

# IL DIRITTO DEL LAVORO: UN DIRITTO A MISURA D'UOMO

ROSSELLA SCIOTTI\*

## SOMMARIO

1. L'esigenza di riprendere gli studi sulla "subordinazione": ragioni ed obiettivi. - 2. L'articolo 2094 c.c. e la sua perdurante validità ai fini dell'indagine. - 3. Il lavoro umano: un "ambiguo" oggetto nel campo del diritto. - 4. Il lavoro come fare: superamento dell'alternativa tra res e persona. - 5. Il diritto del lavoro: un diritto "antropocentrico". - 6. Uno speciale modo di essere lavoratore e non di lavorare per l'applicazione del diritto che "dal lavoro prende nome e ragione".

### 1. L'esigenza di riprendere gli studi sulla "subordinazione": ragioni ed obiettivi

Il diritto del lavoro, da tempo, sembra aver perduto i contatti con le profonde trasformazioni che hanno investito la nostra società<sup>1</sup>.

Una serie di fenomeni, come l'innovazione tecnologica e l'esternalizzazione dei processi produttivi, hanno inciso, in modo significativo, sulle modalità di rendere il lavoro dell'uomo funzionale alle esigenze dell'organizzazione produttiva, sulla geografia dell'impresa, sui suoi cicli di vita, dando vita ad una nuova dimensione sociale ed economica che si suole definire con l'espressione di "mercato globale"<sup>2</sup>.

\* Professore aggregato - Università "G. D'Annunzio" di Chieti - Pescara.

1 Sui profondi mutamenti che hanno investito il mercato del lavoro, nelle sue varie implicazioni, e sui possibili scenari futuri la bibliografia è copiosissima. Tra i numerosi contributi si segnalano: J. RJFKIN, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post-mercato*, Milano, 1995 e succ. ed.; P. ICHINO *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996; A. ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, Bologna, 1997; A. PERULLI, *Postfordismo, forme dello stato e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1, 1998, 252 ss.; A. ACCORNERO, *Spunti per un'agenda sui cambiamenti del lavoro*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2000, 254 ss.; A. SUPIOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Roma, 2003.

2 Nessuno di tali aspetti può essere affrontato in questa sede, neanche sommariamente. Per citare solo alcuni degli studi sui diversi temi richiamati: A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999; nonché ID., *Diritti sociali fondamentali*

Le riflessioni scientifiche sulle tendenze in atto hanno evidenziato la necessità, sempre più ineludibile, di spostare la tutela dal rapporto individuale di lavoro, vale a dire, dai termini di un riequilibrio dei rapporti di forza tra datore e prestatore nel contratto, al “mercato del lavoro”<sup>3</sup>.

Per tale via, il baricentro di questo ramo del diritto sembra essersi allontanato, sempre più, dalla difesa del posto al governo del mercato del lavoro, che, nella sua vasta accezione, comprende anche tutte quelle misure indirette di *welfare* che possono favorire non solo stabilità, ma anche mobilità e riallocazione del lavoratore<sup>4</sup>. Per tentare di sistemare concettualmente una realtà tanto profondamente mutata ed in via di ulteriore evoluzione, i criteri tradizionalmente impiegati sono apparsi da subito inadeguati e tali e tante sono le difficoltà applicative derivate dal fare ricorso agli schemi codificati, da aver indotto, già da tempo, la scienza giuridica ad avviare una riflessione sull'identità della materia<sup>5</sup>.

*e mercato globale*, in *RGL*, 2000, I, 939 ss.; T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 532 ss.; P. GRECO, *Mercato globale e tutela del lavoro*, Salerno, 2000; S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano, 2001; F. GUARRIELLO-S. LEONARDI (a cura di), *Globalizzazione e relazioni industriali*, Roma, 2003.

- 3 Sulla nozione di “mercato del lavoro”: M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 171 ss. Sulla tendenza ad identificare l'area del “diritto del lavoro” con quella del “mercato del lavoro”: P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit.; nonché M. DELL'OLIO, *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2005, 90.
- 4 Da più parti, dunque, si è avvertita l'esigenza di riadattare le funzioni dello Stato sociale alle nuove caratteristiche strutturali di un mercato del lavoro profondamente inciso dalle innovazioni economiche. Per alcune considerazioni al riguardo: CARABELLI, *Dagli ammortizzatori sociali alla rete integrata di tutele sociali: alcuni spunti per una riforma del welfare*, in A.A.V.V., *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, Torino, 2002, 39 ss. Cfr., altresì, L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006.
- 5 L'attenzione degli interpreti appare significativamente orientata in questa prospettiva già dalla prima metà degli anni '80. In proposito A.A.V.V., *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, Milano, 1983 e, specialmente, il contributo di G. GIUGNI (pubblicato anche in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1982, 373 ss.). Si assiste, così, ad una ripresa degli studi sulla subordinazione e sulla qualificazione dei rapporti di lavoro, come testimoniano le monografie (M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985, R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, 1989), i numerosi contributi (per citarne solo alcuni, L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, 5; E. GHERA, *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Industr.*, 1988, 621 ss.; M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, 195 ss.; S. HERNANDEZ, *Il diritto del lavoro verso gli anni '90*, in *Dir. Lav.*, 1988, I, 3 ss.; P. ICHINO, *Rilevanza ed alla volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, in *Quad. Riv. It. Dir. Lav.*, 1989; nonché, gli interventi di U. ROMAGNOLI, R. DE LUCA TAMAJO e M. D'ANTONA, *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. Dir.*, n. 3, 1988, 401-421; di E. GHERA e G. BALANDI, *ibidem*, n. 4, 1988, 569-584; di M. GRANDI, F. SANTONI, P. ICHINO e M. ROCCELLA, *ibidem*, n. 1, 1989, 5-38) ed i convegni dedicati al tema. Tra questi ultimi vanno segnalati per l'elevato tenore scientifico, quello promosso dal “Centro Nazionale di Studi D. Napoletano”, tenutosi a Milano il 10 ottobre 1987, dal titolo *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario avanzato*, *Atti*, Milano, 1988; quello promosso dalla Federmeccanica dal 30 ottobre al 3 novembre 1987, sul tema *Nuove forme di prestazione dell'attività lavorativa: la “zona grigia” fra lavoro autonomo e lavoro subordinato*, contributi raccolti in *Mass. Giur. Lav.*, 1988, I, 408 ss.; quello dell'Università di Trento dell'11-13 febbraio 1988, contributi raccolti in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, Bologna, 1989.

Il dibattito si è concentrato a lungo sulla incapacità della subordinazione di distinguere il lavoro autonomo da quello subordinato<sup>6</sup> e sulla necessità di una revisione metodologica di tale distinzione quale criterio di imputazione degli apparati di tutela<sup>7</sup>.

- 6 Nel corso degli anni '90 l'attenzione della dottrina verso questa tematica si è progressivamente intensificata, fino ad assumere proporzioni vastissime. Rinviando ai paragrafi successivi per una ricostruzione più analitica, tra i numerosissimi contributi si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza ed esaustività: L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. Dir.*, 1993, 21 ss.; F. SANTONI, *Rapporti speciali di lavoro*, Torino, 1993; L. MONTUSCHI, *Sulla discussa "centralità" della fattispecie "contratto di lavoro subordinato"*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di L. MENGONI*, tomo II, Milano, 1995, 1025 ss.; U. ROMAGNOLI, *Un diritto da ripensare*, in *Lav. Dir.*, 1995; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in *Arg. Dir. Lav.*, II, 1997, 41 ss.; R. FLAMMIA, *Un nuovo tipo di lavoro: il lavoro coordinato*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, 161-162; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro nella seconda Repubblica*, in *Lav. Dir.*, 1997, 163 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Classificazione dei rapporti di lavoro e prospettive di riforma*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, II, 957 ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 1997, 173 ss.; G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo (Considerazioni critiche)*, Milano, 1997; G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, 75 ss.; A.A.V.V., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998; M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, 311; R. DEL PUNTA, *Gli anni della nostalgia? Riflessioni sulla "crisi" del lavoro*, in *Lav. Dir.*, n. 1, 1998, 5 ss.; S. HERNANDEZ, *Vecchie e nuove tipologie: dal contratto a termine al lavoro temporaneo*, in *P.Q.M.*, II, 1998, 9 ss.; L. MONTUSCHI, *Un "nuovo" lavoro da regolare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 683 ss., nonché in *Studi in onore di G. GIUGNI*, Bari 1999; M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, 49 ss.; M. PERA, *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, 371 ss.; E. GHERA, *Prospettive del contratto individuale di lavoro*, in *Scritti in onore di G. GIUGNI*, Tomo I, Bari, 1999, 477 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Scritti in onore di G. GIUGNI*, Tomo I, Bari, 1999, 737 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2, 1999, 273 ss.

Anche il numero dei convegni e delle giornate di studio dedicati negli stessi anni al tema è elevato. Tra i più significativi si segnalano quello promosso dal Centro Nazionale Studi "D. NAPOLETANO", tenutosi a Roma il 27 maggio 1996, sul tema *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari, 1997; le giornate di studio A.I.D.L.A.S.S., tenutesi a Salerno nei giorni 22-23 maggio 1998, dal titolo *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Milano, 1999; quello promosso dalla Fondazione G. PASTORE, sul tema *Il futuro della subordinazione nell'evoluzione del diritto del lavoro*, tenutosi a Roma nei giorni 25-26 giugno 1998, *Atti* pubblicati con il titolo *Le trasformazioni del lavoro. La crisi della subordinazione e l'avvento di nuove forme di lavoro*, Milano 1999.

- 7 Con l'avvio del nuovo millennio gli interrogativi su destino del diritto del lavoro sono ancora al centro del dibattito scientifico, anche se l'attenzione degli interpreti si concentra, essenzialmente, sulle iniziative legislative. Tra i principali contributi della dottrina: A.A.V.V., *Il diritto del lavoro oggi. Tre domande sul diritto del lavoro per giuslavoristi insigni e giovani dottorandi*, in *Lav. Dir.*, 1, 2000, con contributi, tra gli altri, di G. GHEZZI, M. PERA, M. PERSIANI, G. SUPPIEJ; P.G. ALLEVA, *I lavori atipici: pericolo od opportunità?*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 3, 2000, 515 ss.; P. BELLOCCHI, *Tutela del lavoro e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 627 ss.; G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 86, 2000, 177 ss.; T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, 467 ss.; L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 109 ss.; G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 87 ss.; L. SPAGNULO VIGORITA, *Fra subordinazione e autonomia*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 3/XII, 2002, 367 ss.

Tra i numerosissimi convegni, invece, si segnalano in modo particolare: quello promosso dal Centro Nazionale Studi "D. NAPOLETANO", tenutosi a Vicenza nei giorni 28-29 gennaio 2000, sul tema *Quale disciplina per i lavori atipici*, estratto da *Dir. Lav.*, Roma, 2000; quello promosso dalla ECOL, tenutosi a Roma il 4 maggio 2000, sul tema *I cosiddetti lavori "atipici": aspetti sociologici, giuridici, ed esigenze delle imprese*, Roma, 2000; nonché le giornate di studio A.I.D.L.A.S.S., tenutesi a Ferrara nei giorni 11-13 maggio 2000, sul tema *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Milano, 2002.

Il sentimento diffuso tra gli interpreti è che una “distorsione dei principi originari”<sup>8</sup>, possa portare con sé il pericolo “di escludere dalla sfera di operatività della legislazione protettiva rapporti che, pur tecnicamente non riconducibili allo schema della subordinazione, esprimono analoghi bisogni di tutela”<sup>9</sup>.

Da più parti, così, è stata riconosciuta la necessità di un ripensamento critico della funzione del diritto del lavoro attraverso l’estensione e la diversificazione dei suoi obiettivi, di una revisione degli assetti di tutela esistenti e dei suoi destinatari<sup>10</sup>, di un aggiornamento delle tecniche che regolano i rapporti<sup>11</sup>.

Teorie piuttosto divergenti quanto al modo di ridefinire oggetto e confini della materia hanno finito, in qualche caso, per avvalorare previsioni volte persino al superamento, in un futuro prossimo, dell’attuale sistema giuslavoristico e del suo modello dicotomico. L’intero assetto sistematico della materia, così, è stato oggetto di un ripensamento critico da parte della dottrina maggioritaria, nella convinzione che il diritto del lavoro dovrebbe perdere la sua compattezza unitaria, derivatagli dalla drastica alternativa autonomia-subordinazione, e ridefinirsi in un *continuum* orientato all’articolazione delle tutele<sup>12</sup>.

Si tratta, allora, di verificare se “la nostra civiltà ... si assicuri ancora l’avvenire col diritto del lavoro” o, se, piuttosto, quest’ultimo non sia più tanto “lontano ... dall’aver esaurito il suo compito”<sup>13</sup>.

Ciò impone l’avvio di una indagine diretta, in primo luogo, ad identificare i principi, originariamente, posti a fondamento di questa parte del diritto, ad individuare, poi, le ragioni che sembrano aver messo in crisi quei valori ed a valutare, infine, se ed in quali termini, gli stessi, in un contesto di riferimento profondamente mutato, possano ritenersi ancora attuali.

Ove, infatti, i risultati di una siffatta analisi svelassero che, nella moderna economia, il diritto “messo al cospetto del lavoro che un uomo dà ad un altro uomo”<sup>14</sup> ha mutato il proprio significato originario, l’operatività del diritto del lavoro ed i suoi obiettivi potrebbero, ed anzi, dovrebbero essere necessariamente ripensati.

Nella seconda metà degli anni 2000 si segnalano alcuni studi specifici, cui si rinvia per una ricostruzione dell’intera problematica: E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Torino, 2006; nonché V. SPEZIALE, *Il lavoro subordinato tra contratti “atipici” e possibili riforme*, in *Working papers - Centro studi Diritto del lavoro europeo “Massimo D’Antona”*, Catania, 2007, n. 51.

8 Così, G. GIUGNI, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni ‘80*, cit., 18.

9 Così, M. ROCCELLA, *Intervento*, in *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. Dir.*, 1989, 30.

10 Sulle ragioni che, già da tempo, hanno indotto gli interpreti ad affermare l’esigenza di estendere le tutele del diritto del lavoro oltre i confini del lavoro subordinato di tipo tradizionale (sia consentito rinviare sul punto a R. SCIOTTI, *Direzione e dipendenza nel rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, capitolo VII).

11 Si tratta, invero, di una legislazione sempre meno di dettaglio e più di principio. Le tutele di tipo classico, fondate sul principio della inderogabilità hanno ceduto il passo a nuove tecniche c.d. “soft” o “per obiettivi” (R. SCIOTTI, *Direzione e dipendenza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., capitolo VII).

12 Per un’analisi delle iniziative legislative al riguardo e dei successivi sviluppi si rinvia al capitolo VII.

13 Così, F. SANTORO PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1967, 14 ss.

14 Così, F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in ID., *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, 1070 (lo scritto è stato pubblicato per la prima volta in *Riv. Dir. Lav.*, 1948, I).

La ricerca scientifica, come ha ricordato un'autorevole studioso, “deve volgersi alla conoscenza del diritto vigente e non invece all'immaginazione di un diritto diverso, proiettato nell'avvenire”<sup>15</sup>.

Lo scopo della presente ricerca è quello di dimostrare come i problemi attuali del lavoro e, conseguentemente, i suoi auspicati sviluppi attengono a fenomeni che investono soltanto la parte formale del contratto di lavoro, ma non intaccano minimamente l'essenza del contratto di lavoro, che “è oggi nella sua struttura intima quello che era ieri, quello che era duemila anni or sono”<sup>16</sup>.

Come segnala il vasto contenzioso giurisprudenziale, unico punto di riferimento per l'applicazione del complesso delle norme del diritto del lavoro e per la conservazione di una netta distinzione tra una categoria di lavoratori protetta ed una priva di tutele adeguate, tuttora, è la *subordinazione*, tradizionale valore costitutivo della materia.

Nel sempre più variegato e composito mosaico legislativo della disciplina dei rapporti di lavoro, infatti, il tratto che contraddistingue il lavoro subordinato rimane ancora un “criterio qualificatorio efficiente”, anche se operante, come è stato correttamente osservato, “in un ambito quantitativamente più ristretto”<sup>17</sup>.

In questa prospettiva, un'indagine ricostruttiva su tale nozione non può certamente apparire un inutile e vuoto esercizio di formalismo.

La costruzione giuridica della subordinazione, fondata su consistenti referenti socio-economici, sembra aver in larga parte perduto la capacità di recepire molte forme del lavoro prestato “alle dipendenze” di un datore di lavoro ed altresì di distinguerle efficacemente dal lavoro autonomo<sup>18</sup>. Ciò, tuttavia, non dovrebbe essere imputato alla presunta *non esaustività* del modello dicotomico lavoro subordinato-autonomo, su cui si fonda il nostro sistema giuslavoristico, quanto, semmai, alla circostanza che i metodi e gli indici adottati per individuare e, conseguentemente, differenziare tra di loro i due generi non sono significativi in sé e, pertanto, dovrebbero essere opportunamente rivisti.

L'idoneità qualificatoria del vincolo di subordinazione, come dimostra in propo-

<sup>15</sup> Così, R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., 295.

<sup>16</sup> Così, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, 1° ed., 3-4.

<sup>17</sup> Così, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Fra subordinazione e autonomia*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 3/XII, 2002, 367-371, che definisce la subordinazione quale “autentico punto di partenza di ogni profilo di sviluppo e di gestione del diritto del lavoro”.

<sup>18</sup> La casistica giurisprudenziale mostra come le fattispecie che sollevano difficoltà nelle operazioni qualificatorie siano, oramai, divenute numerosissime. Si pensi a giornalisti, insegnanti, medici, dipendenti di studi professionali, periti, consulenti, direttori, lettori universitari, artisti, *pony-express*, propagandisti, agenti e procacciatori, lettori ed esattori di bollette, addetti alla pulizia di locali, religiosi, animatori turistici, dipendenti degli ippodromi, ecc. In proposito: F. LUNARDON, *La subordinazione*, in *Commentario diretto da F. Carinci, II*, CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, UTET, 1998, 19 ss. e, per una ricognizione degli itinerari seguiti dalla giurisprudenza dagli anni '50 fino in poi, L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Torino, 1998, 143 ss. Per ulteriori considerazioni sulla qualificazione dei rapporti di lavoro e sulle difficoltà che ne derivano si rinvia al prosieguo dell'indagine e spec. ai capitoli II e IV.

sito l'esperienza giudiziaria, viene saggiata in aree marginali e di confine, nelle quali, sovente, essa non si presenta nelle sue manifestazioni più evidenti e consolidate.

Di fronte al vario atteggiarsi dell'attività lavorativa, però, anziché creare nuove categorie sistematiche o nuovi tipi, come è fino ad ora accaduto, sarebbe opportuno, invece, "affinare" i meccanismi volti a ricondurre fattispecie, *solo in apparenza nuove*, entro schemi dogmatici già noti.

Ciò postula la necessità di ridefinire criteri discretivi universalmente validi e precisi, tentando, ove possibile, di non cedere ad impostazioni relativistiche, che sopperiscono all'inadeguatezza del dato qualificante con l'intervento di altri elementi (esterni al dato realmente significativo), tenuti a "soccorrere", nei casi in cui l'opera classificatoria appaia più difficile.

Verrebbe meno, in questo modo, la necessità di un continuo sforzo creativo, da parte del legislatore, per escludere il regime protettivo del lavoro dipendente in presenza di peculiari modalità esecutive della prestazione e conseguentemente, degli interpreti, che, più semplicemente, potrebbero ricondurre a sistema pure e semplici varianti di disciplina di uno schema contrattuale nella sua essenza immutato.

L'enunciazione di previsioni sovente ispirate da motivi di natura politica ed ideologica sulla fine del lavoro subordinato e della sua disciplina, come è stato autorevolmente chiarito, non offrono argomenti tali da indurre a dubitare della perdurante vitalità del diritto del lavoro<sup>19</sup>.

L'idea secondo la quale la distinzione tra lavoro autonomo e subordinato è "troppo profondamente radicata nella natura umana, perché abbia a sparire"<sup>20</sup>, appare dotata, ancora oggi, di sorprendente attualità.

Soggetti che *non hanno la capacità* (tecnica, commerciale ed amministrativa) o, più semplicemente, la *volontà* di dirigere l'organizzazione del proprio lavoro e, conseguentemente, di assumersene i relativi rischi possono esistere in qualunque contesto socioeconomico (dominato, oppure no dalla grande industria).

Fino a quando iniziativa e gestione delle attività economiche saranno nel potere di soggetti diversi da quelli vincolati a mettere a disposizione le proprie energie psicofisiche per realizzarle, il tramonto dell'attuale assetto del mondo del lavoro e dell'economia "non appare.... imminente, e forse neppure auspicabile"<sup>21</sup>.

La fine del tipo lavoro subordinato incontra limiti invalicabili sul piano delle esigenze tecnico-organizzative dell'impresa, ancora assai lontana dall'idea di poter

<sup>19</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., 286.

<sup>20</sup> Così, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915 e 1917, 2° ed., 700. Questa idea di "necessarietà" della subordinazione (L. MARIUCCI, *Subordinazione e itinerari della dottrina*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, cit., 69) e, cioè, che vi sia sempre un modo per stabilire il confine tra le due dimensioni, com'è noto, costituisce un punto sul quale la dottrina e la giurisprudenza saranno, anche successivamente, chiamate a confrontarsi, specie quando, per effetto delle trasformazioni subite dal mercato del lavoro, tale confine risulterà ancora più difficile da apprezzare di quanto già non lo fosse in epoca barassiana.

<sup>21</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., 308.

prescindere del tutto da prestazioni inserite, in modo tradizionale, nella compagine aziendale.

Neanche la riforma avviata dal legislatore con il *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*<sup>22</sup> e con la legge 14 febbraio 2003, n. 30, *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*<sup>23</sup>, ed attuata, poi, con il D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (come modificato dal d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80), del resto, ha offerto un significativo contributo di segno opposto<sup>24</sup>.

- 22 Il testo, redatto da un gruppo di lavoro coordinato da MAURIZIO SACCONI e MARCO BIAGI, è stato reso noto dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali nell'ottobre 2001.
- 23 Il disegno di legge, comunicato il 15 novembre 2001 (atto n. 848) dal Presidente del Consiglio S. Berlusconi e dal Ministro delle politiche sociali Maroni al Senato della Repubblica dove è stato approvato il 25 settembre 2002, è stato modificato dalla Camera dei deputati il 30 ottobre 2002 (atto n. 3193) ed è, poi, tornato al Senato (atto n. 848-B) per la definitiva approvazione, avvenuta con legge 14 febbraio 2003, n. 30, pubblicata sulla *G.U.* del 26 febbraio 2003, n. 47. Il disegno originario e le successive modifiche apportate nel corso del lungo *iter* legislativo sono stati oggetto di un acceso dibattito tra gli interpreti, per gli aspetti del quale che interessano ai fini del presente studio si rinvia a § 8.1.
- 24 Per alcune riflessioni critiche si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività: A.A.V.V., Il "*Libro bianco*" del Ministero del lavoro, *Atti del seminario tenutosi a Roma il 21 novembre 2001*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, 141 ss.; R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro tra valori e storicità*, in *Lav. Dir.*, n. 3, 2002, 349 ss. e *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2002, 401 ss.; G. GHEZZI, *Dove va il diritto del lavoro? Afferrare Proteo*, in *Lav. Dir.*, n. 3, 2002, 333 ss.; L. MARIUCCI, *La forza di un pensiero debole. Una critica del "libro bianco del lavoro"*, in *Lav. Dir.*, 2002, 3 ss.; G. FERRARO, *La flessibilità in entrata alla luce del Libro Bianco sul mercato del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2002, 421 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Marco Biagi e le riforme possibili: l'ostinazione del progetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2002, 123 ss.; T. TREU, *Il Libro bianco sul lavoro e la delega al governo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, 1 ss.; R. VOZA, *Il Libro bianco sul mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2002, n. 1, 18 ss.; V. PINTO, R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, n. 3, 453 ss.; F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002; A.A.V.V., *Quale futuro per il diritto del lavoro? La politica del Governo: dal Libro Bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, *Atti della giornata di studio tenutasi a Milano il 12 aprile 2002*, con alcuni interventi pubblicati anche in *Dir. Rel. Ind.*, n. 3/XII, 2002; A.A.V.V., *Il futuro del diritto del lavoro: dall'inderogabilità alla destrutturazione*, *Atti del convegno di studi tenutosi a Catania nei giorni 10-11 maggio 2002*; A.A.V.V., *Lavoro ritorno al passato, Critica del Libro bianco e della legge delega al Governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Roma, 2002; G. GHEZZI (a cura di), *Il Libro bianco e la Carta di Nizza, Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, Roma, 2002; G. GHEZZI, NACCARI, TORRICE (a cura di), *Il Libro bianco e la Carta di Nizza, Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, Roma, 2002; A.A.V.V., *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controproposte della Cgil*, Roma, 2003; M.T. CARINCI, *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Collana diretta da F. CARINCI, Milano, 2003; G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, 359 ss.; M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro n. 30/2003*, in *Supplementi di Guida al lavoro*, de *Il Sole 24 ore*, 2003; P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, 887 ss.; A.A.V.V., *La riforma del mercato del lavoro, inserto*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003; P. TULLINI, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, 419 ss.; L. GALANTINO, *I nuovi tipi della subordinazione*, in *Dir. Lav.*, n. 5, 2003, 255 ss.; G. GHEZZI, *Mercato del lavoro, tipologie negoziali e definizioni*, in *Dir. Lav.*, n. 5, 2003, 321 ss.; F. MAZZIOTTI, *La riforma della flessibilità del lavoro*, in *Dir. Lav.*, n. 5, 2003, 489 ss.; R. PESSI, *Organizzazione del lavoro e qualificazione dei rapporti*, in *Dir. Lav.*, n. 6, 2003, 591 ss.; B. VENEZIANI, *Le trasformazioni del diritto del lavoro in Italia*, in *Dir. Lav.*, n. 6, 2003, 901 ss.; A.A.V.V., *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, vol. I, II, III, IV, 2004; A.A.V.V., *Il nuovo mercato del lavoro, Commentario* di L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI, P. ICHINO,

Contrariamente alle previsioni che avevano prospettato una “crisi irreversibile” del lavoro subordinato e della sua disciplina<sup>25</sup>, si è assistito, invece, ad una decisa riaffermazione da parte del legislatore della sua centralità ed alla conferma della tenuta complessiva dell’assetto dicotomico del sistema giuslavoristico<sup>26</sup>.

Accanto alle nuove forme di prestazione dell’attività lavorativa, come è stato autorevolmente ribadito, “il lavoro subordinato, inteso in senso tradizionale, ancora esiste...” e “con esso sopravvive, nonostante i dubbi, il diritto del lavoro come diritto posto a tutela dei valori dell’uomo che lavora”<sup>27</sup>.

È proprio dalla “perdurante attualità delle istanze di protezione della libertà e della dignità della persona immersa nel caos dei processi economici”, infatti, che deriva l’immortalità del diritto del lavoro<sup>28</sup>.

Sembra opportuno, allora, ritornare sulla nozione e tentare di comprendere quale sia il fondamento del sistema di garanzie preordinato in favore della *persona* attratta nel vincolo della subordinazione e perché questo, tuttora, debba necessariamente risultare diverso da un generico programma di tutela che potrebbe essere apprestato, invece, nei riguardi della persona che lavora, indifferentemente, tanto in forma autonoma, che subordinata.

A. MARESCA, C. ZOLI, R. ROMEI, R. DEL PUNTA, P. TULLINI, L. NOGLER, P. BELLOCCHI, Bologna, 2004; R. BORTONE, C. DAMIANO, D. GOTTARDI (a cura di), *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Roma, 2004; BROLLO, MATTAROLO, L. MENGHINI (cura di), *I contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Milano, 2004; P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004; R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004; G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004; L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2004; E. GHERA, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in *Dir. Lav.*, n. 3-4, 2004, 1103 ss.; G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, Roma, 2004; E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004; F. LISO, *Analisi dei punti critici del d.lgs. n. 276/2003: spunti di riflessione*, in *Working papers - Centro studi Diritto del lavoro europeo “Massimo D’Antona”*, Catania, 2004, n. 42; G. PERONE, *Riforma rivoluzione ritocco: quale genere di novità il D.Lgs. n. 276/2003 introduce nella legislazione lavoristica?*, in *Dir. Lav.*, n. 3-4, 2004, 1193 ss.; A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, 2004; M. RUSCIANO (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, 2004; M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004; P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Milano, 2005; M. MAGNANI-A. PANDOLFO-P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005; E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro*, cit., 85 ss.; V. SPEZIALE, *Il lavoro subordinato tra contratti “atipici” e possibili riforme*, cit. 1 ss.

25 In particolare, T. TREU, *Le tutele del lavoratore nel mercato del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, n. 3/XII, 2002, 402, per il quale “il diritto del lavoro è oggi più che mai esposto alla critica di essere inutile o addirittura controproducente”. Ma v. anche U. ROMAGNOLI, *Un diritto da ripensare*, in *Lav. Dir.*, 1995; nonché M. D’ANTONA, *Il diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, in *Opere*, cit., vol I, 221 ss.

26 Si avrà modo di tornare compiutamente sull’argomento nell’ultimo capitolo. In proposito v. anche le relazioni tenute dai più autorevoli studiosi della materia in occasione del convegno promosso dall’Accademia dei Lincei su “*Il nuovo volto del diritto del lavoro italiano*” (Roma, 13-14 dicembre 2004), e, specialmente, quelle di M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2005, 1 ss.; M. DELL’OLIO, *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2005, 69 ss.; T. TREU, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2005, 27.

27 Così, M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, cit., 5.

28 Così, R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro tra valori e storicità*, in *Lav. Dir.*, n. 3, 2002, 352-353.

## 2. L'art. 2094 c.c. e la sua perdurante validità i fini d'indagine

Nel diritto del lavoro è stato evidenziato un sistematico “sconfinamento nel campo degli effetti” in sede di costruzione della nozione di lavoro subordinato, sicché “la tipicità e la vivezza della normativa esercitano una penetrante azione attrattiva sulla fattispecie: la quale per suo conto, non si rivela sufficientemente idonea ad una costruzione che ne garantisca l'autonomia”<sup>29</sup>.

Una nuova indagine ricostruttiva sul valore costitutivo della materia, invece, impone di prescindere dalle norme sulla disciplina del fenomeno lavoro subordinato.

Una soluzione che percorresse una via diversa, potrebbe certamente giungere a conclusioni suggestive, ma che rischiano di porsi in contrasto con l'assetto normativo esistente.

Muovere dalla disciplina e non dalla fattispecie costituisce un errore di prospettiva non privo di conseguenze. È proprio dalla sovrapposizione del concetto alla sua regolamentazione che nascono, come è stato opportunamente rilevato, molte delle difficoltà che la dottrina incontra nelle sue costruzioni teoriche e, dunque, l'apriorismo concettuale che, sovente, le inficia<sup>30</sup>.

Il concetto, infatti, è sempre uguale a sé stesso; la disciplina, invece, scaturisce da esigenze pratiche, molteplici e spesso discordanti, che il legislatore è chiamato di volta in volta a regolare.

Confondere le prospettive considerate significherebbe subordinare la realtà normativa alle ragioni della teoria, con il rischio di pregiudicare una costruzione coerente della figura<sup>31</sup>.

Il tradizionale rilievo che sorge dall'analisi del tema della distinzione tra il lavoro autonomo e quello subordinato sotto questo profilo, com'è noto, però, riguarda l'insufficienza dei dati normativi che si riferiscono al fenomeno considerato. Le norme degli artt. 2094 e 2222 c.c. collegano, rispettivamente, alla sussistenza o all'assenza del “vincolo di subordinazione” l'applicazione al rapporto di lavoro della disciplina codicistica ed anche le numerose leggi del diritto del lavoro, tutte, esplicitamente, fanno riferimento ai prestatori di lavoro subordinato (o dipendente) oppure definiscono con i termini dell'art. 2094 c.c. i destinatari delle proprie disposizioni.

Il legislatore, pur individuando, mediante la definizione del contratto di lavoro autonomo, alcuni requisiti identificativi di questa categoria, finisce per considerarli secondari rispetto all' “assenza del vincolo della subordinazione”.

29 Così, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., 16-17, secondo il quale “si presenta suggestivo, e addirittura spontaneo, il ricorso ad elementi collocati del tutto al di fuori della normativa, e, quindi, astrattamente capaci di fungere da fattispecie pure”.

30 Sul vizio metodologico che deriva dalla confusione del concetto con elementi della sua disciplina, per tutti: R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2° ed., Napoli, 1969, 16-17.

31 Sul problema del metodo dell'indagine per la determinazione del concetto: R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 80 ss.

A fronte della diffusione e tipizzazione legale di rapporti di lavoro c.d. “atipici”, nonché di fenomeni sempre più estesi di smaterializzazione dell’impresa e di esternalizzazione dei processi produttivi, invero, il tipo legale del lavoro subordinato che si ricava dall’art. 2094 c.c. come presupposto unificante agli effetti della imputazione dello statuto protettivo e, dunque, quale istituto unitario di tutela del lavoratore nel sistema del mercato del lavoro è stato messo in discussione e, da tempo, in dottrina si è aperto un dibattito, come meglio si dirà, su identità e futuro della materia, nell’ambito del quale non sono mancate proposte che tendono a ricondurre la predetta funzione unificante ad una diversa nozione giuridica (ad es. quella di cittadinanza sociale), che ricollegli lo statuto protettivo dei rapporti di lavoro ad una situazione soggettiva del lavoratore non più coincidente con quella tradizionale<sup>32</sup>.

La nozione di subordinazione dell’art. 2094 c.c., storicamente, però, rappresenta il principale punto di riferimento per l’applicazione dell’intera disciplina del diritto del lavoro e, sia pure in un’area di rapporti quantitativamente più limitata rispetto a quella di epoca codicistica, come si è detto, ancora oggi ha conservato la medesima funzione di richiamare il complesso delle norme sul lavoro.

Rispondere alle attuali istanze del mercato del lavoro senza abbandonare il monopolio dell’art. 2094 c.c., invero, non significa appiattirsi su schemi obsoleti, quanto, piuttosto, prendere atto del valore relativo dei concetti e del fatto che questi richiedono una costante verifica della loro perdurante validità e, ove necessario, di affinamenti ed opportune revisioni, nell’ambito dei quali non possono essere estranee all’attività dell’interprete considerazioni attinenti ai profili extratestuali del dato positivo.

Quanto più la formulazione letterale della norma, come è stato autorevolmente sostenuto, “si allontana dalla presente attualità, tanto più essa ha bisogno di essere integrata e arricchita mediante un’efficiente collaborazione dell’interprete”, cui è affidato il compito di far “vivere” le leggi “nella realtà storica e sociale”<sup>33</sup>. L’evoluzione di quest’ultime, così, deve sollecitare, continuamente, un’opera di verifica della “tenuta” dei risultati interpretativi e dogmatici, e, ove, se ne riveli l’inadeguatezza, il loro aggiornamento.

Ciò non significa che l’interprete possa sostituirsi al legislatore<sup>34</sup>. Egli dovrebbe verificare, piuttosto, il grado di “elasticità” del modello legale<sup>35</sup>, indagando, cioè, se il dato normativo esistente possa offrire una specifica risposta alle situazioni emergenti attraverso una revisione, o meglio, un adeguamento del concetto definitorio astratto<sup>36</sup>.

32 E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., 158 ss.

33 E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, II, Milano, 1955, 834.

34 Sulla necessità di un intervento legislativo che chiarisca il significato della nozione M. NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, cit., 305, secondo il quale “non sarebbe da escludere... anche se non sembra politicamente facile, che chiarire cosa sia la subordinazione debba costituire oggetto di un intervento del legislatore prima o contemporaneamente al varo di uno Statuto dei lavori...”.

35 M. DELL’OLIO, *Nuove forme di lavoro dipendente*, in *Mass. Giur. Lav.* 1984, 669.

36 G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo*, cit., 56.

La vera questione di fondo, semmai, va ricercata in un interrogativo che già nei primi anni '80 era stato avanzato in merito e, cioè, fino a che punto sia possibile spingersi nell'utilizzare le potenzialità di articolazione della nozione per soddisfare le mutevoli e sempre nuove necessità dell'organizzazione produttiva<sup>37</sup>.

Problemi, invero, non sembrano porsi al riguardo. Nell'esperienza giuridica il lavoro subordinato, quale si evince dal dettato dell'art. 2094 c.c., nella sua struttura essenziale, ha dato prova di poter realizzare “qualunque tipo di coordinamento, da quello fondato sulla disciplina a quello che riposa su apporti collaborativi completamente autogestiti”<sup>38</sup>.

In tal senso, si è potuto sostenere che una “variegata tipologia coesiste con l'unicità della fattispecie fondamentale”<sup>39</sup>.

Se, dunque, la nozione di subordinazione mostra “una capacità dinamica di ambientazione in nuove situazioni di rapporti ed in nuove condizioni organizzative del lavoro”<sup>40</sup> e, perciò, una capacità di arricchirsi di significati e contenuti distanti dalla figura storica che ne aveva, originariamente, condizionato il modello di disciplina, tanto più, allora, si deve escludere, sul versante teorico, una destituzione della subordinazione dalla sua funzione qualificante di un determinato *modo di essere lavoratore* nell'organizzazione economica<sup>41</sup>.

Si tratta, invece, di capire come, in una economia che cambia, ma che, per produrre ricchezza, non può comunque fare a meno del lavoro umano reso “alle dipendenze” altrui, tale modalità di impiego della persona possa dirsi ancora compatibile con la sua umana dignità e libertà.

37 A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia del rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1983, 90.

38 Così, F. LISO, *Note a proposito dell'iniziativa legislativa in materia di lavori atipici*, in A.A.V.V., *I cosiddetti “lavori atipici”. Aspetti sociologici, giuridici ed esigenze delle imprese*, Roma, 2000, 48-49, il quale trova conferma di tale elasticità nella circostanza che a tale schema si siano ricondotte figure agli antipodi, quale l'amministratore delegato di società ed il semplice manovale; il dipendente professionista e la dattilografa; il segretario generale di un ministero e l'usciera. In tal senso anche R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, cit., 289-290.

39 Così, M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, cit., 1025 ss.; nonché M. NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 300, secondo il quale “il lavoro subordinato esprime ancora la variabile e adattabile ai vari contesti produttivi, idonea ad assicurare contemporaneamente le esigenze produttive e organizzative dell'impresa e la necessità di tutela dei lavoratori”, sicché occorre “superare la visione datata della subordinazione e l'interpretazione riduttiva dell'articolo 2094 c.c., ricercando il consenso sugli elementi essenziali di configurazione del lavoro subordinato”.

40 Così, M. GRANDI, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in A.A.V.V., *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, cit., 90.

41 Nelle proposte di riforma della materia non si accenna, quasi mai, ad interventi direttamente volti a modificare i contenuti dell'art. 2094 c.c. Si avrà modo di ritornare diffusamente sull'argomento delle numerosissime iniziative di riforme avanzate in materia. Vale la pena ricordare, in proposito, un'iniziativa popolare promossa dalla Cgil “per l'unificazione dei diritti nelle prestazioni di lavoro continuative”, in A.A.V.V., *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controproposte della Cgil*, Roma, 2003, 125 ss., nella quale, invero, si proponeva di sostituire il testo dell'art. 2094 c.c.

### 3. Il lavoro umano: un “ambiguo” oggetto nel campo del diritto

Benché non siano mancati tentativi di farlo assurgere a valore “oggettivo”<sup>42</sup>, il *lavoro umano*, come è stato autorevolmente sostenuto, costituisce il fondamento di una disciplina giuridica, che si distingue da ogni altra, “che si ribella alla stessa partizione... del diritto in pubblico e privato”, “onde sembra veramente che... il diritto assuma un nuovo senso”<sup>43</sup>.

Al fine di comprendere, al di là dell’interpretazione delle norme, lo “spirito”, l’essenza, di un diritto che “dal lavoro prende nome e ragione”<sup>44</sup>, così, non sembra potersi dubitare della necessità di muovere da una riflessione critica sul “lavoro” come “oggetto” di diritto<sup>45</sup>.

A fondamento del più antico concetto di lavoro prestato per altri, tutti gli ordinamenti, anche quelli più antichi, pongono il principio della indissociabilità del godimento delle energie dal corpo che le sviluppa, sicché è l’essere umano, che, al pari di una cosa materiale, può formare oggetto di diritto<sup>46</sup>.

I rapporti che scaturiscono dall’utilizzazione del lavoro altrui, così, sono regolati, originariamente, nell’ambito di uno schema giuridico, la locazio-

42 Sull’affermazione che la persona del lavoratore, entrando nel sinallagma del rapporto di lavoro, assume un valore oggettivo: U. PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto civile diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI*, Milano, 1971, 157-158; nonché in senso analogo, F. PERGOLESI, *Lineamenti sistematici del diritto del lavoro*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1954, I, 259 ss.

43 Così, F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., 1070.

44 Così, F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., 1070.

45 Esula dai fini della presente indagine ricostruire la complessa problematica relativa all’oggetto del contratto di lavoro e la speciale rilevanza assunta dalla persona nel contenuto della prestazione lavorativa, per una compiuta ricognizione delle quali si rinvia al contributo di M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 309 ss., qui spec. 310-311 e prima ancora M. GRANDI, *La prestazione di lavoro subordinato e la persona del lavoratore*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1969, 415 ss.

Sul fondamento personalistico del contratto di lavoro oltre a F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., anche F. PERGOLESI, *Lineamenti storici del diritto del lavoro*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1954, 265; U. PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto civile, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI*, Milano, 1971, 157-158; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro. Parte generale*, cit., 107 ss.; SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1976, 173 ss.; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, 25 ss.; L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in A.A.V.V., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, 1965, 418; *f. mancini*, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, 338; F. PERGOLESI, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 263; A. CATAUDELLA e M. DELL’OLIO, *Il lavoro e la produzione*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1874, 225 ss.

Sui profili protettivi connessi al coinvolgimento della persona nella prestazione di lavoro R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, n. 5, 27.

46 Nella prima forma di lavoro venuta in considerazione nell’ordinamento giuridico, il lavoro servile, così ad esempio, il potere del padrone di impartire dei comandi non è che una manifestazione del diritto di proprietà o di disposizione e lo schiavo, al pari della cosa, non è soggetto, bensì oggetto di diritto. Le fonti più antiche, del resto, parlano di *servum locare*: come il conduttore della cosa fa suoi i frutti del fondo, così il conduttore dello schiavo fa suoi i frutti dello schiavo (lavoro). L’idea è che chi lavora per altri deduce nel contratto il corpo, affidando, così, al padrone (o signore), per un certo tempo, un potere non solo sulla attività, ma anche sulla propria persona (v. più diffusamente in tema *f. de robertis*, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, 5 ss.).

ne<sup>47</sup>, nel quale è dedotta ad oggetto la *persona fisica*, non la sua attività<sup>48</sup>, e l'obbligo di lavorare scaturisce indirettamente dal contratto come dovere di colui che si pone o che è posto all'altrui servizio<sup>49</sup>.

Benché la prestazione d'uso del corpo umano, della sua persona e la concezione del lavoratore come oggetto di diritto e di possesso urtino contro il rispetto della dignità e della personalità umana, la cessione ad altri della propria attività è considerata come messa a disposizione della persona, non già delle sue *operae*, per un periodo di tempo lunghissimo.

Per tutta l'età classica il lavoro retribuito è guardato con disprezzo e considerato indegno di un uomo libero.

Ancora in epoca romana nella struttura giuridica della *locatio operarum* compete, infatti, al creditore della prestazione un largo potere di disposizione materiale sulla persona del debitore: una vera e propria *potestà personale*, sia pure limitata all'esecuzione del lavoro<sup>50</sup>, non molto dissimile da quella esercitata nei confronti dello schiavo<sup>51</sup>.

47 Nel primo stadio dell'evoluzione giuridica del rapporto di lavoro la necessità di ricorrere ad uno specifico schema negoziale nel quale dedurre le energie lavorative, non si avverte. Nel *Codice delle leggi di Hammurabi*, ad esempio, si parla, indifferentemente, di *noleggiare un bue, un asino, un animale giovane* (art. 242, 244 *usque* 248, 268 *usque* 270), un *carro* (art. 272), un *battello* (art. 275 *usque* 277) e, così, anche un *battelliere* (art. 239), un *uomo per curare il campo* (art. 253), un *lavoratore di campi* (art. 257), un *guardiano di buoi* (art. 258), un *pastore per pascolare buoi e pecore* (art. 261), un *lavoratore mercenario* (art. 273), un *operaio* (art. 274). Cfr. *Le leggi di Hammurabi* con Prefaz. e note di P. BONFANTE.

Il tema richiederebbe uno studio ben più approfondito di quello consentito dall'economia dell'indagine. Sulla locazione di opere, in generale, cfr., VITA-LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, Torino, 1876; PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle locazioni. Codice civile italiano commentato*, 3° ed., IV, Firenze, 1877; V. POLACCO, *Appunti sulle locazioni*, Riv. It. Sc. Giur., 1887; ABELLO, *Della locazione. II - Locazione di opere*, Napoli - Torino, 1908; AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, Boll. Ist. Dir. Rom., 1959; MASI, *Locazione (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974.

48 Solo l'uomo è atto a produrre *immediatamente* energie lavorative ed egli solo può esplicitarle in posizione subordinata: è, dunque, la persona fisica, non già la persona giuridica, capace di un'obbligazione di lavoro (F. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro (Contratto di)*, *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 497).

49 Per una ricostruzione dei precedenti storici del contratto di lavoro subordinato ed una disamina sull'evoluzione delle categorie della *locatio operis* e della *locatio operarum*, si rimanda, compiutamente, a L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit.; nonché a S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, 369 ss. e R. SCOGNAMIGLIO, voce *Lavoro subordinato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, 1990, 969 ss.

50 I poteri direttivo e disciplinare, appaiono, così, già decisivi per quanto attiene allo svolgimento dell'attività lavorativa ed al comportamento del prestatore in rapporto all'adempimento dell'obbligazione. In proposito, F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, cit., 133-134. Cfr. ANGELELLI, *Principi di legislazione del lavoro*, Roma, 1938, 119-120; L. RIVA SANSEVERINO, *Il diritto del lavoro*, Padova, 1941, 75 ss. Nella *locatio operis*, al contrario, il lavoratore (*conductor*), s'impegna, dietro corrispettivo, a dirigere la propria attività per raggiungere un certo risultato (*opus*). Il dato qualificante consiste nel *facere opus*, ma chi si obbliga al compimento dell'*opus* non attribuisce affatto alla controparte il diritto di godere della propria *res* o della propria *persona*. In argomento, BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, VI ed., 163.

51 È controverso, peraltro, se il lavoro reso in condizione di schiavitù possa considerarsi quale antecedente logico, oltre che storico del moderno contratto di lavoro subordinato e se, dunque, sia configurabile un passaggio graduale dalla locazione dello schiavo, quale *res*, a quella dell'uomo libero (PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, Atheneum, 1928, I, 229); o, se, piuttosto, tale contratto derivi direttamente dalla locazione di cose (BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *Riv. It. Sci. Giur.*, 1927, 545 ss.). In proposito v. anche A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica*, Giuffrè, Milano, 1985. Per un accurata analisi storica del passaggio dalla *locatio conductio rei* alla *locatio conductio operarum*: A. CESSARI, *In tema di struttura del contratto di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 1243 ss.

Nel diritto intermedio il ricorso al concetto di *uso* introduce una prima bipartizione tra *locatio rei* e *locatio personae*<sup>52</sup>. Si tratta, però, come è stato ampiamente chiarito dalla dottrina, di una distinzione basata sulla diversità del bene che può essere locato, e, cioè, attribuito in uso: è sempre la *persona* oggetto di *locatio*, non già le sue opere<sup>53</sup>. All'idea di separare la forza lavoro dal lavoratore, trasformando, così, la *locatio hominis* in *locatio operarum*<sup>54</sup>, si arriva attraverso una lunga e complessa elaborazione<sup>55</sup>, che testimonia l'affermazione e la garanzia, sul piano giuridico, di valori introdotti in campo economico e sociale<sup>56</sup>.

Non sono mancate, invero, prospettazioni che, accentuando il profilo personalistico del rapporto di lavoro ed il suo distacco dagli schemi contrattuali dello scambio, hanno finito per accreditare concezioni comunitarie dell'impresa e del lavoro, eliminando, così, la stessa premessa che impone di valutare il lavoro come entità formalmente a sé stante e scissa dalla persona umana<sup>57</sup>.

52 La finalità che di regola induce le parti alla stipulazione della *locatio-conductio*, trova una sua specifica espressione giuridica nell'*uti frui*, vale a dire, nell'attribuzione in godimento, che, in tal modo assume il carattere di elemento causale fondamentale del negozio, influente sull'individuazione del tipo di questo. Al riguardo, diffusamente, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., 85 ss., il quale descrive l'individuazione della *locatio* nel *dare aliquid utendum*, con la conseguenza che "... non solum rerum, sed etiam personarum usus quandoque in locatione conceditur, et res vel personae locantur".

53 Nonostante il richiamo all'*uti frui*, perciò, il diritto intermedio non si distacca totalmente dal diritto romano: nel *dare aliquid utendum*, infatti, vengono comprese le *res* e le *personae*, non le *operae*, che continuano ad essere intese come i *fructus* delle persone stesse ed ancora estranea è la distinzione tra l'attribuzione in godimento delle *operae*, considerate in sé, ovvero nel risultato che esse sono preordinate a raggiungere. In proposito, F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto dei rapporti giuridici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1913, I, 225. Per maggiori approfondimenti sul rapporto di lavoro nel diritto romano ed intermedio: L. ABELLO, *Della locazione*, I, Napoli, 1905; BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4° ed., Milano, 1923; M. CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1935; F. PERGOLESI, *Nozioni*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da BORSI e PERGOLESI, I, Padova, 1939; P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile diretto da Vassalli*, II, 3, Torino, 1939; F. M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946; F. M. DE ROBERTIS, G. GHEZZI, *Lezioni di storia del diritto del lavoro*, Bari, 1967.

54 Così, G. SUPPIEI, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, 1 ss.

55 Nel corso del XIX sec. si tenta di affermare che il lavoro umano è un bene del quale il proprietario può disporre, attribuendolo in godimento ad altri, dietro un corrispettivo. Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1904, vol. II, 2° parte, 401-402. Si assiste, infatti, al tentativo di sistemare concettualmente le varie possibilità di adozione dello schema locativo, a seconda che si dia in godimento una cosa (*locatio rei*), un'attività lavorativa produttiva di utilità in sé e per sé considerata (*locatio operarum*), ovvero un'attività lavorativa vincolata al risultato, e, quindi, produttiva di utilità per il creditore solo attraverso il risultato stesso (*locatio operis*). Se, dunque, nella concezione romana la forma della *locatio operarum* esprime l'idea che il lavoro mercenario abbassa la condizione dell'uomo libero, al contrario, nei codici ottocenteschi la stessa figura giuridica viene assunta quale *mezzo di esaltazione e di salvaguardia della libertà del lavoratore dai vincoli di natura personale*. Sul punto, non posso che rinviare a SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., 94.

56 L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., 92.

57 La configurazione del lavoro subordinato nei termini indicati trova accoglimento, soprattutto, nella dottrina tedesca: MANSFELD, *Vom Arbeitsvertrag in Deutsches Arbeitsrecht*, 1936, 124 ss.; SIEBERT, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Amburgo, 1935, 16 ss.; HUECK, *Teoria del contratto di lavoro*, in *Nuova Riv. Dir. Comm.*, 1955, I, 69 ss. Nella dottrina italiana, MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935; P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, II, Torino, 1939, 159 ss.; L.A. MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'azienda*, in *Dir. Lav.*, 1940, I, 125 ss.; ROBERTI, *Rapporto di lavoro e struttura associativa*, in *Dir. Lav.*, 1946, I, 186 ss.; NOVARA, *Il contratto collettivo aziendale*, 70 ss.

Si tratta di teorie che, in armonia con le nascenti “logiche collaborative”, enfatizzano il ruolo dell’interesse dell’impresa come istituzione all’interno della quale collaborano capitale e lavoro<sup>58</sup>, nonché il ruolo del lavoratore come collaboratore attivo dell’imprenditore, e che svalutano il contratto, elevando a fonte del rapporto di lavoro l’inserzione del lavoratore nell’organizzazione gerarchica creata e diretta dall’imprenditore<sup>59</sup>.

La previsione dell’art. 2094 del Codice del 1942, del resto, in maniera coerente con le concezioni politiche del corporativismo, finirà per porre, almeno formalmente, sullo stesso piano le attività imprenditoriali e quelle lavorative in senso stretto, nell’ottica del superamento del conflitto di classe<sup>60</sup>.

La rivoluzione industriale segna, com’è noto, la definitiva “personalizzazione” del rapporto di lavoro, configurato come puro rapporto di scambio, avente ad oggetto un bene, il cui prezzo è fissato dalla legge economica dell’incontro della domanda e dell’offerta<sup>61</sup>.

Ravvisare nel libero mercato le migliori condizioni di lavoro, tuttavia, significa prescindere dall’idea che l’attività lavorativa, come attività perdurante nel tempo, sia destinata ad essere inserita ed a svolgersi in un contesto organizzativo inteso non solo come apparato tecnico ed economico, ma anche e prima di tutto come consorzio umano.

Se nel lavoro oggettivato in forza-lavoro si annida il germe di una inevitabile “mercificazione” ideologica del lavoro salariato, che sacrifica qualunque valore personalistico e riduce l’uomo a mero soggetto corporeo, nel pensiero giuridico, però, un sentimento diffuso di “ripugnanza” ad ammettere la disponibilità della personalità umana a costituire il termine oggettivo di un rapporto di scambio, da sempre, ostacola i tentativi di assumere l’attività lavorativa, la “forza lavoro” o “il corpo” stesso del lavoratore, come entità formale scindibile dalla persona e, per questo, capace di rendersi patrimonialmente disponibile<sup>62</sup>.

La *persona*, come è stato autorevolmente sostenuto, è un “valore giuridico unitario”. “L’uomo, uno e indivisibile, l’individuo è soggetto e dunque non può essere oggetto di diritto...”. Non è una cosa che possa appartenere ad altri in tutto o in parte e “neppure può dirsi che appartenga a sé medesimo”. Ciò che il senti-

<sup>58</sup> Per tutti, MOSSA, *L’impresa nell’ordine corporativo*, cit., 126 ss.

<sup>59</sup> P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano*, cit., 159 ss.; L.A. MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell’ordinamento gerarchico dell’azienda*, cit., 125 ss.

<sup>60</sup> Per considerazioni sul dibattito teorico inerente a questa tematica: U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel periodo fra le due guerre*, in *Lav. Dir.*, 1987, 344; L. GAETA, *Un breve profilo storico*, in L. GAETA, F. STOLFA, TESAURO (a cura di), *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, *La subordinazione*, tomo I, Torino, 1993, 19 ss.

<sup>61</sup> L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., 416-417.

<sup>62</sup> Per una ricostruzione storico-critica delle “polarizzazioni concettuali connesse al superamento delle logiche oggettuali”: M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, cit., 327 ss., il quale ritiene esserci stato nel processo di “oggettivazione” del lavoro un’oscillazione tra due poli di riferimento: “il lavoro come attività in sé e il lavoro come persona in attività”.

mento comune ed il nostro ordinamento consentono è che “l’uomo limiti la propria libertà, accetti una regola per la sua condotta”, in relazione ad un altro uomo “per procurare a questo e a sé medesimo un vantaggio economico”, senza, però, “che di lui l’altro possa materialmente disporre”, come disporrebbe di una cosa”<sup>63</sup>.

Nelle estremizzazioni teoriche e nelle oscillazioni di pensiero derivate dai tentativi di oggettivazione del lavoro umano, però, si riflette assai bene quella che è stata definita l’ “ambiguità congenita” dell’oggetto del contratto di lavoro e del relativo diritto<sup>64</sup>.

Dal punto di vista storico-critico, così, tali opinioni costituiscono ancora “elementi di utile riflessione”, tanto più, poi, ove si consideri che le incertezze sulla qualificazione dell’oggetto del contratto di lavoro hanno finito per ripercuotersi sul modello di struttura del tipo contrattuale<sup>65</sup>.

Ripercorrerne nelle linee essenziali i tracciati argomentativi e tentare di comprendere entro quale misura gli stessi possano ritenersi ancora attuali sembra dunque opportuno.

La dottrina di inizio secolo, com’è noto, sotto la spinta di fenomeni politici e sociali, manifesta una certa insofferenza nei confronti della concezione locativa del rapporto di lavoro, che appare come una forma di transizione tra vecchio e nuovo, il simbolo di una crisi nel concetto giuridico del contratto di lavoro<sup>66</sup>.

L’adozione dello schema locativo come strumento d’inquadramento delle attività lavorative, considerate in sé o nel loro risultato, genera non poche difficoltà nella costruzione giuridica della fattispecie, trattandosi di un modello carico di implicazioni patrimonialistiche. Non mancano, infatti, voci dissenzienti sull’ “ibrida unione”<sup>67</sup>.

Ad alimentare il dibattito, in sintesi, è la consapevolezza che non sia possibile coniugare lo schema della locazione, intesa come concessione ad altri del godimento temporaneo di energie, con il principio della indissociabilità del godimento dell’energia dal corpo dal quale la stessa scaturisce<sup>68</sup>.

63 Così, F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., 1073. Sulla considerazione della persona come valore giuridico unitario anche L. MENGONI, *L’oggetto dell’obbligazione*, in *Jus*, 1952, 161.

64 Così, M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, cit., 310, secondo il quale “la ripugnanza ad ammettere nella struttura dell’oggetto stesso un elemento personale è all’origine degli irrisolti profili di ambiguità, che tuttora caratterizzano la richiamata problematica del requisito oggettivo”. Il diritto del lavoro è espressamente qualificato come “un diritto ambiguo” da U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995, 21.

65 Così, M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, cit., 325-326.

66 Così, per tutti, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., 192 ss., il quale ravvisa l’errore della dottrina “nel non aver voluto elevarsi al di sopra di questa prima forma [locazione], la più semplice di sfruttamento proveniente dalle energie provenienti da una cosa”.

67 V. POLACCO, *Appunti sulle locazioni*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1887, n. 4, 409.

68 Conciliare i due termini, locazione e prestazione dell’energia, appare come un assurdo logico, giacché non c’è via di mezzo tra essi” (così, F. CARNELUTTI, *Studi sull’energia come oggetto dei rapporti giuridici*, cit., 386).

L'accostamento del contratto di lavoro al concetto di locazione, sotto questo profilo, infatti, va incontro ad una obiezione radicale: nessuna energia, neppure quella naturale, che la legge considera come cosa, potrebbe formare oggetto di locazione, poiché di qualunque energia non si può godere se non consumandola, mentre la locazione implica, necessariamente, l'obbligo di restituzione, dopo un certo tempo, del bene locato<sup>69</sup>.

Nel rapporto di lavoro, invece, il bene dato in locazione (energie lavorative), confondendosi con le altre risorse impiegate per conseguire il risultato produttivo, viene *definitivamente* trasmesso al conduttore (datore di lavoro) e non è più restituibile.

Per dare una logica alla costruzione del contratto di lavoro nel paradigma della locazione, allora, si dovrebbe ravvisare l'oggetto del contratto non tanto nelle *operae*, intese come forza-lavoro, ma piuttosto nel *corpo* del lavoratore, inteso come oggetto possibile di una facoltà di godimento a favore di altri, giungendo, in tal modo, a configurare il contratto di lavoro come atto di disposizione del proprio corpo<sup>70</sup>.

La teoria locativa tradizionale, così, appare sempre meno convincente, al punto che non mancano versioni corrette della stessa.

La più fedele al diritto civile codificato è, senza dubbio, quella di LODOVICO BARASSI, il quale, senza rompere con la tradizione romanistica, sussume il contratto di lavoro nel tipo locativo, sul presupposto che la "locazione" è una "concessione in godimento" e che, come tale, non comporta, necessariamente, la detenzione da parte del soggetto che aspiri ad impiegare un bene per soddisfare i propri bisogni<sup>71</sup>.

L'attribuzione dell'utilità implica, più in generale, il conferimento all'utente di un potere di utilizzazione, sia che si tratti di cosa materiale, sia che si tratti di lavoro umano.

Se, dunque, l'essenza del contratto di locazione è la concessione dell'utilità della cosa (*uti frui*), vi è in essa il germe di un istituto più ampio, vale a dire la locazione intesa come concessione della facoltà di utilizzare le energie da qualunque fonte provengano, dunque, *anche dall'uomo*<sup>72</sup>.

La preferenza accordata allo schema locativo non risolve, però, la contraddizione insita nell'oggettivazione del lavoro. Ne è prova il fatto che nel pensiero di

69 F. CARNELUTTI, *Studi sull'energie come oggetto dei rapporti giuridici*, cit., 387.

70 A titolo meramente esemplificativo possiamo ricordare: P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., 34, per il quale l'oggetto della locazione sarebbe lo stesso lavoratore; JANNACCONE, *Contratto di lavoro*, in *Enc. Giur. It.*, III, 3, 1, Milano, 1898, 1068, secondo il quale cioè che viene ad essere locato non è la persona del lavoratore, ma la "potenza di lavoro" messa a disposizione.

71 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., 541 ss.

72 La sussunzione del contratto di lavoro nel tipo locativo, del resto, espressamente accolta nel Codice del 1865 all'art. 1568, che recita: "il contratto di locazione ha per oggetto le cose e le opere", induce a ritenere che il tipo locativo, come elaborato dalla legge, sia più lato di quello che presuppone un *uti re aliena* e un possesso della cosa altrui.

BARASSI si ravvisano, come è stato opportunamente rilevato, “sconcertanti oscillazioni di pensiero”<sup>73</sup>. Se, da un lato, infatti, egli non si spinge a considerare come oggetto di locazione la persona, bensì le sue energie, dall’altro, però, egli è costretto ad ammettere che l’energia prodotta dall’uomo non è che lo stesso uomo che la produce<sup>74</sup> e che le energie non possono costituire oggetto di locazione separatamente dalla loro fonte ovvero dalla persona del lavoratore<sup>75</sup>.

Il ripudio critico dello schema della locazione apre la strada all’evoluzione del contratto di lavoro come categoria autonoma<sup>76</sup>.

Esponente più autorevole di tale orientamento teorico, come ampiamente noto, è francesco carnелutti<sup>77</sup>, secondo il quale la *locatio operarum* è una figura illogica, una forma ambigua, destinata presto o tardi a sparire, “distaccandosi dai libri e dai codici come una foglia secca dall’albero”<sup>78</sup>.

L’incapacità di distinguere la persona dal suo lavoro sarebbe, infatti, stando all’opinione prospettata, una concezione involuta, derivata dall’economia servile, alla quale è del tutto estranea l’idea di un godimento delle energie lavorative distinto dal godimento delle cose (persone) che le sviluppano, sicché si finisce per individuare in un *uti*, anziché in un *habere*, il contenuto del contratto di lavoro.

In linea con i nuovi canoni del liberismo industriale, che tende a riconoscere al lavoro qualità giuridica di cosa per negare implicazioni diverse da quelle meramente scambistiche, CARNELUTTI, ritiene si possa sciogliere la contraddizione logica insita nell’impiego della locazione, che non consente l’effetto essenziale della restituzione, riducendo le energie di lavoro a cose separabili dal corpo umano, dalla persona del “proprietario”, ed, in quanto tali, oggetto di un diritto di appropriazione trasmissibile<sup>79</sup>.

73 M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, cit., 323.

74 Così, L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, 259, secondo il quale lo sfavore verso il concetto di *locatio hominis*, quando l’uomo è libero, dunque, non può considerarsi che come una superstizione, giacché come il proprietario *locat servum suum*, così l’uomo libero *locat se ipsum*: in quanto egli è proprietario di se stesso. Tant’è che i giuristi romani ammettono accanto alla locazione dello schiavo, quella dell’uomo libero.

75 “... il lavoro, essendo inseparabile dall’uomo, non è che una qualità, un atteggiamento, un modo di essere, per sé non autonomo, né suscettibile di un autonomo trattamento giuridico” (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., 467-468).

76 In argomento, L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., spec. 418; C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, 173 ss.; G. MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1971, 370, il quale sostiene che il contratto di lavoro costituisce una categoria autonoma, distinta dalla locazione e dalla compravendita, in una “posizione di equilibrio instabile tra il diritto dei beni e il diritto delle persone”. Critico in merito alla concezione locativa del rapporto di lavoro, anche, ARDAU, *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, Milano, 1965, 565.

77 F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto dei rapporti giuridici*, cit., 354 ss. La controversia di principio viene ripresa fino negli anni ‘50, v. RABAGLIETTI, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, 1959, 47 ss.

78 F. CARNELUTTI, *Studi sull’energie come oggetto dei rapporti giuridici*, cit., 389; ma anche, F. CARNELUTTI, *Legittimazione al contratto di lavoro*, in *Foro It.*, 1938, IV, 76, dove sostiene la necessità che la critica moderna dimostri che “questo, della *locatio operarum*, sia un mezzo termine, illogico e insostenibile”.

79 Così, F. CARNELUTTI *Studi sull’energie come oggetto dei rapporti giuridici*, cit., 386 ss.

La locazione richiama, infatti, il concetto dell'uso (di una cosa) e, dunque, non può che supporre l'uso anche della persona. Il principio di libertà, tuttavia, esclude l'esistenza di un diritto altrui sull'essere umano.

Per superare tale contraddizione, allora, l'autorevole studioso è costretto a muovere dall'idea di poter considerare l'energia goduta senza il corpo che la sprigiona come una cosa e, conseguentemente, il negozio concluso per la trasmissione di quel diritto verso corrispettivo come una vendita<sup>80</sup>.

Il contratto di lavoro che tende a procurare il godimento di una energia che emana da un corpo umano (anziché da un corpo animale o inanimato), è ricondotto, così, nell'ambito della compravendita e, precisamente, alla *compravendita di energia*.

La diversità dei due campi, personale e reale, l'antitesi tra le due forme di energia, l'*uomo* e la *cosa*, per CARNELUTTI, giustifica una diversità di disciplina per i due contratti. La differenza tra le due specie, però, non impedisce, logicamente, di constatare l'unità del genere<sup>81</sup>.

Il pensiero dell'autorevole studioso conduce, per sua stessa ammissione, ad una "conclusione audace", quella secondo la quale le *energie umane*, quando si esteriorizzano, distaccandosi dalla persona umana per diventare oggetto di un contratto, sono *cose*. Il diritto del lavoro non sarebbe, dunque, un diritto sulla persona, ma su una cosa. La consapevolezza di ciò deve aver indotto, poi, l'Autore ad un ripensamento critico delle proprie posizioni<sup>82</sup>. In un successivo studio si legge, infatti, che il diritto che si costituisce a carico del lavoratore in dipendenza del rapporto di lavoro è un *diritto di credito sul corpo altrui* e, dunque, che "il corpo altrui ... è il vero oggetto del contratto di lavoro"<sup>83</sup>.

Tale diritto è, tuttavia, *limitato*. È proprio l'esistenza di limiti nell'ambito dei quali l'ordinamento ammette uno *ius ad corpus*, nel senso di *ius ad rem*, che

80 F. CARNELUTTI, *Studi sull'energia come oggetto dei rapporti giuridici*, cit., 392-393. L'analogia cui ricorre l'A. è quella del contratto di somministrazione di energia elettrica, avente per oggetto un obbligo di dare e non di fare (op. ult. cit., 382).

81 F. CARNELUTTI, *Studi sull'energia come oggetto dei rapporti giuridici*, cit., 388.

82 La teoria della compravendita delle energie lavorative è, successivamente, abbandonata, dall'Autore, il quale pur avendo dimostrato, l'inammissibilità della *locatio operarum* come locazione di energie, finisce, in realtà, per aderire in buona sostanza anch'egli allo schema locativo (F. CARNELUTTI, *Legittimazione al contratto di lavoro*, cit., 75). Per ulteriori considerazioni, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3° ed., Roma, 1951, 125 ss. Sulla plausibilità della teoria: L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., 430-431, secondo il quale la teoria prospettata sarebbe ammissibile, distinguendo logicamente "la persona dal corpo del lavoratore" ed individuando "nella prima il soggetto, nel secondo l'oggetto del contratto di lavoro". Ne deriva, secondo l'autorevole dottrina che "la tesi è errata solo sul piano storico, cioè soltanto in linea di diritto positivo: essa ripropone l'originaria concezione romana della *locatio operarum*, derivata da una estensione della *locatio hominis (servi)*; concezione del tutto estranea al diritto moderno. Nessuna norma del diritto positivo attuale autorizza a ritenere che il contenuto del contratto di lavoro consista nell'attribuzione al datore di lavoro di un diritto (temporaneo) di godimento del lavoratore o, più precisamente, del corpo del lavoratore, e correlativamente che l'obbligazione principale del prestatore di lavoro sia un'obbligazione negativa di *pati*, ossia di "lasciar fare" al datore di lavoro".

83 F. CARNELUTTI, *Legittimazione al contratto di lavoro*, cit., 75, il quale dichiara, espressamente, di non voler accedere "alla opinione tuttora dominante, secondo la quale il corpo umano non dovrebbe mai considerarsi come oggetto di rapporti giuridici".

escluderebbe, secondo l'opinione prospettata, di poter confondere il moderno contratto di lavoro con quello dello schiavo in economia servile<sup>84</sup>.

Per tale via, la fattispecie del lavoro subordinato finisce per essere ricondotta, di nuovo, nell'ambito dello schema locativo e per assumere la configurazione giuridica, non già di una *locatio operarum*, bensì di una *locatio corporis*.

Con la pretesa attribuzione al datore di lavoro di un diritto d'uso del corpo del lavoratore, tuttavia, la partecipazione della persona del lavoratore, caratteristica esclusiva del rapporto di lavoro, come è stato autorevolmente ribadito, non trova un'esauriente spiegazione<sup>85</sup>.

#### 4. Il lavoro come *facere*: superamento dell'alternativa tra *res* e *persona*

La considerazione della inseparabilità della prestazione di lavoro dalla persona del lavoratore conserva aspetti di perdurante validità.

La contraddizione esistente tra l'esigenza di oggettivazione formale del lavoro quale *energia*, di cui il datore di lavoro può disporre, e l'*immanenza della persona nel lavoro*, che, invece, sfugge ai termini oggettivi dello scambio, rende ancora incerta, così, la problematica dell'oggetto del contratto di lavoro<sup>86</sup>.

L'incapacità di superare la rilevata antinomia appare legata all'idea che i menzionati aspetti della questione siano riconducibili a due realtà antitetiche, sicché ammettere l'una implica, necessariamente, escludere l'altra.

Prima dell'introduzione del moderno istituto del contratto di lavoro, com'è noto, il diritto non conosce che la *persona* e la *res*: su di essi e sulle reciproche relazioni si impernia ogni costruzione giuridica.

Occorre ammettere, tuttavia, che il *lavoro umano*, fisico, psichico ed intellettuale, che proviene dalla persona e da questa è scambiato liberamente e volontariamente, *non* come una *cosa*, ma come un *bene* contro altri beni, non appare agevolmente riconducibile né all'una, né all'altra categoria<sup>87</sup>.

84 "La repugnanza alla schietta concezione del contratto di lavoro non è se non frutto del pregiudizio che al *conductor* debba spettare in ogni caso il godimento pieno del bene locato, mentre il godimento può essere come limitato nel tempo così limitato nel contenuto e nel modo fino ad escludere anche la più lontana parvenza della servitù" (F. CARNELUTTI, *Legittimazione al contratto di lavoro*, cit., 76).

85 F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., 1074.

86 Prospettive di inquadramento del contratto di lavoro nello schema locativo, come variazione della locazione di cose, sono riaffiorate anche successivamente. Sulle teorie "neo-realistiche" e sui rischi di una "rimerificazione" delle attività lavorative M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, cit., spec. 337-338.

87 Il nostro Codice stabilisce che "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti" (art. 810 c.c.). Esula dai fini della presente indagine approfondire ulteriormente il tema, tuttavia, è opportuno ricordare che le cose per poter formare oggetto di rapporti giuridici debbono essere beni (per tutti, PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, 825 e S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 164 ss.), nel senso di avere l'attitudine a soddisfare i bisogni umani e devono essere suscettibili di appropriazione, giacché le cose non appropriabili, ancorché atte a soddisfare un bisogno umano, proprio perché comuni a tutti (es. aria, acqua fluente, ecc.) non possono formare oggetto di rapporti giuridici (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 55).

Il lavoro, inteso come oggetto del contratto, *non è la persona*, l'uomo, ma il suo lavoro, inteso come prodotto dell'attività dello stesso uomo che lo produce<sup>88</sup>.

Il *lavoro umano*, però, *non è una cosa*, separabile dall'uomo che lo svolge, dalla persona, né quando è adibito in un lavoro applicativo (manuale), nel qual caso rileva come attività, né quando è impiegato nella creazione di opere. È, semmai, il prodotto derivante da quel comportamento, che dal momento del distacco dalla persona può diventare oggetto di un diritto altrui (es. di proprietà della persona per un modo d'acquisto originario, cui fa in un certo senso riscontro l'acquisto delle opere dell'ingegno)<sup>89</sup>.

Al fine di sciogliere i controversi profili di ambiguità dell'oggetto del contratto di lavoro evidenziati e di superare la tradizionale alternativa che contrappone il lavoro come cosa alla persona umana, si potrebbe attribuire al lavoro, invero, una qualificazione giuridica diversa.

Si tratterebbe, in altri termini, di individuare un "nuovo" oggetto nel campo del diritto compatibile, da un lato, con la logica formale della deducibilità ad oggetto in un rapporto di scambio; dall'altro, con il profilo dell'immanenza della persona quale elemento essenziale del negozio tipico di matrice codicistica.

L'accezione giuridica di *lavoro* più adeguata allo scopo sembra essere senza dubbio quella di un *facere*<sup>90</sup>, con ciò intendendo il *comportamento* di un soggetto (lavoratore) per procurare un risultato od un'utilità ad altri<sup>91</sup>, la cui attuazione richieda, necessariamente, l'impegno *personale ed infungibile* del debitore medesimo<sup>92</sup>.

88 F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 129-130. V., anche, M. DEL- L'OLIO, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, Torino, 1986 e succ. ed.

89 Anche le opere dell'ingegno, scientifiche, letterarie, artistiche, interpretative, e le invenzioni industriali (artt. 2575 e ss. c.c.) sono *beni* "veramente nuovi, prodotti dallo spirito umano, importanti più di tutti gli altri, perché da essi principalmente dipende il progresso dell'umanità: il diritto li riconosce per attribuirli a titolo originario a chi li ha prodotti. Queste opere si distinguono dalle cose, appunto perché, partecipando della stessa natura spirituale dell'intelligenza creatrice o inventrice di cui sono proiezioni, sono beni immateriali, ... [che]... si pongono accanto ai beni materiali, perché come questi, costituiscono oggetti immediati di diritti assoluti, che sotto questo riguardo si comportano come diritti reali, ma ne differiscono profondamente, e perciò non può correttamente parlarsi di una proprietà letteraria, o artistica, o industriale, appunto in dipendenza della natura profondamente diversa dell'oggetto" (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 52-58). Sul tema diffusamente M. MARTONE, *Sui beni immateriali*, Padova, 2000.

90 Di tale avviso anche A. VALLEBONA, *Etica e ordinamento del lavoro*, in *Dir. Lav.*, 2000, I, 462, il quale in proposito ribadisce come "oggetto del contratto non è la persona o il corpo, ma l'attività lavorativa, cioè un *facere* scambiato con la corrispettiva retribuzione (*do ut facias*)".

91 I diritti aventi ad oggetto il lavoro vengono ricondotti nell'alveo dei diritti soggettivi, cioè di quei diritti che, sia che servano a procurare una *res* al titolare del diritto (come nel diritto di credito), sia che producano effetti sulla sfera giuridica altrui (come nei diritti potestativi), hanno per oggetto diretto un *comportamento*, "... si che di fronte al titolare la generalità degli altri soggetti soggiace soltanto ad un obbligo secondario e riflesso di astensione", a differenza dei cd. diritti reali, che, invece, pur inducendo, come ogni altro diritto una relazione tra soggetti, hanno per oggetto diretto la *res* (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 56).

92 Sulla infungibilità della prestazione: F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit.; R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1963, 121; M. GRANDI, *La prestazione di lavoro subordinato e la persona del lavoratore*, cit., 415 ss.

Nella concezione del lavoro come *facere* umano la logica formale dello scambio ed il valore personalistico dell'attività dell'uomo si coniugano agevolmente.

Riguardo al primo profilo, infatti, il *facere non è energia*<sup>93</sup>, o *res*, che promana dalla persona, ma può ben dirsi un "prodotto" dell'attività dell'uomo che lo compie. Non vi è dubbio, inoltre, che di tale comportamento la persona possa formalmente disporre.

Resta da chiarire perché il lavoro, inteso come un *facere*, non sia configurabile quale entità autonoma, radicalmente astratta dalla persona, e, dunque, perché lavorare per altri significhi, necessariamente, dedurre nel contratto, in una qualche misura, anche se stessi.

Per spiegare l'inseparabilità dell'uomo dal proprio lavoro si è sostenuto in dottrina che nel lavoro è "immanente, come dato di rilevanza formale, la persona del lavoratore"<sup>94</sup>.

Il ricorso ad un generico concetto di "immanenza della persona nel proprio lavoro", tuttavia, di per sé, non consente di spiegare compiutamente in quale modo un elemento della stessa persona, o meglio, un dato della sua personalità, possa dirsi sempre presente (immanente) nella struttura dell'oggetto del contratto.

Non appare con chiarezza, in altri termini, se la persona possa essere implicata in una logica di scambio, senza rimanerne, per così dire, oggettivata.

Ammettere che lavorare significhi dedurre ad oggetto di un contratto un *facere* consente, invece, di risolvere il problema prospettato.

La personalità umana, nei suoi diversi aspetti, trova generalmente espressione nei comportamenti umani, ciascuno dei quali risulta essere sempre guidato dall'intelligenza e mosso dalla volontà.

Il *facere umano*, per tale ragione, non può considerarsi come entità, come "oggetto", scindibile dalla personalità ed acquista, perciò, quella dignità che alla *persona* conviene, senza tuttavia confondersi od identificarsi con essa.

93 La questione concernente l'oggettivazione delle energie umane nell'ambito della nozione di "energie naturali" è molto controversa. Per alcuni rilievi critici al riguardo, M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, cit., 326-327, e spec. dottrina cit. nota (59). La considerazione della "inseparabilità" o "consumabilità" delle attività lavorative, secondo parte della dottrina, sarebbe un'argomentazione logica insufficiente per escludere validamente l'oggettivazione delle energie umane, posto che si comportano alla stregua delle "energie naturali", suscettibili di formare oggetto di diritti (G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, Padova, 1957, I, 61 ss.). La norma dell'art. 814 c.c., infatti, equipara alle cose le "energie naturali" aventi un valore economico. L'aggettivo "naturali", in realtà, deve essere interpretato nel senso di escludere, l'estensione della nozione giuridica di "cosa" alle "energie umane". Il nostro Codice civile, del resto, ripetutamente, contrappone le "cose" ai "servizi" ed alle "opere" (artt. 2082, 2195, 1° comma, 2222 e 2247 c.c.), che, pertanto, possono considerarsi come suscettibili di appropriazione o di disposizione. In argomento, CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, 25 ss.

94 Così, M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, cit., 310, secondo il quale "tale immanenza connota in senso tipico il lavoro subordinato, con la conseguenza di attrarre, nell'area dell'oggetto, non solo l'attività lavorativa considerata (le opere), ma il soggetto autore della medesima".

Nell'ampio *genus* del *facere* dell'uomo un apprezzamento assolutamente prioritario deve, certamente, tributarsi al *lavoro*.

Attraverso il lavoro, infatti, l'uomo costruisce e modifica, per scelta o per necessità, la realtà in cui è destinato a vivere, soddisfa i propri bisogni, realizza le proprie aspirazioni.

Si può correttamente affermare<sup>95</sup>, come è stato autorevolmente sostenuto, che il lavoro costituisce la più pregnante affermazione della esistenza umana, poiché è *nel* lavoro e *con* esso che trova espressione quella capacità che è propria dell'uomo "e dell'uomo soltanto di riuscire ad essere, nella sua vita materiale, non soltanto "fattura" della natura, ma "fattore" delle vicende materiali, dell'ambiente in cui opera e della sua stessa esistenza, in altre parole, "realizzatore" del proprio universo e di sé. Una capacità che gli deriva da quella "caratteristica esclusiva dell'uomo, della sua personalità, che fa dell'uomo un unico: la "spiritualità"<sup>95</sup>.

Come ogni manifestazione della personalità umana, anche il lavoro, allora, non è isolabile, quale parte da staccare del corpo o della persona.

Sia quando è adibita allo svolgimento di un lavoro applicativo (manuale), nel qual caso il suo lavoro rileva come attività, sia quando è impiegata nella creazione di opere, la persona è, necessariamente, implicata, con la propria volontà, affinché l'atto di disposizione del proprio lavoro possa avere efficacia obbligatoria.

Il lavoro, dunque, segue *volontariamente* il distacco, nel senso che l'atto con il quale si dispone del proprio lavoro, è un atto con il quale si dispone anche di sé e che, conseguentemente, per avere efficacia vincolante finisce per coinvolgere *sempre* la persona<sup>96</sup>.

Nel dedurre ad oggetto di un rapporto obbligatorio il lavoro, come del resto, ogni *facere* umano, allora, non si può escludere la persona coinvolta *dalla e nella* attività, vale a dire, la sua "posizione attiva", come soggetto impegnato in un'obbligazione di comportamento.

La partecipazione del lavoratore al perseguimento del risultato cui miri l'imprenditore, o altro datore di lavoro, per i propri interessi esclusivi, così, non può mai dirsi *passiva*<sup>97</sup> e la subordinazione presuppone sempre nei soggetti cui si riferisce "un binomio vivo e fattivo"<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Spiritualità dell'uomo*, in F. SANTORO PASSARELLI, *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 1-2.

<sup>96</sup> L. RIVA SANSEVERINO, *Art. 2060 c.c.*, in A. SCIALOJA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna - Roma, 1943, 6.

<sup>97</sup> Anche, nell'ipotesi limite, in cui il lavoratore si mette semplicemente a disposizione senza svolgere materialmente la prestazione, è in ogni caso ravvisabile una partecipazione, sia pure minima, nell'essersi recato sul luogo di lavoro e nell'essere pronto a rispondere agli ordini ed alle istruzioni che il datore di lavoro, in qualunque momento, volesse impartirgli.

<sup>98</sup> "Mettere a disposizione" non significa, infatti, per l'autorevole dottrina, offrire un'energia bruta: l'uomo offre anche la propria esperienza all'imprenditore, il quale, pertanto, deve anche nel proprio interesse, rispettare una certa autonomia del lavoratore quanto ai criteri tecnici nell'adempimento del lavoro (così L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, cit., 252).

Perché in concreto sia possibile realizzare l'interesse del contraente cui la prestazione è destinata, in definitiva, non si può prescindere dall'apporto efficiente dell'uomo che è autore di quel comportamento. Neanche quando, come si dirà, egli versi, nei confronti del creditore della prestazione, nella condizione di massima soggezione che un ordinamento, ispirato a principi di libertà e dignità della persona, possa ritenere meritevole di tutela. Diversamente, la subordinazione finirebbe col tradursi in "un'obbedienza cieca, perché assolutamente esclusa da ogni orizzonte teleologico"<sup>99</sup>.

Nei riguardi *dell'uomo* che deduce nel contratto il proprio lavoro ed, attraverso il lavoro, alcuni dei tratti più alti della propria personalità, come la volontà o la spiritualità, allora, non si pone tanto un problema di "godibilità" (locazione), né di "cedibilità" (compravendita) delle sue "energie", del suo "corpo" o di sé, quanto, piuttosto, di *indirizzo* del suo "comportamento" di *lavoro* e, specialmente, di *limitazione* alla implicazione della sua persona nell'attività lavorativa, in altri termini, di limitazione della sua libertà di persona che lavora.

È infatti nel modo in cui la persona è implicata nell'attività, e, dunque, nelle modalità di *essere* lavoratore che deve ricercarsi la ragione per cui il "lavoro dell'uomo libero per un altro uomo..." ha posto e pone ancora oggi "... nei termini più crudi all'economia e al diritto il problema della libertà e della personalità umana del lavoratore"<sup>100</sup>.

## 5. Il diritto del lavoro: un diritto antropocentrico

Il lavoro, come si è detto, è "una mera astrazione concettuale"<sup>101</sup>, nella realtà, "esistono *uomini* che lavorano"<sup>102</sup>.

Il programma normativo di protezione facente capo al sistema dei rapporti di lavoro, pertanto, si pone a tutela *non già del lavoro come astrazione oggettiva*, quanto, piuttosto, *della persona* del lavoratore non in quanto soggetto in stato di inferiorità socioeconomica, ma come soggetto coinvolto con tutto il suo essere nell'esecuzione dell'attività lavorativa<sup>103</sup>.

L'implicazione della personalità del lavoratore nel proprio lavoro, come è stato autorevolmente sostenuto, è tale che, per quanto nel relativo contratto possano sussistere elementi patrimoniali, "il diritto della persona", vale a dire l'esigenza

<sup>99</sup> A. CESSARI, *Fedeltà, lavoro e impresa*, Milano, 1969, 67-68.

<sup>100</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., 1071.

<sup>101</sup> L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., 418.

<sup>102</sup> U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, cit., 13.

<sup>103</sup> In tal senso M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, cit. 311. Sulla problematica della tutela della persona del lavoratore implicata nel lavoro: C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore*, cit., 173 ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 69 ss.; A. CATAUDELLA, M. DELL'OLIO, *Il lavoro e la produzione*, cit., 266 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, Napoli, 1976, 61 ss.

di apprestare adeguata tutela agli aspetti della personalità coinvolti *nel e dal lavoro* rimane “centro e profilo pregnante in ogni momento”<sup>104</sup>.

Si comprende, allora, per quale ragione il diritto del lavoro, com'è stato efficacemente evocato, possa definirsi “un diritto a misura d'uomo”<sup>105</sup> ed, anzi, per meglio dire, un diritto “antropocentrico”.

Non ogni uomo che lavora, tuttavia, o, meglio, non l'uomo che svolga qualunque lavoro genericamente inteso è posto, in origine, al centro del sistema.

L'esigenza di garantire forme di tutela omogenee e generalmente valide per tutti i lavoratori rimane a lungo estranea al dibattito scientifico e parlamentare. Prima che la legislazione civilistica riconosca rilevanza e tipicità al contratto, com'è noto, l'attenzione dedicata dal diritto codificato al lavoro subordinato è limitata<sup>106</sup>.

Il ritardo del legislatore nel dare compiuta attuazione al disegno unificante del tipo lavoro subordinato è dovuto al timore che una legge organica, data la sua inderogabilità, possa invadere un'area tradizionalmente riservata all'autonomia delle parti, con conseguente lesione del principio di libertà contrattuale<sup>107</sup>.

**104** F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., 1071.

**105** U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, cit., 25.

**106** Contengono una disciplina, sia pure molto ridotta, sulla locazione delle opere il *Codice del Regno delle due Sicilie* del 1809 ed il *Codice del Primo Regno d'Italia* (dec., 30-II, 1806); il *Cod. Civ. per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla* (artt. 1689-1721); il *Codice Albertino*, fatto ad imitazione di quello napoleonico (artt. 1626-1721); il *Codice estense*, su modello quello parmense (libro III, parte III, tit. VI, cap. 6, 8 e 9). Nel regno Lombardo-Veneto vige, invece, il Codice austriaco del 1811.

Nel *Codice Civile italiano del 1865*, poi, la disciplina del contratto di lavoro manca quasi del tutto. Si fa riferimento, in generale, alla “locazione delle opere”, nella quale vengono ricompresi tanto il lavoro subordinato (*locatio operarum*), quanto il lavoro autonomo (*locatio operis*). L'art. 1570 del Codice del 1865 definisce la “locazione delle opere” come “il contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede”. L'art. 1627 precisa, poi, che “vi sono tre principali specie di locazione delle opere e d'industria: 1) quella per cui le persone obbligano la propria persona all'altrui servizio; 2) quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3) quella degli imprenditori di opere ad appalto o a cottimo”. Dalle norme riportate non emergono con chiarezza i contorni giuridici del fenomeno del lavoro subordinato, che il legislatore del 1865 definisce con la generica espressione usata al punto 1) dell'art. 1627 e riferibile anche al lavoro autonomo. L'unica norma specificatamente riconducibile al lavoro subordinato è l'art. 1628, dove si dispone che “nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa”, con ciò vietando la perpetuità o la tendenziale perpetuità del contratto. Il Codice non regola nessun altro aspetto del contratto di lavoro. La maggior parte della disciplina della *locazione* delle opere si occupa, invece, esclusivamente del lavoro autonomo o della *locatio operis*, compreso l'appalto, dei quali regola obbligazioni e responsabilità delle parti.

Nel *Codice di Commercio italiano del 1882*, invece, riguardano il contratto di lavoro le sole norme che regolano i profili della conclusione e dello svolgimento del contratto di arruolamento, le ipotesi di malattia e di morte del marinaio, nonché il suo congedo (Titolo III, Libro II, artt. 521-546). In tali disposizioni, ancorché incomplete e fortemente influenzate dalle caratteristiche peculiari delle attività, che disciplinano, sono presenti alcuni principi fondamentali della tutela del lavoro subordinato. Per l'apprezzamento che garanzie dal carattere tanto pionieristico suscitarono fra gli interpreti dell'epoca: VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 1894, 1° ed., II, 74. Ne segnala la funzione anticipatrice della disciplina del lavoro subordinato: S. HERNANDEZ, *Il lavoro nella navigazione tra esigenze di specialità e prospettive di uniformazione alla disciplina comune*, in *Dir. Lav.*, 1991, I, 365.

**107** Per alcune considerazioni sulla carenza della disciplina in materia di lavoro subordinato nel periodo considerato, F. SANTORO PASSARELLI, *Legislazione del lavoro*, Padova, 1936, 6-8. In tal senso anche E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2003, 10.

Nell'epoca delle grandi questioni sociali sorte per effetto dell'industrializzazione, perciò, la inidoneità delle norme esistenti a disciplinare la materia favorisce movimenti che promuovono una legislazione specifica sul contratto di lavoro, la c.d. "legislazione sociale", formalmente, in posizione eccezionale rispetto al sistema del diritto comune<sup>108</sup>.

Per molto tempo prevale la linea interpretativa secondo la quale il contratto di lavoro è già pienamente ricostruibile sulla scorta delle disposizioni del diritto positivo. Nei primi provvedimenti emanati a tutela del lavoro, così, il legislatore non sembra preoccupato di assicurare adeguate protezioni sul piano del contratto, ma si limita ad apprestare rimedi alle situazioni di bisogno e di degrado delle condizioni materiali del lavoro salariato<sup>109</sup>.

La riconduzione degli effetti protettivi delle leggi sul lavoro, ben presto, finisce per essere strettamente funzionalizzata alla necessità di tutelare una specifica categoria, caratterizzata dal dato della debolezza economica e sociale<sup>110</sup>, espres-

**108** Gli esponenti del c.d. "socialismo giuridico" giudicano inutile e dannoso trasporre in legge principi dottrinali e giurisprudenziali (tra questi, soprattutto, L. BARASSI, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, II, Milano, 1899, III ss.) e preferiscono, invece, mantenere immutato il sistema del diritto civile, integrandolo o correggendolo man mano con leggi sociali, di carattere contingente variabile (v., in proposito, SCIALOIA in sede di discussione sulla Riforma dei Codici nel discorso al Senato del 24 novembre 1923, in *Leggi*, edite dal *Foro It.*, 1924, 75). Per considerazioni al riguardo, G. PINO, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *Pol. Dir.*, 1984, 207 ss.

Sull'origine ed i caratteri dell'intervento legislativo nel regolamento dei rapporti di lavoro CABRINI, *La legislazione sociale (1859-1913)*, Roma, 1913; BALELLA, *Lezioni di legislazione del lavoro* (parte I e II), Roma, 1927. Ma cfr. anche U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1974, I, 77 ss.; nonché ID., *Diritto del lavoro (storia del)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, Torino, 1989, 479.

**109** I tentativi di demolire la sistemazione codicistica del rapporto di lavoro all'interno della categoria della locazione per privilegiare aspetti di matrice socioeconomica sono riconducibili ad un fenomeno che è stato definito "socialismo giuridico" e che vede tra i suoi esponenti più autorevoli: G. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Napoli, 1891, 15 ss.; ID., *Sul contratto di lavoro*, Napoli, 1902, 24 ss.; TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, 1893, 8 ss. Per un'analisi del pensiero della dottrina nel periodo considerato: M. VENEZIANI, G. VARDARO, *La "Rivista di diritto commerciale" e la dottrina giuslavoristica delle origini*, in *Quad. Fior.*, 16, 1987, 465; L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1987, 269 ss.

L'elaborazione teorica successiva tenderà, invece, ad escludere dallo schema ricostruttivo le leggi sociali, legate a considerazioni di matrice empirica e sociologica. Sul punto O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, 38.

**110** Al fine di individuare il proprio ambito di applicazione, così, i primi interventi legislativi in materia di lavoro prescindono da una ricostruzione unitaria della categoria, dettando nozioni spesso diverse di lavoratore, visto non tanto come parte contrattuale, quanto, piuttosto come soggetto economicamente debole (L. GAETA, *In tema di frammentazione della subordinazione: a proposito di un paio di sfasature e di un viaggio nel passato*, in D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Napoli, 1990, 129 ss.).

Per un *excursus* storico-evolutivo sul diritto del lavoro dalle origini ad oggi: U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, cit.; L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, relazione presentata al XIII Congresso nazionale A.I.D.L.A.S.S., svoltosi a Ferrara nei giorni 11-13 maggio 2000 sul tema *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, pubblicata, con alcune rielaborazioni, con il titolo *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 86, 2000, 2, 181 ss. (e pubblicata, altresì, in A.A.V.V., *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Milano, 2002).

sione di una situazione “culturalmente idealtipica, perché prevalente... in quanto... produttiva di problemi da risolvere...”<sup>111</sup>.

La figura del lavoratore protetto, com'è noto, è quella corrispondente al modello sociale tipico dell'epoca: l'operaio di fabbrica, occupato a tempo pieno in un'azienda di dimensioni medio-grandi, legato da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, inserito funzionalmente nell'organizzazione produttiva, sottoposto a stringenti direttive relative all'esecuzione della prestazione e ad intensi controlli da parte del datore di lavoro o dei suoi superiori gerarchici e tenuto al rispetto di un rigido orario di lavoro.

Il modello antropologico preso a riferimento per la costruzione del complesso e variegato sistema di disciplina ordinaria del rapporto di lavoro è dunque un uomo *privo* (o quasi) di potere contrattuale e “senza qualità”, costretto a lavorare per vivere, estraneo e disinteressato all'uso che del suo lavoro altri possano farne.

Questo concetto empirico, metagiuridico, invero, non esaurisce tutte le ipotesi fattuali di lavoro che pongono il lavoratore in condizioni di analoga debolezza ed inferiorità, ma la modalità che la civiltà industriale impone ai più diventa l'unica meritevole di considerazione per l'ordinamento; le altre, meno privilegiate, pur presenti diffusamente nel tessuto socio-economico, sembrano destinate, inevitabilmente, ad essere marginalizzate<sup>112</sup>.

Nell'epoca di iniziale affermazione del diritto del lavoro, del resto, la grande impresa di produzione in serie conferisce importanza primaria ai fattori del capitale e del lavoro, sicché all'uomo libero, sprovvisto dei mezzi necessari per organizzare su base capitalistica (o di altra natura: es. mercantile o artigiana) una propria attività, eppure obbligato a lavorare per provvedere ai propri bisogni, non è dato scegliere in che modo prestare lavoro, ma solo accettare di farlo secondo una modalità esecutiva che lo pone in condizione di ampia soggezione nei confronti di chi di quel lavoro è signore e padrone.

Ecco, allora, che, essenzialmente, per la sua preminente importanza economica e sociologica, i bisogni di una specifica figura di lavoratore diventano il presupposto di riferimento per la predisposizione e per l'applicazione di un vasto e complesso apparato di tutele<sup>113</sup>.

Scaturito da ragioni risalenti alla prima fase di affermazione della materia, il legame privilegiato tra la disciplina protettiva del rapporto di lavoro ed una certa

<sup>111</sup> L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Fra subordinazione e autonomia*, cit., 371.

<sup>112</sup> Questo approccio, secondo un'efficace metafora, ha introdotto nel diritto del lavoro “uno strabismo precoce che lo porta a concedere tutela a chi non ne ha bisogno e a negarla a chi invece ne avrebbe” (G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1984, 23). Per ulteriori riflessioni in tal senso L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., 185.

<sup>113</sup> Per ulteriori considerazioni in proposito: U. ROMAGNOLI, *L'amarcord del diritto del lavoro*, *Pol. Dir.*, 1982, 5 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, cit., 42.

figura tipica di lavoratore subordinato è confermato nel Codice civile<sup>114</sup> e poi, su basi concettuali diverse, in buona parte della produzione legislativa successiva. Le norme di diritto del lavoro, infatti, hanno continuato ad ipotizzare nelle proprie statuizioni una determinata fattispecie desunta dalla realtà sociale.

La centralità di un preciso modello sociologico, in questo modo, ha finito per condizionare la normativa lavoristica, che, almeno fino ad una certa epoca, come è stato osservato, si è plasmata attorno alle sue esigenze<sup>115</sup>.

La dinamicità delle vicende storiche della figura sociale nei riguardi della quale si sono concentrati gli interventi protettivi del legislatore, però, finirà per contrapporsi alla staticità di una rigorosa costruzione giuridica che, invece, non ha subito alterazioni di sorta per ciò che riguarda certi suoi elementi fondamentali<sup>116</sup>.

Proprio nell'antitesi tra fattispecie ed effetti e nelle sue reciproche interferenze ha finito per annidarsi, come meglio si dirà, il germe di una inevitabile "crisi" di identità della materia<sup>117</sup>.

## 6. Uno speciale modo di essere lavoratore e non di lavorare per l'applicazione del diritto che "dal lavoro prende nome e ragione"

Il diritto del lavoro è nato, come si è detto, non già da teorizzazioni sul contratto di lavoro, ma da considerazioni di matrice sociologica, tendenti ad anteporre l'immediatezza dell'istanza protettiva al momento tecnico-giuridico.

Sin dai primi tentativi di impostazione sistematica della materia e di inquadramento giuridico del contratto di lavoro, però, si avverte l'esigenza di non "intorbidare la limpidezza del diritto civile col punto di vista sociologico" e di vincolare il giurista ad assumere cognizione del dato sociale nel solo ambito della disciplina normativa del rapporto<sup>118</sup>.

Il criterio che dovrebbe qualificare la situazione di bisogno di chi lavora e costituire, così, il presupposto per l'applicazione di speciali misure di protezione da

<sup>114</sup> L'accezione di "lavoro" accolta dal nostro Codice civile del 1942 "prescinde da qualsiasi distinzione circa la forma secondo la quale l'attività umana è impiegata in vista di uno scopo produttivo e, quindi, prescinde anche dalla situazione economica, giuridica e sociale nella quale il singolo lavoratore viene a trovarsi" (L. RIVA SANSEVERINO, *Art. 2060. Libro V. Del Lavoro*, in A. SCIALOJA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna, 1943, 2).

<sup>115</sup> G. FERRARO, *I contratti di lavoro*, 2° ed., Padova, 1998, 46-47.

<sup>116</sup> R. PESSI, *Spunti per una riflessione sulla fattispecie lavoro subordinato*, in *Dir. Lav.*, 1988, I, 513.

<sup>117</sup> Così, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e impresa*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1986, 989; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 76 ss.

<sup>118</sup> Così, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., XXIII. Fra gli autori che, nella fase di iniziale affermazione del diritto del lavoro, richiamarono l'esigenza di conservare un rigoroso approccio tecnico-giuridico anche: TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, 1893; G. GIANTURCO, *Sul contratto di lavoro* (1902), in *Opere giuridiche*, Roma, 1947, II, 207 ss. In proposito v. la ricostruzione di L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, cit., 8.

parte dell'ordinamento, secondo questo orientamento, dunque, dovrebbe essere individuato da una situazione che emerge dal rapporto di lavoro stesso ed i cui effetti risultino collegati all'esistenza di una specifica relazione contrattuale, non già alla situazione sociale tipica del lavoratore.

Tale opzione metodologica è stata confermata, in via prevalente, anche dalla dottrina successiva, che, allo scopo di individuare quella categoria di rapporti di lavoro meritevoli di una speciale considerazione a fini protettivi da parte dell'ordinamento, ha quasi sempre escluso ogni riferimento a notazioni di natura meramente sociale od economica, privilegiando, invece, quale caratteristica propria ed esclusiva degli stessi, aspetti giuridici in senso stretto<sup>119</sup>.

Una corretta sistemazione dogmatica del contratto di lavoro, come è stato efficacemente sostenuto, tuttavia, richiede "un intimo e fecondo connubio dell'economista e del giurista": "il diritto è un fenomeno sociale" e non può disconoscersi "la funzione eminente dell'individuo nella collettività"<sup>120</sup>.

Il dato tecnico-giuridico e quello sociologico, mai come nel caso del rapporto di lavoro, certamente appaiono intimamente connessi, quasi correlati da un nesso di reciproca interdipendenza.

L'indagine giuridica avente ad oggetto i rapporti di lavoro si volge ad operare differenziazioni nel trattamento economico e normativo, proprio sul presupposto che tra chi lavora possano sussistere, in concreto, condizioni soggettive di debolezza ed inferiorità diverse, ma tali, tutte, da richiedere specifiche misure protettive.

Il bisogno che induce ad obbligarsi a prestare lavoro per altri, o che discende da tale obbligo, così, è un concetto che deve essere apprezzato ben al di là della sfera strettamente inerente all'obbligazione lavorativa, assumendo accezioni diverse a seconda della specifica realtà sociale ed economica nella quale il lavoro deve essere espletato.

Ciò significa che non sarebbe possibile prescindere, pur nell'ambito di una rigorosa costruzione giuridica del contratto di lavoro, dalla considerazione del fenomeno "così come vive nella vita, nella sua struttura economica, nella sua funzione sociologica"<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> L'elaborazione teorica più rilevante che fa capo a questo orientamento è certamente quella di F. SANTORO PASSARELLI, *Legislazione del lavoro*, cit., 17-18, il quale ha sostenuto, in maniera incisiva, la necessità di una ricostruzione della subordinazione in termini strettamente giuridico-formali e fondata su un'analisi tecnica del dato testuale della norma. Tra i successivi assertori anche F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957; L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit.; ID., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Soc.*, 1965; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit.; CASSI, *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Milano, 1968; S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, cit. 377 ss.; M. DELL'OLIO, *I collaboratori dell'imprenditore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XV, Torino, 1986, 234 ss.; M. GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 322.

<sup>120</sup> Così, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., XXIII, secondo il quale occorre "evitare le astrazioni di un infecondo costruzionismo" e "studiare il fenomeno così come vive nella vita, nella struttura economica, nella funzione sociologica".

<sup>121</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., XXIII.

La linea di separazione tra i due contratti di lavoro, allora, quello autonomo e quello subordinato, come è stato correttamente osservato, non si deve cercare sul terreno meramente astratto dei concetti giuridici, ma specialmente nell'atteggiamento sociale ed economico del rapporto di lavoro<sup>122</sup>.

Si trattava, allora, di identificare un *criterio tecnico-giuridico*, che fosse capace di segnalare uno *status* di peculiare necessità ed inferiorità sociale ed economica, un criterio idoneo, cioè, a rappresentare "la fondamentale istanza di intervento della disciplina del diritto del lavoro"<sup>123</sup>.

A tal fine, era necessario spostare il punto di osservazione dal fenomeno lavoro, vale a dire, dal profilo tecnico-funzionale dell'obbligo lavorativo, alla persona implicata in quel comportamento.

In altri termini, era necessario oggettivare in un dato tecnico-giuridico, non già un determinato modo di essere dell'attività dedotta in contratto, quanto, piuttosto, un particolare modo di essere prestatore di lavoro.

Viceversa, infatti, si sarebbe corso il rischio di commettere un grave errore prospettico, non privo di conseguenze sul piano applicativo.

È, infatti, il modo in cui la persona è implicata nell'attività di lavoro e non il tipo di attività che essa svolge, che nell'universo di chi lavora può segnalare una condizione di inferiorità di un individuo rispetto ad un altro e che, dunque, può costituire idonea misura per predisporre un regime di protezione adeguato all'entità di tale bisogno.

Il tipo di attività svolta non necessariamente esprime, di per sé, una condizione di particolare debolezza in cui versa chi la svolge<sup>124</sup>.

L'esperienza dimostra, piuttosto, che, nell'ambito di una medesima qualificazione giuridica dell'attività lavorativa subordinata possono essere ricondotte figure professionali e competenze differenti che richiedono assetti di protezione estremamente diversificati<sup>125</sup>. Così come, viceversa, può accadere, invece, che attivi-

<sup>122</sup> Così, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., 611.

<sup>123</sup> Così, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in A.A.V.V., *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, cit., 98.

<sup>124</sup> Per alcune osservazioni critiche in tal senso v. M. D'ANTONA, *Lavoro subordinato e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in A.A.V.V. *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, cit., 45 e A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., 18, il quale afferma proprio che "l'erogazione del medesimo tipo di professionalità" avviene oramai "indifferentemente, nel medesimo ciclo produttivo, sotto un regime di lavoro subordinato o sotto un regime di lavoro autonomo".

<sup>125</sup> Prerogativa giuridica di un determinato modo di lavorare che rimanda, come meglio si dirà, a condizioni di debolezza e di inferiorità economica e sociale estremamente diversificate, ad esempio, è l'eterodirezione. Figure professionali inserite a vario titolo e con competenze e professionalità differenti (dal dirigente all'operaio), possono svolgere attività qualificate, tutte, sulla base del predetto criterio tecnico-funzionale dell'adempimento, e, dunque, sul presupposto di essere sottoposte ad un potere di direzione, come subordinate. Al riguardo, si osserva agevolmente, però, che apparentemente identiche sul piano tecnico-funzionale, poiché tutte, in un modo o in un altro, eterodirette all'interno della stessa compagine aziendale, tali attività richiedono, invece, regimi di tutela profondamente differenziati. Viceversa, alle stesse modalità tecniche, attuative ed organizzative dell'attività di lavoro e, dunque, all'erogazione del medesimo tipo di professionalità, possono corrispondere rapporti qualificati, indifferentemente, sulla base del citato criterio, come autonomi o subordinati (è il caso dei consulenti, dei medici di fabbrica, ecc.) (cfr. *r. sciotti, Direzione e dipendenza nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., capitolo III).

tà di lavoro difficilmente confrontabili sul piano tecnico-funzionale rimandino a condizioni di debolezza non dissimili e, conseguentemente, richiedano strumenti protettivi analoghi<sup>126</sup>.

La circostanza che nel diritto del lavoro un particolare modo di essere lavoratore - e non di lavorare - sia divenuto il referente in termini tecnico-giuridici di uno status sociale ed economico di necessità tale da richiedere l'adozione di misure protettive da parte dell'ordinamento, del resto, trova conferma nel diritto positivo.

La prima e, ad oggi, unica norma che individua nel vincolo della subordinazione il presupposto per l'applicazione delle norme di diritto del lavoro (art. 2094 c.c.) definisce non già il (contratto di) lavoro subordinato, bensì il prestatore di lavoro subordinato e segnala, attraverso il particolare modo di essere del comportamento dovuto (dal lavoratore) - "alle dipendenze e sotto la direzione" - non tanto una specifica attività di lavoro, quanto, piuttosto, una peculiare condizione soggettiva della persona implicata in quel comportamento.

Dottrina e giurisprudenza hanno più volte ribadito come qualunque attività economicamente rilevante, opera o servizio, possa ugualmente essere oggetto di un rapporto di lavoro autonomo o subordinato. Tanto nel primo, quanto nel secondo caso, l'oggetto dedotto in contratto potrebbe essere un incarico ad elevato contenuto di competenze tecnico scientifiche (cioè ad elevata professionalità), o, indifferentemente, un impegno ad alto dispendio di energie fisiche e scarsamente qualificato, come il lavoro manuale<sup>127</sup>.

Qualifica il rapporto di lavoro, così, non già il contenuto dell'attività svolta, ma il modo in cui questa è considerata nei rapporti tra le parti e l'elemento della subordinazione diviene un criterio di rilevanza giuridica, idoneo a qualificare il rapporto di lavoro nei termini di una situazione giuridica peculiare<sup>128</sup>.

Una concezione della subordinazione che non si esaurisce nella descrizione delle modalità tipiche di adempimento della prestazione, ma si identifica, invero, con una speciale condizione umana, consente di comprendere le ragioni che hanno indotto il legislatore valutare con particolare considerazione la posizione soggettiva del lavoratore subordinato.

La circostanza che uno dei due contraenti sia direttamente coinvolto con la propria persona in un rapporto di soggezione suscettibile di esporlo ad attentati che

<sup>126</sup> Anche attività svolte in forma autonoma possono richiedere congrui strumenti protettivi, se chi le svolge è posto in condizioni non dissimili da quelle previste per il lavoro subordinato (ad es. il lavoro autonomo c.d. parasubordinato).

<sup>127</sup> In proposito, BOLOGNA-FUMAGALLI (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Milano, 1997, 14. Il principio secondo il quale ogni attività umana può esplicarsi vuoi in regime di autonomia vuoi di subordinazione è sostenuto anche dalla giurisprudenza. Così, anche recentemente, ad es. Cass. 17 dicembre 1999, n. 14248, in *Mass. Giur. It.*, 1999; T. Cagliari, 18 giugno 2001, in *Riv. Giur. Sarda*, 2002, 457; Cass. 21 novembre 2001, n. 14664, in *Rep. Foro It.*, 2001, voce *Lavoro (rapporto)*, 570; App. Torino, 16 luglio 2003, in *Lav. Giur.*, 2003, 1170; Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622, in *CED Cass.*, 2004.

<sup>128</sup> F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, 6.

possono minacciare il valore primario della persona umana, nella sua essenza, ha posto l'esigenza da parte dell'ordinamento di una speciale considerazione.

È così, allora, che, pur ritenendo pienamente condivisibile l'idea di una protezione di base generalizzata, comune cioè a tutte le manifestazioni di lavoro, indipendentemente da qualsivoglia qualificazione, come meglio si dirà, là dove il fenomeno lavoro, però, venga in considerazione non tanto, in sé e per sé, quanto come oggetto di uno specifico rapporto, qual è quello di lavoro subordinato, non può dubitarsi della necessità di riconoscere ad esso una diversa e più penetrante tutela giuridica. Se, infatti, come è stato autorevolmente sostenuto, "tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'aver per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'aver e di ogni altro bene"<sup>129</sup>.

Il significato ed il valore dell'intervento protettivo a favore dei lavoratori subordinati può cogliersi, come pure in dottrina è stato sottolineato, non tanto muovendo dalla considerazione del lavoro subordinato ravvisato nella sua oggettività, quanto piuttosto facendo capo alla loro condizione soggettiva<sup>130</sup>.

Per tale via, come è stato osservato, "una profonda e reale differenza di situazioni economiche", ha potuto, di fatto, consacrare una sostanziale differenziazione nel trattamento giuridico tra il lavoro autonomo e quello subordinato"<sup>131</sup>.

L'azione del diritto nel campo del lavoro, perciò, trae la sua origine dalla considerazione della speciale posizione soggettiva del prestatore (subordinato) ed attraverso l'intervento normativo si propone di reagire ad un ineliminabile stato di fatto, reintegrando la menomata uguaglianza e libertà di chi presta lavoro<sup>132</sup>.

Nella prospettiva di correggere alterazioni del modello contrattuale, il sistema del diritto del lavoro è stato improntato alla tutela della persona del lavoratore quale parte più debole ed a tale finalità si attribuisce, tradizionalmente, l'autonomia di questo ramo dell'ordinamento<sup>133</sup>.

Non sembra potersi dubitare, allora, della necessità di una convincente e fondata analisi sul presupposto che vale adeguatamente a qualificare la peculiare condizione soggettiva di colui che presta il proprio lavoro dipendente ed alla quale l'ordinamento ha ricondotto autonomia di effetti giuridici, giacché ben diversa è la posizione sociale di chi subordina il proprio lavoro agli altrui criteri direttivi, non assumendo i rischi del raggiungimento del risultato, in confronto "a chi è signore del proprio lavoro"<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> Così F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., 1071.

<sup>130</sup> F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, cit., 68, per il quale, tuttavia, tale condizione è un dato metagiuridico, preesistente al contratto ed identificato nell'appartenenza ad un ceto sociale privilegiato. In senso analogo anche R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, cit., 30.

<sup>131</sup> Così, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., 611.

<sup>132</sup> F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, cit., 25-26.

<sup>133</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, I ed., 13 ss.

<sup>134</sup> Così, L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2° ed., cit., 611.

## RIASSUNTO

Le profonde trasformazioni che hanno contribuito a dare vita al cd. “mercato globale”, impongono la necessità di un ripensamento critico della funzione del diritto del lavoro, che sembrerebbe mettere in discussione il modello fondato sulla drastica alternativa tra lavoro autonomo e subordinato.

L'unico riferimento per l'applicazione delle tutele del diritto del lavoro, in realtà, è ancora oggi la *subordinazione* quale si ricava dall'art. 2094 c.c., che resta un criterio di distinzione destinato oramai ad operare in un ambito più ristretto come anche il legislatore, del resto, ha confermato nelle sue riforme più recenti. Si impone, infatti, una revisione di metodi ed indici utilizzati dai giudici per differenziare in concreto i due generi in presenza di modalità di prestare lavoro molto diverse da quelle tradizionali.

Per riprendere gli studi sulla subordinazione, però, è necessario avviare una riflessione sul “lavoro” come “oggetto di diritto”. Ripercorrendo le principali teorie che hanno tentato di inquadrare il lavoro umano nello schema di un contratto (BARASSI, CARNELUTTI) emerge una insuperabile contraddizione: l'inseparabilità della persona umana dal suo lavoro, dalle sue energie; e, quindi, l'impossibilità di considerare il lavoro umano come una cosa che può essere ceduta o scambiata in cambio di danaro o altri beni. L'immanenza della persona nel proprio lavoro fa sì che nel considerare il lavoro come oggetto di un contratto si debba porre limiti all'implicazione della persona ed alla sua libertà e quindi individuare strumenti di protezione dell'uomo coinvolto nello scambio nella sua dimensione materiale e spirituale.

Per questa ragione il diritto del lavoro è stato definito un “diritto a misura d'uomo”, anche se in origine indirizzato alla protezione di una determinata figura sociale tipica di lavoratore sottoprotetto, che era la più importante dell'epoca industriale. L'evoluzione sociale ed economica, in seguito, ha ampliato le ipotesi inferiorità e di sottoprotezione sociale ben al di là dei confini originari.

Il legislatore ha identificato un criterio tecnico-giuridico capace di individuare uno speciale *modo di essere lavoratore* che possa segnalare la condizione soggettiva di inferiorità e quindi il bisogno di protezione e di tutela. Tale criterio è stato così identificato nella *subordinazione* quale si ricava dall'art. 2094 c.c. e, precisamente, nel modo in cui il prestatore di lavoro deve prestare l'attività, “*alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”.

## SUMMARY

The deep transformations that contributed to create the so called “global market”, impose the need to critically re-think the function of employment rights that

seems to challenge the model based on the drastic alternative between salaried work and self-employment.

The only reference for the application of measures to protect employment rights still nowadays, is the *subordination* inferred from art. 2094 Civil Code, which remains a distinctive criterion operating in a restricted sphere, as confirmed by the legislator in most recent reforms. In fact, the methods and indexes implemented by judges to distinguish the two types are reviewed, in force of the presence of various kinds of employment, extremely different from traditional ones.

In order to resume the studies on subordination, a reflection must be made on “work” as “object of law”. A contradiction that cannot be overcome stands out by reviewing the main theories that attempted identifying human work within an agreement outlines (BARASSI, CARNELUTTI): a human person is bound to his/her work, its energies; therefore, human work cannot be considered as something that can be transferred or exchanged for money or other goods. A person’s immanence in his/her work leads to consider the fact that limits to a person’s entailment and freedom are posed when work forms the object of a contract, therefore measures must be determined to protect human beings involved in the exchange of their material and spiritual dimensions.

For this reason, the right to work has been defined as a “people-friendly right”, even if originally intended to protect a specific social figure, the vulnerable worker, which covered the most important role in the industrial age. Later on, the social and economic development expanded the hypotheses of inferiority and social vulnerability beyond the original boundaries.

The legislator identified a technical-legal criterion able to determine a special *way to be an employee*, that could point out the subjective condition of inferiority and therefore the need of safeguard and protection. This criterion has been identified in the *subordination* inferred by art. 2094 Civil Code and more precisely, in the way in which the employee must render this/her service “reporting to and under the supervision of the entrepreneur”.