiscussa.

I termini della questione, come si diceva, sono cambiati a partire dalle politiche di *deregulation*, di flessibilizzazione e, almeno in Italia, a partire dai primi anni Novanta<sup>134</sup>.

Si ha l'impressione, tuttavia, che il dibattito sull'autonomia individuale sopra abbozzato abbia dimenticato il senso e le ragioni di tale limitazione dell'autonomia scientifica e disciplinare del diritto del lavoro: in questo accesso di 'modernizzazione', l'orientamento che sostiene un ritorno (sia pur 'graduale') al diritto civile, si traduce in un 'negazionismo' che non vede, o finge di non vedere, la *ratio* della tutela lavoristica. In questo senso, il ritorno al diritto dei contratti rischia di rappresentare un ritorno "*ad obsolete ideologie paleo-liberali (ancorché travestite da una parola magica come « nuovo » o « moderno»*)"<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> *Contra v. ICHINO P., Il percorso tortuoso del diritto del lavoro cit., p. 29.*

<sup>134</sup> Il citato Congresso Aidlass del 1991 segna una tappa fondamentale nella discussione accademica italiana intorno all'autonomia individuale.

<sup>135</sup> GAROFALO M.G., *Intervento, in Autonomia individuale e rapporto di lavoro. Atti del X congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine 10- 11- 12 maggio 1991, Giuffrè, Milano, 1994, p. 145.*

Giunti sin qui, sembra allora opportuno ricordare brevemente le ragioni (per quanto ovvie) della limitazione dell'autonomia individuale come fondamento del diritto del lavoro, onde evitare di cadere nella trappola del 'revisionismo'. Come ha messo in luce un'attenta dottrina, infatti, *"rilanciare oggi l'autonomia individuale come regno della libertà [...] significa riproporre antichi miti, in specie, quello della libertà contrattuale come libertà della volontà. Tanto più che chi avanza simili proposte non lo fa argomentando una critica alla critica di simili miti, ma riproponendoli tal quali"*<sup>136</sup>.

Qual è, allora, la specificità del contratto di lavoro? Da dove nasce la necessità della limitazione della libertà contrattuale?

Come è stato efficacemente detto, il contratto è *ordo ordinans* e *ordo ordinatus*, *"è al tempo stesso fonte e oggetto di regolazione"*<sup>137</sup>. È fonte perché, come si è più volte evidenziato, esso *"crea l'obbligazione di lavorare"*<sup>138</sup>; e tuttavia *"non la governa"*<sup>139</sup>, poiché è esso stesso oggetto della regolazione eteronoma: nei rapporti di lavoro la *"voluntas legis [...] domina sulla lex voluntatis"*<sup>140</sup>.

Ciò avviene per tutelare valori che non sono *"riducibili alla dimensione giuridica del contratto"*, e che discendono dalla implicazione del lavoratore nel rapporto, dalla circostanza che

---

<sup>136</sup> *Ibidem*.

<sup>137</sup> D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit., p. 206.

<sup>138</sup> MENGONI L., *op. ult. cit.*, p. 7.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 204.

### CAPITOLO III

*“l’impresa è una formazione sociale nella quale si prolungano i diritti fondamentali del cittadino”*<sup>141</sup>.

La limitazione dell’autonomia individuale protegge il lavoratore da se stesso, dal rischio che sia indotto ad accettare condizioni deteriori, in apparenza liberamente scelte, ma in concreto imposte dallo spauracchio della disoccupazione.<sup>142</sup>

Proteggere il lavoratore da se stesso, dai propri atti di disposizione, non rappresenta mero paternalismo: il lavoratore non è, lo si ribadisce, un *“minorenne a vita”*<sup>143</sup>, un *capite deminutus* inabilitato alla contrattazione. La disciplina eteronoma rappresenta solo una limitazione parziale e ‘unidirezionale’ (*in pejus*) della libertà contrattuale. Essa garantisce la libertà sostanziale del lavoratore con il parziale sacrificio della libertà formale. Non si dimentichi, infatti, che *“normalmente il lavoratore è in condizione di negoziare, solo in quanto ha già la tutela minima inderogabile nel suo patrimonio. L’arzilla fattorino di Ichino sarebbe meno arzilla se il complesso delle tutele lavoristiche (dall’orario massimo, alla stabilità del rapporto, alle ferie, alla conservazione del*

---

<sup>141</sup> *Ibidem.*

<sup>142</sup> Come ha rilevato una risalente e autorevole dottrina, *“restringere la libertà contrattuale di una persona può essere necessario per proteggere la sua stessa libertà, cioè per tutelare la stessa persona contro l’oppressione che questa potrebbe altrimenti esser indotta a dover infliggere a se medesima, per mezzo di un atto che è espressione della libertà legale ma che socialmente è esattamente il contrario”* (KAHN – FREUND O., *op. cit.*, p. 25; STREEK W., *Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1988, IV, p. 613).

<sup>143</sup> ICHINO P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 277.



*posto in caso di malattia, ai diritti sindacali, etc.) fossero illimitatamente disponibili mediante accordi individuali*<sup>144</sup>.

Ora, la presenza di lavoratori più forti e 'liberi' sul mercato (così enfatizzata negli scritti di Ichino<sup>145</sup>) può forse revocare in dubbio la necessità della disciplina eteronoma? Secondo l'autore, al lavoratore sostanzialmente libero deve esser riconosciuta anche la libertà formale. Ma, in tal modo, si ribaltano i termini della questione, dimenticando che, al di là dei casi marginali in cui gode di un elevato potere contrattuale, il lavoratore è sostanzialmente libero solo perché esistono fonti eteronome (la legge, il contratto collettivo) che proteggono e rafforzano l'autonomia individuale: l'eteronomia sacrifica, apparentemente, la libertà (almeno quella formale) per perseguire quella sostanziale, per garantire la possibilità effettiva di scegliere se e come lavorare, garantendo la possibilità di lavorare secondo uno *standard* 'minimo' e di godere di determinati diritti non disponibili<sup>146</sup>. Non si tratta, pare, di un

---

<sup>144</sup> D'ANTONA M., *Alla ricerca dell'autonomia individuale (passando per l'uguaglianza)*, cit., p. 89.

<sup>145</sup> La libertà e l'autonomia (*rectius*, l'autonomizzazione) del lavoratore è stata enfatizzata, peraltro, con il passaggio dalla società fordista alla società del terziario (v. il cap. II). In realtà, la società dell'informazione, se ha mutato le forme in cui si manifesta la subordinazione, rimane una società "lavorista" (sul punto v. anche *supra*). Una società, cioè, in cui gli individui devono lavorare per vivere. Se, quindi, la finanziarizzazione e la de-industrializzazione hanno trasformato le imprese ('scivolate' dal settore manifatturiero e, in generale, dal settore 'secondario' al settore terziario, ai servizi), e se questo ha cambiato i lavori (convertendo l'operaio industriale in impiegato o in lavoratore parasubordinato), non è cambiata, in Europa e in Occidente, la funzione del lavoro: esso continua a rappresentare lo strumento principale di sopravvivenza per la maggior parte degli individui.

<sup>146</sup> Quali siano, poi, in concreto, i diritti indisponibili, i diritti fondamentali del lavoro, il "nocciolo duro" delle tutele, è questione controversa: quali, dei diritti del lavoratore, godono di copertura costituzionale e quali, invece, sono

sacrificio “sproporzionato”: il perseguimento della libertà sostanziale “val bene” il sacrificio della libertà formale.

D’altro canto, il lavoratore forte che si senta schiacciato dal peso opprimente dell’eteronomia, può sempre scegliere di stipulare un contratto di lavoro autonomo, in modo da esprimere appieno quella libertà contrattuale che, a detta di Ichino, la disciplina del lavoro subordinato non consente. E invero, il potere contrattuale non si manifesta solo nella determinazione del contenuto del contratto, ma anche nella scelta del tipo<sup>147</sup>, sicché il lavoratore che non ha bisogno della protezione eteronoma e che vuol liberarsi dai “lacci e laccioli” del diritto del lavoro, può sempre scegliere di lavorare “senza vincolo di subordinazione”<sup>148</sup>.

---

disponibili e revocabili dalla politica? Se la questione non è ancora pacifica, va, comunque, sottolineato che è proprio attraverso la tecnica della inderogabilità che “i principi dello stato sociale di diritto e della giustizia sociale, incastonati in norme costituzionali rigide, si trasferiscono nelle relazioni di lavoro di natura collettiva, ma anche individuale” (CARUSO B., “*Employment Contract is Dead: Hurrah for the Work Contract!*” A European Perspective, in STONE K. V. W.- ARTHURS H. (a cura di), *Rethinking workplace regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, Russell Sage Foundation, New York, 2013, p. 97).

<sup>147</sup> Cfr. l’art. 1322 c.c.

<sup>148</sup> La questione della scelta del tipo, tema centrale nel dibattito interno sull’autonomia individuale, è affrontata, in dottrina e in giurisprudenza, nella prospettiva – opposta a quella qui assunta – della ‘imposizione’, da parte del datore di lavoro, della tipologia contrattuale meno onerosa (contratti di lavoro autonomo/ parasubordinato). Qui, al contrario - e al fine di dimostrare come la questione della limitazione della libertà contrattuale del lavoratore sia sopravvalutata e che non è necessario, per salvare la libertà contrattuale (asseritamente frustrata) di pochi, sacrificare la libertà sostanziale di molti - si vuole evidenziare la circostanza che un lavoratore forte - *realmente* forte- può sempre scegliere di stipulare un contratto di lavoro autonomo, in luogo di un contratto di lavoro subordinato, qualora ritenga insopportabilmente vincolante la disciplina eteronoma che da questo inderogabilmente discende.

La condizione di debolezza contrattuale non sembra, poi, venire meno in virtù del fatto che i lavoratori, sebbene non posseggano capitale materiale, possiedono “capitale umano”<sup>149</sup>. E invero, ad elevate specializzazioni e qualificazioni non è detto che corrisponda un potere contrattuale.

Sembra, al contrario, che, almeno in Italia, l'eccesso di specializzazione prodotto dal sistema formativo abbia generato individui super-specializzati che, però, il mercato del lavoro non riesce ad ‘assorbire’ (come dimostrano le cronache di giovani laureati e specializzati impiegati nei *call center*, o peggio): se il mercato del lavoro non riesce a “collocare” gli individui che il sistema formativo ha educato e specializzato (se, cioè, questi non riescono a trovare il lavoro per il quale si erano formati), è ovvio che, sebbene in possesso di una “qualifica soggettiva” elevata, costoro non riusciranno a contrattare liberamente sul mercato. In un mercato monopsonico, quindi, il fatto che i lavoratori possiedano “capitale umano” non è affatto garanzia di forza contrattuale.

Ciò precisato, va, ora, ricordato che il tema dell'autonomia individuale del prestatore di lavoro è stato al centro di un altro dibattito, contiguo al primo, ma con il quale non va confuso. In questo secondo caso, infatti, non si critica la limitazione dell'autonomia negoziale del singolo in quanto soggetto altrimenti

---

<sup>149</sup> Secondo Ichino “*In molti ancora individuano una causa intrinseca di inferiorità nel fatto che i lavoratori non dispongono del capitale materiale; ma i lavoratori dispongono del capitale umano, che non ha affatto un valore intrinsecamente inferiore rispetto a quello materiale; e, se bene organizzato, può pesare nella negoziazione quanto e più di quello materiale*” (ICHINO P., *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, III, p. 454).

### CAPITOLO III

capace di contrattare liberamente e 'alla pari' col datore di lavoro. Questo secondo orientamento avverte, piuttosto, la necessità di valorizzare l'autonomia contrattuale del singolo come "*libertà di determinare la propria identità, sfuggendo all'eccessiva massificazione prodotta dalle istituzioni protettive dello Stato sociale*"<sup>150</sup>.

In questo secondo senso, dunque, la valorizzazione del contratto e dell'autonomia è funzionale a un processo di *individualizzazione*, di *costituzionalizzazione* del rapporto di lavoro che assicuri al singolo lavoratore l'affermazione e il rispetto della propria identità, della propria individualità.

A differenza del primo orientamento, sul quale ci si è prima soffermati, questa seconda concezione dell'autonomia individuale non ha implicazioni 'deregolative'<sup>151</sup>. La valorizzazione dell'identità del lavoratore può, semmai, comportare, ulteriori vincoli per il datore di lavoro: si pensi al diritto di critica, alla parità di trattamento, alla tutela della *privacy* del lavoratore<sup>152</sup>. In questi casi, la "riscoperta dell'individuo" e il rispetto delle diverse identità restringe gli spazi di discrezionalità del datore di lavoro.

In quest'ottica, quindi, il recupero dell'autonomia individuale nei rapporti di lavoro non mira a restituire al lavoratore forte sul mercato la libertà contrattuale della quale il diritto del lavoro lo avrebbe 'spogliato'. Essa rappresenta un'istanza di tutela del lavoratore come persona (non limitata ai

---

<sup>150</sup> D'ANTONA M., *op. ult. cit.*, p. 87.

<sup>151</sup> Non mira, cioè, a liberare il lavoratore (e di riflesso anche, non lo si dimentichi, il datore di lavoro) dai vincoli 'asfittici' della disciplina eteronoma in favore della 'libera' contrattazione individuale.

<sup>152</sup> Questioni richiamate in via esemplificativa da SIMITIS S., *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?*, cit., pp. 629- 632.

soli lavoratori forti), una difesa dalla rigida e massificante standardizzazione delle fonti eteronome, dalla “*strumentalizzazione e colonizzazione statualisti e corporatisti del singolo lavoratore*”<sup>153</sup>.

Dietro la necessità di riscoprire l’individuo e l’uguaglianza sostanziale si cela, quindi, la necessità di ripensare i rapporti fra la libertà del singolo e il sindacato, fra autonomia individuale e potere collettivo (ad esempio attraverso la previsione, da parte del contratto collettivo, di clausole derogabili e di spazi lasciati alla contrattazione individuale e all’autonomia dei singoli)<sup>154</sup>.

Sul tema non si può, tuttavia, in questa sede indugiare<sup>155</sup>. Va, comunque, almeno ricordato che è solo in virtù della disciplina eteronoma che è possibile riscoprire il lavoratore come

---

<sup>153</sup> SIMITIS S., *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo*, cit., p. 113. Il che comporta la costruzione di una nuova concezione di uguaglianza: “All’uguaglianza intesa come sostanziale riequilibrio del dislivello di risorse e di potere sociale intrinseco al rapporto di lavoro, si dovrebbe affiancare una uguaglianza intesa come pari opportunità di scegliere e di mantenere, anche nel rapporto di lavoro, la propria differente identità, il proprio personale progetto di vita” (D’ANTONA M., *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 486). Cfr. anche GAROFALO M.G., *Intervento*, in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. Atti del X congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine 10- 11- 12 maggio 1991*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 146 e, per una rilettura dell’autonomia individuale a partire dal seniano *capability approach*, DEL PUNTA R., *Leggendo «The Idea of Justice», di Amartya Sen*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, II, p. 197.

<sup>154</sup> Cfr. MARESCA A., *Rileggendo “L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro”*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2009, I, p. 109.

<sup>155</sup> Esso, infatti, incrociando l’amplessissima questione della rappresentanza e dell’efficacia oggettiva e soggettiva del contratto collettivo, rischia di portare il discorso “alla deriva”: per non naufragare nel mare del diritto del lavoro, si manterrà, invece, la rotta intrapresa (l’analisi dell’autonomia individuale) alla luce del “faro” che ha sinora guidato la navigazione (il contratto individuale).

### CAPITOLO III

persona<sup>156</sup> e che, ‘nonostante tutto’, la democrazia industriale rafforza la posizione del singolo, “*la misura di libertà e di autonomia del (singolo) lavoratore subordinato*”<sup>157</sup>.

Qualunque tentativo di riforma della funzione dell’autonomia individuale non può, quindi, trascurare che “*la disparità del potere contrattuale [...] è immanente [...] nelle relazioni di lavoro*”<sup>158</sup>. E poiché – per quanto ‘antistoricistica’<sup>159</sup> possa sembrare

---

<sup>156</sup> Sembrerà un ragionamento ‘conservatore’, ma come potrebbe, il lavoratore, “*mantenere la propria differente identità, il proprio personale progetto di vita*”, se, ad esempio, l’ordinamento non sancisse il divieto di indagini sulle opinioni (art. 8 dello Statuto dei lavoratori), il divieto di licenziamento per motivi discriminatori e se non sanzionasse tale comportamento con la reintegrazione nel posto di lavoro? Come ha evidenziato D’Antona in tutta la sua opera, la libertà del singolo passa pur sempre attraverso la protezione della disciplina eteronoma. In altri termini, “*questa seconda versione dell’uguaglianza, che innegabilmente reclama una attenuazione del tradizionale livellamento eteronomo, e più ampi margini di libertà contrattuale al lavoratore, non può esistere se la prima versione dell’uguaglianza non è assicurata dall’impianto tradizionale del diritto del lavoro. Se ne può parlare soltanto «a partire dall’uguaglianza sostanziale»*” (D’ANTONA M., *Alla ricerca dell’autonomia individuale (passando per l’uguaglianza)*, cit., pp. 87-88).

<sup>157</sup> PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, p. 220.

<sup>158</sup> KAHN – FREUND O., *op. cit.*, p. 14.

<sup>159</sup> Il diritto del lavoro è, invero, “*un costruito storico e non ha nulla di ontologico*” (nasce, in Europa, a partire dall’industrializzazione e si sviluppa, nei vari paesi, attraverso un processo di costituzionalizzazione che è frutto di “*un più ampio compromesso politico*”: cfr. D’ANTONA M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1998, I, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D’Antona. Opere, vol. 1, cit., p. 223). Dalla storicità del diritto del lavoro (dalla sua ‘impermanenza’) non si può, tuttavia, inferire che la disparità di potere contrattuale, la debolezza del lavoratore, rappresenti una condizione temporanea in via di superamento (v. *supra*): la ‘inferiorità’ economica e contrattuale del lavoratore resta, infatti, una questione irrisolta anche nella società post-industriale, nella società dei servizi,

questa affermazione - la disparità di potere è la costante, la variabile indipendente, il diritto del lavoro “sarà sempre<sup>160</sup> [...] una forza bilanciante atta a neutralizzare”<sup>161</sup> tale disparità.

**2.2 La tutela degli outsiders come ragione giustificatrice del ritorno alla libertà contrattuale e della riduzione delle tutele inderogabili: dal conflitto capitale - lavoro alla “guerra fra poveri”.**

Come si è appena visto, la questione del ritorno al contratto e del superamento della *deminutio capitis* cui il diritto del lavoro avrebbe condannato il lavoratore, può avere più di un’implicazione: può condurre a una de-regolazione, all’arretramento delle tutele in favore del libero mercato, o a una ri-regolazione che miri alla valorizzazione delle differenze (a partire, pur sempre, dalla disciplina eteronoma).

Questo processo di ripensamento del ruolo del contratto e della autonomia individuale, peraltro, ha indotto ulteriori riflessioni e proposte di riforma del diritto del lavoro, a partire da considerazioni prettamente economiche.

---

ma con l’ulteriore ‘complicazione’ derivante dal fatto che, nella società del post-fordismo, “il lavoro [...] si disperde nella rete delle collaborazioni, degli appalti e delle delocalizzazioni” (DE LUCA TAMAJO R., Massimo D’Antona, esperto “strutturista”: *l’erosione dei pilastri storici del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2009, I, p. 188).

<sup>160</sup> O, meglio, dovrebbe esser sempre.

<sup>161</sup> KAHN – FREUND O., *op. loc. cit.*

### CAPITOLO III

In particolare, si è messa in discussione la necessità e l'utilità della disciplina protettiva, sostenendo che la tutela degli *insiders* avrebbe un impatto negativo sugli *outsiders*, in un gioco a somma zero in cui una maggiore protezione di chi lavora determinerebbe una minore tutela di chi non lavora. Il diritto del lavoro, con i suoi vincoli e le sue limitazioni, sarebbe, dunque, responsabile della rigidità del mercato del lavoro e della crisi occupazionale.

Tali riflessioni hanno mutato radicalmente l'immaginario del diritto del lavoro nella società occidentale<sup>162</sup>, innescando un processo di rimeditazione della disciplina lavoristica, 'convertendo' la fuga dal diritto civile<sup>163</sup> in "fuga dal diritto del lavoro"<sup>164</sup>.

Per una parte della dottrina, "La critica economica è ancor più corrosiva e insidiosa di quella dogmatica, in quanto fondata su argomenti che non mettono tanto in discussione il tasso di socialità della legislazione protettiva in nome di un'astratta difesa dell'iniziativa economica, quanto l'impatto negativo della protezione sul piano degli obiettivi sociali: in particolare l'incidenza sfavorevole sui livelli occupazionali e sulle tutele degli *outsiders*"<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> Nell'immaginario degli studiosi (e, forse, degli stessi destinatari), la disciplina lavoristica sembra quasi essersi trasformata da strumento di uguaglianza a causa delle disuguaglianze sociali.

<sup>163</sup> Di cui si è detto *supra*.

<sup>164</sup> D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, cit., p. 194; RODRIGUEZ-PIFIERO M.- BRAVO-FERRER M., *La huida del Derecho del Trabajo*, in *Relaciones laborales*, 1992, I, p. 85.

<sup>165</sup> PERULLI A., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, cit., p. 430.



Ma su cosa si fondano le teorie del conflitto *insiders-outsiders*?<sup>166</sup> Il conflitto fra *insiders* e *outsiders* dipenderebbe dal fatto che i secondi non possono entrare nel mondo del lavoro a causa della rendita di posizione di cui godono i primi (rendita di posizione assicurata dalla legislazione protettiva inderogabile). “Gli *insiders*, una volta ottenuta la loro posizione di vantaggio, [possono] difenderla dalla concorrenza degli *outsiders* facendo leva sul fatto che le imprese devono sopportare costi rilevanti per rimpiazzare i lavoratori occupati con quelli disoccupati: la sostituzione degli organici nell’impresa presenta infatti alcuni costi connessi con la perdita della professionalità acquisita dai lavoratori licenziati e alcuni costi di selezione dei nuovi dipendenti; a questi si aggiungono le conseguenze negative del deterioramento del clima di collaborazione in azienda. [...] gli *insiders* possono conseguire una differenza retributiva positiva rispetto al livello retributivo cui possono aspirare gli *outsiders*, corrispondente al costo della propria sostituzione. In altre parole, l’esistenza di questo costo di sostituzione impedisce agli *outsiders* di competere ad armi pari con gli *insiders*; e quindi di far scendere le retribuzioni fino a un livello che garantisca la piena occupazione”<sup>167</sup>.

Ma è davvero responsabilità degli *insiders* il fatto che in un mercato non vi sia piena occupazione?

A ben vedere, la condizione degli *outsiders* (la disoccupazione) non è determinata da condizioni ‘interne’ al mercato del lavoro (ovvero dal fatto che gli *insiders* godono di una rendita di posizione derivante dalla disciplina protettiva): la disoccupazione dipende soprattutto dal mercato dei beni e servizi,

---

<sup>166</sup> Sulla quale v. lo studio di LINDBECK A. e SNOWER D., *The Insiders-Outsiders Theories*, The MIT Press, Cambridge, 1988.

<sup>167</sup> ICHINO P.- ICHINO A., *A chi serve il diritto del lavoro*, cit., p. 475.

### CAPITOLO III

da quanto e come si produce<sup>168</sup>. In altri termini, “i rischi nel mercato del lavoro sono collegati a quelli del mercato dei prodotti”<sup>169</sup>.

Che, dunque, possa raggiungersi la piena occupazione attraverso il ritorno al contratto e all'autonomia individuale (attraverso, cioè, un abbassamento dei livelli retributivi degli *insiders* che favorisca l'ingresso degli *outsiders* nel mondo del lavoro), sembra pura mistificazione.

Neppure in una prospettiva di riforma radicale del diritto del lavoro e del sistema di relazioni industriali, sarebbe possibile “far scendere le retribuzioni fino a un livello che garantisca la piena occupazione”. Poiché, come si è appena detto, le dinamiche del mercato del lavoro sono collegate a quelle del mercato dei prodotti, neppure un abbassamento delle retribuzioni assicurerebbe la piena occupazione, a meno di non pensare a un incremento ‘illimitato’ della produzione di un determinato bene o servizio (con una conseguente saturazione del mercato di quel bene o servizio)<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Si pensi alla saturazione di un determinato mercato di beni, o al processo di delocalizzazione dell'industria (eventi che modificano il “quanto” si produce), o all'introduzione di nuovi metodi di produzione, che determinano la sostituzione della macchina all'uomo (eventi che modificano il “come” si produce).

<sup>169</sup> SUPIOT A., *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003, p. 193.

<sup>170</sup> Ciò che si intende sottolineare è il fatto che, se un imprenditore, in un dato mercato, può produrre al massimo 100 ‘utilizzando’ 10 lavoratori, è verosimile che continui a impiegarne 10 anche se le retribuzioni sono inferiori. Da ciò discende che l'arretramento delle tutele, il “riformismo ablativo”, non assicura in alcun modo la “piena occupazione” e che, dunque, la riduzione delle tutele degli *insiders* non assicura in alcun modo la tutela degli *outsiders*.

Ciò nonostante, si è caduti nell'ingannevole contrapposizione fra *outsiders* e *insiders*, nell'illusoria convinzione che della disoccupazione strutturale sia un po' responsabile anche il diritto del lavoro.

Questo orientamento, trascurando del tutto le ragioni della disciplina protettiva, sostituisce al conflitto fra capitale e lavoro un nuovo conflitto (fra il lavoro e il non lavoro). In tal modo si alimenta una 'guerra civile', trasformando il conflitto capitale-lavoro in un conflitto interno, in una 'guerra fra poveri' in cui chi lavora e accede alle tutele inderogabili del diritto del lavoro viene dipinto come il nemico da abbattere, come il responsabile della condizione economica e sociale degli *outsiders*.

Ma questa ondata revisionistica che sembra investire il diritto del lavoro, spingendolo verso le aspre rive del riformismo ablativo, è realmente mossa dall'intento di riequilibrare le tutele fra *insiders* e *outsiders*? Perché, come è stato ben evidenziato, *“una cosa è rafforzare gli outsiders rispetto agli insiders. Ben altra è rafforzare i datori di lavoro rispetto agli insiders. In entrambi i casi l'occupazione potrebbe aumentare, ma le implicazioni della redistribuzione sarebbero diverse così come le conseguenze politiche”*<sup>171</sup>.

A ben vedere, la necessità di riformare il diritto del lavoro in nome della tutela degli *outsiders* *“sgretola i fondamenti stessi del diritto del lavoro, laddove non c'è che la necessità di recuperare la perduta razionalità materiale, agendo sul lato delle tutele allo scopo di modularle secondo criteri socialmente equi”*<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> SOLOW R. M., *Il mercato del lavoro come istituzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 75.

<sup>172</sup> ROMAGNOLI U., *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, III, p. 544.

Dietro questa guerra fra poveri si nasconde, allora, quello stesso processo di riforma *in pejus* del diritto del lavoro, di ritorno alla dura legge del mercato, cui sembra condurre il dibattito sulla libertà contrattuale del lavoratore (*supra*).

Le teorie del conflitto *insiders-outsiders*, in altri termini, finiscono per spostare sugli *insiders* la responsabilità (e l'onere) di una situazione (la disoccupazione strutturale) che dipende dal mercato dei beni e dei servizi, non dalle condizioni del mercato del lavoro (dalla rigidità del mercato del lavoro di cui sarebbe responsabile la disciplina lavoristica).

Non è la disciplina inderogabile a impedire la piena occupazione, ma è vero, semmai, il contrario: la tutela minima e inderogabile garantisce che 'almeno' gli *insiders* godano di quelle garanzie (pur sempre minime, posto che non si tratta certo di 'privilegi') cui gli *outsiders*, in assenza di una disciplina inderogabile, sarebbero disposti a rinunciare.

Pensare, invece, che ridurre le tutele per chi lavora possa giovare a chi non lavora ancora (o non lavora più) è come pensare che "*per far crescere i capelli ai calvi [si debba] rapare per forza chi ne ha di più*"<sup>173</sup>.

### ***3. Dal contratto di lavoro subordinato al contratto di attività?***

---

<sup>173</sup> ROMAGNOLI U., *La costituzione delegittimata*, cit., p. 864; ID., *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, I, p. 74. Sul tema cfr. anche DEL PUNTA R., *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 401.

Se la tutela degli *outsiders* non può giustificare la riduzione delle tutele degli *insiders* né può esser perseguita inoculando nel diritto del lavoro dosi sempre più forti (se non letali) di autonomia individuale, è pur vero che dietro questo tema si cela, come si è anticipato, una delle questioni più spinose per i giuslavoristi di tutta Europa: chi è (chi deve essere) il soggetto del diritto del lavoro? Chi è (e chi deve essere) il destinatario, il soggetto meritevole della tutela inderogabile predisposta dalla disciplina protettiva? Chi merita di aver riconosciuto lo 'status' di *insider* e chi, invece, deve essere tenuto fuori dal campo di applicazione del diritto del lavoro<sup>174</sup>?

Il conflitto *insiders-outsiders* pone l'interprete dinanzi a tali interrogativi, ai quali si cercherà di dare risposta affrontando il tema del cd. effetto Barassi (già anticipato nel cap. II) e della rimodulazione delle tutele predisposte dal diritto del lavoro. Con il fine di verificare se il "contratto di lavoro subordinato" possa ancora rappresentare la fattispecie che giustifica l'applicazione delle tutele o se, invece, occorra ripensare le modalità con cui l'ordinamento dispone l'applicazione della disciplina protettiva.

E invero, come si è visto, il contratto di lavoro subordinato rappresenta "il tipo normativo imposto dalla legge per la incorporazione dello statuto protettivo"<sup>175</sup>, ma proprio da tale funzione discende la sua attuale crisi di identità.

---

<sup>174</sup> Come fra non molto si vedrà, l'argomento della tutela degli *outsiders* può essere utilizzato non solo in una prospettiva ablativa, di riduzione delle tutele degli *insiders* (§ 2.2), ma anche *in melius*, nel senso della estensione, ai primi, delle tutele.

<sup>175</sup> GHERA E., *op. cit.*, p. 494.

Ed è di tale crisi di identità che si tratterà adesso, cercando di 'chiudere il cerchio' del ragionamento sviluppato in queste pagine, di un discorso che, partendo dalle origini, dal 'remoto' passato (capp. I e II), vuol concludersi con uno sguardo sul presente e sul futuro del contratto e del diritto del lavoro in Europa.

#### *3.1 Il contratto di lavoro subordinato e la sua crisi: affinità e divergenze fra gli ordinamenti europei*

La crisi di identità, come si diceva, nasce dalla correlazione necessaria fra la fattispecie "contratto di lavoro subordinato" e lo statuto protettivo. Ma tale crisi discende, a sua volta, dalla crisi della nozione di subordinazione nella società post-fordista (di cui si è già detto, dalla prospettiva della dottrina italiana, nel cap. II), dalla sua incapacità 'selettiva' in un mercato del lavoro "*reso eterogeneo dalla diffusione di forme flessibili di occupazione [...] e in un contesto dominato da una pluralizzazione delle figure sociali e professionali di prestatore di forza lavoro*"<sup>176</sup>, dall'emersione (e dall'inesorabile espansione) di una zona grigia a cavallo fra autonomia e subordinazione, che reclama un intervento protettivo.

Da questa incapacità selettiva del contratto di lavoro subordinato discendono, come è emerso nelle pagine precedenti, le questioni cruciali del diritto del lavoro post-fordista, ovvero

---

<sup>176</sup> *Ibidem.*

l'esigenza di *"far coincidere il campo di applicazione del diritto del lavoro con il reale bisogno di protezione"*<sup>177</sup>.

A partire da queste considerazioni si sono diffuse, in Europa, ricostruzioni volte al superamento del contratto di lavoro subordinato come fattispecie cui riconnettere lo statuto protettivo del diritto del lavoro.

Peraltro, è interessante notare come *"il bisogno di superare il modello di lavoro standard [sia] un dato comune a tutti i paesi europei"*<sup>178</sup>, nonostante le diversità, fra i vari ordinamenti, della funzione del contratto di lavoro e della nozione di subordinazione. Da questo dato discendono due riflessioni: per un verso, si può, in un certo senso, ridimensionare la responsabilità del 'nostro' Barassi<sup>179</sup> e riabilitarlo, giacché, anche negli ordinamenti che non l'hanno 'conosciuto', il contratto e il diritto del lavoro vivono la medesima crisi di identità. Per altro verso, sembra opportuno, prima di analizzare il *"dato comune"* (l'esigenza di andare oltre il contratto di lavoro subordinato come punto di arrivo degli ordinamenti lavoristici europei), indagare brevemente i 'punti di partenza', ovvero le diverse concezioni di contratto di lavoro che attraversano l'Europa.

Questa breve indagine introduttiva sembra necessaria, se si considera che, al di là del dato comune (l'esigenza di andare *"beyond the contract"*), è piuttosto arduo parlare unitariamente di contratto di lavoro in una prospettiva comparata. Tale difficoltà deriva dal fatto che il contratto di lavoro, nei diversi ordinamenti

---

<sup>177</sup> SUPLOT A., *op. cit.*, p. 29.

<sup>178</sup> *Ivi*, p. 63.

<sup>179</sup> Che, come si è visto nei precedenti capitoli, è considerato padre del diritto del lavoro, ma anche dei suoi limiti regolativi.

### CAPITOLO III

europei, rispecchia “le specificità storiche, economiche, sociali, istituzionali, costituzionali e pure antropologiche dei diversi modelli di capitalismo e dei diversi sistemi di diritto del lavoro”<sup>180</sup>.

Al riguardo, una prima, approssimativa, distinzione, è quella fra paesi di *civil law* e di *common law*.

Così, con riferimento alla prima “famiglia” di ordinamenti, la distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato che abbiamo analizzato (v. *supra*) nell’ordinamento italiano, è presente anche nell’ordinamento tedesco, che distingue fra lavoratori subordinati (*Arbeitnehmer*) e autonomi (*Freie Mitarbeiter*) e, correlativamente, fra contratto di lavoro subordinato (*Arbeitsvertrag*) e autonomo (*Dienstvertrag* o *Werkvertrag*)<sup>181</sup>. Peraltro, in assenza di una definizione legale di lavoro subordinato<sup>182</sup>, la giurisprudenza e la dottrina hanno individuato il criterio distintivo nella cd. dipendenza personale (*persönliche Abhängigkeit*), attraverso l’utilizzo, anche qui, di una serie di indici sintomatici (la sottoposizione alle direttive del datore di lavoro,

---

<sup>180</sup> CARUSO B., “*Employment Contract is Dead: Hurrah for the Work Contract!*” *A European Perspective*, cit.; FREEDLAND M.- KOUNTOURIS N., *Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe*, in *Industrial Law Journal*, 2008, I, p. 69 e ss.

<sup>181</sup> CAVALIER G.- UPEX R., *The concept of employment contract in European Union private law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, III, p. 597. V. anche *supra*, cap. I. In realtà in Germania possono distinguersi tre categorie di contratto autonomo. Alle due citate nel testo va, infatti, aggiunta la categoria delle “persone assimilabili a lavoratori subordinati” (*Arbeitsnehmerähnliche Personem*) – vicina a quella dei nostri lavoratori parasubordinati, alla quale il legislatore tedesco applica alcune delle tutele del diritto del lavoro: cfr. SUPPIOT A., *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>182</sup> Ciò che distingue l’ordinamento tedesco dal nostro, in cui l’art. 2094 c.c. fornisce una definizione di prestatore di lavoro subordinato (cap. II).



l'inserimento nell'organizzazione di lavoro dell'imprenditore, l'assenza di rischio)<sup>183</sup>.

Anche nell'ordinamento francese, analogamente a ciò che è avvenuto nel nostro ordinamento e in quello tedesco, la giurisprudenza è ricorsa alla tecnica del 'fascio di indici' sintomatici della subordinazione<sup>184</sup>.

Con riferimento ai sistemi di *common law*, poi, l'ordinamento inglese distingue, come è noto, fra contratto di lavoro subordinato (*contract of employment*) e contratto di lavoro autonomo (*contract for services*), riconnettendo al primo, al lavoratore subordinato (*employee*) l'applicazione della legislazione protettiva.

La definizione di *employment*, la distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato è affidata alla giurisprudenza che, abbandonato il criterio 'singolo' del cd. "*control test*", procede all'accertamento della subordinazione attraverso una molteplicità di criteri, una serie di indici rivelatori della natura subordinata del rapporto (è il cd. "*multiple test*", che corrisponde alla nostra tecnica del fascio di indici, e a quella francese del *faisceau d'indices*, e ciò rappresenta un aspetto comune con gli ordinamenti di *civil law*)<sup>185</sup>: il criterio della *integration* (che in linea di massima corrisponde al 'nostro' criterio dell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale), della *business reality* (che tiene conto, in qualche modo, della ripartizione del rischio, della

---

<sup>183</sup> Così ALTONA H., *L'articolazione dei tipi di lavoratore e delle forme di impiego nella Germania Federale*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., pp. 277-278.

<sup>184</sup> SUPIOT A., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, II, p. 230 e ss.

<sup>185</sup> CAVALIER G.- UPEX R., *op. cit.*, p. 590 e ss.

### CAPITOLO III

proprietà dei mezzi di produzione, della distribuzione dei profitti) e della *mutuality of obligation* (che tiene conto della continuità, della durata e della regolarità del rapporto di lavoro)<sup>186</sup>.

Sembra, allora, che la tecnica del “ fascio di indici”, dell’insieme degli indici presuntivi della subordinazione, sia “*divenuta una caratteristica comune del diritto del lavoro dei paesi europei*”<sup>187</sup>.

Come si diceva, però, alla distinzione di massima fra paesi di *civil law* e di *common law* corrisponde una distinzione nella funzione regolativa del contratto di lavoro e nella concezione della subordinazione.

E invero, nei paesi di *common law*, e in Inghilterra in particolare, “*l’individuazione del concetto di lavoro subordinato è diventata oggetto di un approccio più casistico che sistematico*”, che fa sì che l’applicazione della legislazione protettiva sia legata (oltre che alla presenza o meno del *contract of employment*) “*alla diversità dei compiti o delle professioni*”<sup>188</sup>, operando “*in settori e per fini specifici*”<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> DEAKIN S., *Lavoro standard e lavori atipici nell’esperienza inglese: il ruolo del giudice, della contrattazione e della legge*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 221. Cfr. anche ID., *Autonomia, subordinazione e lavoro economicamente dipendente*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2004, III, p. 591.

<sup>187</sup> SUPLOT A., *Il futuro del lavoro*, cit., p. 27.

<sup>188</sup> *Ivi*, p. 219.

<sup>189</sup> PEDRAZZOLI M., *Introduzione*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, cit., p. 209. Sul punto v. anche cap. I. L’approccio casistico dei paesi di *common law* si riscontra, peraltro, anche sul piano sovranazionale, nella definizione della nozione di lavoratore subordinato nell’ordinamento europeo (v. GIUBBONI S., *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in CARUSO B. – SCIARRA S. (a cura di), *Il lavoro dipendente*, in *Trattato di diritto privato comunitario*,

A questa differenza generale fra i sistemi di *civil* e di *common law* (l'approccio casistico-giurisprudenziale vs. l'approccio sistematico e 'codificato' dei paesi continentali<sup>190</sup>), poi, si aggiungono altre peculiarità. E invero, sebbene il contratto di lavoro rappresenti, in entrambi i casi, una "istituzione centrale", esso svolge un ruolo diverso nel sistema delle fonti: come ha evidenziato l'analisi comparata, infatti, se in alcuni ordinamenti, come in Inghilterra, si registra un basso livello di integrazione del contratto individuale con la legge e contrattazione collettiva, in altri ordinamenti, come quello tedesco e quello italiano il meccanismo dell'inderogabilità 'lega' saldamente la fonte autonoma e la fonte eteronoma<sup>191</sup>. In questo senso, le due "famiglie" di ordinamenti regolano i rapporti di lavoro secondo un "*regulated self-designed or 'free-style' contracts approach*" (sistemi di *common law*) e uno "*standardised contract typology approach*" (sistemi di *civil law*)<sup>192</sup>.

### **3.2 Oltre il contratto di lavoro subordinato: la storia 'circolare' del diritto del lavoro e il ritorno allo status**

Come si è accennato, i 'diritti' del lavoro europei presentano divergenze (in particolare nel rapporto fra autonomia

---

diretto da AJANI G. e BENACCHIO, G. A., vol. V, Giappichelli, Torino, 2009, p. 41).

<sup>190</sup> FREEDLAND M.- KOUNTOURIS N., *Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe*, in *Industrial Law Journal*, 2008, I, p. 62.

<sup>191</sup> *Ivi*, p. 61 e ss. (spec. pp. 68-69)

<sup>192</sup> *Ivi*, p. 62.

### CAPITOLO III

ed eteronomia nella regolazione dei rapporti di lavoro) e affinità. Fra le affinità, nel precedente paragrafo se ne è individuata una particolarmente significativa: l'accertamento della subordinazione mediante il ricorso alla tecnica del fascio di indici presuntivi.

Questo dato è particolarmente rilevante perché, in qualche modo, la difficoltà di qualificazione del contratto di lavoro subordinato (e di accertare il carattere subordinato o meno di un rapporto) costituisce, come si è evidenziato nel corso della trattazione, uno degli aspetti in cui si manifesta la crisi del contratto di lavoro e della subordinazione nella società post-fordista.

E invero, l'insofferenza per una regolazione dei rapporti di lavoro fondata sulla dicotomia contratto di lavoro subordinato/contratto di lavoro autonomo, rappresenta un dato comune agli ordinamenti (e alla dottrina giuslavoristica) europei.

Non solo in Italia (come si è detto nel cap. II), ma anche negli altri ordinamenti europei (come Francia, Spagna, Germania e Inghilterra), la distinzione fra contratto di lavoro subordinato e autonomo vive, ormai da tempo, una profonda crisi, derivante dall'esistenza di una "zona grigia", dove non è chiaro il confine fra le due tipologie<sup>193</sup>, che fa emergere le contraddizioni e i limiti regolativi degli ordinamenti lavoristici contemporanei.

---

<sup>193</sup> CAVALIER G.- UPEX R., *op. cit.*, p. 600. Quella "zona grigia" in cui emergono le contraddizioni del diritto del lavoro, quella zona, cioè, in cui i lavoratori formalmente autonomi - ma sostanzialmente subordinati perché economicamente dipendenti- reclamano la protezione del diritto del lavoro, mentre lavoratori forti e sostanzialmente autonomi - i portoghesi del diritto del lavoro, per dirla con Giugni- godono di una protezione di cui potrebbero fare a meno.

Così, negli ordinamenti di *civil law*, come in Spagna, la dottrina ha denunciato la crisi del diritto del lavoro, ravvisandone le cause nella “saturazione del contratto di lavoro, dovuta alla sua incapacità di abbracciare tutte le possibili situazioni del lavoro dipendente”<sup>194</sup>.

Anche in Francia, soprattutto a seguito della pubblicazione del citato rapporto Supiot, si è discusso del superamento del contratto di lavoro subordinato, proponendo di sostituire al diritto del lavoro (subordinato), a un diritto ormai incapace di comprendere e regolare la realtà dei rapporti economici, un “*droit de l'activité*”, e alla coppia contratto di lavoro subordinato/contratto di lavoro autonomo un *contrat d'activité* (così il rapporto della Commissione Boissonnat<sup>195</sup>).

La dottrina inglese, poi, ha rilevato i limiti della “*distinzione binaria tra lavoro subordinato e lavoro autonomo che è alla base della moderna legislazione sulla protezione del lavoratore, sull'assicurazione sociale e l'imposta sul reddito*”<sup>196</sup>, evidenziando al contempo come le incertezze derivanti dall'esistenza di una zona grigia sono inevitabili, giacché “*quale che sia il concetto utilizzato, lavoratore subordinato o parasubordinato, la natura dei moderni rapporti di lavoro è*

---

<sup>194</sup> OJEDA AVILÉS A., *Il diritto del lavoro oltre il contratto di lavoro subordinato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, III, p. 473.

<sup>195</sup> Su cui v. PRIESTLEY T., *À propos du «contrat d'activité» proposé par le rapport Boissonnat*, in *Droit social*, 1995, XII, p. 955, RAMAUX C., *L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité ? Une lecture économique critique du rapport Boissonnat, du rapport Supiot et des travaux sur les marchés transitionnels*, in *Droit social*, 2000, I, p. 66, JEAMMAUD A., *Il diritto dei lavoro alla prova del cambiamento*, in *Lavoro e diritto*, 1997, III, spec. p. 362 e ss.

<sup>196</sup> DEAKIN S., *Autonomia, subordinazione e lavoro economicamente dipendente*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2004, III, p. 598.

### CAPITOLO III

*tale che ci sarà inevitabilmente un gruppo di individui di incerta classificazione che si posiziona in una "zona grigia" tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Il concetto di parasubordinato [...] può limitare la grandezza della zona grigia ma non eliminarla"*<sup>197</sup>.

In altri termini, una zona grigia fra le varie 'tipologie' di rapporto esisterà sempre: anche se si prova ad affinare la tipizzazione introducendo il concetto di lavoro parasubordinato (o un *tertium genus*, come il lavoro coordinato<sup>198</sup>), anche se si prova a introdurre nuove tipizzazioni, più specifiche, la divisione 'infinitesimale' delle tipologie di rapporto non fa venir meno l'esistenza di zone grigie (e, anzi, le moltiplica, poiché fra un tipo, o sotto-tipo, e un altro, esisteranno pur sempre, al confine, delle zone grigie di incerta qualificazione).

Come rimediare, allora, all'inesorabile crisi che affligge il contratto di lavoro negli ordinamenti europei?

Si cercherà, di seguito, di analizzare le principali proposte di riforma messe in campo da quella dottrina lavoristica europea<sup>199</sup> che, in un'ottica di superamento del dualismo fra modelli continentali e modelli anglosassoni<sup>200</sup>, propone una regolazione 'europea' del contratto di lavoro oltre il contratto di lavoro subordinato, per cercare di capire se il contratto di lavoro in Europa ha ancora un futuro, e quale.

---

<sup>197</sup> *Ivi*, p. 602.

<sup>198</sup> *V. infra*.

<sup>199</sup> In particolare, si accennerà agli studi di Freedland e Supiot e, in conclusione, al vivace dibattito 'domestico' sulla regolazione dei rapporti di lavoro oltre il contratto di lavoro (e alle proposte di riforma al centro di quel dibattito).

<sup>200</sup> CARUSO B., "Employment Contract is Dead: Hurrah for the Work Contract!" *A European Perspective*, cit.

### ***3.2.1 Verso una nuova regolazione del lavoro: le proposte di riforma della dottrina giuslavoristica europea***

Con riferimento alla dottrina inglese, non si può non citare il complesso lavoro sul *contract of employment* di Mark Freedland.

L'autore denuncia la "falsa unità" del contratto di lavoro subordinato (*contract of employment*). Con la crisi dell'impresa fordista, il contratto di lavoro subordinato avrebbe perduto la sua efficacia regolativa (la capacità di regolare efficacemente relazioni di lavoro sempre più diversificate ed eterogenee) e la sua 'coerenza teorica'<sup>201</sup>. Il lavoro subordinato non sarebbe più in grado di delimitare efficacemente l'ambito di applicazione personale del diritto del lavoro (i soggetti meritevoli di tutela)<sup>202</sup>.

A questa falsa unità è collegato un "falso" dualismo, la 'fallacia' della distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato (la ricerca di una chiara distinzione fra le due tipologie finisce con il rivelarsi un'impresa utopica, come la ricerca della pietra filosofale<sup>203</sup>). In quest'ottica, lavoro subordinato e lavoro autonomo non possono costituire "*fixed stars in the firmament of labour law*"<sup>204</sup>: il contratto di lavoro è un'istituzione

---

<sup>201</sup> FREEDLAND M., *The personal employment contract*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 15 e ss.

<sup>202</sup> FREEDLAND M.- KOUNTOURIS N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

<sup>203</sup> FREEDLAND M., *The personal employment contract*, cit., p. 22.

<sup>204</sup> FREEDLAND M.- KOUNTOURIS N., *Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe*, cit., p. 54.

legale, ma, in quanto tale, è un'istituzione da storicizzare, sicché la distinzione fra contratto autonomo e contratto subordinato non può essere considerata come un elemento necessario e universale nella regolazione dei rapporti di lavoro. Essa corrisponde, semplicemente, a una fase della storia del diritto del lavoro<sup>205</sup>.

Per superare i limiti regolativi<sup>206</sup>, emersi nell'era post-fordista, del contratto di lavoro subordinato, come categoria definitoria e come 'fattispecie' alla quale riconnettere la applicazione della legislazione protettiva, l'autore introduce una più ampia categoria, capace di andare oltre la distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo: il "*personal employment contract*"<sup>207</sup>, caratterizzato dal carattere 'personale' della prestazione e all'interno del quale Freedland riconduce sia i

---

<sup>205</sup> In futuro la distinzione fra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi apparirà ingiustificata e insostenibile, analogamente a quanto è accaduto, nel corso del XX secolo, alla distinzione fra impiegati e operai (cfr. DEAKIN S., *Does the 'Personal Employment Contract' Provide a Basis for the Reunification of Employment Law?*, in *Industrial law journal*, 2007, I, p. 9). Sul diritto del lavoro come costruito storico v. anche *supra*.

<sup>206</sup> Se si resta ancorati al modello del contratto di lavoro subordinato, si finisce o con l'appiattare sul *contract of employment* tipologie di rapporti di lavoro piuttosto diversificate, o con il relegarle in una zona crepuscolare (*twilight zone* è la poetica espressione di Freedland) - ovvero in quella zona grigia cui si è più volte fatto riferimento - in cui la regolazione è incerta o inadeguata: cfr. FREEDLAND M., *From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus*, in *Industrial Law Journal*, 2006, I, p. 20.

<sup>207</sup> O "*personal work contract*": le due espressioni hanno un significato analogo nell'opera di Freedland (v. FREEDLAND M., *The personal employment contract*, cit., p. 27).



lavoratori subordinati sia i cd. *semi-dependent worker* (ovvero quelli che in Italia definiamo lavoratori parasubordinati)<sup>208</sup>.

A questa ampia categoria, comunque, gli studi più recenti dell'autore hanno associato il concetto di "famiglia di contratti" (*family of personal work contract*) - rispetto ai quali il 'classico' *contract of employment* continua a fungere da modello regolativo<sup>209</sup>- che si collocano in una rete di relazioni di lavoro personale (*personal work nexus*<sup>210</sup>).

La ricostruzione di Freedland, quindi, mira a superare il dualismo contratto di lavoro subordinato/contratto di lavoro autonomo, attraverso una costruzione fondata sul più ampio concetto di relazioni di lavoro personale. All'interno di quest'ampia categoria, peraltro, l'autore distingue sei 'sotto-categorie' di relazioni di lavoro personale (si tratta, comunque, di una categorizzazione di massima, che non ha pretesa di esaustività e che non esaurisce, quindi, tutte le possibili forme e modalità di relazioni di lavoro): le relazioni di lavoro in qualche modo ascrivibili alla 'vecchia' categoria del contratto di lavoro subordinato; le relazioni di lavoro dei dipendenti pubblici; le professioni liberali; i lavoratori autonomi (parasubordinati); i

---

<sup>208</sup> *Ivi*, pp. 28-32.

<sup>209</sup> FREEDLAND M., *From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus*, p. 7.

<sup>210</sup> Il *personal work nexus* è, per Freedland, la relazione 'a-contrattuale' o, *rectius*, trans-contrattuale (nel senso che va oltre il contratto e ne prescinde), che l'autore definisce come " *connection or connections, link or links, between a person providing service personally and the persons, organisations or enterprises who or which are involved in the arrangements for or incidental to the personal work in question*" (*Ivi*, p. 16).

### CAPITOLO III

lavoratori occasionali/temporanei; le relazioni di lavoro con finalità formative (stagisti e apprendisti)<sup>211</sup>.

In conclusione, nella ricostruzione di Freedland (e Kountouris) il contratto di lavoro subordinato cessa di essere la 'stella polare' del diritto del lavoro. Tuttavia, la perdita di centralità del contratto di lavoro subordinato non si accompagna, nella visione degli autori, a un progetto di riforma in senso neoliberale e deregolativo<sup>212</sup> e di riduzione delle tutele, "*anche perché è una finzione credere che, nello scenario attuale di sviluppo delle relazioni industriali, il contratto di lavoro possa continuare a svolgere quel ruolo di tutela offerto nei momenti iniziali di costruzione del Diritto del lavoro*"<sup>213</sup>.

Anche il citato rapporto Supiot rappresenta il tentativo di 'rifondare' il diritto del lavoro su nuove basi, sul lavoro *tout court*<sup>214</sup>, oltre il contratto di lavoro subordinato, oltre il lavoro retribuito e "di mercato".

Si propone, in particolare, il superamento del tradizionale criterio della subordinazione (come porta di accesso al sistema delle tutele), ipotizzando un "*diritto comune del lavoro*" che vada

---

<sup>211</sup> Cfr. FREEDLAND M., *Sur l'application du droit du travail et de l'emploi au-delà du contrat de travail*, in *Revue internationale du Travail*, 2007, I-II, p. 6 e ss.

<sup>212</sup> Sul quale v., per alcuni aspetti, § 2.

<sup>213</sup> Così CRUZ VILLALÓN J. In CRUZ VILLALÓN J. - FERRARI V. - RAZZOLINI O., *A proposito di «The Legal Construction of Personal Work Relations» di Mark Freedland e Nicola Kountouris (Oxford University Press, 2011)*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, II, p. 318.

<sup>214</sup> Supiot non utilizza la nozione di *contrat d'activité*, ritenendo il termine "attività" troppo ampio "*per poter essere giuridicamente pertinente*" (SUPIOT A., *op. ult. cit.*, p. 65).

oltre la “divisione tra lavoratori subordinati ben protetti da un contratto di lavoro e persone che lavorano con altri tipi di contratti che conferiscono loro una protezione inferiore”<sup>215</sup>.

Il rapporto Supiot, come è noto, prende spunto dai quattro cerchi concentrici del diritto sociale<sup>216</sup> per ipotizzare “un paradigma della condizione lavorativa delle persone che non viene definita dall’esercizio di una professione o di un impiego determinato, ma che ingloba le diverse forme di lavoro (di mercato e non di mercato)”, in una rete che “accompagni le persone dalla culla alla tomba e copra [...] i periodi d’inattività [...] i periodi di formazione, di lavoro dipendente retribuito, di lavoro indipendente o di lavoro al di fuori del mercato”<sup>217</sup>.

Descritte brevemente le principali proposte di rifondazione del diritto del lavoro della dottrina ‘europea’, non si può tacere sulle proposte di riforma che, già da molti anni, arricchiscono il dibattito interno sul futuro del contratto di lavoro. Come già anticipato nel capitolo II, infatti, esiste in Italia, un vivace e ricco

---

<sup>215</sup> *Ivi*, p. 37. Alla distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo se ne sostituisce, tuttavia, un’altra, giacché si ritiene che il (più ‘ampio’) diritto comune del lavoro debba pur sempre distinguere fra diritti fondamentali e principi generali (applicabili a tutte le relazioni di lavoro) e diritti speciali applicabili ai diversi tipi di relazione: SUPPIOT A., *Les nouveaux visages de la subordination*, in *Droit social*, 2000, II, p. 144.

<sup>216</sup> I diritti sociali si dispongono, cioè, in quattro cerchi concentrici, il più ampio dei quali è quello dei diritti sociali universali; il secondo è quello dei diritti sociali fondati sul lavoro non retribuito; il terzo quello del “diritto comune dell’attività professionale”; il quarto, e più ristretto, cerchio, è quello dei diritti legati al lavoro dipendente retribuito che, secondo il rapporto, dovrebbe contenere le disposizioni legate alla subordinazione “e fare posto a una gradazione dei diritti in funzione di tale subordinazione” (SUPPIOT A., *Il futuro del lavoro*, cit., p. 66).

<sup>217</sup> *Ibidem*.

### CAPITOLO III

dibattito sul tema della subordinazione e del lavoro senza aggettivi. Anche la dottrina italiana ha cercato di uscire da quella “sindrome di Stoccolma” che l’ha, finora, morbosamente legata al paradigma della subordinazione<sup>218</sup>, proponendo una serie di riforme della regolazione dei rapporti di lavoro.

Così, parte della dottrina immagina uno “Statuto dei lavori” che preveda, accanto a un nucleo minimo di norme e principi inderogabili, un ampio spazio lasciato “*all’autonomia collettiva e individuale, ipotizzando una gamma di diritti inderogabili «relativi» e graduati secondo diversi campi di applicazione, disponibili a livello collettivo o anche individuale se concordati nella apposita sede amministrativa*”<sup>219</sup>

Altra dottrina ha proposto l’introduzione di un *tertium genus* (il lavoro coordinato), a cavallo fra autonomia e subordinazione: la nuova fattispecie, attraverso la quale gli autori intendono delineare una modulazione delle tutele<sup>220</sup>, dovrebbe intercettare “*una serie di rapporti che implicano una elevata interdipendenza (o integrazione funzionale) tra la prestazione lavorativa*

---

<sup>218</sup> Il giuslavorista, ‘limitato’ dallo strumento concettuale della subordinazione, volendo “*tenere in ostaggio, in un luogo tanto ristretto, una realtà invece trasbordante, [...] ha finito per esserne a sua volta ostaggio*”: così PEDRAZZOLI M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, I, p. 66.

<sup>219</sup> BIAGI M. – TIRABOSCHI M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno «Statuto dei lavori»?*, in *Lavoro e diritto*, 1999, IV, p. 586.

<sup>220</sup> V. anche *supra*, cap. II.

*e un'attività imprenditoriale ma che non sono sussumibili senza residui nelle categorie dell'autonomia o della subordinazione in senso stretto*"<sup>221</sup>.

Altra dottrina<sup>222</sup> immagina invece - in un *continuum* che parte da una fattispecie 'minima' di contratto di lavoro *sans phrase* - una modulazione (un arricchimento) delle tutele man mano che il contratto si arricchisce, "per patti", di clausole ed elementi ulteriori<sup>223</sup>. Secondo l'autore della proposta, l'applicazione della disciplina protettiva del diritto del lavoro dovrebbe sganciarsi dalla fattispecie "contratto di lavoro subordinato", per riconnettersi alla stipulazione della cd. "clausola di inserimento dell'organico" (si accoglie una nozione funzionale ed economica di subordinazione): la proposta, che ricollega l'applicazione della disciplina protettiva a una fattispecie più ampia rispetto al contratto di lavoro subordinato, si pone, quindi, in un'ottica di allargamento delle tutele 'classiche' del lavoro subordinato.

Nell'ottica di un superamento del dualismo lavoro subordinato/lavoro autonomo si colloca anche la proposta di D'Antona sul "lavoro come istituto giuridico". Essa propone l'estensione di uno "zoccolo minimo" delle tutele storicamente attribuite al lavoro subordinato a "una più vasta area di rapporti di lavoro costituiti mediante contratti diversi, allorché siano preordinati al coordinamento economico-organizzativo di una prestazione lavorativa personale nel ciclo della produzione, o nell'organizzazione di un servizio,

---

<sup>221</sup> DE LUCA TAMAJO R.- FLAMMIA R. - PERSIANI M., *Nuove forme di lavoro: documenti per un incontro di studio*, in *Lavoro Informazione*, 1996, XV-XVI, p. 75 e ss.

<sup>222</sup> ALLEVA P.G., *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1994, VIII, p. 777.

<sup>223</sup> Per tali ragioni l'ipotesi regolativa di Alleva è stata definita la proposta delle "tutele crescenti per patti" da PEDRAZZOLI M., *op. ult. cit.*, p. 69.

### CAPITOLO III

come fattore normale e costante dell'attività dell'impresa altrui"<sup>224</sup>. Ma, a differenza della proposta precedente, l'applicazione della disciplina del "lavoro subordinato forte", è circoscritta alle situazioni in cui "l'organizzazione del lavoro implica una penetrante eterodirezione spazio- temporale delle prestazioni lavorative"<sup>225</sup>.

Vanno, infine, ricordate le proposte di riforma (cui si è fatto ampio riferimento nel paragrafo precedente) di Ichino, che si pongono nell'ottica di un sostanziale ridimensionamento delle tutele<sup>226</sup> in favore di un ritorno al mercato e all'autonomia individuale. Tali proposte sono, in un certo senso, speculari al progetto di Alleva: e invero, se quest'ultimo delinea un sistema di "tutele crescenti per patti", quelle si sostanziano in un sistema di "tutele decrescenti per patti" (in un sistema, cioè, in cui a una maggiore autonomia - o pretesa tale- del lavoratore dovrebbero corrispondere 'porzioni' di derogabilità via via maggiori delle rigide tutele predisposte dal diritto del lavoro)<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> Cfr. D'ANTONA M., *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro*, 1996, , ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D'Antona. *Opere*, vol. 3, tomo III, cit., p. 1285; ID., *La metamorfosi della subordinazione*, *ivi*, p. 1273 (e i saggi diffusamente citati *supra*).

<sup>225</sup> D'ANTONA M., *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro*, cit., p. 1286.

<sup>226</sup> Così PEDRAZZOLI M., *op.ult.cit.*, p. 72.

<sup>227</sup> Si sostanziano, in definitiva, in "una parificazione verso il basso delle discipline del lavoro autonomo e di quello subordinato che - in nome di una «concorrenza» tra i due sistemi finalizzata al turn-over tra insider e outsider- sfiora la loro perfetta omologazione" (così PERULLI A., *Locatio operis e lavoro «sans phrase» nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, I, p. 77). V. anche *supra*, § 2 e, sul cd. Codice del lavoro semplificato, [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).

A differenza di tali ricostruzioni, che si pongono in una prospettiva *de iure condendo*, Pedrazzoli sostiene che il lavoro *sans phrase* esiste già, *de iure condito*. Secondo l'autore, infatti, "nel nostro ordinamento il lavoro *sans phrase* è già delineato combinando il nucleo essenziale dell'art. 2222 C.C. con l'art. 409, n. 3, C.P.C."<sup>228</sup>.

### ***3.2.2 Contratto di lavoro subordinato e diritto del lavoro nella beffarda circolarità dell'eterno ritorno dell'uguale***

Ripercorsi, sia pur rapidamente, i principali progetti di riforma europei e nazionali, quali conclusioni è possibile trarre dalla crisi del contratto di lavoro subordinato come 'referente principale' del diritto del lavoro?

L'impressione di fondo è che il diritto del lavoro viva una storia circolare, che la regolazione del lavoro post-industriale si stia avvicinando alla regolazione del lavoro pre-industriale.

Il futuro del diritto del lavoro è, allora, il ritorno al suo passato?

---

<sup>228</sup> PEDRAZZOLI M., *op.ult.cit.*, p. 102. *Contra* PERULLI A., *op. ult.cit.*, secondo il quale l'art. 2222 avrebbe un ruolo e una funzione residuali (rispetto ai contratti d'opera 'speciali' disciplinati dal codice) e non può fungere, quindi, da 'strumento' per la riagggregazione del lavoro oltre la subordinazione: secondo Perulli, infatti, a una fattispecie di subordinazione sin troppo 'congestionata' (l'art. 2094 c.c.) si affianca un lavoro autonomo 'decongestionato', regolato da una disciplina "plurale e differenziata" (p. 82).

### CAPITOLO III

Questa tendenza circolare, se, com'è auspicabile, non significherà una rinuncia alle tutele "alla sudcoreana"<sup>229</sup> o un ritorno all'Ottocento, sembra, ciò nondimeno, comportare un ritorno alle origini in un duplice senso.

Anzitutto perché sembra che il contratto di lavoro muova verso quell'unitarietà che, come si è visto, è presente nell'opera di Barassi. Una considerazione unitaria (sia pure 'spezzata' dallo stesso Barassi, mediante l'introduzione del criterio della 'discordia', la subordinazione) necessaria per superare le difficoltà sul piano tecnico-interpretativo (e le ingiustizie sul piano sociale) derivanti da una distinzione (quella fra lavoro subordinato e lavoro autonomo) che ha ormai poco da dire, nella società post-industriale.

Ma, e veniamo alla seconda considerazione, il diritto del lavoro sembra compiere un ulteriore "passo indietro" nella storia, rispetto alla costruzione barassiana. Sembra, cioè, allontanarsi persino dalla regolazione per contratto, per tornare a una pre-rivoluzionaria regolazione attraverso lo *status*.

Questa prospettiva, del resto, non deve meravigliare: non solo perché, alla fine della trattazione, ci si riscopre più 'smalziati' verso la *vulgata* del contratto come garanzia di libertà delle parti<sup>230</sup>; ma anche perché - si spera - questo "contro-movimento" del diritto del lavoro verso lo *status* non dovrebbe riportare il diritto del lavoro allo *status* della società feudale. Quello post-industriale dovrebbe, infatti, essere uno *status* "che non coincide più con quello

---

<sup>229</sup> Così GHEZZI G., in GHEZZI G. - PUGLIESE E. - SALVATI M., *Tre commenti a Il lavoro e il mercato di Pietro Ichino*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, I, p. 174.

<sup>230</sup> V. *supra*.



*occupazionale o professionale e nemmeno ne dipende: è lo status di cittadinanza protetto da una democrazia costituzionale”<sup>231</sup>.*

---

<sup>231</sup> ROMAGNOLI U., *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, Giornate di Studio AIDLASS - "La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro", Bologna 16-17 maggio 2013.

## CONCLUSIONI

### CONCLUSIONI

Giunti alla fine di questo percorso tortuoso, quali conclusioni è possibile trarre? Quali scenari si possono abbozzare per il contratto di lavoro nell'Europa del XXI secolo?

La trattazione, come si è visto, è stata suddivisa in tre capitoli, ma, a ben vedere, costituisce un discorso continuo e unitario, certamente non esaustivo, sull'evoluzione del contratto di lavoro in Italia e negli ordinamenti europei.

Nelle pagine che precedono si è, infatti, ripercorso il cammino del contratto di lavoro, per così dire, "dalla culla alla tomba".

Si è, così, osservato il passaggio dallo *status* al contratto e dalla locazione al contratto di lavoro. Si è, quindi, entrati nel "cuore" del contratto, analizzando il concetto di subordinazione e la sua crisi. Si è analizzata la funzione del contratto come fonte di regolazione del rapporto e l'autonomia individuale, criticando le teorie che vorrebbero riportare la regolazione eteronoma del diritto del lavoro al libero contratto e al mercato (si tratta di un'ipotesi che non sembra poter trovare accoglimento non solo per ragioni interne alla storia, e alla *ratio*, della disciplina lavoristica, ma anche se si osservano, più in generale, i rapporti fra diritto del lavoro e la disciplina "madre").

E invero, più che di un ritorno al contratto, all'esito di questo lavoro sembra emergere, piuttosto, la necessità di un superamento del contratto di lavoro. Ciò per due ragioni fondamentali.

Per un verso, infatti, il ritorno all'autonomia individuale rischia davvero, e nonostante le "buone intenzioni" di chi si cura della libertà formale e sostanziale del prestatore di lavoro, di tradursi in un inarrestabile processo di de-regolazione e di arretramento delle tutele. Il diritto del lavoro è, sì, un costrutto storico, ma rappresenta un costrutto storico che nasce in relazione a un dato universale ed eterno: la necessità di lavorare per vivere. Se questo è vero, il diritto del lavoro come lo conosciamo, come è stato configurato in un determinato momento storico, dovrebbe continuare a conservare il proprio carattere inderogabile, dovrebbe continuare a conservare una funzione di tecnica di limitazione dell'autonomia privata.

Ma (e veniamo alla seconda considerazione), come fare in modo che questo diritto del lavoro che mostra segni di invecchiamento, possa assolvere efficacemente a questa funzione di tutela efficiente del prestatore? Ciò è possibile, come si è visto, attraverso una ri-regolazione che vada oltre il contratto e oltre la subordinazione. In questo senso, il *personal work nexus* è, allora, la "tomba" del contratto di lavoro (come si è visto ciò non significa che le relazioni di lavoro debbano necessariamente prescindere dal contratto): il contratto di lavoro subordinato non può più rappresentare un efficace strumento di regolazione della complessità delle relazioni di lavoro post-fordiste.

Il contratto di lavoro e il diritto del lavoro sembrano, allora, tornare alle loro più remote origini: a Barassi e all'ossessione dell'unitarietà (giacché, come si è visto, la distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo ha ormai poco da dire nella società post-industriale), e forse ancora più indietro nel tempo, oltre Barassi e oltre il contratto (verso una "pre-rivoluzionaria" regolazione attraverso lo *status*).

## CONCLUSIONI

Quale che sia il futuro del diritto del lavoro (una sua de-regolazione attraverso il contratto, o una sua ri-regolazione attraverso un contratto 'unitario' o il suo superamento attraverso il *personal work nexus*), esso sembra, in entrambi i casi, compiere una torsione, un contro-movimento. La storia del diritto del lavoro e del contratto che si è tentata in queste pagine è, allora, una storia ciclica, dinanzi alla quale non resta che chiedersi: « *Che accadrebbe se un giorno o una notte, un demone strisciasse furtivo nella più solitaria delle tue solitudini e ti dicesse: "Questa vita, come tu ora la vivi e l'hai vissuta, dovrai viverla ancora una volta e ancora innumerevoli volte, e non ci sarà in essa mai niente di nuovo, ma ogni dolore e ogni piacere e ogni pensiero e sospiro, e ogni indicibilmente piccola e grande cosa della tua vita dovrà fare ritorno a te, e tutte nella stessa sequenza e successione [...]. L'eterna clessidra dell'esistenza viene sempre di nuovo capovolta e tu con essa, granello della polvere!"*. Non ti rovesceresti a terra, digrignando i denti e maledicendo il demone che così ha parlato? Oppure hai forse vissuto una volta un attimo immenso, in cui questa sarebbe stata la tua risposta: "Tu sei un dio e mai intesi cosa più divina"?» (F. W. Nietzsche, *La gaia scienza*, aforisma 341).

**BIBLIOGRAFIA**

AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. Atti del X congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine 10- 11- 12 maggio 1991*, Giuffrè, Milano, 1994.

AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, I, p. 99.

AA. VV., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier European Law Publishers, Monaco, 2009.

ALAIMO A., *L'impatto della globalizzazione sul diritto del lavoro in Italia. La mediazione dell'Unione europea*, in *Diritti lavori mercati*, 2007, II, p. 239.

ALAIMO A., *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, II, p. 253.

ALARCÓN CARACUEL M., *Dipendenza e alienità nella discussione spagnola sul contratto di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 295.

## BIBLIOGRAFIA

ALLEVA P.G., *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1994, VIII, p. 777.

ALPA G., *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, IV, p. 571.

ALTONA H., *L'articolazione dei tipi di lavoratore e delle forme di impiego nella Germania Federale*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 275.

AMIRANTE L., *Ricerche in tema di locazione*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, LXII, 1959.

ARDAU G., *Corso di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1960.

BALLESTRERO M. V., *Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 99/2010.

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

BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1901.

BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*,

Società editrice libraria, Milano, 1915.

BARCELLONA M., *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2005, III, p. 631.

BAYLOS GRAU A. P., *El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario*, in *Revista de derecho social*, 2012, p. 9

BIAGI M., *Il futuro del contratto individuale di lavoro in Italia*, in *Lavoro e diritto*, 1996, II, p. 325.

BIAGI M. – TIRABOSCHI M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno «Statuto dei lavori»?* , in *Lavoro e diritto*, 1999, IV, p. 586

BRONZINI G., *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2011.

CARABELLI U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2004, I, p. 1.

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P. TREU T., *Diritto del lavoro, 2, Il rapporto di lavoro subordinato*, 1992, Utet, Torino.

## BIBLIOGRAFIA

CARINCI F., *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 54/2007.

CARINCI F., *Ricominciando da due: contratto e organizzazione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, VI, p. 1134.

CARNELUTTI F., *Infortuni sul lavoro. Studi*, I, Athenaeum, Roma, 1913.

CARUSO B., "Employment Contract is Dead: Hurrah for the Work Contract!" A European Perspective, in STONE K. V. W.-ARTHURS H. (a cura di), *Rethinking workplace regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, Russell Sage Foundation, New York, 2013, p. 95.

CASTELVETRI L., *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, I, p. 246.

CASTELVETRI L., *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994.

CASTELVETRI L., *Barassi e l'ideologia liberale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 275.

CASTELVETRI L., *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, in PERSIANI M. (a cura di) *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di*



*diritto del lavoro*, diretto da PERSIANI M. e CARINCI F., Cedam, Padova, 2011, p. 3.

CAVALIER G.- UPEX R., *The concept of employment contract in European Union private law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, III, p. 587.

CAZZETTA G., *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, XVII, p. 155.

CAZZETTA G., *Il diritto del lavoro e l'insostenibile leggerezza delle origini*, in *Quaderni fiorentini*, 1996, XXV, p. 543.

CAZZETTA G., *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, in *Lavoro e diritto*, 2007, I, p. 143.

CESSARI A., *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano, 1969.

CIMBALI E., *La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, 1895, UTET, Torino.

COLLINS H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, IV, p. 659.

## BIBLIOGRAFIA

COLLINS H., *The Future of European Private Law: An Introduction*, in *European Law Journal*, 2004, VI, p. 649.

COLLINS H., *European Social Policy and Contract law*, in *European review of contract law*, 2007, I, p. 78.

COLLINS H., *Legal Responses to the Standard Form Contract of Employment*, in *Industrial law journal*, 2007, I, p. 1.

COLLINS H., *The European Economic Constitution and the Constitutional Dimension of Private Law*, in *European review of contract law*, 2009, II, p. 71.

CORRADINI D., *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in RODOTÀ S (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, 1971, II Mulino, Bologna, p. 49.

COUNTOURIS N., *The Changing Law of the Employment Relationship*, Ashgate, 2007.

CRUZ VILLALÓN J., *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia*, in *Revista de derecho social*, 2011, p. 11.

CRUZ VILLALÓN J. - FERRARI V. - RAZZOLINI O., *A proposito di «The Legal Construction of Personal Work Relations» di Mark*

*Freedland e Nicola Kountouris (Oxford University Press, 2011), in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2013, II, p. 315.*

D'ANTONA M., *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *Rivista Critica di Diritto del Lavoro*, 1988, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D'Antona. Opere, vol. 3, tomo III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1203.

D'ANTONA M., *Il lavoro e i lavori*, in *Lavoro e diritto*, 1988, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D'Antona. Opere, vol. 3, tomo III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1197.

D'ANTONA M., *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 43.

D'ANTONA M., *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1990, I-IV, p. 207.

D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1991, III, p. 455.

## BIBLIOGRAFIA

D'ANTONA M., *Alla ricerca dell'autonomia individuale (passando per l'uguaglianza)*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1992, p. 87.

D'ANTONA M., *La metamorfosi della subordinazione*, in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D'Antona. *Opere*, vol. 3, tomo III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1273.

D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1995, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D'Antona. *Opere*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2000, p.189.

D'ANTONA M., *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro*, in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D'Antona. *Opere*, vol. 3, tomo III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1285.

D'ANTONA M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1998, I, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D'Antona. *Opere*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2000, p. 221.

D'ANTONA M., *La grande sfida delle trasformazioni del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*, in AMATO F. (a cura di), *I "destini" del lavoro. Autonomie e*

*subordinazione nella società post-fordista*, Franco Angeli, Milano, 1998, ora in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di) Massimo D'Antona. Opere, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2000, p. 249.

D'HARMANT F. A.- PESSI R., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1975.

DE LUCA TAMAJO R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1986, p. 433.

DE LUCA TAMAJO R., *La diversificazione della prestazione ai confini e nel cuore del lavoro subordinato*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 113.

DE LUCA TAMAJO R.- FLAMMIA R. - PERSIANI M., *Nuove forme di lavoro: documenti per un incontro di studio*, in *Lavoro Informazione*, 1996, XV-XVI, p. 75.

DE LUCA TAMAJO R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del «lavoro coordinato»*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, IV-V, p. 41.

DE LUCA TAMAJO R., *Massimo D'Antona, esperto "strutturista": l'erosione dei pilastri storici del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2009, I, p. 185.

## BIBLIOGRAFIA

DE LUCA TAMAJO R., *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, Giornate di Studio AIDLASS - "La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro", Bologna 16-17 maggio 2013.

DEAKIN S., *Lavoro standard e lavori atipici nell'esperienza inglese: il ruolo del giudice, della contrattazione e della legge*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 213.

DEAKIN S. - WILKINSON F., "Capabilities", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2000, II, p. 317.

DEAKIN S., *Autonomia, subordinazione e lavoro economicamente dipendente*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2004, III, p. 591.

DEAKIN S., *Does the 'Personal Employment Contract' Provide a Basis for the Reunification of Employment Law?*, in *Industrial law journal*, 2007, I, p. 1.

DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2001, I, p. 3.

DEL PUNTA R., *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 401.

DEL PUNTA R., *Statuto dei lavori e processo di riforma del diritto del lavoro*, in *Democrazia e diritto*, 2004, III, p. 11.

DEL PUNTA R., *Leggendo «The Idea of Justice», di Amartya Sen*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, II, p. 197.

DESCHAMPS A., *Sur l'expression « locare operas » et le travail comme objet de contrat à Rome*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907.

EPSTEIN R. A., *A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Labor Legislation*, in *The Yale law journal*, 1983, VIII, p. 1357.

FREEDLAND M., *La tutela del lavoratore nel contratto di lavoro e sul mercato*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2000, III, p. 555.

FREEDLAND M., *The personal employment contract*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

FREEDLAND M., *From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus*, in *Industrial Law Journal*, 2006, I, p. 1.

FREEDLAND M., *Rethinking the Personal Work Contract*, in *Current legal problems*, 2005, p. 517.

## BIBLIOGRAFIA

FREEDLAND M., *Le contrat de travail, institution centrale du droit du travail*, in *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, p. 53.

FREEDLAND M., *Constructing Fairness in Employment Contracts*, in *Industrial Law Journal*, 2007, I, p. 136.

FREEDLAND M., *Developing the european comparative law of personal work contracts*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2007, p. 487.

FREEDLAND M., *Sur l'application du droit du travail et de l'emploi au-delà du contrat de travail*, in *Revue internationale du Travail*, 2007, I-II, p. 3.

FREEDLAND M.- KOUNTOURIS N., *Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work Relations in Europe*, in *Industrial Law Journal*, 2008, I, p. 49.

FREEDLAND M.- KOUNTOURIS N., *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

GAETA L. - TESAURO P., *La subordinazione*, in GAETA L. - STOLFA F. - TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, Tomo I, in *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*,



diretta da G. Giugni, UTET, Torino, 1993.

GAETA L., *Ludovico Barassi*, in *Lavoro e diritto*, 1997, III, p. 521.

GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, II, p. 919.

GAROFALO M. G., *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1999, I, p. 9.

GAROFALO M. G., *Lodovico Barassi e il socialismo della cattedra*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2001, III, p. 389.

GHERA E., *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, I, Cacucci, Bari, 1999, p. 477.

GHEZZI G. - ROMAGNOLI U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1984.

GHEZZI G. - PUGLIESE E. - SALVATI M., *Tre commenti a Il lavoro e il mercato di Pietro Ichino*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, I, p. 163.

## BIBLIOGRAFIA

GIUBBONI S., *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in CARUSO B. - SCIARRA S. (a cura di), *Il lavoro dipendente*, in *Trattato di diritto privato comunitario*, diretto da AJANI G. e BENACCHIO, G. A., Giappichelli, V, Torino, 2009, p. 35.

GIUGNI G., *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1979, I, p. 11.

GIUGNI G., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1982, p. 373.

GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1986, p. 317.

GIUGNI G., *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2000, II, p. 177.

GRANDI M., *Rapporto di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, p. 313.

GRANDI M., *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 77.

GRANDI M., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-*

*critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro, in Argomenti di diritto del lavoro, 1999, II, p. 309.*

GRECO P., *Il contratto di lavoro, in Trattato di diritto civile italiano, diretto da VASSALLI F., II, 3, Utet, Torino, 1939.*

GROSSI P., *Pagina introduttiva, in Quaderni fiorentini, 1974-75, III- IV, p. 1.*

GUASTINI R. *L'interpretazione dei documenti normativi, Giuffrè, Milano, 2004.*

HEPPLE B., *The future of labour law, in Comparative labor journal, 1996, p. 626.*

HEPPLE B., *Diritto del lavoro e crisi economica: lezioni dalla storia europea, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2009, III, p. 391.*

HERNANDEZ S., *Posizioni non contrattuali del rapporto di lavoro, Cedam, Padova, 1968.*

HESPANHA A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo, Il Mulino, Bologna, 2003.*

## BIBLIOGRAFIA

ICHINO P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989.

ICHINO P., *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1990, p. 77.

ICHINO P., *Chi ha paura dell'autonomia individuale?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza Sociale*, 1992, p. 81.

ICHINO P. - ICHINO A., *A chi serve il diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1994, I, p. 459.

ICHINO P., *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, III, p. 425.

ICHINO P., *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti del 1966*, in ICHINO P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008.

ICHINO P., *Intervista a Luigi Mengoni*, in ICHINO P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008, p.

409.

ICHINO P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, Relazione al convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani su Il diritto civile e "gli altri" Università "la Sapienza" di Roma - 2 dicembre 2011.

JEAMMAUD A. - LE FRIANT M., *Contratto di lavoro, figure intermedie e lavoro autonomo nell'ordinamento francese*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 255.

JEAMMAUD A., *Il diritto dei lavoro alla prova del cambiamento*, in *Lavoro e diritto*, 1997, III, p. 339.

JOERGES C., *Un codice civile europeo è davvero l'unica soluzione?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2003, I, p. 3.

KAHN - FREUND O., *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano, 1974.

LATOUCHE S., *L'invenzione dell'economia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2010.

LIEBMAN S., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993.

## BIBLIOGRAFIA

LISO F., *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.

LISO F., *Leggendo il rapporto «au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit en Europe» a cura di Alain Supiot*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001, II, p. 559.

LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e diritto*, 2008, I, p. 63.

LO FARO A., *Perché i giuslavoristi trascurano il dibattito sul diritto contrattuale europeo? Cinque risposte a Luca Nogler*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2008, II, p. 225.

LUNARDON F., *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1990, I, p. 403.

LYON-CAEN A., *Actualité du contrat de travail, bref propos*, in *Droit social*, 1988, VII- VIII, p. 540.

LYON- CAEN G., *La crise du droit du travail*, in AA.VV., *In memoriam Sir Otto Kahn Freund*, C.H. Beck, Monaco, 1980, p. 517.

MAGNANI M., *Contratti di lavoro e organizzazione*, in

*Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, I, p. 121.

MAIFREDA G., *La disciplina del lavoro. Operai, macchine e fabbriche nella storia italiana*, Mondadori, Milano, 2007.

MAINE H.J.S., *Dallo «status» al contratto*, in RODOTÀ S (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, 1971, Il Mulino, Bologna, p. 211.

MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.

MARAZZA M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002.

MARESCA A., *Rileggendo "L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro"*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2009, I, p. 97.

MARIUCCI L., *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 67.

MARIUCCI L., *L. Barassi e l'autonomia collettiva*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. Il «contratto di lavoro» di*

## BIBLIOGRAFIA

*Lodovico Barassi cent'anni dopo*, 2003, Vita e pensiero, Milano, p. 269.

MARIUCCI L., *Le fonti del diritto del diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, III, p. 323.

MARIUCCI L., *Autonomia individuale e collettiva: l'attualità di un vecchio dilemma*, in *Lavoro e diritto*, 2008, II, p. 212.

MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010, III, p. 601.

MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2011, II, p. 365.

MAZZIOTTI F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1974.

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1991, I, p. 35.

MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1991, III, p. 489.

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un*



*dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994.

MAZZOTTA O., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2001, I, p. 219.

MAZZOTTA O., *Barassi, Goethe e la tipologia dei rapporti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 33.

MELI M., *La «House of Lords» e il diritto contrattuale europeo: «the way forward»?* , in *Rivista critica del diritto privato*, 2006, II, p. 349.

MELI M., *Social Justice, Constitutional Principles and Protection of the Weaker Contractual Party*, in *European review of contract law*, 2006, II, , p. 159.

MELI M., *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e Quadro comune di riferimento*, in *Diritto europeo*, 2008, I, p. 59.

MELI M., *Gli sviluppi del diritto privato europeo e il «Quadro comune di riferimento»*, in *I quaderni europei. Scienze giuridiche*, 2008, VI, p. 1, <http://www.cde.unict.it>.

MENGGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in G. BOLDT - G. CAMERLYNCK - P. HORION - A. KAYSER - M.G. LEVENBACH - L. MENGGONI (a cura di) *Il contratto di lavoro nel diritto*

## BIBLIOGRAFIA

*dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Ufficio pubblicazioni CEE, Lussemburgo, 1965.

MENGONI L., *Contratto e rapporto nella recente dottrina italiana*, in *Rivista delle società*, 1965, p. 675.

MENGONI L., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971.

MENGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, ora in ID., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985.

MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, I, p. 5.

MENGONI L., *Diritto civile*, in MENGONI L., PROTO PISANI A., ORSI BATTAGLINI A., *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1990, I, p. 5.

MENGONI L., *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2000, II, p. 181.

MENGONI L., *L'evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del Contratto di lavoro*, in *Rivista italiana*

*di diritto del lavoro*, 2001, I, p. 209.

MODICA I., *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, in *Il Circolo giuridico*, XXVII, 1896.

MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lavoro e diritto*, 1993, I, p. 21.

MONTUSCHI L., *Sulla «discussa» centralità della fattispecie «contratto di lavoro subordinato»*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1025.

NAPOLI M., *Ritornare a Barassi?*, in BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Vita e pensiero, Milano, 2003, p. VII.

NAPOLI M., *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1057.

NOGLER L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro.*, 1990, I, p. 209.

## BIBLIOGRAFIA

NOGLER L., *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 2000, p. 532.

NOGLER L., *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 109.

NOGLER L., *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2008, II, p. 171.

OJEDA AVILÉS A., *Il diritto del lavoro oltre il contratto di lavoro subordinato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, III, p. 463.

PADOA SCHIOPPA A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

PASSANITI P., *Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano, 2006.

PEDRAZZOLI M., *Verso una nuova teoria generale della subordinazione?*, in *Politica del diritto*, 1983, I, p. 13.

PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*.

*Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985.

PEDRAZZOLI M., *Diritto del lavoro è bello*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1997, IV, p. 659.

PEDRAZZOLI M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, p. 9.

PEDRAZZOLI M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, I, p. 49.

PEDRAZZOLI M., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, III, p. 509.

PEDRAZZOLI M., *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status, riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, II, p. 263.

PEDRAZZOLI M., *Per un diritto del lavoro plurale (omaggio a Robert Reich)*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, IV, p. 725.

## BIBLIOGRAFIA

PERA G., *Rileggendo il Contratto di lavoro (1915- 17) di Ludovico Barassi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, I, p. 3.

PERA G., *Il «contratto di lavoro» di L. Barassi e la giurisprudenza dei probiviri*, in NAPOLI M. (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. Il «contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e pensiero, Milano, 2003, p. 105.

PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

PERSIANI M., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, I, p. 1.

PERSIANI M., *Diritto privato e diritto del lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, IV-V, p. 947.

PERSIANI M., *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2010, I, p. 455.

PERULLI A., *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lavoro e diritto*, 1997, II, p. 173.

PERULLI A., *Locatio operis e lavoro «sans phrase» nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *Rivista italiana di*

*diritto del lavoro*, 1998, I, p. 73.

PERULLI A., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, I, p. 427.

PERULLI A.- SPEZIALE V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 132/2011.

PRIESTLEY T., *À propos du «contrat d'activité» proposé par le rapport Boissonnat*, in *Droit social*, 1995, XII, p. 955.

PROIA G., *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, I, p. 87.

RABAGLIETTI M.F., *Contratti con comunione di scopo. Il contratto di lavoro come contratto plurilaterale?*, Edizione del diritto del lavoro, Roma, 1961.

RAMAUX C., *L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité ? Une lecture économique critique du rapport Boissonnat, du rapport Supiot et des travaux sur les marchés transitionnels*, in *Droit social*, 2000, I, p. 66.

RAMM T., *Modello di un contratto individuale di lavoro europeo*, in BALNPAIN R. - TREU T. (a cura di), *Diritto del lavoro e relazioni industriali comparate*, Edizioni lavoro, Roma, 1983.

## BIBLIOGRAFIA

RENNER K., *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1981.

RESCIGNO P., *Note sulla atipicità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 43.

RODOTÀ S., *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, I, p. 21.

RODRIGUEZ-PIFIERO M.- BRAVO-FERRER M., *La huida del Derecho del Trabajo*, in *Relaciones laborales*, 1992, I, p. 85

ROMAGNOLI U., *L'amarcord del diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1982, III, p. 405.

ROMAGNOLI U., *Un giurista liberal-democratico e il diritto dei probiviri*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1985, I, p. 49.

ROMAGNOLI U., *Un diritto a misura d'uomo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1989, I-IV, p. 285.

ROMAGNOLI U., *Introduzione*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 15.

ROMAGNOLI U., *1893-1993: i probiviri industriali avrebbero*



cent'anni, in *Lavoro e diritto*, 1993, III, p. 399.

ROMAGNOLI U., *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, III, p. 533.

ROMAGNOLI U., *La costituzione delegittimata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, III, p. 829.

ROMAGNOLI U., *L'uomo flessibile e la metamorfosi del lavoro*, in *Il Mulino*, 2004, p. 426.

ROMAGNOLI U., *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, I, p. 53.

ROMAGNOLI U., *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2008, II, p. 207.

ROMAGNOLI U., *Giuristi del lavoro*, Donzelli editore, Roma, 2009.

ROMAGNOLI U., *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, Giornate di Studio AIDLASS - "La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro", Bologna 16-17 maggio 2013.

## BIBLIOGRAFIA

ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica del diritto*, 2007, 3, p. 451.

RUSCIANO M., *Il diritto del lavoro tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1205.

SANTORO PASSARELLI F., *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, in *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, Napoli, 1961, p. 1077.

SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, 1970, Jovene, Napoli.

SCOGNAMIGLIO R., *Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di Ludovico Barassi*, Giuffrè, Milano, 1966.

SCOGNAMIGLIO R., *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1235.

SCOGNAMIGLIO R., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, II, p. 273.

SCOGNAMIGLIO R., *Il contratto di lavoro e il contratto di*

*locazione nel pensiero di Lodovico Barassi, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2002, I, p. 25.*

SCOGNAMIGLIO R., *Rapporto di lavoro e contratto, in Argomenti di diritto del lavoro, 2005, III, p. 675.*

SCOGNAMIGLIO R., *Intorno alla storicità del diritto del lavoro, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2006, I, p. 375.*

SCOGNAMIGLIO R., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2007, I, p. 379.*

SINZHEIMER H., *La democratizzazione del rapporto di lavoro, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1979, II, p. 217.*

SIMITIS S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1986, p. 215.*

SIMITIS S., *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1990, I, p. 87.*

SIMITIS S., *Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1997, IV, p. 609.*

SOMMA A., *Autonomia privata, in Rivista di diritto civile, 2000, IV, p. 597.*

## BIBLIOGRAFIA

SOMMA A., *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, I, p. 75.

SOMMA A., *Alle Radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, I, p. 39.

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli, 1967.

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 93.

STREEK W., *Status e contratto nella teoria delle relazioni industriali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1988, IV, p. 613.

SUPIOT A., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2000, II, p. 217.

SUPIOT A., *Les nouveaux visages de la subordination*, in *Droit social*, 2000, II, p. 131.

SUPIOT A., *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003.

SUPIOT A., *Un faux dilemme: la loi ou le contrat?*, in *Droit social*, 2003, I, p. 59.

SUPIOT A., *Per una critica del darwinismo normativo*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2006, II, p. 183.

SUPIOT A., *Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008*, in *Revue internationale du Travail*, 2010, II, p. 165.

SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam Padova, 1963.

TREU T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968.

TREU T., *Diritto del lavoro (voce per il Digesto 2000)*, in *Giornale di diritto dei lavoro e di relazioni industriali*, 1987, IV, p. 685.

VARDARO G., *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1986, I, p. 101.

VARDARO G., *Subordinazione ed evolucionismo*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 101.

## BIBLIOGRAFIA

VENEZIANI B., *L'evoluzione del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industriale al 1945*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1996, I, p. 23.

VENEZIANI B., *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione nell'opera di Lodovico Barassi*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2002, IV, p. 639.

VETTORI G., *Diritto contrattuale europeo, rimedi di "terza generazione" e diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, II, p. 207.

VISCOMI A., *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, IV, p. 595.

VISCOMI A., *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in *Diritti lavori mercati*, 2012, III, p. 441.

ZACHERT U., *Autonomia individuale e collettiva nel diritto del lavoro. Alcune riflessioni sulle sue radici e sulla sua reale importanza*, in *Lavoro e diritto*, 2008, II, p. 327.

ZOLI C., *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di*

*relazioni industriali*, 2004, III, p. 359.

ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.

ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, I, p. 175.