



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

Dipartimento di Giurisprudenza

XXXII Corso di Dottorato in Diritto civile, commerciale e internazionale

Tesi di Dottorato in Diritto del lavoro

**Oggetto del contratto di lavoro e diritti della persona del
lavoratore subordinato**

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Gisella De Simone

Chiar.ma Prof.ssa Maria Vittoria Ballestrero

Candidata:

Dott.ssa Giulia Bandelloni

Anno Accademico 2019-2020

INDICE

CAPITOLO I: Le origini della subordinazione	5
1. “Lavoro subordinato”: genesi del fenomeno	5
1.1 La mancanza di regolamentazione	11
1.2 Il campo di applicazione della legislazione sociale: una nozione embrionale di subordinazione?	14
1.3 La giurisprudenza dei probiviri sul contratto di lavoro	24
2. Prime teorizzazioni sulla natura contrattuale del rapporto di lavoro subordinato: le dottrine prebarassiane	31
2.1 L’analisi dei mutamenti economico-sociali	32
2.2 Gli elementi fondamentali del contratto di lavoro: oggetto e causa	33
2.2.1 Obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro.....	36
2.3 Valutazioni sull’inadeguatezza della legislazione all’epoca vigente	37
2.4 Proposte di collocazione sistematica della materia	38
2.4.1 Consuetudini, lex operaria e ruolo dello Stato	41
2.5 Le tesi dei primi “colonizzatori” del diritto del lavoro e la loro influenza sul tentato intervento legislativo	42
2.5.1 (segue...) Le tesi dei primi “colonizzatori” del diritto del lavoro nel giudizio degli interpreti	44
3. Barassi e le dottrine prebarassiane.....	45
3.1 Il contrasto tra Barassi (prima edizione) e Carnelutti..	47
3.1.1 Il ruolo dello Stato nelle ricostruzioni del primo Barassi e di Carnelutti	50
3.2 La seconda edizione dell’opera di Barassi	53
4. L’apporto di Greco all’elaborazione della nozione di subordinazione	58
5. La codificazione della subordinazione: l’art. 2094 c.c.	60
CAPITOLO II: Subordinazione e rapporto di lavoro	65
1. Premessa.....	65

2. Le prime interpretazioni dell'art. 2094 c.c.: le elaborazioni dottrinali degli anni '50-'60.....	69
2.1 L'interpretazione giurisprudenziale degli anni '50-'60	71
2.2 L'inserimento dell'organizzazione aziendale nel sinallagma contrattuale	73
2.3 La tesi dell'inadeguatezza definitoria dell'art. 2094	74
3. Gli anni '70: la subordinazione come condizione socio-economica.....	75
4. La tendenza giurisprudenziale alla pansubordinazione e i tentativi di razionalizzazione della giurisprudenza da parte della dottrina.....	79
4.1 La seconda parte degli anni '80: i tentativi di valorizzazione della volontà delle parti nella qualificazione del contratto di lavoro.....	82
4.2 L'indisponibilità del tipo contrattuale e il ritorno dell'attenzione alle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro	83
5. La tutela del lavoro oltre la fattispecie: evoluzione di una idea	87
a) il lavoro <i>sans phrase</i>	88
b) lo statuto dei lavori	90
c) una nuova nozione di subordinazione? La possibile lettura dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 come norma di fattispecie.....	91
d) il lavoro agile	95
e) la nozione di subordinazione nel diritto dell'Unione europea.....	97
6. Conclusioni.....	100
CAPITOLO III: L'oggetto e la causa del contratto di lavoro subordinato	103
1. Premessa.....	103
2. L'oggetto del contratto di lavoro nelle riflessioni della dottrina delle origini	104
3. Lo scarso interesse della dottrina per la questione dell'oggetto del contratto di lavoro e la posizione estrema delle teorie acontrattualiste.....	105

4. Subordinazione e contratto di lavoro. La tesi di Supiot sull'oggetto del contratto di lavoro e la sua critica	109
5. Oggetto e causa del contratto di lavoro	115
6. Conclusioni.....	118
IV CAPITOLO: Oggetto del contratto, persona e diritti del lavoratore	122
1. Premessa.....	122
2. L'equilibrio, nel contratto di lavoro, tra diritti del lavoratore e poteri del datore di lavoro	124
3. L'abbigliamento del lavoratore.....	130
3.1 Abbigliamento e divieto di discriminazione.....	134
3.2 Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro e i diritti del lavoratore	138
3.3 L'utilizzo del velo al lavoro, tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta.....	140
Bibliografia:	152

CAPITOLO I: Le origini della subordinazione

1. “Lavoro subordinato”: genesi del fenomeno – **1.1** La mancanza di regolamentazione – **1.2** Il campo di applicazione della legislazione sociale: una nozione embrionale di subordinazione? – **1.3** La giurisprudenza dei probiviri sul contratto di lavoro – **2.** Prime teorizzazioni sulla natura contrattuale del rapporto di lavoro subordinato: le dottrine prebarassiane – **2.1** L’analisi dei mutamenti economico-sociali – **2.2** Gli elementi fondamentali del contratto di lavoro: oggetto e causa – **2.2.1** Obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro – **2.3** Valutazioni sull’inadeguatezza della legislazione all’epoca vigente – **2.4** Proposte di collocazione sistematica della materia – **2.4.1** Consuetudini, *lex operaria* e ruolo dello Stato – **2.5** Le tesi dei primi “colonizzatori” del diritto del lavoro e la loro influenza sul tentato intervento legislativo – **2.5.1** (segue...) Le tesi dei primi “colonizzatori” del diritto del lavoro nel giudizio degli interpreti – **3.** Barassi e le dottrine prebarassiane – **3.1** Il contrasto tra Barassi (prima edizione) e Carnelutti – **3.1.1** Il ruolo dello Stato nelle ricostruzioni del primo Barassi e di Carnelutti – **3.2** La seconda edizione dell’opera di Barassi – **4.** L’apporto di Greco all’elaborazione della nozione di subordinazione – **5.** La codificazione della subordinazione: l’art. 2094 c.c.

1. “Lavoro subordinato”: genesi del fenomeno

Non vi è manuale di diritto del lavoro che non dica che questa disciplina giuridica nasce con l’avvio dell’industrializzazione, che in Italia si colloca tra la fine dell’800 e l’inizio del ‘900¹.

Anche se è una considerazione che pare ovvia, è importante sottolineare che l’avvento dell’industrializzazione ha rivoluzionato radicalmente il modo di lavorare. Il lavoro in fabbrica infatti non si svolge più, come accade tipicamente per il lavoro rurale o contadino, in modo “autonomo”. La figura dell’operaio non è più quella di un lavoratore che gestisce il suo lavoro secondo le esigenze sue e della sua famiglia, seguendo i tempi della natura, di conseguenza, «egli non è più il centro del suo mondo economico e affettivo, ma si scopre parcellizzato in una funzione di dettaglio

¹ Può essere sufficiente ricordare l’assoluta certezza con la quale G. Ghezzi, U. Romagnoli (1995), p. 1, affermano che «il diritto del lavoro è figlio della società industriale. Per questo, da noi nasce tardivamente». Nello stesso senso: M. G. Garofalo (1999), p. 9; P. Passaniti (2006), p. 21; L. Mengoni (2000), p. 181.

al servizio del sistema della divisione del lavoro che mette in primo piano la macchina e la logica produttiva del capitale»².

Il mutamento è avvenuto, come spesso succede, prima nei fatti e solo successivamente a livello giuridico. Non a caso vi è chi afferma che «la storia del diritto del lavoro, quella dei suoi istituti, deve essere effettuata (...) considerando non le norme ma la società»³. La regolamentazione giuridica segue dunque il mutamento sociale; ma nel caso del diritto del lavoro la creazione dell'ordinamento giuridico pare essere stata particolarmente lenta. La dottrina, infatti, afferma che «lo sviluppo industriale italiano, non troppo intenso in termini economici e di espansione geografica, è comunque troppo veloce rispetto alla capacità della scienza giuridica di rapportarsi a quel tipo di mutamento»⁴.

L'approccio corretto allo studio del diritto – strettamente concatenato ai mutamenti economici – è allora quello suggerito da Vivante, il quale «chiede al giurista di smetterla di fare il contabile degli articoli di un Codice, di aprire gli occhi sulla complessità del reale, “di studiare la pratica mercantile dominata com'è da grandi leggi economiche, facendo dello studio del diritto, una scienza di osservazione”»⁵.

Si comprende dunque perché lo studio relativo alle origini della subordinazione non possa che trovare come suo naturale inizio la ricostruzione dei dati fattuali riportati dagli storici⁶. Tale ricostruzione consente di fare emergere alcuni aspetti che hanno portato il legislatore ad intervenire per disciplinare i rapporti di lavoro in fabbrica. In particolare, il primo aspetto che merita di essere sottolineato è il cambiamento del modo di lavorare imposto dall'industria⁷. Si tratta di un cambiamento rilevante, dato

² S. Merli (1972), pp. 155 e 195.

³ G. Cazzetta (1988), p. 161.

⁴ P. Passaniti (2006), p. 40. Già all'epoca L. Tartufari (1893), p. 5, scriveva che «i rapporti in cui il diritto stesso può trovarsi con le condizioni e le esigenze della vita sociale per loro natura continuamente mutevoli, le modificazioni e i progressi ulteriori che tosto o tardi possano rendersi necessari non sono da lui tenuti pressoché in nessun conto. E da questo punto di vista, e in questo senso, ben può dirsi che la codificazione arresti lo sviluppo scientifico del diritto».

⁵ C. Vivante (1893), p. VI, citato da P. Grossi (2000), pp. 52-53. Grossi osserva come «accanto al mondo della legalità emerge virulento il mondo dell'effettività, una effettività che non può essere ignorata perché è la voce dell'esperienza, della vita».

⁶ P. Grossi (2000), p. 55: «il giurista non potrà non procedere a una “osservazione sistematica dei fatti”».

⁷ Nonostante l'importanza rivestita dalla fabbrica nella ricostruzione che mi accingo a compiere, non manca chi in dottrina ha sottolineato la presenza di alcuni tipi di contratti di lavoro – ad esempio il contratto di arruolamento marittimo – codificati dal legislatore in un periodo antecedente al dibattito sul contratto di lavoro nelle fabbriche, interrogandosi sulle

che si presenta con le dimensioni del fenomeno di massa⁸. La fabbrica però non rileva solo dal punto di vista della creazione del fenomeno “lavoro subordinato di massa”: essa costituisce anche un nuovo luogo fisico di aggregazione di persone con le stesse esigenze e gli stessi problemi. Le esigenze di uno erano le esigenze di tutti.

Ulteriore aspetto che aveva portato il legislatore ad intervenire riguardava le condizioni di lavoro in fabbrica. Tali condizioni infatti erano davvero degradanti. Gli operai erano trattati alla stregua di oggetti: essi comparivano nel bilancio del datore di lavoro come un qualsiasi animale da lavoro e quelli che oggi definiremmo diritti umani non erano rispettati⁹. Una volta assunto, l’operaio perdeva i suoi diritti per diventare un numero, un «essere lavorante»¹⁰. L’imprenditore decideva arbitrariamente gli orari e i turni di lavoro. Gli orari di lavoro spesso non erano inferiori alle 12 ore giornaliere di inverno e alle 15 ore d’estate¹¹. Il tempo per la pausa era rigidamente scandito da alcuni addetti che, come se il tempo della pausa fosse eccessivo, rubavano sempre qualche minuto: «piccoli furti che a fine settimana significavano ore e ore suppletive non pagate»¹². Inoltre, come è stato sottolineato, il numero medio dei giorni lavorativi era tanto maggiore quanto più grandi erano le fabbriche. Infatti, il capitalismo industriale italiano nei momenti in cui era al massimo dell’espansione aveva creato una classe operaia stabile, permanentemente legata alla fabbrica¹³. Persino il tempo per espletare le funzioni fisiologiche era controllato.

Gli operai che risiedevano lontani dal luogo di lavoro avevano la possibilità di pernottare in ambienti attigui alle fabbriche, ma angusti, di proprietà dell’industriale. L’operaio finito il lavoro, non acquistava finalmente la sua libertà, ma «le “ragioni” della fabbrica» lo inseguivano anche nelle ore di riposo. Gli operai infatti non avevano «diritto a una vita privata»¹⁴. Il proprietario della fabbrica infatti controllava ogni singolo

ragioni del non utilizzo di tali contratti come punti di partenza per un ragionamento sul contratto di lavoro subordinato *tout court*. G. Ghezzi, U. Romagnoli (1995), p. 2.

⁸ L. Castelvetti (2010), p. 4.

⁹ S. Merli (1972), p. 149.

¹⁰ S. Merli (1972), p. 151. L’espressione «essere lavorante» viene ripresa da Merli dal regolamento di fabbrica della Martignoni di Milano.

¹¹ S. Merli (1972), p. 196, sottolinea come l’orario di lavoro era regolato più che dalle esigenze «moralì e fisiche dell’operaio» da quelle «“oggettive” della produzione». Per un resoconto dettagliato sugli orari di lavoro nei vari settori cfr: S. Merli (1972), pp. 197-202.

¹² S. Merli (1972), p. 203.

¹³ S. Merli (1972), p. 121.

¹⁴ S. Merli (1972), pp. 137 e 166. In particolare, l’Autore (p. 166) riporta come «l’operaio può essere legato a vita, con un regime coatto di caserma o di clausura, alla

aspetto della vita, anche extra lavorativa, degli operai, soprattutto di coloro i quali si trovavano nella necessità di dover usufruire dei “fetidi alloggi”¹⁵. In quei luoghi le condizioni igieniche erano precarie: molti lavoratori erano costretti a dividere la medesima cuccetta sporca e l’aria era insalubre¹⁶.

Le condizioni di lavoro spesso erano contenute nei c.d. regolamenti di fabbrica¹⁷. Tali regolamenti, anche se ingiusti e disposti arbitrariamente dal proprietario della fabbrica, venivano spesso invocati dagli stessi operai perché, pur nella loro unilaterale imposizione, quantomeno limitavano i capricci estemporanei del proprietario della fabbrica¹⁸. Del resto, i regolamentari di fabbrica erano disposti unilateralmente dal datore di lavoro, anche se formalmente accettati dai lavoratori: come se questi avessero avuto altra scelta¹⁹.

Da quanto detto sino ad ora, emerge un aspetto che merita di essere maggiormente evidenziato: gli operai non potevano in alcun modo contrattare le loro condizioni di lavoro²⁰. Come è sottolineato in dottrina, l’operaio

fabbrica anche nelle ore di riposo, se è costretto a vivere lontano dalla famiglia e quindi ad alloggiare presso lo stabilimento».

¹⁵ S. Merli (1972), p. 165, emblematica la descrizione del fatto che «il padrone guarda anche fuori dalla fabbrica; l’operaio gli deve appartenere in tutto l’arco della sua esistenza».

¹⁶ S. Bonomi (1979), p. 114, scrive di come le operaie che alloggiavano nelle fabbriche passassero «la notte in androni poco ventilati, angusti, perché di rado seppur mai in rapporto col numero delle inquiline, ove si addormentano alla rinfusa su giacigli umidi, ben altro che puliti, di modo che dovendovi respirare un’aria preguata di esalazioni umane e d’ogni sorta di detriti organici».

¹⁷ S. Merli (1972), p. 148, riporta il fatto che il regolamento non era obbligatorio e quindi la concessione stessa di un regolamento andava considerata «come una magnanimità da parte del padrone che, se da un lato codifica i propri soprusi, dall’altro garantisce l’operaio contro l’estemporaneità dei propri capricci per quanto riguarda la durata del lavoro, il pagamento dei salari, le multe, gli interventi del personale di vigilanza e tutto il resto».

¹⁸ S. Merli (1972), p. 176, scrive che «il regolamento di fabbrica era certamente emanazione di una giustizia privata, ma era comunque preferibile all’arbitrio incontrollato del padrone o dei capi-fabbrica o dei direttori».

¹⁹ Fa quasi sorridere, per l’evidente contrasto con quella che era la vita reale nelle fabbriche, la massima, per quanto in punto di diritto corretta, del lodo di un Collegio di fabbrica (Milano, 20 febbraio 1905 – Previtoli c. Macchi Zerboni e C.) riportata da E. Redenti (1906), p. 165, nel suo Massimario: «i regolamenti interni delle officine, in quanto disciplinano le condizioni del contratto di lavoro, solo allora possono avere applicazione quando risultino in modo certo e non equivoco, che sono stati accettati o concertati dalle parti e che non possono in corso di contratto essere mutate dette condizioni».

²⁰ E. Gallavresi (1896), p. 6, cit. in S. Merli (1972), p. 373, riporta che «l’operaio, non ha il diritto di contrattarne le condizioni, di stabilirne, d’accordo col padrone, la durata e il compenso»; nello stesso senso M. Casanova (1986), p. 235, sostiene che «il contratto di lavoro assumeva il sostanziale carattere di un contratto senza trattativa; non tanto semplicemente di contratto per adesione, quanto e addirittura di vero e proprio contratto per imposizione unilaterale, soggetto, sia per la sua formale conclusione, sia per il suo specifico svolgimento, a quella che fu chiamata la *dittatura contrattuale* del datore di lavoro»;

italiano di fronte all'industriale non ha «forza e dignità di parte contraente». Gli operai, infatti, si facevano concorrenza tra loro «offrendosi a lavoro senza pietà, senza limiti, senza condizioni»²¹.

Alla sostanziale posizione di debolezza contrattuale del lavoratore si aggiungeva il pressoché totale disinteresse – almeno iniziale – del legislatore per la regolazione del fenomeno “lavoro in fabbrica”.

A tale proposito, in dottrina si è osservato come questa totale mancanza di regolazione del lavoro – di cui si parlerà diffusamente nel prossimo paragrafo – avesse dei risvolti non irrilevanti dal punto di vista economico. L'assenza di regolamentazione poteva essere considerata come l'unica risorsa dell'industrializzazione italiana²². L'Italia infatti, pur avendo avuto uno sviluppo industriale ritardato rispetto agli altri paesi europei, poteva contare sul vantaggio competitivo derivante dalla possibilità di poter utilizzare senza vincoli di sorta – riguardanti l'orario, il salario, le condizioni igieniche – la mano d'opera²³. È interessante rimarcare il fatto che all'epoca, data l'assenza di regole legislative, si pensava che la disciplina del rapporto di lavoro fosse lasciata al «volontario accordo fra padroni ed operai»²⁴. Merita di essere sottolineato l'uso dell'aggettivo “volontario”, come se non fosse un

analogamente L. Tartufari (1893), p. 35, osserva come «il lavoratore [fosse] condannato a subire (...) le condizioni imposte dal capitale». Infatti, «facile è persuadersi come il relativo contratto sia in realtà e per la maggior parte determinato dalla sola volontà del conduttore o imprenditore, senza che il lavoratore possa in alcun modo efficacemente influirvi».

²¹ E. Gallavresi (1896), pp. 10-11. Cit. in S. Merli (1972), p. 149.

²² P. Passaniti (2006), pp. 99-102, sottolinea come «la vera forza – quella che oggi chiameremmo la competitività – dell'economia italiana dei primi decenni dopo l'Unità è data proprio dalla libertà assoluta dell'industria nella gestione delle masse operaie e contadine». P. 102 spec. nota 166 nella quale si riporta il disappunto di Berti nel constatare l'assoluta arretratezza dell'Italia rispetto al resto dell'Europa (D. Berti, 1885, p. 23); S. Merli (1972), pp. 36-37 e 43.

²³ S. Merli (1972), p. 37, sottolinea come è «nella subordinazione totale e completa della classe operaia alle esigenze padronali, nell'assenza iniziale di una organizzazione di resistenza antipadronale a livello nazionale, che va cercata la forte spinta alla accumulazione primitiva di cui l'industria italiana aveva bisogno per far fronte alla concorrenza straniera e per fare il salto da industria artigianale e manifatturiera a grande industria»; p. 213 «una delle cause del ritardo della introduzione delle macchine in Italia e quindi della formazione della grande industria è stato il più conveniente mercato dei minori»; p. 214, il fanciullo veniva definito come una «macchinetta bella e fatta, che si alimenta con poco e [che] la si sostituisce senza spesa quando è logora» (cit. in Merli p. 214 di *Cattiva causa*, in *La Seta*, Milano, 29 marzo 1886). M.V. Ballestrero (1979), pp. 15-16, l'Autrice sottolinea come «l'unico vantaggio che l'industria italiana – tecnologicamente arretrata – aveva rispetto alla concorrenza estera era la possibilità di sfruttare illimitatamente (in assenza di legislazione sociale) la forza lavoro».

²⁴ S. Merli (1972), p. 37, riporta quanto scritto da De La Porte (*Moniteur officiel du commerce* tradotto in *La Seta*, Milano, 23 marzo 1885), console di Francia, in seguito ad una visita a Milano.

problema l'assenza di regolazione. Non si considerava che l'assenza di quest'ultima – per quanto concerne il rapporto di lavoro – lasciava spazio al potere di una delle due parti e non al libero incontro delle volontà.

Le condizioni di lavoro dunque erano disumane e lo erano indistintamente per tutti i lavoratori. Vi erano però alcune categorie, particolarmente deboli, che venivano sfruttate in modo assai più brutale: le donne e i fanciulli. In dottrina infatti si è sottolineato emblematicamente che «il capitalismo industriale italiano è stato un gran consumatore di mano d'opera femminile e minorile»²⁵.

Tali categorie di lavoratori, per la loro minore bellicosità e per le caratteristiche fisiche che consentivano lo svolgimento di lavori di maggiore precisione, venivano sfruttate per un numero maggiore di ore e venivano retribuite con un salario inferiore²⁶. Furono le donne e i fanciulli a pagare maggiormente sulla loro pelle l'industrializzazione: le donne non avevano tregua tra il lavoro e le esigenze di cura della famiglia, lavoravano fino al giorno del parto e riprendevano subito dopo; i momenti concessi per l'allattamento erano brevi e non pagati. I bimbi non avevano momenti da dedicare al gioco e anche l'istruzione era sacrificata a vantaggio del lavoro. Spesso i bambini venivano avviati al lavoro già in età prescolare sulla scorta della giustificazione che il lavoro infantile fosse «leggero, quasi un gioco» e che avesse anche l'effetto positivo di togliere i ragazzi dalla strada²⁷. Se è vero che il lavoro toglieva i fanciulli dalla strada, non si può negare che fosse «improbabile e funesto» e che pur non uccidendoli subito, li abbruttisse, li logorasse e li avvelenasse «a poco a poco, rubando loro istruzione, salute, vigore, avvenire»²⁸. Addirittura, alcuni «scienziati», favorevoli all'industrializzazione, erano stati incaricati di vantare la felice condizione dei fanciulli in fabbrica. Essi affermavano che il lavoro fosse una «necessità».

²⁵ S. Merli (1972), pp. 109-110 e 239. Per una dettagliata disamina della situazione delle donne e dei fanciulli in fabbrica: I. Modica (1897a), pp. 54, 300-307.

²⁶ S. Merli (1972), p. 111, sottolinea come «non sempre è spiegabile con ragioni di arretratezza il forte impiego di donne e minorenni. Anzi esso è fenomeno spesso connaturato, anche in Italia, alla presenza del capitalismo industriale: ragioni cosiddette «tecniche» (la insostituibilità delle sottili dita degli attaccafili nelle industrie tessili oppure delle stature basse e agili alle macchine ecc.) si mischiavano a ragioni economiche e politiche (bassi salari, maggior docilità, minore politicizzazione ecc.)» e p. 393 per una ricostruzione delle differenze nell'ammontare della retribuzione tra donne, fanciulli e uomini. M.V. Ballestrero (1979), pp. 16-17, sottolinea un ulteriore aspetto che portava al principale utilizzo delle donne nelle fabbriche. Esse infatti «erano considerate elementi più tranquilli, perché ricorrevano più raramente allo sciopero». Per riferimenti in merito al fenomeno di impiego di manodopera femminile e minorile v. M. Minesso (2015), p. 31.

²⁷ S. Merli (1972), p. 216; M. V. Ballestrero (1978), p. 227.

²⁸ I. Modica (1897a), p. 300.

In particolare, essi ritenevano che i fanciulli fossero i più adatti a svolgere il lavoro in fabbrica per il fisico minuto e le agili dita²⁹.

Il risultato inevitabile era che i “figli delle fabbriche” erano deboli e il tasso di mortalità infantile era altissimo, in particolare in riferimento all’impiego nel lavoro notturno³⁰.

1.1 La mancanza di regolamentazione

Il “fenomeno lavoro subordinato”, ai suoi esordi, non attirò l’attenzione del legislatore e della dottrina. Come è stato osservato, «la grande letteratura giuridica italiana, così rigogliosa già nei primi anni del secolo XX in altri campi, come quello del diritto commerciale, fu sostanzialmente assente nel campo del diritto del lavoro e sembrò nel suo complesso ignorare l’esistenza e i problemi»³¹. I giuristi dell’800, infatti, si occupavano prettamente di concetti inerenti ai diritti reali, in particolare al diritto di proprietà, e al loro mutamento di titolarità³²; del resto, il codice civile del

²⁹ M. V. Ballestrero (1978), pp. 226-227.

³⁰ S. Merli (1972), p. 284. Per una dettagliata descrizione delle condizioni di lavoro, e di vita, delle donne e dei fanciulli v. S. Merli (1972), pp. 212-243.

³¹ M. Casanova (1986), p. 242 e a p. 235 sostiene che «teoricamente non vi era, come ovvio, una lacuna in senso tecnico dell’ordinamento giuridico. Sotto il profilo dogmatico, il contratto di lavoro si inquadrava infatti nella figura romanistica della locazione delle opere (*locatio operarum*). Ma, a parte l’astratta regola per cui non si poteva validamente impegnarsi a prestare per tutta la vita la propria attività lavorativa a favore di altri, nessun singolo aspetto del rapporto di lavoro veniva in alcun modo contemplato e regolato»; U. Romagnoli (1995), pp. 20-21.

³² S. Rodotà (1995), pp. 301-309, definisce (p. 301) il codice civile del 1865 come il “codice dei proprietari” in quanto la proprietà delineaerebbe un’area sottratta ai pubblici poteri. Più specificamente (p. 302) «la tutela dei diritti è piena nell’ambito economico, tanto che si costruisce la proprietà come un potere assoluto destinato anche a limitare l’altro assoluto, il potere sovrano». Con riferimento al diritto del lavoro, U. Romagnoli (1995), p. 51, sottolinea come in generale «nelle grandi codificazioni eurocontinentali dell’800 s’infratta e sonnecchia il diritto della povertà laboriosa». Per ulteriori riferimenti al codice civile del 1865 come codice incentrato sulla proprietà v.: A. Aquarone (1960), p. 37, in particolare l’emblematica citazione di Pisanelli (riferimento bibliografico *Commentario del codice di procedura civile dei signori Pisanelli, Scialoja e Mancini coordinato e ridotto dall’avvocato e professore di diritto Domenicantonio Galdi*, vol. I, Napoli, 1875, pp. 494-495) «basta volgere un semplice sguardo al codice civile per convincersi che la *proprietà* sia il subbietto proprio di quel codice. Esso difatti è distribuito in tre libri, nel primo de’ quali si tratta delle *persone*, nel secondo *de’ beni e delle diverse modificazioni della proprietà*, nel terzo *de’ vari modi co’ quali si acquista la proprietà*. Or nel secondo libro è riposta l’idea fondamentale di cui s’informa tutto il codice civile, e le disposizioni contenute nel primo e nel terzo non sono che l’esplicazione della medesima idea, ch’è quella di *proprietà*»; U. Allegretti (1989), p. 51; P. Passaniti (2006), pp. 31-32 e 114; G. Salvioi (1906), p. 42 (cit.

1865 era certamente «una disciplina attenta più che altro alla precisa regolazione della proprietà fondiaria, cui era sconosciuto il lavoro»³³. In quel periodo storico, come è stato osservato in dottrina, «il lavoro, in quanto tale, non esiste: il lavoro è espressione del diritto di proprietà»³⁴: questo ovviamente non significa che il lavoro prima dell'avvento della fabbrica non esistesse, ma piuttosto che in origine potesse essere regolato solo rimanendo fedeli ad una logica proprietaria.

Questa scelta non era certo casuale: il lavoro nell'800 era prevalentemente rurale. Il panorama dei lavoratori era composto in buona sostanza da contadini o da artigiani. Il lavoro era svolto in modo “autonomo”, diremo oggi, dal lavoratore stesso. Ciò che veniva commissionato all'artigiano era un risultato finale e il lavoratore stesso possedeva il *know how* per realizzare quanto richiesto, senza necessità perciò di ricevere direttive inerenti alle modalità di svolgimento del lavoro. Il contadino, pur avendo spesso “un padrone”, non aveva che da rispettare i tempi della natura nello svolgimento della sua prestazione lavorativa.

Come ha scritto Romagnoli, «i codici del commercio, come quello italiano del 1882, non sono stati scritti per lui [Cipputi, cioè l'operaio di fabbrica], bensì per quanti speculano sul suo lavoro come su qualsiasi altra merce» e anche il codice civile del 1865 non si preoccupa della fabbrica. Infatti nel codice del 1865 viene prestata a quest'ultima «un'attenzione non superiore a quella riservata ai domestici»³⁵.

L'avvento della fabbrica, cambiando le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, crea un nuovo fabbisogno di regolamentazione: non è più possibile attenersi agli schemi strettamente civilistici che avevano disciplinato i rapporti di lavoro fino ad allora³⁶. In particolare, la fabbrica, come ben sottolineato da autorevole dottrina, rese generalizzato «il ricorso alla locazione di opere»³⁷ e questo implicò la necessità di nuove regole.

È interessante ripercorrere la nascita di queste disposizioni, che nella quasi totalità dei casi fu imposta dall'alto.

da L. Gaeta, (1986), p. 10); F. Carnelutti (1913a), p. XII; G. Ghezzi, U. Romagnoli (1995), p. 2.

³³ L. Gaeta (1993), p. 3.

³⁴ P. Passaniti (2006), p. 32.

³⁵ U. Romagnoli (1995), p. 53. Nello stesso senso: G. Ghezzi, U. Romagnoli (1995), p. 1; A. Aquarone (1960), p. 47.

³⁶ M. G. Garofalo (1999), p. 9, sostiene che «le rivoluzioni borghesi avevano segnato – come è noto – il passaggio dallo *status* al contratto».

³⁷ G. Ghezzi, U. Romagnoli (1995), p. 4.

L'imposizione dall'alto della regolamentazione non è un dato che accomuna tutti i settori del diritto. Ad esempio, come è noto, nel diritto commerciale la nascita della legislazione ha avuto un'origine diversa. L'espressione *lex mercatoria* è stata coniata proprio per spiegare come il diritto commerciale non sia nato da un impulso dall'alto, ovvero come diritto codificato, ma sia nato grazie agli stessi mercanti, che crearono il diritto a partire dalle (e per soddisfare le) loro esigenze³⁸. Tanto è vero che anche la successiva regolamentazione non è stata calata dall'alto da parte del legislatore. Infatti, quest'ultimo si è limitato a codificare le regole che i *mercatores* avevano già elaborato. Quindi l'origine del diritto commerciale è partita dal basso.

A tale proposito, vi è chi in dottrina ritiene che «il diritto del lavoro non ha potuto essere l'equivalente della *lex mercatoria* con cui la classe dei *mercatores* piegò il mondo alle esigenze del commercio»³⁹. E non ha potuto esserlo perché in realtà agli operai non avevano la forza contrattuale, che a contrario avevano i commercianti-imprenditori, di imporre regole proprie. Secondo Romagnoli il diritto del lavoro è stato calato dall'alto: «mai la fonte primaria della disciplina del lavoro è stata autonomamente gestita da Cipputi e dai suoi compagni»⁴⁰.

In questa sede non si vuole di certo affermare che sarebbe corretto parlare di "*lex operaria*" al pari di quanto lo è parlare di *lex mercatoria*. La creazione del diritto del lavoro è stata più travagliata e i motivi principali si possono rinvenire nella disparità di forza contrattuale tra i due contraenti e nella contrapposizione degli interessi tra il ceto operaio e quello imprenditoriale⁴¹, al contrario di quanto avvenuto per il diritto commerciale, dove i mercanti non solo appartenevano alla stessa classe sociale, ma erano anche portatori dei medesimi interessi. La spinta alla regolazione del lavoro è sicuramente partita dal basso, ma non si può affermare che entrambe le parti

³⁸ F. Galgano (2001), p. 9 «la storia della *lex mercatoria* è la storia di un particolare modo di creare diritto, la storia del "particolarismo" che ha contraddistinto la regolazione normativa dei rapporti commerciali, rendendola diversa dalla regolazione normativa di ogni altra specie di rapporti sociali». La *lex mercatoria* «è tale non solo perché regola l'attività dei *mercatores*, ma anche e soprattutto perché è diritto creato dai *mercatores*, che nasce (...) dalla giurisprudenza della curia dei mercanti».

³⁹ U. Romagnoli (1995), pp. 23-24.

⁴⁰ U. Romagnoli (1995), p. 23.

⁴¹ L. Gaeta (1993), p. 4.

avessero interesse ad una regolamentazione in tal senso: l'interesse era prevalentemente dei lavoratori⁴².

Si potrebbe parlare di “*lex operaria*” se il legislatore si fosse limitato a legificare – al pari di quanto è successo nel diritto commerciale – i regolamenti che le parti si erano date e i primi concordati di tariffa stipulati dalle organizzazioni protosindacali. Ma ciò non avrebbe costituito un intervento di sensibile miglioramento della posizione degli operai. Le leggi sociali andavano oltre la tutela assicurata dai regolamenti di fabbrica, e dunque rappresentavano un intervento normativo migliorativo e “calato dall’alto”. Solo successivamente il legislatore ha cambiato atteggiamento, lasciando maggiore spazio alla contrattazione collettiva, attraverso rinvii e rimandi ad essa: ma si tratta di un fenomeno assai più prossimo ai giorni nostri.

La differente genesi del diritto commerciale e del diritto del lavoro dipende in fondo dal fatto che, come è stato efficacemente affermato in dottrina, mentre «tutti i contratti riguardano solo l'*avere* delle parti, il contratto con cui si vende e si compra lavoro riguarda anche l'*essere* d'una di esse, la sua dignità personale e la sua stessa integrità fisica»⁴³.

1.2 Il campo di applicazione della legislazione sociale: una nozione embrionale di subordinazione?

Fu proprio questa forma di schiavitù moderna⁴⁴, creata dalla rivoluzione industriale, a smuovere l'opinione pubblica: le condizioni di lavoro erano talmente degradanti da suscitare «sentimenti di preoccupata indignazione»⁴⁵ addirittura nella borghesia illuminata del tempo e da sollecitare l'intervento dello Stato⁴⁶.

⁴² S. Merli (1972), p. 214; M. V. Ballestrero (1977), p. 73. Non si può tacere che un residuale interesse alla regolamentazione vi fosse anche da parte imprenditoriale, in particolare da parte dei grandi industriali che chiedevano una regolamentazione per limitare la concorrenza delle piccole imprese.

⁴³ U. Romagnoli (1995), p. 13; F. Santoro-Passarelli (1961), p. 1071, sostiene che «se tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'aver dell'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'aver e di ogni altro bene».

⁴⁴ S. Merli (1972), p. 39; M. V. Ballestrero (1978), p. 230; I. Modica (1897a), p. 55; G. Vadalà-Papale (1897), p. 27.

⁴⁵ M. V. Ballestrero (2014a), p. 4.

⁴⁶ S. Merli (1972), p. 277, definisce lo sfruttamento nelle fabbriche come «genocidio pacifico».

I primi interventi della legge in materia di lavoro, per quanto scarni, possono essere considerati interventi di ordine pubblico, richiesti dagli stessi lavoratori, ma anche dai ceti sociali più elevati che temevano che, se non si fosse posto un freno allo sfruttamento che avveniva nelle fabbriche, la pace sociale sarebbe stata minacciata⁴⁷. La legislazione sociale veniva vista perciò come una «crocerossina perché si preoccupava soltanto di alleviare i dolori causati ad un'infinità di povericristi dai traumi più brutalizzanti e devastanti dell'industrializzazione»⁴⁸. Ulteriore ragione che portò all'emanazione delle leggi sociali può essere individuata nella volontà di impedire la c.d. «degenerazione della razza»⁴⁹.

Nonostante i nobili intenti, in dottrina è stato sottolineato come, in generale, questi primi interventi legislativi appaiono «massi erratici nel gran mare del diritto e in specie del diritto civile»⁵⁰.

Fatte queste premesse si comprende perché destinatari delle prime leggi sociali fossero proprio i fanciulli e le donne. Erano infatti proprio queste categorie ad essere più brutalmente sfruttate.

Quello che in questa sede interessa non è eseguire un commento dettagliato dei contenuti delle singole leggi sociali, ma individuare il campo di applicazione di tali leggi per cercare di comprendere se si possa ricavare un embrione di definizione di subordinazione. L'obiettivo di tale prima parte della ricerca infatti è quello di ricostruire l'origine della subordinazione. Come si è cercato di sottolineare, la subordinazione nasce come fenomeno sociale e la sua codificazione passa (sicuramente dal punto di vista storico) attraverso l'emanazione di leggi sociali⁵¹.

⁴⁷ In dottrina vi è chi sostiene che il legislatore si sia avvicinato alle tematiche del lavoro per necessità «nell'esatto momento in cui la protesta sociale rende indifendibile l'idea di una società fondata intorno ad un istituto, la proprietà, e ad una classe sociale, la borghesia». P. Passaniti (2006), p. 12.

⁴⁸ G. Ghezzi, U. Romagnoli (1995), p. 9. Sempre U. Romagnoli (1995), pp. 67-68, sostiene che sia «una legislazione meritevole d'essere chiamata crocerossina in quanto era concepita più come terapia d'urgenza che come strumento di governo della transazione alla società industriale».

⁴⁹ S. Merli (1972), p. 321. Merita di essere segnalata la posizione di G. Cazzetta (1988), p. 169, il quale sostiene che «la legislazione operaia può così essere rappresentata come il momento di unione tra società civile e Stato (...). Essa concilia i conflitti. Attenua le rigidità del diritto comune. È sicura garanzia di conservazione. È progresso morale. È solidarietà. È trionfo dell'altruismo e del diritto dei deboli».

⁵⁰ G. Giugni (1979), p. 12.

⁵¹ Le leggi sociali vengono emanate con l'obiettivo di dare protezione a determinati lavoratori bisognosi di tutela, tale obiettivo è il medesimo che giustifica, successivamente alle leggi sociali, l'individuazione di un perimetro di lavoratori ai quali accordare una «speciale» protezione. La tesi per cui l'origine del diritto del lavoro andrebbe ricercata nelle leggi sociali è tutt'altro che condivisa in dottrina. G. Cazzetta (1988), pp. 162-164, (pur non

Proprio questa prima origine sociale del diritto del lavoro fa ritenere ad alcuni autori che questo sia nato con la legislazione sociale. La doppia anima del diritto del lavoro ha acceso un'ampia discussione sulla natura privatistica o pubblicistica di quest'ultimo⁵². Su tale questione si sono espressi nel corso degli anni la quasi totalità dei giuristi che si sono occupati di dare un inquadramento sistematico alle origini della materia. Sarà perciò più utile affrontare tale dibattito nel prosieguo della trattazione quando si analizzeranno le singole tesi dei primi giuristi che si sono occupati della materia e quindi anche della sua natura privatistica o pubblicistica⁵³.

La prima legge sociale sul lavoro venne emanata in Italia l'11 febbraio 1886 (in ritardo rispetto al resto dell'Europa)⁵⁴. Tale legge, nota con il nome di legge Berti, dal nome del Ministro che la propose, fu emanata con l'obiettivo di disciplinare, o meglio limitare, il lavoro dei fanciulli. In realtà, i limiti introdotti da tale legge non furono così stringenti, soprattutto se confrontati con quelli disposti dalle legislazioni di altri Paesi europei. La disciplina di tale legge è contenuta in appena 7 articoli. In ragione della sua laconicità la legge viene oggi giudicata «scandalosa» e «ad impatto sociale insignificante»⁵⁵. L'attribuzione di questi appellativi è giustificata dal fatto che la legge del 1886 ha un campo di applicazione molto ristretto. Tuttavia in dottrina si sottolinea come lo scarso impatto della legge Berti non fosse dovuto solamente all'esiguità della regolazione, ma anche alla costante disapplicazione nella pratica e alle numerose eccezioni e deroghe⁵⁶. Anzitutto, tale legge si occupava esclusivamente di regolare il lavoro dei fanciulli e non anche quello delle donne, soggetti altrettanto deboli e sfruttati. In seconda battuta, come si è già detto, leggendo gli articoli della legge in

negando la loro importanza) non pare condividere l'affermazione secondo cui le leggi sociali siano già diritto del lavoro, anzi il rapporto tra leggi sociali e diritto del lavoro deve essere, a suo parere, «fortemente ridimensionato». Questione diversa riguarda i rapporti tra la legislazione sociale e le regole stabilite dal diritto civile per i contratti. Di tale problema, e arrivando a soluzioni diverse, si è occupata la dottrina che ha affrontato questi temi. Tali tesi saranno utilmente ricostruite nel II paragrafo quando verranno espone le tesi dei primi autori che hanno elaborato alcune teorizzazioni sulla natura contrattuale del rapporto di lavoro (e in parte anche nel III paragrafo nel quale si analizzano le teorie di Barassi e Carnelutti).

⁵² Emblematico il titolo scelto da A. Vallebona (1996) per un suo scritto: *Il diritto del lavoro: uno spirito e due anime*. L'Autore (p. 353), in particolare, sottolinea come l'anima privatistica e pubblicistica «del diritto del lavoro non si escludono a vicenda, ma convivono, anche se, in certe fasi dell'evoluzione dell'ordinamento, l'una sembra offuscare l'altra», ma (p. 354) «le due diverse anime sono inscindibili».

⁵³ Vedi cap. 1 par. 2 e 3.

⁵⁴ Legge n. 3657, rubricata *Legge sul lavoro dei fanciulli*.

⁵⁵ P. Passaniti (2015), p. 82; M. V. Ballestrero (1978), p. 229; Nitti (1892), p. 173.

⁵⁶ M. V. Ballestrero (1978), pp. 229 e 260.

questione, e il successivo regolamento di attuazione, balza immediatamente agli occhi l'assoluta esiguità della regolamentazione. La legge, e il regolamento, non si preoccupavano di limitare il lavoro di tutti i fanciulli, ma soltanto di quelli impiegati negli opifici industriali, nelle cave e nelle miniere⁵⁷.

Pur essendo senza dubbio una "legge sociale", la legge Berti non mirava alla protezione di "tutti" i fanciulli, in quanto tali, ma solo di alcuni. Il discrimine adottato non era solo l'età del soggetto protetto, ma anche – e soprattutto – il luogo di lavoro, che, ancorché individuato nell'opificio, nella cava o nella miniera, sostanzialmente poteva essere ricondotto all'industria.

Il legislatore del 1886 ha ben note le condizioni di lavoro dei fanciulli nelle fabbriche (e luoghi connessi). Individuava perciò la fattispecie da proteggere attraverso il luogo. Se si volesse tradurre quanto detto fino ad ora servendosi di una categoria giuridica, si potrebbe dire che il luogo – inteso come opificio o fabbrica in cui si presta il lavoro – diventava presunzione assoluta di attribuzione dello *status* di soggetto bisognoso di tutela.

Pare, tuttavia, troppo forzato affermare che nella legge Berti si potesse individuare un germe della fattispecie della subordinazione. Piuttosto è interessante sottolineare come il campo di applicazione della legge dipendesse dal numero di operai impiegati nella fabbrica: la legge Berti trovava applicazione solo ove fossero impiegati più di dieci operai (art. 1 del Regolamento per l'esecuzione della legge sul lavoro dei fanciulli). Tale limitazione potrebbe essere considerata un sintomo della volontà del legislatore di collegare la tutela alla dimensione collettiva della fabbrica: solo quando sono impiegati gruppi consistenti di lavoratori si manifestava il fenomeno del "lavoro in fabbrica" che meritava protezione. In realtà pare preferibile ritenere che la limitazione del campo di applicazione dipendesse dalla volontà del legislatore di non imporre eccessivi costi e limiti alle fabbriche di dimensioni più ridotte al fine di permettere loro di competere con le grandi imprese.

La seconda legge sociale che, ancorché non successiva in ordine cronologico, merita di essere trattata unitamente alla legge Berti per la somiglianza della fattispecie trattata è la legge n. 242 del 19 luglio 1902, c.d. legge Carcano, dal nome del Ministro presentatore. Anche la portata di tale

⁵⁷ Il Regolamento per l'esecuzione della legge sul lavoro dei fanciulli definisce (art. 1) gli opifici industriali come «ogni luogo ove si compiano lavori manuali di natura industriale col mezzo di motore meccanico, qualunque sia il numero degli operai adibiti. Quando non si adoperi alcuna specialità di motori, è considerato opificio ogni luogo dove lavorino riuniti in modo permanente almeno dieci operai».

legge, al pari di quella del 1886, si era rivelata assai modesta (ulteriormente ridotta dall'attuazione dilazionata di alcune disposizioni: e la legge constava di soli 16 articoli).

Quello che rileva ai fini della presente ricerca è il fatto che la legge Carcano avesse come campo di applicazione sostanzialmente il medesimo della legge Berti, ovvero la fabbrica (con la differenza che qualora non vi fossero motori o fuoco continuo rientravano nel campo di applicazione gli opifici o i laboratori nei quali erano impiegati più di cinque operai)⁵⁸. Erano perciò esclusi dalla protezione prevista dalla legge Carcano le donne e i fanciulli impiegati nel settore agricolo e nel lavoro a domicilio⁵⁹.

Anche per questa legge possono essere ripetute le medesime considerazioni svolte con riguardo al campo di applicazione della legge del 1886. Il legislatore individuava un luogo nel quale si concentrava un bisogno di protezione: la fabbrica e tutto ciò che è ad essa assimilabile. Anche in questo caso si delimitava la fattispecie applicativa per il tramite del luogo. La fabbrica, per fatto notorio, diviene luogo in cui il lavoro necessita di tutela.

La prima legge sociale ad essere rilevante dal punto di vista dell'individuazione della fattispecie lavoro subordinato è la legge n. 80 del 17 marzo 1898 sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro. Anche nell'emanare questa legge il legislatore aveva ben presente un luogo (la fabbrica, il cantiere, la miniera) nel quale si palesava un bisogno. Tuttavia, a differenza della legge Berti e della legge Carcano, che offrivano tutela ai fanciulli, la prima, e alle donne e ai fanciulli, la seconda, la già citata legge sugli infortuni del 1898 aveva come destinatario l'operaio, indipendentemente dal genere o dall'età.

Per verificare se in tale legge si potesse ravvisare un germe di subordinazione è determinante considerare la definizione che viene data di operaio. Ai sensi dell'art. 2 l. n. 80 del 1898 «è considerato come operaio agli effetti della presente legge: chiunque, in modo permanente o avventizio e con remunerazione fissa o a cottimo, è occupato nel lavoro fuori della propria abitazione; chiunque, nelle stesse condizioni, anche senza partecipare materialmente al lavoro, soprintende al lavoro di altri, purché la sua mercede fissa non superi sette lire al giorno, e la riscuota a periodi non maggiori di un

⁵⁸ Diversamente L. Mengoni (1982), p. 1121, ritiene che la legge Carcano assuma «l'età, insieme col sesso, quale criterio di speciale protezione delle esigenze della vita materiale, con riferimento ai bisogni dello sviluppo fisico e morale dei fanciulli e alle funzioni familiari della donna».

⁵⁹ M. V. Ballestrero (1979), pp. 20-21.

mese; l'apprendista, con o senza salario, che partecipa alla esecuzione del lavoro».

Per quanto concerne il campo di applicazione della legge sugli infortuni rilevava il luogo di lavoro, che anche in questo caso poteva essere ricondotto all'industria⁶⁰. Tuttavia la fattispecie, a differenza di quella individuata dalle due leggi sociali ricordate prima, era delineata in modo sufficientemente ampio da ricomprendere tutti i lavoratori impiegati in fabbrica – senza alcun limite relativo al genere o all'età. Questo comportava il fatto che il campo di applicazione della tutela era assai più ampio. Certo non si può affermare che vi fosse identità tra la definizione di operaio contenuta nella legge del 1898 e la definizione di prestatore di lavoro subordinato contenuta nell'art. 2094 c.c. Tuttavia non si può non notare una certa assonanza almeno per quanto riguarda il fatto che la tutela era accordata all'operaio in quanto “lavoratore” e non solo ad una categoria, come le donne e i fanciulli, sulla falsariga delle due leggi sociali descritte prima.

Complessivamente, nella legge sugli infortuni si riproponeva il legame stretto tra il campo di applicazione delle leggi sociali e la “fabbrica” (compresi tutti i luoghi annessi)⁶¹.

⁶⁰ Per la precisione il campo di applicazione della legge sugli infortuni, per quanto riguarda al luogo di esecuzione della prestazione lavorativa è definito dall'art. 1, il quale prescrive che «la presente legge si applica agli operai addetti all'esercizio delle miniere, cave e torbiere; alle imprese di costruzioni edilizie; alle imprese per la produzione di gas o di forza elettrica e alle imprese telefoniche; alle industrie che trattano od applicano materie esplodenti; agli arsenali o cantieri di costruzioni marittime; alle costruzioni ed imprese seguenti, qualora vi siano impiegati più di cinque operai: costruzione o esercizio di strade ferrate, di mezzi di trasporto per fiumi, canali e laghi, di tramvie a trazione meccanica; lavori di bonificamento idraulico; costruzioni e restauri di porti, canali ed argini; costruzioni e restauri di ponti, gallerie e strade ordinarie, nazionali e provinciali; agli opifici industriali nei quali si fa uso di macchine mosse da agenti inanimati o da animali, qualora vi siano occupati più di cinque operai».

⁶¹ Anche G.G. Balandi (1989), p. 161, sottolinea il legame con il luogo (la fabbrica) e l'applicazione della legge sugli infortuni. Egli tuttavia non ritiene che questo legame sia rilevante ai fini della qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro. Balandi, infatti, ritiene che «quello che si evidenzia ad una prima, anche superficiale, osservazione è che, almeno per un lungo periodo iniziale, la legislazione sociale [solo infortuni] appare assai poco preoccupata di delimitare il proprio campo di azione in relazione a precise qualifiche giuridico-formale dei soggetti o dei rapporti che tali soggetti collocavano nell'attività produttiva». A p. 167 e 169 ripete che «la legislazione sociale non fornisce un contributo alla sistematizzazione ed alla tipizzazione del lavoro subordinato perché non è portatrice di un reale interesse in questa direzione». Balandi (p. 168) sostiene che nella legislazione sociale non si possa rinvenire neanche un embrione del concetto di subordinazione perché, «intanto, era esplicitamente concepita come uno strumento di disciplina sociale, con uno spettro di azione quindi più ampio della mera disciplina di fabbrica, ed in conseguenza aveva per destinataria tutta l'area sociale dalla quale avrebbe avuto luogo la selezione dei lavoratori (poi detti) subordinati, ed alla quale doveva garantire le condizioni di riproduzione della forza

Come è stato sottolineato, tra le diverse leggi sociali, la legge sugli infortuni del 1898 «assume un'importanza storico-giuridica straordinaria proprio perché segna il primo contatto della giuridicità con la modernità industriale, col primordiale mondo delle macchine»⁶². Con la legge sull'assicurazione obbligatoria si era preso atto della specialità del contratto di lavoro rispetto agli altri contratti commerciali. In altre parole, grazie alla legge n. 80 del 1898 era iniziato il processo di emancipazione del diritto del lavoro dal «diritto delle merci», che aveva portato lo stesso diritto del lavoro ad acquisire «quel connotato della “specialità” che conserva tutt'oggi»⁶³.

In particolare, è interessante sottolineare come sia stato affermato in dottrina che la legge del 1898 ha segnato una tappa fondamentale della fondazione del diritto del lavoro, a tal punto da poterla considerare «l'embrione del diritto del (contratto di) lavoro»⁶⁴.

In realtà i motivi che hanno portato a ritenere che la legge sugli infortuni abbia dato origine al dibattito, non tanto sulla fattispecie lavoro subordinato, quanto sul contratto di lavoro, sono molteplici.

L'importanza della questione impone di fare una breve digressione.

Il problema degli infortuni occorsi al lavoratore durante lo svolgimento dell'attività lavorativa aveva dato ai giuristi ottocenteschi non pochi grattacapi. Prima di arrivare all'emanazione della legge sull'assicurazione obbligatoria, la dottrina era divisa nel considerare la responsabilità del datore di lavoro per gli infortuni del lavoratore come contrattuale o extracontrattuale⁶⁵. Tale questione aveva permesso alla dottrina dell'epoca di interrogarsi sui contenuti del contratto di lavoro. Molti

lavoro». Tale tesi non pare tuttavia condivisibile poiché per quanto sia poco definito il campo di applicazione nelle prime leggi sociali l'unico punto fermo sembra proprio essere il luogo (fisico si intende) dove tali leggi dovevano (pur con tutte le eccezioni e le disapplicazioni note) trovare applicazione: le fabbriche e tutti i luoghi ad esse assimilati e connessi.

⁶² P. Passaniti (2006), pp. 60-61.

⁶³ L. Montuschi (1998), p. 710, sottolinea come la legge sugli infortuni abbia segnato «una svolta epocale», in quanto ha portato al «passaggio dalla configurazione mercantile del contratto di lavoro (...), che esaltava la libertà individuale delle parti senza tener conto della debolezza economica del lavoratore, verso un sistema progressivamente protetto, nel quale si sono intrecciate fra loro tutele legali e collettive».

⁶⁴ P. Passaniti (2006), p. 97.

⁶⁵ Secondo P. Passaniti (2006), p. 62, «il dibattito giuridico sulla natura della responsabilità nasconde – neanche troppo – il vero nodo della questione: l'individuazione di criteri di attribuzione del costo sociale degli infortuni»; L. Gaeta (2012), pp. 82-83, sottolinea il fatto che «ci fu un appassionato ed estenuante dibattito su tale alternativa [responsabilità contrattuale vs extracontrattuale], ma esso è stato assolutamente sopravvalutato, perché – comunque la si pensasse – rimanevano fuori dalla tutela tutti gli infortuni attribuibili a caso fortuito e forza maggior, cioè (da statistiche di allora) il 97-98% dei casi».

ritenevano che tale responsabilità dovesse configurarsi come extracontrattuale in virtù del fatto che il contratto di lavoro non prevedeva esplicitamente nessun altro obbligo per il datore di lavoro se non la corresponsione della retribuzione⁶⁶, salvo che, ovviamente, le parti non avessero voluto includere l'obbligo di sicurezza all'interno del contratto di lavoro⁶⁷. Come sottolineato in dottrina, questa affermazione nascondeva la fallace convinzione che il rapporto intercorrente tra le parti del contratto di lavoro potesse essere considerato paritario e che quindi il lavoratore sarebbe stato in grado di contrattare, a proprio favore, i contenuti del contratto⁶⁸.

Una parte della giurisprudenza cercò di applicare in via analogica gli art. 1151 c.c. e ss. – del codice del 1865 – per colmare, almeno parzialmente, le disuguaglianze tra la posizione del datore di lavoro e la posizione del lavoratore, facilitando a quest'ultimo l'onere della prova. Da quanto previsto in tali articoli si poteva desumere la responsabilità del datore di lavoro per danni cagionati dai propri dipendenti⁶⁹. Tuttavia anche questa teoria non ebbe grande fortuna⁷⁰. I giudici, spaventati dalle implicazioni di tale tesi, presto l'abbandonarono⁷¹. Ad ogni buon conto, non fu un grosso problema perché neanche questa ricostruzione era in grado di eliminare la vasta area all'interno della quale l'infortunio resta completamente privo di tutela: quella del caso fortuito⁷².

⁶⁶ L. Gaeta (1986), p. 20, sostiene che la ricostruzione della responsabilità dell'imprenditore come responsabilità extracontrattuale nonostante fosse legato ai lavoratori da un contratto poggia «sul contenuto estremamente restrittivo assegnato al contratto di lavoro». Tuttavia (p. 24), se la dottrina da un lato era restia nell'allargare l'obbligazione del datore ricomprendendovi l'obbligo di sicurezza dall'altro non era restia nell'allargare l'obbligazione del lavoratore ricomprendendovi il rischio insito nel suo lavoro; P. Passaniti (2006), p. 64. Per una ricostruzione degli orientamenti dell'epoca in merito: I. Modica (1897a), pp. 195-200; I. Modica (1897b), p. 44.

⁶⁷ G. Cazzetta (1988), p. 224, sostiene che il problema di configurare la responsabilità per infortuni come una responsabilità contrattuale nella *locatio operarum* si scontra con uno dei dogmi civilisti: il contenuto del contratto deve contenere solo quanto voluto dalle parti.

⁶⁸ L. Gaeta (1986), pp. 21-22.

⁶⁹ L. Gaeta (1986), pp. 27-28, sottolinea che si trattava di una (p. 30) «*culpa in eligendo*: il padrone veniva ritenuto responsabile per la cattiva scelta che aveva dimostrato nell'assunzione e nel tenere alle sue dipendenze un "commesso" poco capace e diligente». Tale tesi cominciò «a vacillare proprio sotto i colpi della nascente industrializzazione. Si osservò, infatti, che la responsabilità collegata alla cattiva scelta del dipendente doveva logicamente cessare quando questa scelta fosse praticamente impossibile». «Si disse perciò che la responsabilità non era fondata sulla cattiva scelta, quanto piuttosto su di un difetto di direzione di sorveglianza». Ma anche quest'ultima tesi era difficilmente difendibile. Poiché la scelta dell'operaio era praticamente impossibile dati i numeri di lavoratori da impiegare.

⁷⁰ L. Gaeta (1986), p. 29.

⁷¹ L. Gaeta (1986), p. 33, sostiene che «i tempi non erano ancora maturi».

⁷² L. Gaeta (1994), p. 209.

Altri ritenevano che la responsabilità in questione fosse contrattuale e che quindi il dovere di sicurezza sul luogo di lavoro si configurasse in sostanza come un'obbligazione, aggiuntiva rispetto a quella della retribuzione, in capo al datore di lavoro⁷³. Come efficacemente affermato in dottrina, a sostegno della tesi della responsabilità contrattuale vi era il fatto che «autorità e responsabilità sono concetti indissolubili, sono come il corpo e l'ombra: una presuppone l'altra; e se l'autorità del padrone era di fonte contrattuale, lo stesso doveva logicamente dirsi della responsabilità»⁷⁴.

Le due tesi coesistevano cronologicamente ed era maggioritaria la dottrina che riteneva la responsabilità per infortuni come extracontrattuale. Tale tesi era anche sposata dalla maggior parte della giurisprudenza. Ad ogni modo, entrambe le teorie non garantivano la posizione del lavoratore infortunato per forza maggiore, caso fortuito o colpa dello stesso lavoratore⁷⁵. Il fatto che il lavoratore non fosse tutelato nei casi di infortuni avvenuti per forza maggiore o per caso fortuito viene considerato da Gaeta un fallimento del particolarismo giuridico, che in questo caso «ha svolto una funzione depressiva delle tutele»⁷⁶. Egli infatti rileva come, dalla giurisprudenza dell'epoca, nel caso di danneggiamento delle merci (nel caso specifico, da parte di una società ferroviaria), dovuto a caso fortuito o a forza maggiore, quest'ultima fosse tenuta a risarcire il danno, mentre nel caso di infortunio sul lavoro, sempre dovuto a caso fortuito o a forza maggiore, la stessa giurisprudenza non ritenesse il “datore di lavoro” responsabile⁷⁷.

Per cercare, seppur in minima parte, di rendere più agevole per il lavoratore la prova alcuni giudici – pur non abbandonando mai la teoria della responsabilità extracontrattuale – cercarono di sostenere che fosse sufficiente la colpa lieve del datore di lavoro, nel presupposto che quest'ultimo avesse comunque un obbligo «sociale di tutela» nei confronti degli operai derivante

⁷³ P. Passaniti (2006), p. 95 «l'infortunio non era altro che un costo aggiuntivo». Per una ricostruzione degli orientamenti dell'epoca in merito: I. Modica (1897a), pp. 207-218 (in particolare sul confine della responsabilità contrattuale pp. 233 ss.); I. Modica (1897b), pp. 45-46.

⁷⁴ L. Gaeta (1986), p. 45.

⁷⁵ L. Gaeta (1994), p. 209, definisce la polemica sulla natura, contrattuale o extracontrattuale, della responsabilità per infortuni come «sterile». «Infatti, alla fine, la differenza tra l'una e l'altra teoria risiede unicamente nella diversa distribuzione dei carichi probatori. E nessuna delle due ricostruzioni, nella sua versione «ufficiale», riesce minimamente a tutelare l'autentica valanga degli infortuni addebitati a forza maggiore, a caso fortuito o a colpa (lieve) dello stesso lavoratore: ovvero il 97-98% del totale».

⁷⁶ L. Gaeta (2012), p. 84.

⁷⁷ L. Gaeta (2012), pp. 82-84, spec. p. 84.

da principi generali dell'ordinamento⁷⁸. Altri giudici, pur sostenendo la teoria della responsabilità extracontrattuale, affermavano più decisamente la necessità di attuare l'inversione dell'onere della prova⁷⁹. Questi tentativi giurisprudenziali trovavano la loro origine nella consapevolezza che «il diritto comune (...) è ingiusto nella sua astratta uguaglianza, incapace di valutare la nuova realtà del lavoro industriale, troppo rigido nella severità delle richieste probatorie all'operaio infortunato»⁸⁰.

Il compromesso fra le due tesi si ebbe con la teoria del «rischio professionale», elaborata negli anni '80 dell'800⁸¹. I sostenitori di tale teoria ritenevano «che il padrone, come dall'attività d'impresa ritraeva degli utili, così doveva al tempo stesso sopportarne tutte le conseguenze: *ubi commoda, ibi incommoda*»⁸². La dottrina stava iniziando ad accettare l'infortunio come un elemento intrinseco nella vita dell'impresa⁸³, ma nessuna delle teorie sopra esposte era in grado di risolvere in maniera adeguata la gravissima questione degli infortuni del lavoro⁸⁴.

È proprio sul rischio professionale che si basava la legge sugli infortuni del 1898⁸⁵. Di tale legge, ai fini del presente lavoro, due aspetti devono essere necessariamente sottolineati. Da un lato, venne affermata in modo indiretto la sussistenza, in capo al datore di lavoro, di un obbligo contrattuale di sicurezza nei confronti dei lavoratori, dall'altro questa parte del diritto del lavoro venne consegnata definitivamente al diritto pubblico⁸⁶.

⁷⁸ L. Gaeta (1986), pp. 35-36.

⁷⁹ L. Gaeta (1986), p. 38. Per una ricostruzione degli orientamenti dell'epoca: I. Modica (1897a), pp. 200-206; I. Modica (1897b), p. 45.

⁸⁰ G. Cazzetta (1991), p. 166.

⁸¹ E. Ales (1998), p. 722, sostiene che «la teoria del rischio professionale fu fortemente criticata sia da parte dei socialisti che da parte dei liberali a causa della cosiddetta transazione "scellerata" tra esonero dalla responsabilità civile, da un lato, e venir meno dell'onere della prova per il lavoratore, dall'altro, e per la conseguente trasformazione, da essa operata, del risarcimento del danno, commisurato all'entità dell'infortunio, in indennità a cifra fissa, predeterminata dal soggetto assicuratore in forme meno vantaggiose per il lavoratore». Per una ricostruzione degli orientamenti dell'epoca in merito: I. Modica (1897a), pp. 219-221; I. Modica (1897b), pp. 46-47.

⁸² L. Gaeta (1986), p. 125. Come affermava L. Barassi (1897), p. 391, che «agli utili vadano congiunti inseparabilmente i rischi è un fatto umano, vero, giusto», e il fatto che l'operaio lavori nell'interesse del «principale» comporta come conseguenza che «è l'interesse che giustifica la grave responsabilità del principale».

⁸³ L. Gaeta (1986), p. 126, anche per riferimenti bibliografici; G. Cazzetta (1991), p. 420.

⁸⁴ I. Modica (1897a), p. 221.

⁸⁵ G. Cazzetta (1991), p. 459.

⁸⁶ L. Gaeta (2012), p. 83; A. Agnelli (1902), p. 1005, sostiene che con l'assicurazione obbligatoria la materia degli infortuni sul lavoro viene collocata «nella sua sede naturale, cioè il diritto pubblico» (cit. in L. Gaeta (2012), p. 83).

Il passaggio al diritto pubblico venne vissuto con un certo sollievo da parte dei giuristi di formazione civilistica del tempo. Era infatti molto forte l'esigenza di assicurare l'immutabilità dei principi del diritto civile rispetto alle contingenti situazioni sociali⁸⁷.

1.3 La giurisprudenza dei probiviri sul contratto di lavoro

In questo quadro di inadeguata – nei confronti delle emergenti esigenze – regolamentazione, l'esperienza dei probiviri è degna di nota⁸⁸. In dottrina, infatti, «la istituzione dei Probiviri fu accolta (...), come è noto, quale sperato rimedio a tanti guai, derivatici dalle lacune del diritto scritto, in materia di ordinamento giuridico del lavoro industriale»⁸⁹.

L'*iter* di approvazione della legge sui Probiviri fu lungo e travagliato: furono necessari dieci anni per giungere all'approvazione della legge a causa dei continui rinvii⁹⁰. Il 15 giugno 1893 si giunse all'approvazione di tale legge che fu giudicata – nonostante il lungo *iter* legislativo – «tutt'altro che chiara e completa»: «d'una babelica confusione»⁹¹.

Il motivo che portò il legislatore all'approvazione di tale legge non fu diverso da quello che lo spinse ad emanare anche le altre leggi prima menzionate: la riduzione dei conflitti sociali, in quel periodo assai intensi, e il conseguente raggiungimento di una, almeno parziale, pacificazione tra classi⁹². In quegli anni gli scioperi erano molto diffusi e l'obiettivo ultimo

⁸⁷ G. Cazzetta (1991), p. 174.

⁸⁸ M. Cappelletto (1977), p. 1207, emblematicamente riporta quanto detto da Giolitti nel '93 in Parlamento: la legge sui Probiviri «costituisce una assai piccola parte del lavoro che dobbiamo fare per provvedere ai più urgenti bisogni del paese».

⁸⁹ E. Redenti (1905), p. 356; G. Vadalà-Papale (1897), p. 87, scrive di come la legge sui probiviri «per un momento parve la panacea per risolvere le quistioni tra padroni ed operai». «Ma quella legge è rimasta lettera morta; quella legge è stata polvere buttata agli occhi delle masse, senza che si sia cavato alcun bene».

⁹⁰ G. Monteleone (1977), p. 107, sostiene come tale iter legislativo fu lungo anche a causa della «diffidenza verso un progetto che, se da più parti era presentato come efficace rimedio contro la conflittualità sociale, da altri era avversato per motivi opposti tra loro, apparendo volta a volte come un'interferenza nei rapporti di lavoro e un attentato contro la libertà contrattuale, ovvero come un rimedio «borghese» di scarso valore sociale e di limitata efficacia».

⁹¹ R. Majetti (1894), p. VIII e IX, cit. in G. Monteleone (1977), p. 107, note 76 e 77.

⁹² E. Redenti (1906), p. 80. P. Calamandrei (1921), p. 50, sottolinea come «dato questo carattere del tutto eccezionale delle giurisdizioni di equità, il cui fiorire corrisponde ai periodi di maggiore irrequietezza sociale, potrebbe qualcuno essere tratto a vedere in esse un fenomeno prettamente rivoluzionario», in verità questi organi appaiono «quali fattori potenti di equilibrio e di pacificazione».

delle leggi sociali era anche quello di sedare i crescenti conflitti⁹³. Infatti, come è stato sottolineato in dottrina, lo scopo dell'emanazione della legge sui Proibiviri non rispondeva certo all'idea «di favorire l'elevazione economica e giuridica del proletariato, ma più semplicemente di liberare l'industria da circoscritte e transitorie turbative»: «l'obiettivo di fondo rimane quello di far funzionare, a pieno regime, la macchina industriale»⁹⁴. I proibiviri rappresentavano, come affermato in dottrina, «la giustizia dei galantuomini, che con il semplice buonsenso azzerà l'astio tra le classi sociali»⁹⁵, poiché riuscivano a dirimere le piccole controversie individuali prima che confluissero in grandi vertenze collettive⁹⁶.

I Collegi dei Proibiviri dovevano essere istituiti per volontà delle parti⁹⁷. Questa condizione comportò due conseguenze: la loro scarsa diffusione, a causa delle reticenze degli industriali nel costituirli⁹⁸, e la loro concentrazione nelle aree in cui erano presenti associazioni protosindacali⁹⁹. Un ulteriore fattore che contribuì a mantenere modesta la loro diffusione fu il fatto che i collegi potevano essere costituiti nelle regioni e nelle città in cui era stato raggiunto un elevato livello di sviluppo industriale¹⁰⁰. Perciò in molte porzioni di territorio italiano non si poterono istituire tali Collegi.

Il Collegio, oltre al presidente, era composto da un numero di membri variabile da dieci a venti, in rappresentanza paritetica delle due classi, eletti separatamente dalle rispettive categorie¹⁰¹. In dottrina è stato osservato come, attraverso la composizione paritetica, «il legislatore utilizza la lotta di classe, che in queste commissioni paritarie viene legalmente riconosciuta e si potrebbe dire incanalata, per ottenere la formulazione di un diritto che sia

⁹³ Il «fine esplicito [del progetto di legge del 1883] era la “pacificazione sociale, la composizione dei conflitti di lavoro, la rimozione delle cause degli scioperi a vantaggio della produzione”» M. V. Ballestrero (2014a), p. 12; L. Tartufari (1893), p. 17.

⁹⁴ P. Passaniti (2006), p. 363.

⁹⁵ P. Passaniti (2006), p. 355; L. Castelvetti (1994), p. 174, sottolinea come «l'istituzione della magistratura industriale era stata immaginata dalla Commissione di inchiesta sugli scioperi come strumento di pacificazione sociale; essa doveva risolvere “alla buona” le incomprensioni fra operai e imprenditori singoli, evitando che degenerassero in protesta più generale»; E. Redenti (1906), p. 99, sostiene come i Tribunali industriali eliminino «ogni diffidenza e ostilità di classe».

⁹⁶ P. Passaniti (2006), p. 360.

⁹⁷ M. V. Ballestrero (2014a), p. 12.

⁹⁸ G. Monteleone (1977), p. 91, sottolinea come le reticenze degli industriali si fossero manifestate già nella fase – assai travagliata – di iter legislativo. Gli industriali, infatti, erano «contrari a qualsiasi intromissione nei rapporti di lavoro e [erano] timorosi che gli operai si sentissero incoraggiati nelle loro richieste e pretese»; L. Castelvetti (1994), p. 178.

⁹⁹ P. Passaniti (2006), p. 366.

¹⁰⁰ G. Monteleone (1977), p. 108.

¹⁰¹ L. Castelvetti (1994), p. 190.

veramente un mezzo di pacificazione fra le classi: costringe, cioè, la lotta di classe a elaborare essa stessa i rimedi che devon guarirla»¹⁰². Per quanto riguarda il presidente di ogni singolo collegio, esso era nominato per decreto reale su proposta del Ministro di agricoltura, industria e commercio fra i funzionari dell'ordine giudiziario e fra chi possedesse i requisiti per essere nominato conciliatore, in particolare non doveva appartenere né alla classe degli industriali né a quella degli operai¹⁰³. Secondo la legge, ad avere i requisiti per ricoprire la carica di presidente erano i senatori, gli ex magistrati, i funzionari, gli impiegati, gli ufficiali, i laureati, gli ex sindaci, i consiglieri provinciali e i segretari comunali. La discrezionalità del Ministero fu molto criticata perché tendenzialmente la scelta ricadeva su presidenti benestanti; in nessun caso, infatti, furono nominati esponenti della classe operaia¹⁰⁴.

Prima di ripercorrere il ruolo che la giurisprudenza dei Proviviri ha svolto nel delineare le caratteristiche del contratto di lavoro, vale la pena spendere qualche parola sulle particolarità del processo in sede probivirale. Redenti lo descriveva come «rapido, semplice, senza spese, senza interventi di legulei»¹⁰⁵. L'assenza di difesa tecnica non era uno svantaggio per il lavoratore poiché era bilanciata dal fatto che la giuria probivirale, a differenza del rito ordinario, aveva ampi poteri istruttori. Questi ultimi rendevano più facile la conoscenza delle questioni controverse e, di conseguenza, il raggiungimento della prova¹⁰⁶.

Le peculiarità descritte rendevano il processo particolarmente favorevole agli operai. Come è stato sottolineato in dottrina, «è dunque verosimile che l'avversione di principio per i fori privilegiati sia stata usata in discussione per mascherare il disappunto degli industriali per la perdita di un vantaggio»¹⁰⁷.

Ai fini della presente ricerca sono rilevanti soprattutto le massime relative al contratto di lavoro. Redenti, nel suo *Massimario*¹⁰⁸, si chiede che

¹⁰² P. Calamandrei (1921), p. 38.

¹⁰³ L. Di Franco (1909), p. 264.

¹⁰⁴ L. Castelvetti (1994), p. 191.

¹⁰⁵ E. Redenti (1910), p. 633; E. Redenti (1906), p. 100.

¹⁰⁶ L. Castelvetti (1994), p. 192; E. Redenti (1910), p. 633, sostiene che l'assenza di legulei «permette al giudice di supplire entro certi limiti alla inettitudine delle parti nella condotta processuale e di sventarne, se occorra, la mala fede e che, quanto al contenuto, fa dipendere la decisione dalla convinzione del giudice e non da valutazioni legali *a priori*». L. Castelvetti (2010), p. 22.

¹⁰⁷ L. Castelvetti (1994), p. 184.

¹⁰⁸ Nella prefazione al *Massimario* il Direttore dell'Ufficio del lavoro Montemartini spiega efficacemente la funzione di tale raccolta. Quest'ultima ha la funzione di raccogliere le sentenze dei probiviri in materia di lavoro, dividendole per argomenti e commentandole.

cosa si debba intendere per contratto di lavoro, poiché il codice dell'epoca non ne forniva alcuna definizione¹⁰⁹. Solo nella legge del 15 giugno 1893 il legislatore aveva previsto una definizione di contratto di lavoro: «ogni contratto per cui alcuno si obbliga a prestare lavoro febbrile (manuale) per una azienda industriale». E Redenti intendeva per azienda industriale ogni «persona in atto di impresa industriale». Data questa scarna definizione, secondo Redenti, era «compito abbandonato dalla legge al giudice, il determinare caso per caso, se il lavoro abbia carattere febbrile (manuale), se l'arte o l'industria abbia carattere di impresa ed in ispecie di impresa industriale»¹¹⁰. Redenti sottolineava l'importanza di questa forma contrattuale, che pure il legislatore non aveva ancora compiutamente disciplinato, poiché «permette[va] all'industriale di formare, per così dire, il proprio esercito permanente di lavoratori, disciplinarlo ed abituarlo al lavoro, così da poter contare su di esso come su di una forza nota, abile e costante»¹¹¹. Dalla giurisprudenza probivirale Redenti ricavava quelli che erano, a suo avviso, gli elementi essenziali del contratto: l'oggetto e il consenso. In particolare, con riferimento all'oggetto del contratto, egli sosteneva che si sostanziava nell'obbligo di retribuire il lavoratore da parte dell'industriale e nell'obbligo di prestare servizio da parte dell'operaio. Per quanto riguarda l'obbligazione del lavoratore, Redenti affermava che essa non potesse essere individuata e definita nel contratto, poiché non si sostanziava in un'unica prestazione. Da ciò ne conseguiva, ad avviso di Redenti, che dal contratto non scaturisse un'obbligazione di una prestazione definita, ma generica, la quale si concretizzava in singole obbligazioni a prestazioni specifiche e determinate di volta in volta dal datore di lavoro¹¹².

È necessario chiedersi quale diritto avrebbero dovuto applicare i probiviri¹¹³. La dottrina dell'epoca si era domandata: «sarà il diritto positivo attuale quale risulta dallo insieme delle leggi e dei codici, con la ortodossia

Redenti si è incaricato nel Massimario di esporre «la storia e l'ordinamento dei nostri collegi probivirali, comparandoli alle magistrature industriali estere e ponendo in luce la posizione funzionale della giurisdizione del lavoro nell'evoluzione del moderno diritto operaio ed in genere dell'attuale assetto economico sociale». E. Redenti (1906), p. 76.

¹⁰⁹ E. Redenti (1906), p. 143.

¹¹⁰ E. Redenti (1906), p. 143. Secondo L. Gaeta (1993), p. 7, «il primo testo normativo a parlare esplicitamente di «contratto di lavoro» fu l'art. 8 L. 15 giugno 1893, n. 295». Lo stesso Autore aggiunge però che «chi ne commentò la giurisprudenza non ritenne che la legge esprimesse una nozione generale e unitaria di tale contratto».

¹¹¹ E. Redenti (1906), p. 146.

¹¹² E. Redenti (1906), p. 147.

¹¹³ P. Passaniti (2006), p. 370; U. Romagnoli (1985), p. 52; L. Tartufari (1893), p. 19; I. Modica (1897a), p. 113; I. Modica (1897b), p. 7.

dei suoi principi essenzialmente individualistici e con a base un'assoluta, per quanto ipotetica, libertà contrattuale; o sarà invece il diritto dell'avvenire quale si va man mano delineando, con i suoi principi prevalentemente altruistici, e col suo contenuto essenzialmente sociale?»¹¹⁴.

La risposta è presto data: fin da subito fu evidente che «sarebbero state le sentenze a determinare le regole del rapporto e non viceversa»¹¹⁵. I probiviri erano tenuti a disegnare i tratti essenziali del diritto del lavoro, essendo questi ultimi estranei al diritto codificato, attraverso l'individuazione di principi nuovi¹¹⁶. Redenti, pur condividendo l'opinione che i Probiviri «faran valere, formulandolo, diritto nuovo», osservava come ciò potesse costituire un pericolo nella misura in cui queste magistrature potessero decidere senza rispettare il diritto sostanziale vigente, ed applicare invece «un ipotetico diritto nuovo, opposto ad esso, giusto quanto esso è iniquo»¹¹⁷. Sempre Redenti sottolineava come il «diritto dell'avvenire» non potesse contenersi «nei limiti legali e legittimi di queste categorie di norme, per esser diritto *nuovo*: deve dunque cominciare col rifiutare od infrangere le vigenti regole generali sui contratti e i principii generali del diritto»¹¹⁸.

Tuttavia, anche se il diritto probivirale era un diritto “nuovo” – nuovo in quanto non ancora codificato – non era un diritto completamente avulso dallo stesso diritto codificato¹¹⁹. Come sottolineato in dottrina, il diritto elaborato dai probiviri trovava la sua legittimazione nell'art. 1124 c.c. concernente l'integrazione del contratto ad opera degli usi, della buona fede e dell'equità, il quale rappresentava «l'anello di congiunzione tra il diritto positivo e le regole culturali ed economiche, di matrice consuetudinaria, insite nel rapporto di lavoro industriale»¹²⁰. In altre parole già nel c.c. del 1865 era

¹¹⁴ L. Tartufari (1893), p. 19.

¹¹⁵ P. Passaniti (2006), p. 370.

¹¹⁶ P. Passaniti (2006), p. 371; G. Monteleone (1977), p. 121, sostiene che grazie ai probiviri «si era gradualmente costituito un «vero corpo organico del diritto operaio», formatosi al di fuori della volontà del legislatore».

¹¹⁷ E. Redenti (1906), p. 96.

¹¹⁸ E. Redenti (1906), p. 98.

¹¹⁹ P. Passaniti (2006), p. 374, sostiene che il diritto dei probiviri debba considerarsi «*nuovo* (...) nella misura in cui colmi la lacuna normativa, restituendo completezza alla trama del lavoro nell'impresa, senza pretendere di sostituirsi al vecchio diritto contrattuale da cui trae legittimazione».

¹²⁰ P. Passaniti (2006), p. 378; F. Alunno Rossetti (2002), p. 36; L. Castelvetti (1994), p. 193; E. Redenti (1910), p. 634, sostiene che «la funzione dei probiviri è apparsa caratteristica e benefica (...) in quanto essi han potuto e saputo applicare al regolamento del contratto di lavoro, gli usi e le pratiche dei galantuomini e le loro convinzioni desunte dalla natura e dalle funzioni del contratto e dalle condizioni d'ambiente, usi, pratiche, convinzioni

codificato il principio per cui le parti si obbligano «non solo a quanto è nei medesimi [contratti] espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano». Di conseguenza i probiviri erano legittimati dall'art. 1124 ad integrare il contratto secondo l'equità e secondo gli usi. Data questa premessa, si deve constatare che, essendo all'epoca la regolamentazione del contratto di lavoro praticamente inesistente (e riducendosi l'autonomia contrattuale al consenso espresso, necessario per la conclusione del contratto), di conseguenza era quasi esclusivamente dall'uso e dall'equità che il giudice, investito di una controversia, doveva cercare le premesse necessarie per risolverla¹²¹. Secondo Redenti, la quasi totale assenza di regolazione, unita al fatto che i magistrati togati erano lontani dalle esigenze dei lavoratori¹²², determinarono la fortuna dei probiviri. Questi ultimi venivano descritti da Redenti come uomini «quotidianamente impegnati nella pratica dei contratti di lavoro» e con il compito di «render attivo un meccanismo di integrazione del diritto codificato, meccanismo, che rimaneva altrimenti rugginoso ed inerte»¹²³.

Per tale aspetto l'esperienza dei collegi può essere considerata «l'officina nella quale – giorno per giorno – si costruisce dal basso, pezzo dopo pezzo, il contratto di lavoro»¹²⁴. Infatti, come sottolineato da Redenti, «prima dell'istituzione dei Tribunali industriali non esisteva una giurisprudenza *viva* sul contratto di lavoro»¹²⁵.

Il fatto che in dottrina venga sottolineato che i Probiviri avevano costruito «dal basso» il contratto di lavoro o il «fatto-lavoro»¹²⁶ induce a tornare sulla questione affrontata nelle pagine che precedono: la nascita del diritto del lavoro. Le osservazioni svolte sopra rafforzano la convinzione che la spinta alla nascita di tale materia non sia arrivata esclusivamente dall'alto, ma che vi sia stata anche una spinta proveniente dal basso¹²⁷. Leggendo il

che son (tutte egualmente) diritto per l'art. 1124»; E. Redenti (1906), p. 101; E. Redenti (1905), p. 359; P. Calamandrei (1921), p. 41.

¹²¹ E. Redenti (1906), p. 102.

¹²² E. Redenti (1906), p. 99, sottolinea come «la istituzione dei Tribunali industriali per la tutela del diritto in materia di contratto di lavoro fu resa a mio [suo] avviso necessaria per ciò che il magistrato e la procedura ordinaria erano essenzialmente inetti a provvedervi».

¹²³ E. Redenti (1906), p. 102.

¹²⁴ P. Passaniti (2006), p. 392.

¹²⁵ E. Redenti (1906), p. 99.

¹²⁶ Sempre P. Passaniti (2006), p. 392.

¹²⁷ P. Calamandrei (1921), p. 50, sottolinea il fatto che i probiviri, come in generale tutte le giurisdizioni di equità, fossero «incaricati di attingere direttamente il diritto dalla sua fonte sociale».

Massimario di Redenti ci si può rendere conto di come ogni singolo aspetto della vita lavorativa venisse affrontato dai Probiviri. Come è stato osservato, i fenomeni analizzati dalla giurisprudenza dei probiviri andavano «pian piano ordinandosi nel sistema, assumendo tratti e denominazioni di precisi istituti giuridici»¹²⁸. I probiviri favorivano l'affermazione di principi ancora non accolti nel diritto positivo, i quali gradualmente acquisivano forza obbligatoria poiché si trasformavano in diritto consuetudinario¹²⁹. In dottrina si sottolineava che l'insieme delle decisioni conformi dalle quali emergeva un principio fino a quel momento non accolto nel diritto positivo, determinava a poco a poco, nelle classi interessate la convinzione della sua obbligatorietà giuridica, dando luogo così «ad una pratica ispirata ad esso, che verrà gradualmente a trasformarsi in una norma di diritto consuetudinario, fornita di forza obbligatoria generale»¹³⁰.

In dottrina è condivisa l'opinione che il legislatore abbia preso largo spunto dalla giurisprudenza probivirale per le successive regolamentazioni legali del contratto di lavoro. D'altronde, l'inadeguatezza politica e tecnica del legislatore aveva fatto propendere per un rinvio dell'intervento legislativo in materia e per l'affidamento alla magistratura probivirale della funzione di predisporre, mediante il progressivo consolidarsi degli orientamenti giurisprudenziali in principi, il modello per una successiva legge in materia¹³¹. Calamandrei, con una metafora, rappresenta molto efficacemente quanto appena detto: «le giurisdizioni di equità sono appunto il mezzo che il legislatore adopera per incanalare il diritto nuovo che preme, per utilizzarlo infiammato e plasmabile, come esso esce dalle viscere della società (...) e a poco a poco tornerà a solidificarsi in legge»¹³². Il contributo dei probiviri è stato dunque fondamentale con riguardo alle prime norme del diritto del lavoro. Anche se i probiviri non arrivarono mai a formulare una nozione tecnica di subordinazione, il loro ruolo è stato molto importante poiché ne tracciarono i caratteri principali e distintivi¹³³.

¹²⁸ F. Alunno Rossetti (2017), p. 9.

¹²⁹ L. Castelvetti (2010), p. 42.

¹³⁰ P. Calamandrei (1921), p. 41.

¹³¹ L. Castelvetti (2010), pp. 40-41.

¹³² P. Calamandrei (1921), p. 51.

¹³³ L. Gaeta (1993), p. 9.

2. Prime teorizzazioni sulla natura contrattuale del rapporto di lavoro subordinato: le dottrine prebarassiane

L'importanza dell'opera di Lodovico Barassi nella costruzione del contratto di lavoro subordinato è indiscussa. Nondimeno, l'elaborazione barassiana fu preceduta da una serie di contributi di altra dottrina, che viene denominata – significativamente – prebarassiana, proprio per sottolineare la minore rilevanza del loro contributo rispetto alla imponente ricostruzione del giurista milanese.

Gli autori prebarassiani più noti sono Tartufari, Jannaccone, Vadalà-Papale, Betocchi e Modica¹³⁴.

Pur nella loro eterogeneità, gli scritti che ci accingiamo a prendere in considerazione presentano alcuni tratti comuni.

Il primo di questi tratti è l'attenzione riservata ai mutamenti economico-sociali prodottisi negli ultimi anni dell'800: nei contributi degli autori prebarassiani è sempre presente l'indagine sui cambiamenti macroscopici intervenuti con l'avvento del lavoro in fabbrica e, in particolare, l'analisi delle conseguenze sul modo di lavorare prodotte dall'industrializzazione. La conoscenza degli aspetti, non strettamente giuridici, che caratterizzavano il contesto sociale della fine dell'800 era evidentemente ritenuta irrinunciabile ai fini di una corretta identificazione degli elementi caratterizzanti il contratto di lavoro.

Il secondo tratto che accomuna tutti gli scritti degli autori che prenderemo in considerazione è il tentativo di individuare le caratteristiche "strutturali" del contratto di lavoro. Ogni Autore metteva in luce, partendo dall'analisi del contesto di riferimento, le caratteristiche che distinguevano questo da altri contratti; a tale fine, peculiare attenzione era riservata all'individuazione dell'oggetto e della causa del contratto di lavoro stesso. Particolarmente interessanti risultano le parti in cui gli Autori, interrogandosi sul contenuto dell'oggetto del contratto di lavoro, si chiedevano se, ed entro quali limiti, il lavoro potesse essere considerato una merce: un interrogativo che, come è noto, si è riproposto in dottrina in più occasioni ed anche in tempi relativamente prossimi a noi¹³⁵.

Ulteriore *leit motiv* degli scritti considerati è la denuncia relativa all'inadeguatezza della legislazione allora vigente rispetto al compito di

¹³⁴ Per la scelta di concentrare l'attenzione sulle opere degli Autori di cui ci si occuperà nei prossimi paragrafi si sono accolti i suggerimenti contenuti nelle opere di L. Castelvetti e P. Passaniti.

¹³⁵ Vedi per tutti M. Grandi (1997), p. 557 e ss.

regolare i fenomeni nuovi. Sul punto specifico non si riscontra però unanimità di vedute. Come si vedrà meglio in seguito, alcuni autori si limitavano a “chiedere” l’intervento del legislatore affinché la carenza di una adeguata disciplina legale, ritenuta non rimediabile per via interpretativa, venisse colmata dal legislatore, senza tuttavia avanzare proposte in merito. Altri autori si spingevano oltre, suggerendo soluzioni *de iure condendo*. Altri ancora ritenevano che alcune disposizioni allora previste dal codice civile, in particolare le disposizioni riguardanti la *locatio*, potessero essere adattate ai nuovi fenomeni e quindi si impegnavano nel tentativo di dimostrarne l’utilizzabilità nel nuovo contesto.

Si ritrovano perciò nelle opere considerate, sia proposte *de iure condendo* sia ricostruzioni *de iure condito*.

2.1 L’analisi dei mutamenti economico-sociali

Come si è già accennato, tutti gli Autori presi in considerazione, chi in misura maggiormente marcata, chi meno, rivolgevano la loro attenzione ai mutamenti che interessavano la società in cui vivevano descrivendo, in particolare, i cambiamenti che riguardavano il mondo del lavoro. In alcuni scritti, la preliminare analisi del contesto era considerata attività indispensabile per svolgere il compito di ricostruire i caratteri del contratto di lavoro. Era questa la posizione, ad esempio, di Tartufari che assumeva come compito metodologicamente necessario allargare «la ricerca dal campo del puro diritto (...) a quello delle scienze antropologiche e sociali»¹³⁶.

La considerazione dei mutamenti produttivi e sociali, e in particolare dell’avvento della fabbrica e della conseguente meccanizzazione di alcuni processi produttivi non era fine a sé stessa: essa consentiva invece ad alcuni Autori di fare entrare nell’analisi giuridica alcuni profili derivati direttamente dall’osservazione del nuovo “modo” di lavorare.

Anzitutto, si osservava come le macchine avessero schiacciato «la indipendenza della personalità individuale per renderla pedissegua (*sic*) della forza meccanica che da esse sviluppa»¹³⁷. La macchina influenzava, allora e forse ancora oggi, la vita del lavoratore e la sua personalità. La fabbrica aveva dato alla luce una nuova categoria di lavoratori, gli operai, i quali avevano ritmi e condizioni di lavoro che non trovavano disciplina in nessuna fonte normativa. Per disciplinare il contratto di lavoro occorre dunque

¹³⁶ L. Tartufari (1893), p. 5.

¹³⁷ G. Vadalà-Papale (1897), pp. 20-21.

comprendere l'effetto prodotto dal lavoro in fabbrica sugli individui e sulla società.

Come ha avuto modo di notare Passaniti, commentando le dottrine di cui si sta parlando, «il contratto di lavoro, in fondo, è la prova tangibile della necessaria complessità di un'economia capitalistica realizzata»¹³⁸. Infatti, il contratto di lavoro non rappresentava «soltanto una questione di una determinata classe sociale», ma costituiva «l'effetto di una trasformazione economica che ha attraversato e stravolto il funzionamento stesso della società»¹³⁹.

In secondo luogo, l'attenzione ai nuovi modi di produzione aveva consentito di individuare il tratto saliente del contratto di lavoro nella situazione di debolezza di una parte, il lavoratore, assoggettata al potere riconosciuto all'altra, il datore. Modica, ad esempio, descriveva realisticamente e lucidamente la fabbrica come «un piccolo regno dispotico» nel quale gli operai erano costretti a lavorare sotto la direzione del datore di lavoro senza alcuna tutela¹⁴⁰. L'emersione di un potere unilaterale in capo all'imprenditore aveva permesso di prendere coscienza del fatto che – nella realtà – le due parti del contratto di lavoro non avevano la stessa forza contrattuale: «l'operaio, quantunque libero ed uguale al padrone rispetto alla legge, nella stipulazione del contratto di lavoro si trova[va] in balia di lui, e quindi deve [doveva] necessariamente soccombere»¹⁴¹.

Il coinvolgimento, nel contratto di lavoro, di rilevanti aspetti della personalità del lavoratore, nonché la condizione di debolezza contrattuale di quest'ultimo sono ancora oggi elementi fondamentali nella costruzione del contratto di lavoro.

2.2 Gli elementi fondamentali del contratto di lavoro: oggetto e causa

Ulteriore tratto in comune degli scritti degli autori prebarassiani riguarda il tentativo di individuare gli elementi fondamentali del contratto di lavoro, cioè il suo oggetto e la sua causa.

È interessante tuttavia notare come i concetti di oggetto e causa non fossero assunti nel loro significato tecnico-giuridico. In particolare, pare

¹³⁸ P. Passaniti (2006), p. 127.

¹³⁹ P. Passaniti (2006), p. 128.

¹⁴⁰ I. Modica (1897a), p. 170.

¹⁴¹ I. Modica (1897a), p. 126.

emergere una tendenza a costruire i concetti giuridici a partire dalla considerazione della realtà. Proprio per questo, le considerazioni che questi autori svolgevano sull'oggetto del contratto di lavoro sono sicuramente degne di nota, se non altro perché storicamente rappresentano un primo tentativo di approccio non dogmatico alla materia.

Entrando nel merito dei contributi, si può osservare come vi fosse concordia nel ritenere che il contratto di lavoro avesse, allora come oggi del resto, ad oggetto due prestazioni corrispettive: il salario e la prestazione lavorativa. Per quanto riguarda il primo, non si registravano differenti vedute: tutti gli Autori evidenziavano il fatto che la prestazione del lavoratore dovesse essere retribuita. Piuttosto, è interessante segnalare che Vadalà Papale, con riguardo alla retribuzione, riteneva che dovesse essere equa e giusta, in quanto rappresentava il mezzo di sostentamento dell'operaio e della sua famiglia. E la definizione di un salario equo e giusto, secondo Vadalà-Papale, doveva essere appannaggio del legislatore¹⁴².

Per quanto concerne la prestazione lavorativa, invece, non vi era unanimità di vedute. Alcuni ritenevano che in concreto l'oggetto del contratto di lavoro fosse la «potenza di lavoro»¹⁴³, altri il lavoro inteso come «prodotto umano»¹⁴⁴. Non è chiarissimo a quale preciso concetto alludessero tali espressioni, ma probabilmente si faceva riferimento al fatto che il lavoro era un prodotto della persona e che quindi nell'oggetto del contratto di lavoro era coinvolta la persona del prestatore. Modica, ad esempio, riteneva che la prestazione corrispettiva dovuta dal lavoratore fosse il lavoro, con la specificazione che il lavoro non fosse separabile dalla persona umana¹⁴⁵. Interessanti sono anche le osservazioni di Vadalà-Papale in merito al fatto che, se l'obiettivo delle indagini era quello di affrancare l'operaio dalla sua condizione, sarebbe stato necessario spostare l'oggetto del contratto di lavoro dall'attività «lavoratrice» al lavoro in quanto «prodotto umano»¹⁴⁶, in quanto quest'ultimo, a differenza dell'attività «lavoratrice», nello scambio sociale acquista utilità. A poche righe di distanza, sempre il medesimo Autore sosteneva apertamente che oggetto del contratto è la persona del lavoratore.

Non è facile comprendere se dietro all'utilizzo dei diversi termini vi fossero diversi concetti o se invece tali espressioni fossero tra loro

¹⁴² G. Vadalà-Papale (1897), pp. 37-57, in particolare sul salario pp. 53-55.

¹⁴³ P. Jannaccone (1897), p. 117. C. Betocchi (1897a), p. 109; C. Betocchi (1897b), pp. 45-46.

¹⁴⁴ G. Vadalà-Papale (1897), p. 23.

¹⁴⁵ I. Modica (1897a), p. 127.

¹⁴⁶ G. Vadalà-Papale (1897), p. 23.

intercambiabili. Probabilmente il termine o l'espressione adottati non erano dirimenti. Ciò che gli Autori considerati volevano far emergere dai loro scritti era il problema dell'implicazione della persona umana nel contratto di lavoro: la persona umana era considerata al tempo stesso soggetto e oggetto del contratto di lavoro. Assai esplicito in tal senso era Tartufari, secondo il quale «in nessun altro caso la prestazione oggetto del contratto si presenta così strettamente connessa alla persona che ne è il subbietto»¹⁴⁷.

Il *leit motiv* che accomuna tutti gli Autori prebarassiani è la problematica relativa al fatto di considerare il lavoro come una merce: per la prima volta nella storia, i giuristi hanno preso consapevolezza di questo problema.

La problematica del lavoro considerato alla stregua di una merce merita qualche riflessione in più vista la stretta connessione tra la persona del lavoratore e l'oggetto del contratto di lavoro. La dottrina prebarassiana per prima prende le misure con tale problematica teorica, che sarà oggetto di maggiore approfondimento nel terzo capitolo.

Per quanto concerne la causa del contratto di lavoro, essa era unanimemente rappresentata dallo scambio di «servigi mediante un compenso»¹⁴⁸. Nelle considerazioni svolte dagli Autori prebarassiani sulla causa del contratto emerge con particolare evidenza la tendenza ad accostare al dato giuridico anche un dato fattuale e morale. Infatti, alcuni Autori ritenevano che la causa per il datore di lavoro fosse l'adempimento della funzione industriale mentre per il lavoratore si concretizzasse nel sostentamento della vita¹⁴⁹. Il lettore di oggi può cogliere in ciò la sovrapposizione tra i concetti di causa e motivi del contratto, ma tale circostanza non sorprende, dato che, come già sottolineato in precedenza, in tali primi scritti, a tratti, l'analisi puramente giuridica pare inscindibilmente intrecciata a valutazioni politiche, sociologiche, che finiscono per rendere il ragionamento non rigorosamente tecnico (nel senso di dogmatico).

Emblematica è ad esempio la considerazione formulata da Tartufari a margine della trattazione sulla causa. Egli osservava come la causa individuata nello scambio tra prestazione e retribuzione rendesse il contratto di lavoro meritevole di ottenere il primo posto nella «gerarchia» dei contratti. Nessun contratto, infatti, avrebbe potuto certo contendere il primo posto a

¹⁴⁷ L. Tartufari (1893), p. 9.

¹⁴⁸ L. Tartufari (1893), p. 9.

¹⁴⁹ P. Jannaccone (1897), p. 117. C. Betocchi (1897a), p. 110.

quello per cui l'uomo si impegna a prestare ad altri i propri servizi mediante un compenso¹⁵⁰.

Quali fossero però le conseguenze giuridiche del riconoscimento di questo primato non è dato sapere.

2.2.1 Obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro

Quasi tutti gli autori, dopo avere cercato di definire l'oggetto e la causa del contratto, tentavano di individuare le obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro.

Vi era unanimità di opinioni per quanto concerneva l'individuazione delle obbligazioni del lavoratore. Queste venivano individuate nel prestare il proprio lavoro secondo le modalità stabilite dal datore di lavoro e nel mantenere in buono stato i materiali affidati¹⁵¹. È interessante segnalare come tra gli obblighi del lavoratore Modica, in particolare, annoverasse, con grande lungimiranza, quello che oggi definiremmo l'obbligo di obbedienza, ovvero l'obbligo «di attenersi scrupolosamente alle istruzioni ed agli ordini ricevuti dall'allogatore o dai suoi rappresentanti». Modica riteneva che tale obbligo fosse il necessario corollario del «potere di autorità e direzione» di cui era titolare il datore di lavoro¹⁵².

I corrispettivi obblighi del datore di lavoro erano individuati invece nel pagamento del salario e nel «fare tutto quello che dipende da lui per mettere l'artefice in grado di menare ad effetto la convenzione»¹⁵³.

Il secondo obbligo implicava la messa a disposizione del materiale necessario per eseguire la prestazione da parte del datore di lavoro¹⁵⁴. La dottrina dell'epoca si chiedeva se fra le obbligazioni del datore di lavoro vi fosse anche quella di dover risarcire agli operai i danni derivanti da infortuni occorsi sul lavoro. Gli autori considerati non assumevano posizioni unanimesi. Betocchi, ad esempio, dava risposta negativa ritenendo che le parti fossero obbligate solo a quanto scritto nel contratto¹⁵⁵. Jannaccone e Vadalà-Papale,

¹⁵⁰ L. Tartufari (1893), pp. 8-9.

¹⁵¹ P. Jannaccone (1897), pp. 144-150; P. Jannaccone (1894), pp. 157-161. G. Vadalà-Papale (1897), pp. 79-80. C. Betocchi (1897a), pp. 160-168; C. Betocchi (1897b), pp. 261-267.

¹⁵² I. Modica (1897b), p. 51; I. Modica (1897a), p. 440.

¹⁵³ P. Jannaccone (1897), p. 120 e p. 127.

¹⁵⁴ C. Betocchi (1897a), pp. 169-173; C. Betocchi (1897b), pp. 301-309.

¹⁵⁵ C. Betocchi (1897a), pp. 174-178; più lungamente sulla questione degli infortuni C. Betocchi (1897b), pp. 313 e ss.; sulla teoria della colpa aquiliana per infortuni pp. 336 e ss.; sulla teoria della colpa contrattuale per infortuni pp. 371 e ss.; sulle teorie circa

al contrario, ritenevano che tra gli obblighi del datore di lavoro vi fosse anche quello di risarcire i danni derivanti dagli infortuni¹⁵⁶.

In particolare, l'ultimo degli Autori citati sottolineava la necessità di istituire una assicurazione obbligatoria per tutelare la posizione del lavoratore (il progetto di legge sull'assicurazione obbligatoria verrà approvato l'anno successivo rispetto al momento in cui Vadalà-Papale esprimeva tale opinione)¹⁵⁷.

2.3 Valutazioni sull'inadeguatezza della legislazione all'epoca vigente

Ulteriore questione che accomuna le analisi delle dottrine prebarassiane è la constatazione dell'inadeguatezza della legislazione all'epoca vigente nel disciplinare i nuovi fenomeni, in particolare il lavoro in fabbrica.

Gli autori riconducibili grosso modo alla corrente di pensiero detta "socialismo della cattedra" ritenevano che il fenomeno del lavoro in fabbrica non potesse essere disciplinato dalle disposizioni all'epoca vigenti poiché, a loro avviso, le contingenze sociali ed economiche avevano portato all'affermazione di nuovi principi, che avrebbero necessitato di modifiche e di riforme: essi affermavano che «le avvenute trasformazioni economiche esigono [esigevano] regole nuove atte a meglio rispondere ai bisogni della circolazione e del credito»¹⁵⁸.

In questa prospettiva, Tartufari sosteneva che le regole allora vigenti per quanto concerne il contratto di lavoro erano «per la verità ben poche, e quelle poche assolutamente insufficienti e incomplete»¹⁵⁹. Non era meno severo il giudizio di Jannaccone, che giudicava le regole esistenti «scarse, monche, rudimentali» e, per di più, fossero «in uno stridente contrasto con la vita economica» dell'epoca¹⁶⁰. Accanto a chi denunciava l'inadeguatezza vi era anche chi, come Vadalà-Papale, si meravigliava del fatto che il legislatore non avesse sentito l'esigenza di disciplinare compiutamente il contratto di lavoro al pari di quanto aveva fatto per altri istituti¹⁶¹.

l'inversione dell'onere della prova e del rischio professionale pp. 403 e ss. e – infine – sull'assicurazione obbligatoria pp. 434 e ss.

¹⁵⁶ P. Jannaccone (1897), pp. 120 e ss.; P. Jannaccone (1894), pp. 142-156.

¹⁵⁷ G. Vadalà-Papale (1897), pp. 68-79.

¹⁵⁸ L. Tartufari (1893), pp. 7-8.

¹⁵⁹ L. Tartufari (1893), p. 12.

¹⁶⁰ P. Jannaccone (1897), p. 8.

¹⁶¹ G. Vadalà-Papale (1897), p. 9.

Anche Modica giudicava inadeguata la legislazione. Egli, infatti, descriveva il nostro diritto civile come «decrepito nella rigogliosa vita sociale moderna» e, per questo, non rispondente «affatto ai nuovi bisogni e alle nuove tendenze della società»¹⁶² o come «monco e insufficiente»¹⁶³, affermando altresì che più che di insufficienza si trattava «di inesistenza di disposizioni»¹⁶⁴. Sempre Modica riteneva che i Codici dell'epoca non fossero scritti per la società, nel frattempo mutata profondamente, che avrebbero dovuto regolare, anzi sembravano «esserle d'impaccio nel suo sviluppo», e che perciò avrebbero dovuto definirsi «veri monumenti del passato»¹⁶⁵.

A ben vedere, Modica, rispetto agli altri Autori, aveva compiuto un passo in più, rilevando come l'inadeguatezza derivasse da un disallineamento tra la «vita reale» e il diritto. Egli sottolineava come tale «disarmonia» fosse non solo un male per il diritto, poiché ne diminuiva l'autorità, «ma anche, e questo è peggio, per la società stessa, in quanto ne intralcia[va] il progresso e turba[va] l'armonia fra le diverse classi sociali»¹⁶⁶.

Come si può notare, la dottrina era attenta a non calcare troppo la mano sull'esigenza di tutela delle classi deboli o sfruttate. Si cercava invece, assai spesso, di giustificare la necessità dell'intervento legislativo con la necessità di preservare le condizioni di sviluppo dell'economia e della società.

Acutamente rilevava qualche anno fa M.G. Garofalo come quest'ultimo argomento fosse utilizzato dai giuristi di fine '800 in modo strumentale per convincere gli industriali della necessità e della bontà delle riforme proposte nelle loro analisi¹⁶⁷.

2.4 Proposte di collocazione sistematica della materia

Come anticipato nell'introduzione, se negli scritti degli autori prebarassiani presi in considerazione si può rinvenire una sostanziale uniformità nelle analisi riguardanti il lavoro in fabbrica e nel giudizio sulla sostanziale inadeguatezza della legislazione vigente nel disciplinarlo, non si rintracciano invece opinioni concordanti circa le possibili soluzioni proposte.

¹⁶² I. Modica (1897a), p. 17.

¹⁶³ I. Modica (1897a), p. 112.

¹⁶⁴ I. Modica (1897a), p. 122.

¹⁶⁵ I. Modica (1897a), p. 125.

¹⁶⁶ I. Modica (1897a), pp. 15-16.

¹⁶⁷ M. G. Garofalo (2003), p. 147.

Alcuni autori, in particolare Jannaccone e Betocchi, sostenevano che potesse applicarsi la disciplina dettata dal codice civile per il contratto di locazione. Entrambi ritenevano che gli elementi caratterizzanti il rapporto tra l'operaio e il datore di lavoro erano i medesimi di quelli che caratterizzano la locazione di cose¹⁶⁸. Per questi motivi Jannaccone affermava che il contratto di lavoro che lega l'operaio alla fabbrica «dev'essere nella sua essenza necessariamente un contratto di locazione»¹⁶⁹. A margine, entrambi gli Autori sostenevano che il contratto di lavoro potesse assumere l'ulteriore valenza di contratto di società, anche se ciò non sarebbe mai potuto avvenire nell'industria, ma esclusivamente nell'impresa cooperativa¹⁷⁰.

Altri autori, pur con diverse sfumature, ritenevano che fossero necessarie modifiche normative affinché il dettato legislativo rispecchiasse maggiormente lo schema causale del contratto di lavoro.

Ad esempio, Tartufari precisava che le riforme necessarie avrebbero dovuto avere una duplice natura. Da un lato erano necessarie riforme generali – da collocare nel codice civile – riguardanti il contratto di locazione di opere. Dall'altro, erano necessarie leggi speciali per tutelare la posizione del contraente debole nei casi in cui la disuguaglianza di potere contrattuale fosse particolarmente marcata: era il caso segnatamente – secondo Tartufari – del lavoro agricolo e del lavoro industriale¹⁷¹. Secondo tale Autore occorreva tenere ben distinto il diritto privato dal diritto pubblico. E non solo perché il «Codice civile non dev'essere il Codice di questa o quella fra le varie classi sociali», ma anche perché, «trattandosi di materia così complessa e nuova, conviene lasciar libera e aperta quanto è possibile la via alle ulteriori modificazioni»¹⁷².

Degna di nota era la posizione di Modica, il quale, dopo avere vagliato i lati positivi e le inadeguatezze delle discipline del contratto di locazione, del contratto di vendita, del mandato, del contratto di società, riconosceva l'impossibilità di inquadrare il contratto di lavoro in un contratto già nominato nel codice e la conseguente necessità di codificare *ex novo* un contratto *ad hoc*¹⁷³. In particolare, egli sottolineava la necessità di scollegare la disciplina del contratto di lavoro da quella della locazione per «ragioni morali, per le quali ripugna che l'attività dell'uomo possa essere retta dalle stesse norme

¹⁶⁸ P. Jannaccone (1897), p. 26; C. Betocchi (1897a), pp. 111-112.

¹⁶⁹ P. Jannaccone (1897), p. 27.

¹⁷⁰ P. Jannaccone (1897), p. 29; C. Betocchi (1897a), p. 111.

¹⁷¹ L. Tartufari (1893), pp. 38-39.

¹⁷² L. Tartufari (1893), p. 39.

¹⁷³ I. Modica (1897b), pp. 15-17; Modica (1897a), pp. 433-434.

delle cose», e per «ragioni pratiche, le quali, per la complessità ed estensione, che oggi ha acquistato il contratto di lavoro, consigliano che se ne faccia una trattazione a parte, dedicandogli un titolo speciale nel Codice civile»¹⁷⁴.

Modica, inoltre, individuava la fonte che avrebbe dovuto contenere tale nuova regolamentazione. La parte generale, e immutabile, avrebbe dovuto essere contenuta nel codice civile, il cui ruolo consisteva nell'impedire che una disuguaglianza di fatto diventasse una disuguaglianza di diritto¹⁷⁵. La parte speciale, invece, avrebbe dovuto essere contenuta nelle leggi speciali¹⁷⁶.

Lo stesso Autore, pur affermando che «*omnis definitio est in iure periculosa*», sosteneva che fosse «molto più pericoloso abbandonare le parti ai dubbi e alle incertezze, che sono [erano] la fonte precipua del maggior numero di litigi»¹⁷⁷. Per questo motivo egli forniva una definizione del contratto di lavoro: un «contratto mediante il quale una persona si obbliga a prestare ad un'altra, sotto la sua autorità, direzione e sorveglianza, il proprio lavoro per una mercede fissata in relazione ad un determinato periodo di tempo»¹⁷⁸.

In primo luogo tale definizione è degna di nota perché attraverso di essa si comprende come la nozione di subordinazione, ma segnatamente anche quella di eterodirezione, sia emersa in contemporanea con l'avvento della fabbrica in Italia.

In secondo luogo, perché letta con la consapevolezza di oggi, si può notare una certa somiglianza tra la definizione di contratto di lavoro proposta da Modica e l'attuale articolo 2094 c.c. Sicuramente non si può parlare di perfetta coincidenza. La prima macroscopica differenza attiene al fatto che Modica nel suo scritto proponeva di definire il contratto di lavoro, mentre l'art. 2094 c.c. disciplina la figura del prestatore di lavoro subordinato. In secondo luogo, l'art. 2094 c.c. identifica gli elementi fondamentali della subordinazione nella eterodirezione e nella dipendenza mentre nella definizione di Modica alla direzione del datore veniva aggiunta la

¹⁷⁴ I. Modica (1897b), p. 15; P. Passaniti (2006), p. 136, riporta che Modica sosteneva la «opportunità di una fuoriuscita del contratto di lavoro dal modello locatizio» o, almeno, la «necessità di disarticolare la giuridica mostruosità di una locazione che attrae le sottospecie della locazione delle opere e delle cose». Diversamente si sarebbe dovuto ancora ritenere il lavoro manuale equiparato alla schiavitù.

¹⁷⁵ I. Modica (1897a), p. 131.

¹⁷⁶ I. Modica (1897b), p. 14 e 61; I. Modica (1897a), p. 433.

¹⁷⁷ I. Modica (1897b), pp. 19-20.

¹⁷⁸ I. Modica (1897a), p. 435.

“sorveglianza”. In terzo luogo, nel codice civile attuale, manca il riferimento alla corresponsione della retribuzione ad intervalli di tempo prefissati.

Su questi aspetti si avrà modo di ritornare più avanti, quando si affronterà la questione della subordinazione oggi.

2.4.1 Consuetudini, lex operaria e ruolo dello Stato

Come si è più volte sottolineato, il punto di partenza delle analisi svolte dalle dottrine prebarassiane prese in considerazione è la realtà socio-economica. È naturale perciò che alcuni di loro, in particolare Tartufari e Modica, si chiedessero quale ruolo avrebbero dovuto avere nella regolamentazione dei rapporti di lavoro le consuetudini vigenti all'epoca.

A parere di Tartufari, per avviare un procedimento di riforma «ordinato e razionale» si sarebbero dovuti «ricercare e raccogliere le consuetudini e gli usi» ripulendoli da «ciò che è dovuto alla onnipotente ed oppressiva prepotenza del capitale» per tenere il «prodotto naturale e spontaneo di equi e liberi accordi contrattuali»¹⁷⁹. Consuetudini e usi avrebbero potuto dunque svolgere, al massimo, ruolo di mera ispirazione per il legislatore, al quale era tuttavia affidato il compito di correggerli ed integrarli.

Modica, al contrario, essendo convinto del fatto che dominasse «la legge del più forte», sosteneva che le consuetudini non dovessero avere nessun ruolo nel disciplinare il contratto di lavoro, in quanto «esse [le consuetudini] si formano non per tacito consenso (...) delle classi interessate nel lavoro, ma piuttosto per imposizione della volontà del più forte sul più debole»¹⁸⁰.

I ragionamenti sul ruolo della consuetudine permettono di compiere un collegamento tra quanto detto nel paragrafo precedente sulla “*lex*

¹⁷⁹ L. Tartufari (1893), p. 40.

¹⁸⁰ I. Modica (1897b), pp. 12-13, aggiungeva che, «esistendo la consuetudine, si presume che le parti vi si siano liberamente rimesse. Ora tale presunzione contrasta apertamente con la realtà nella materia del lavoro, poiché qui esistono consuetudini così esose, che si può invece presumere, che l'operaio, non per intima acquiescenza, ma per non aver la forza di ribellarvisi, ad esse si sia riferito. Pertanto alla Commissione sembra, che se la legge col suo silenzio non voglia consacrare la disuguaglianza, debba derogare alle consuetudini ingiuste, e lasciare sussistere solamente quelle innocue ed ispirate ad equità». I. Modica (1897a), p. 120, riporta come «le consuetudini, poi, nella subbietta materia non promanano dalla vera coscienza popolare e non sono ispirate ai principi di uguaglianza, di giustizia e di equità. Tali consuetudini, infatti, si formarono in un passato in cui erano ammesse e consacrate da tradizioni secolari le odiose disuguaglianze fra le diverse classi di cittadini, fra padroni ed operai». A p. 188 lo stesso Autore definisce «inique» le consuetudini.

operaria” e il ruolo che lo Stato avrebbe dovuto avere, a parere di tali giuristi, nei rapporti tra operaio e datore di lavoro. Il fatto che Tartufari abbia considerato le consuetudini come, almeno per buona parte, espressione dell’«oppressiva prepotenza del capitale» fa comprendere il perché egli ritenesse giusto e necessario permettere allo Stato di intervenire nei rapporti tra privati con conseguente sacrificio della libertà contrattuale. Egli infatti sosteneva che il principio di libertà contrattuale – per quanto concerne il diritto del lavoro – «si riduce[ss]e] a una vana parola»¹⁸¹. Di conseguenza, indirettamente, si può dedurre che, a parere di Tartufari fosse impossibile la configurazione di una *lex operaria* a partire dalle consuetudini vigenti.

Differente ancora era la soluzione proposta da Vadalà Papale. Egli non si esprimeva sul ruolo che avrebbero dovuto avere le consuetudini e riteneva che fosse necessario l’intervento dello Stato, ma limitatamente alla regolamentazione dell’«ambiente» in cui si svolgevano le relazioni economiche e per «far regnare la giustizia in tutti quei rapporti che regola». In relazione alla disciplina specifica del contratto di lavoro, Vadalà Papale aveva un approccio astensionista: lo Stato doveva essere relegato ad un ruolo di sostegno dello sviluppo sociale, di aiuto o di coordinazione, poiché, a suo parere, il contratto di lavoro avrebbe dovuto restare un istituto di diritto civile¹⁸².

2.5 Le tesi dei primi “colonizzatori” del diritto del lavoro e la loro influenza sul tentato intervento legislativo

La richiesta da parte delle dottrine prebarassiane di intervento legislativo in merito al contratto di lavoro non era rimasta inascoltata. Nell’arco di un decennio furono istituite due Commissioni con l’incarico di formulare delle proposte sul contratto di lavoro e sui contratti agrari. La prima Commissione era stata istituita nel 1893 su incarico di Emanuele Gianturco (allora sottosegretario al ministero di Grazia e Giustizia)¹⁸³. I lavori di tale Commissione non furono né lunghi né fruttuosi. I membri della Commissione

¹⁸¹ L. Tartufari (1893), p. 36.

¹⁸² G. Vadalà-Papale (1897), pp. 12-14.

¹⁸³ P. Marchetti (2006), p. 38, riporta come Gianturco fosse stato «tra i primi a spingere verso una soluzione legislativa del problema del contratto di lavoro»; C. Vano (1987), p. 187, sostiene che anche se «Gianturco rifletté fin dal principio sui rapporti di lavoro in termini di introduzione di nuove leggi, è pur vero che la sua ipotesi riformistica registrò un progressivo ridimensionamento».

riuscirono a formulare solo qualche proposta in tema di contratti agrari¹⁸⁴. Successivamente, nel 1901 fu istituita una nuova Commissione. I lavori della seconda Commissione diedero alla luce due differenti proposte di legge: una presentata il 26 novembre del 1902 dai ministri Cocco Ortu e Baccelli e un'altra presentata dalla Commissione parlamentare.

Tali disegni di legge in realtà non videro mai la luce. Nonostante ciò, vale la pena comunque fare qualche considerazione in merito.

Dopo una lunga discussione della Commissione sulla opportunità di disciplinare sia il contratto di lavoro degli operai sia il contratto di lavoro degli impiegati, si arrivò a concludere che la Commissione avesse il compito «di studiare e proporre norme eque e precise per regolare i rapporti contrattuali, che danno luogo a maggiori attriti e più frequenti contese». Erano considerati tali quei contratti mediante i quali le «persone [...] prestano l'opera loro sotto l'autorità, la direzione o la sorveglianza di un capo d'impresa e del padrone mediante una remunerazione»¹⁸⁵. Si giunse perciò a definire il contratto di lavoro come quel contratto mediante il quale un operaio o altro prestatore di lavoro manuale si obbliga al servizio di un imprenditore o padrone, mediante retribuzione¹⁸⁶. Si noti come tale definizione sostanzialmente ricalchi quella fornita da Modica. Egli, infatti, definiva il contratto di lavoro come quel «contratto mediante il quale una persona si obbliga a prestare ad un'altra, sotto la sua autorità, direzione e sorveglianza, il proprio lavoro per una mercede fissata in relazione ad un determinato periodo di tempo»¹⁸⁷.

La discussione si era incentrata anche sul valore da attribuire ai regolamenti di fabbrica e sull'individuazione degli obblighi delle parti del contratto¹⁸⁸.

Merita di essere sottolineato il fatto che nel progetto di legge fossero stati sostanzialmente recepiti i suggerimenti della dottrina prebarassiana.

Come detto prima, però, i tempi non erano ancora maturi: il progetto di legge non fu approvato.

¹⁸⁴ P. Marchetti (2006), p. 37. I lavori della commissione sono raccolti da C. Cavnari, *Studi preliminari: commissione per lo studio dei contratti agrari e del contratto di lavoro*, Roma, Stamperia Reale, 1901.

¹⁸⁵ Verbale della seduta del 20 novembre 1901, p. 21 in P. Passaniti (2006), p. 209.

¹⁸⁶ Art. 1 legge 26 novembre 1902.

¹⁸⁷ I. Modica (1897a), p. 435.

¹⁸⁸ Sui contenuti del progetto di legge v. E. Gianturco (1947), pp. 273-279.

In dottrina è stato rilevato che il fallimento potrebbe essere ricondotto a vari motivi¹⁸⁹. Sicuramente un aspetto da considerarsi critico era legato al fatto che il progetto di legge fosse troppo incentrato sugli aspetti individuali del rapporto di lavoro, tralasciando quelli collettivi, che all'epoca erano in fase embrionale di sviluppo¹⁹⁰. Però la critica non si limitava solo a questo aspetto: il progetto di legge risultava troppo superficiale per quanto riguarda tutti gli aspetti relativi al contratto di lavoro¹⁹¹. C'è anche chi ha ritenuto che si era trattato «probabilmente dell'epilogo inevitabile di un progetto bruciato sul tempo dal tumultuoso emergere di una realtà nuova, piuttosto che di una «storica» occasione perduta»¹⁹².

A prescindere dal vero motivo che ha determinato il fallimento di questo tentativo, si può notare come il naufragio di tale progetto abbia determinato anche l'oblio delle dottrine prebarassiane.

2.5.1 (segue...) Le tesi dei primi “colonizzatori” del diritto del lavoro nel giudizio degli interpreti

La dottrina attuale esprime prevalentemente opinioni critiche sulle elaborazioni degli Autori prebarassiani, mettendo in guardia dal sopravvalutare i contributi di tali Autori. Le loro ricostruzioni, da alcuni, sono state percepite come “improduttive” perché reclamavano dal legislatore «una modificazione del sistema privatistico», senza accostare a detta richiesta nessuna proposta costruttiva¹⁹³.

Secondo Castelvetti, i prebarassiani sottovalutavano il profilo costruttivo perché si preoccupavano principalmente di teorizzare «le sequenze quasi naturalistiche del rinnovamento del diritto: in sostanza, la sovrastruttura giuridica si sarebbe ineluttabilmente evoluta, adattandosi alla

¹⁸⁹ L. Gaeta (1993), p. 8, ritiene che il progetto di legge andò incontro ad un sostanziale fallimento forse proprio per colpa di Barassi.

¹⁹⁰ P. Marchetti (2006), p. 43; G. Pino (1989), pp. 37-38.

¹⁹¹ P. Passaniti (2006), p. 224; P. Passaniti (2008), pp. 160-161; P. Marchetti (2006), p. 37-38, sostiene che «i risultati, se commisurati alla fase storica in cui venivano prodotti, erano però deludenti».

¹⁹² G. Pino (1984), p. 225.

¹⁹³ G. Cazzetta (1988), p. 229. Nello stesso senso L. Castelvetti (2010), p. 35, la quale giudica alcuni dei contributi degli Autori prebarassiani «totalmente privi di apporto costruttivo». P. Passaniti (2014), p. 64, sostiene più moderatamente che «nelle invettive dei novatori non si trovano vie d'uscita dalla questione sociale, ma una convergente critica all'individualismo del codice civile fondato sulla proprietà».

complessità dei bisogni e degli interessi del corpo e degli organi sociali, a prescindere dal contributo teorico dei giureconsulti»¹⁹⁴.

In realtà leggendo alcuni autori, in particolare Modica e Jannaccone, ci si rende conto che accanto alla denuncia di inadeguatezza della regolamentazione esistente si trovano anche alcune concrete proposte di sistemazione e di costruzione teorica¹⁹⁵ che, se pure non hanno costituito le fondamenta teoriche delle tesi degli autori che si sono successivamente occupati della materia, hanno probabilmente lasciato comunque traccia su di esse (e sulla costruzione di Barassi in particolare).

Le dottrine prebarassiane hanno sicuramente contribuito a individuare, per quanto interessa in questa sede, gli elementi essenziali della nozione di subordinazione e le caratteristiche dei principali obblighi delle parti del contratto. Gli Autori successivi, e in particolare Barassi, come vedremo nel paragrafo successivo, faranno tesoro di queste prime elaborazioni. Basti considerare, per convincersene, un dato in sé banale: le citazioni in nota presenti nelle loro opere. Per tale motivo si ritiene di dissentire dalle posizioni di chi ritiene le ricostruzioni di questi primi giuristi “improduttive”.

Senza contare che è incontestabile il fatto che tali dottrine ci abbiano lasciato un’eredità importante e ancora attuale per quanto attiene alla *ratio* complessiva della materia del diritto del lavoro. Come da altri è stato osservato: «la critica all’eguaglianza formale e l’inclusione, nel ragionamento giuridico, di dati tratti dalle altre scienze sociali»¹⁹⁶.

3. Barassi e le dottrine prebarassiane

Come si è cercato di sottolineare nel paragrafo precedente, la dottrina attuale non riconosce un peso determinante alle dottrine prebarassiane¹⁹⁷,

¹⁹⁴ L. Castelvetti (1994), p. 233.

¹⁹⁵ L. Castelvetti (1987), p. 279.

¹⁹⁶ M. G. Garofalo (2003), p. 148.

¹⁹⁷ L’apporto delle dottrine prebarassiane, in particolare quello di Tartufari, è stato di recente oggetto di attenzione e di rivalutazione. Addirittura, vi è chi in dottrina ritiene che sia Tartufari a meritare l’appellativo di padre del diritto del lavoro. Secondo Grossi, la dottrina giuslavoristica, e in particolare Castelvetti, avrebbe dato troppo peso alla figura di Barassi non comprendendo che è grazie alla prolusione maceratese di Tartufari se si è avviato «in Italia il processo affrancatorio per un “diritto del lavoro” come scienza autonoma» (P. Grossi (2007), p. 251, nota 14). Tale tesi rimane tuttavia isolata.

riservando invece l'appellativo di padre del diritto del lavoro a Barassi¹⁹⁸. Viene da chiedersi come mai tale appellativo sia spettato a quest'ultimo Autore, nonostante, come abbiamo visto, non sia stato il primo ad occuparsi della materia. Per rispondere all'interrogativo è necessario provare a comprendere quali siano le caratteristiche che hanno determinato la fortuna dell'opera di Barassi a discapito delle altre elaborazioni teoriche, più risalenti, illustrate nel precedente paragrafo.

Svariate ipotesi di spiegazione possono essere avanzate a riguardo.

Anzitutto, si potrebbe ipotizzare che il successo dell'opera di Barassi derivi dal fatto di collocarsi nella dimensione dello *jus conditum*: del resto, fin dal titolo della sua opera principale, emerge come l'orizzonte sia appunto il "diritto positivo italiano"¹⁹⁹. Barassi era consapevole che il contratto di lavoro non era nato con l'avvento dell'industrializzazione, ma in tempi assai più remoti, essendo «sorto fin dai tempi in cui l'uomo non bastò più a se stesso pel soddisfacimento dei suoi bisogni»; era anche convinto che il contratto di lavoro degli operai in fabbrica, pur presentando delle caratteristiche nuove, potesse essere ricondotto nello schema romanistico della *locatio operarum*²⁰⁰.

Non pare tuttavia essere questa la ragione che ha determinato la prevalenza della tesi di Barassi. Infatti, come si è cercato di sottolineare più volte nel paragrafo precedente, anche alcuni Autori prebarassiani, come Jannaccone e Betocchi, utilizzavano un approccio *de jure condito*, ritenendo che la disciplina del contratto di locazione potesse essere congeniale per regolare il contratto di lavoro.

In alternativa, si potrebbe essere tentati di pensare che la fortuna di Barassi sia dipesa dalla mole, sicuramente imponente, della sua opera, caratterizzata non soltanto da un elevato numero di pagine, ma anche da un livello di approfondimento dei vari aspetti inerenti al contratto di lavoro che non trova pari nelle opere di altri autori. Neanche questo aspetto, però, singolarmente considerato, spiega il successo dell'opera barassiana.

La ragione del successo può essere attribuita piuttosto alla felice intuizione della necessità di porre al centro della riflessione sul contratto di lavoro la nozione di subordinazione giuridica. Barassi ha avuto infatti il

¹⁹⁸ L. Gaeta (1997), p. 524, osserva che dopo Barassi «del socialismo giuridico si perdono letteralmente le tracce; quasi nulla sopravvive per gli anni a venire, quasi che Barassi abbia pronunciato contro i suoi portabandiera una sorta di *damnatio memoriae*».

¹⁹⁹ Napoli M. (2003), p. XIII, ritiene che la ricostruzione di Barassi è «*de jure condito* del rapporto di lavoro con il rifiuto di ricorrere alla prospettiva della dottrina che invocava continuamente l'intervento del legislatore».

²⁰⁰ L. Barassi (1899a), p. III.

merito di aver individuato quale elemento discreto tra *locatio operis* e *locatio operarum* la subordinazione²⁰¹: elemento distintivo che è rimasto fermo, anche se con confini sempre più labili, ancora oggi a distanza di più di cento anni.

Questo aspetto, ad avviso di chi scrive, ha contribuito a determinare la fortuna della ricostruzione di Barassi a discapito delle dottrine prebarassiane. Queste ultime contenevano spunti ricostruttivi di qualità e non si limitavano a invocare l'intervento risolutivo del legislatore, ma difettavano sotto il profilo della individuazione e ricostruzione del significato giuridico della condizione di sottoposizione al potere altrui tipica del lavoratore della fabbrica. La nozione barassiana di subordinazione giuridica, attraverso lo schema della *locatio*, riusciva invece a tenere insieme tradizione e novità.

3.1 Il contrasto tra Barassi (prima edizione) e Carnelutti

Da quanto scritto nel paragrafo precedente, si può facilmente comprendere perché la dottrina attuale non riconosca alle dottrine prebarassiane un ruolo di pari importanza rispetto a quello attribuito a Barassi nella costruzione del contratto di lavoro. Ciò non significa tuttavia che Barassi non abbia avuto, all'epoca in cui scriveva, antagonisti. In quasi tutti gli scritti in cui si ripercorrono le origini del diritto del lavoro italiano Barassi deve, in realtà, condividere la scena con un altro Autore, Francesco Carnelutti, tanto che ai due viene tradizionalmente attribuito il ruolo, non di alleati, bensì di avversari, nella costruzione dell'allora neonato diritto del lavoro²⁰².

Premesso che in questa sede interessa principalmente la questione della collocazione sistematica del contratto di lavoro e, in particolare, interessano i contributi dottrinali che consentano di individuarne l'oggetto, è bene specificare che in realtà le opere dei due Autori sono solo parzialmente comparabili, per il fatto che nei contributi di Barassi sono ricostruiti compiutamente tutti gli elementi chiave e gli istituti del rapporto di lavoro (dagli obblighi del lavoratore e del datore di lavoro, all'estinzione del rapporto di lavoro), mentre nell'opera di Carnelutti le riflessioni sono

²⁰¹ L. Barassi (1901), p. 29. Ricostruiscono in tal senso B. Veneziani (2002), pp. 42-43; M. Pedrazzoli (2002), p. 266. Secondo G. Santoro Passarelli (2016a), p. 18 il fatto di aver individuato come carattere distintivo tra *locatio operis* e *locatio operarum* la subordinazione può, a seconda dei punti di vista, essere un merito o un demerito.

²⁰² Sulla figura di Barassi v. il medaglione di L. Gaeta (1997), p. 521 e ss. e sulla figura di Carnelutti v. il medaglione di U. Romagnoli (1997), p. 121 e ss. e U. Romagnoli (2009), p. 373 e ss.

concentrate su alcuni specifici snodi teorici della materia, senza alcuna pretesa di affrontarla in tutte le sue declinazioni²⁰³.

Volendo porre in evidenza i profili condivisi dai due Autori, si può affermare che le due differenti ricostruzioni sono accomunate oltre che dal tentativo di ricondurre il contratto di lavoro ad un contratto nominato nel codice civile, dalle considerazioni relative alla natura delle leggi sociali.

Per quanto riguarda il primo aspetto, come prima accennato, essi – al contrario di alcuni Autori che li avevano preceduti – ritenevano che il contratto di lavoro potesse essere disciplinato dalle regole già previste per alcuni contratti nominati dal nostro codice civile. Orbene, se indubbiamente tale punto di partenza era comune e condiviso, di certo non si può affermare la stessa cosa per quanto riguarda il punto di arrivo dei loro ragionamenti.

Le tesi dei due Autori, infatti, divergono per molti aspetti. Si potrebbe essere tentati di ridurre la differenza tra la tesi di Barassi e quella di Carnelutti alla contrapposizione tra la riconduzione del contratto di lavoro dell'operaio alla *locatio operarum*, proposta da Barassi, e la riconduzione dello stesso alla compravendita, suggerita da Carnelutti. Tuttavia, tale semplificazione sarebbe eccessiva e imprecisa. Occorre infatti considerare che la divergente scelta ricostruttiva non è la premessa del ragionamento dei due giuristi, ma semmai la sua conclusione. I due Autori adottano infatti, quale presupposto della loro elaborazione, una diversa nozione di oggetto di contratto di lavoro. Più precisamente, la discrepanza riguarda le caratteristiche dell'obbligazione del lavoratore.

In relazione all'oggetto del contratto di lavoro, il ragionamento dei due Autori era, come si accennava, differente e opposto. Secondo Barassi (nella I edizione del 1901) l'oggetto del contratto di lavoro, inteso come prestazione lavorativa, non era separabile dalla persona del lavoratore; nel contratto di lavoro – egli affermava – «la *res* somministrata dall'operaio rimane qualcosa di indissolubile da lui, di intimamente compenetrato nella sua persona»²⁰⁴.

Carnelutti riteneva invece che oggetto del contratto di lavoro fossero le “energie lavorative”. Il termine “energie” era utilizzato da Carnelutti per dimostrare la separabilità delle energie lavorative dal corpo che le produce, proprio come l'energia elettrica è separabile dalla fonte che la produce.

²⁰³ In tema lavoristico, la ricerca più imponente di Carnelutti è quella inerente al tema degli infortuni sul lavoro. F. Carnelutti (1913a).

²⁰⁴ L. Barassi (1901), p. 165. Ricostruisce il pensiero di Barassi, L. Mengoni (2000), p. 183.

Carnelutti, insomma, riteneva che la “cosa” (le energie) che costituiva oggetto del contratto di lavoro fosse separabile dalla persona lavoratore stesso.

La diversa terminologia usata per identificare l’oggetto del contratto di lavoro (prestazione lavorativa Barassi, energie lavorative Carnelutti) non era ovviamente casuale; era invece indicativa della radicale divergenza tra i due Autori per quanto riguarda la questione della separabilità del lavoro, cioè dell’oggetto del contratto, dalla persona del lavoratore. Questa differente visione si rifletteva sulla ricostruzione teorica del contratto di lavoro dell’operaio.

Secondo Carnelutti le energie di lavoro, al pari dell’energia elettrica, erano una “cosa” rilevante dal punto di vista giuridico, ed erano separabili perciò dal “corpo” che le produceva, e in quanto tali potevano essere oggetto di un contratto di vendita. Carnelutti assimilava il contratto di lavoro al contratto di vendita perché l’energia lavorativa, al pari dell’energia elettrica, si consuma e non torna più nella disponibilità del lavoratore²⁰⁵. In ragione di ciò, il contratto di lavoro non poteva essere disciplinato dalle regole previste per il contratto di locazione: nella locazione la cosa locata poi viene restituita²⁰⁶, cosa che non può avvenire per le energie lavorative. Insomma, se si fosse assimilato il contratto di lavoro al contratto di locazione, l’oggetto non avrebbe potuto essere altro che il corpo del lavoratore, poiché solo il corpo, e non le energie, è suscettibile di “restituzione”. Carnelutti però non valutava percorribile quest’ultima possibilità, poiché accostare il contratto di locazione al contratto di lavoro, a suo parere, implicava il fatto di ammettere che il corpo del lavoratore potesse essere oggetto di un contratto: ciò che doveva ritenersi eticamente inconcepibile nella realtà moderna. Solo nell’ordinamento dell’antica Roma si sarebbe potuto considerare come oggetto della *locatio* il corpo stesso del lavoratore poiché in quel caso il lavoratore era spesso uno schiavo e, in quanto tale, il suo corpo era di proprietà del datore di lavoro. Accostare il contratto di lavoro al contratto di locazione sarebbe stato possibile soltanto riferendosi allo stato di schiavitù tipica dell’epoca romana²⁰⁷.

All’esatto opposto di Carnelutti, Barassi riteneva più confacente che il contratto di lavoro dell’operaio fosse disciplinato dalle regole previste per il contratto di locazione, escludendo quindi la possibilità di ricondurre il

²⁰⁵ Carnelutti riteneva che non vi fosse identità tra il contratto di lavoro e il contratto di compravendita, ma semplicemente che vi fosse identità di struttura tra i due contratti e che questi differissero per l’oggetto. F. Carnelutti (1913b), pp. 393-394.

²⁰⁶ F. Carnelutti (1913b), p. 387.

²⁰⁷ F. Carnelutti (1913b), p. 386.

contratto di lavoro al contratto di vendita²⁰⁸. Come abbiamo già detto, egli giungeva a tale conclusione partendo da un diverso presupposto, e cioè che l'oggetto del contratto di lavoro non fosse separabile dalla persona del lavoratore²⁰⁹. Da ciò egli derivava la conclusione che non fosse possibile per il datore di lavoro disporre, al pari di quanto avviene nel contratto di vendita, in modo assoluto della persona del lavoratore. Barassi infatti non condivideva, ritenendola una finzione, la tesi di Carnelutti secondo la quale l'oggetto del contratto non era la persona del lavoratore, ma le energie "vendute" al datore-compratore, che di queste sole poteva disporre. Ritenendo la tesi di Carnelutti un artificio, Barassi sosteneva che chi dispone, in virtù di un contratto di vendita, delle energie del lavoratore disporrebbe anche del suo corpo che le produce e questa conclusione sarebbe perciò moralmente inaccettabile.

3.1.1 Il ruolo dello Stato nelle ricostruzioni del primo Barassi e di Carnelutti

Le posizioni dei due Autori non solo divergono per gli aspetti già indicati²¹⁰, ma anche – come è stato limpidamente sottolineato in dottrina – per la diversa riconduzione del diritto del lavoro a origini pubblicistiche o a origini privatistiche²¹¹.

Premesso che entrambi gli Autori riconoscevano la necessità dell'intervento dello Stato tramite le leggi sociali, diverso era il posto che attribuivano a queste ultime nella classica ripartizione tra pubblico e privato.

Barassi era fermamente convinto che il diritto del contratto di lavoro dovesse rientrare nell'alveo del diritto privato, e in particolare dovesse essere regolato dal codice civile. Tuttavia, riconoscendo la sussistenza di un'esigenza sociale di tutela della classe operaia, riteneva che fosse necessario l'intervento dello Stato attraverso l'emanazione di leggi sociali

²⁰⁸ L. Barassi (1901), p. 165.

²⁰⁹ L. Gaeta (2001), p. 175, riporta il fatto che Barassi «per dar torto a Carnelutti» in merito alla non separabilità delle energie dal lavoratore «è ben felice di utilizzare l'autorità di L. [Lotmar]», il quale non riteneva che le energie lavorative potessero diventare una cosa nel momento in cui venivano esteriorizzate.

²¹⁰ La polemica sulla riconducibilità del contratto di lavoro alla vendita o alla locazione è stata definita «di basso profilo» da U. Romagnoli (1989), p. 479. L'Autore sostiene che «non si trattava in definitiva d'altro che di scegliere tra una maschia adesione alle regole del pionierismo industriale [Carnelutti] e il femminile pudore di nasconderle [Barassi]».

²¹¹ L. Gaeta (1994), p. 216; L. Gaeta (1997), p. 525.

che, avendo natura pubblicistica, e non interferendo con la costruzione giuridica del contratto di lavoro, non avrebbero potuto (né dovuto) inficiare la natura squisitamente ed esclusivamente privatistica. Le tutele speciali accordate al lavoratore in ragione della sua posizione di debolezza dovevano quindi essere collocate nell'ambito delle leggi sociali e non nel codice civile, poiché nel codice civile dovevano essere contenuti i soli principi e le disposizioni immutabili della materia civilistica, mentre le norme destinate a disciplinare gli aspetti mutevoli e contingenti della realtà dovevano essere contenute nelle leggi speciali, assoggettabili a revisioni e cambiamenti²¹². Barassi aggiungeva che sarebbe stato inutile e controproducente cercare di fissare la realtà «transeunte» nel codice civile perché nel momento in cui questa venisse disciplinata, essa muterebbe nuovamente, non essendo quindi suscettibile, per natura, di sistemazioni normative definitive²¹³.

Queste affermazioni in ordine alla necessità di tenere ben separato il diritto pubblico da quello privato assumevano importanza specie in riferimento ad un dibattito dottrinale molto acceso al momento in cui scriveva: quello relativo alla responsabilità per infortuni²¹⁴. Barassi infatti riteneva che la legge sugli infortuni fosse necessaria e di indubbia utilità, ma che non sostituisse o integrasse le categorie civilistiche della responsabilità contrattuale o extracontrattuale e perciò dovesse considerarsi da queste concettualmente separata. Egli sosteneva che la controprova della bontà della sua tesi potesse cogliersi ragionando sul caso della parziale responsabilità dell'industriale per l'incidente occorso al lavoratore. Tale circostanza, pur ricadendo nella disciplina prevista dalla legge sull'assicurazione obbligatoria, avrebbe dovuto dare luogo a un risarcimento integrale del danno secondo le regole generali previste per la responsabilità civile. Infatti in questo caso era il datore di lavoro, a seguito dell'azione di regresso intimata dall'istituto assicurativo, a dover risarcire in ultima istanza il danno subito dal lavoratore. Quest'ultimo infatti avrebbe avuto diritto ad un risarcimento integrale da parte dal datore di lavoro sulla base delle regole della responsabilità civile, a

²¹² L. Barassi (1901), p. 11. Ricostruisce l'opinione di Barassi B. Veneziani (2002), p. 45, il quale afferma che secondo Barassi «la purezza del diritto civile non poteva essere contaminata da alcun elemento estraneo alla logica mercantile dello scambio di beni tra uguali».

²¹³ L. Barassi (1901), p. 7.

²¹⁴ L. Barassi (1899b), p. 218, non negava l'opportunità di una legislazione sociale, ma negava che essa potesse arrivare a modificare il codice civile. Secondo Barassi, la legislazione sociale comprendeva «istituti di natura loro transeunti, basati prevalentemente su motivi di interesse o di ordine pubblico, in cui non è facile né fecondo il cercare la giustificazione giuridica, pel puro diritto».

prescindere dal meccanismo previsto dalla legge sull'assicurazione obbligatoria del 1898²¹⁵. In tal caso, secondo Barassi, si sarebbe rientrati «nei limiti del vero diritto privato, nel diritto comune; da cui la legge sugli infortuni esorbita[va] come quella che è piuttosto un esempio di legislazione sociale»²¹⁶.

Diversamente Carnelutti riteneva che la distinzione tra pubblico e privato non avesse più ragione di esistere ove si considerasse la (nuova, per l'epoca) legislazione sociale. Egli, infatti, sosteneva che fosse tempo «di snebbiare quella comoda imprecisione intorno al carattere privatistico o pubblicistico» della legislazione sugli infortuni. Imprecisione «che permette[va] ai pubblicisti di non occuparsene col pretesto che si tratt[asse] di diritto privato, e agli altri di metterla al bando col pretesto ... del viceversa»²¹⁷. Del resto, Carnelutti sosteneva che le leggi sociali, in particolare la legge sull'assicurazione obbligatoria, servissero per colmare le lacune del codice e che, per tale motivo, i principi in esso contenuti dovessero essere letti congiuntamente e alla luce di quanto previsto dalle leggi speciali. Indirettamente, Carnelutti riconosceva l'insufficienza delle sole regole del codice a risolvere le questioni relative alla responsabilità per l'infortunio dell'operaio, negando quell'autosufficienza e completezza del codice civile che invece era premessa ideologica dei ragionamenti di Barassi.

In particolare, Carnelutti riteneva altresì – diversamente da Barassi – che la legge sugli infortuni del 1898 non fosse da annoverare nell'alveo degli interventi di diritto pubblico. Il sottostante obbligo del datore di lavoro di sopportare “il costo” per gli infortuni occorsi ai dipendenti, era da considerarsi infatti, a parere di Carnelutti, alla stregua di un obbligo rientrante nel diritto privato equivalendo, nella sostanza, ad un supplemento della retribuzione del lavoratore. Egli sosteneva infatti a tale proposito che «la natura privatistica dell'obbligo dell'imprenditore e del diritto nel lavoratore ne acquista pieno risalto: è tanto poco di carattere pubblico cotesto diritto quanto quello di percepir la mercede!». Quindi, l'obbligo di assicurarsi non era visto in altro modo se non come un obbligo secondario per garantire “il pagamento” da parte del datore di lavoro del costo dell'infortunio²¹⁸.

Sicuramente entrambe le teorie hanno lasciato un'importante eredità. Tuttavia, con specifico riferimento alla questione della responsabilità per

²¹⁵ L. Barassi (1901), pp. 583-587.

²¹⁶ L. Barassi (1901), p. 588.

²¹⁷ F. Carnelutti (1913a), p. VIII.

²¹⁸ F. Carnelutti (1913a), pp. IX-X.

infortuni, usando le parole di un noto giuslavorista, si può dire che «vince Barassi, ancora una volta»²¹⁹: la “questione degli infortuni”, e oggi potremmo affermare lo stesso, per estensione, in relazione al diritto della previdenza sociale, è relegata alla periferia del diritto del lavoro²²⁰. Come è stato scritto, «le conseguenze della vittoria dell’opzione barassiana sono evidenti per lo sviluppo futuro di una materia sempre più nettamente «tripartita» in diritto sindacale, previdenziale e del rapporto individuale, distinzione entrata ormai a far parte del DNA di ogni giuslavorista»²²¹. Sul senso della “vittoria” occorre bene intendersi. Il tempo ha dato ragione a Carnelutti: l’obbligo assicurativo ancora oggi scaturisce dal rapporto di lavoro.

Peraltro, l’eredità lasciata da Carnelutti, sotto diversi e ulteriori profili, non è di minor valore. Infatti, pur uscendo perdente per quanto concerne la questione della responsabilità per gli infortuni, l’intuizione che il diritto pubblico dovesse in parte contribuire a integrare il diritto privato ha avuto seguito – soprattutto per quanto riguarda il diritto del lavoro – a partire dalle discipline degli anni ’20 del XX secolo relative all’orario di lavoro, e in maniera ancora più ampia, con la legge sull’impiego privato n. 1825 del 1924. Si può affermare infatti che il confine tra diritto privato e diritto pubblico si sia spostato nel corso del tempo, finendo per configurarsi un diritto dei contratti che contempla ampi meccanismi di eterointegrazione del regolamento contrattuale (artt. 1374, 1339 c.c.).

3.2 La seconda edizione dell’opera di Barassi

Barassi non abbandonò il tema del contratto di lavoro dopo la pubblicazione della sua opera del 1901, anzi, come è noto, ritornò sul tema, approfondendo la ricerca con la pubblicazione, in due parti (la prima nel 1915, la seconda nel 1917), di un’edizione successiva de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*.

Nella seconda edizione, oltre ad ampliare gli argomenti trattati, l’Autore ritorna su alcuni argomenti già affrontati nell’edizione del 1901, confermando alcune posizioni assunte e modificandone altre.

Barassi rimane fermo sulla sua tesi che prevede la riconduzione della disciplina del contratto di lavoro a quella della locazione di opere. Questa

²¹⁹ L. Gaeta (1994), p. 217.

²²⁰ Hanno ricostruito la questione G. Cazzetta (2007), pp. 155-169 e L. Gaeta (1994), pp. 215-221.

²²¹ L. Gaeta (1997), pp. 525-526.

convinzione lo porta a ribadire, pur con alcune sfumature, anche nella seconda edizione, due acquisizioni teoriche fondamentali del suo lavoro: la non assimilabilità del lavoro a una qualsiasi merce suscettibile di compravendita e l'individuazione della subordinazione come linea di demarcazione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo.

La convinzione che il lavoro non possa essere considerato una merce qualsiasi è maggiormente sottolineata nella seconda edizione, in cui Barassi ritorna sulla questione in aperta contrapposizione con Carnelutti²²².

Barassi era consapevole che ragionamenti simili a quelli proposti da Carnelutti fossero comuni nella letteratura economica. Ma se egli tollerava che si potesse assimilare il lavoro ad una merce dal punto di vista economico, riteneva invece che fosse riprovevole fare lo stesso dal punto di vista giuridico. In particolare, egli non concordava con la proposta di Carnelutti di assimilare le energie a una cosa, rendendole per questa via giuridicamente rilevanti²²³. La critica di Barassi, peraltro, non si limitava alle sole tesi di Carnelutti. Egli ricostruiva altresì, criticandole, le opinioni di altri Autori²²⁴ che consideravano il lavoro come una merce al (nobile) fine di tutelare la dignità del lavoratore stesso, ritenendo che solo la separazione del lavoro dalla persona avrebbe garantito che il rapporto di signoria si sarebbe limitato al lavoro stesso e non si sarebbe esteso all'intera persona del lavoratore²²⁵.

Barassi contestava le implicazioni del ragionamento sopra descritto: seguendo tale schema di pensiero si sarebbe finiti per assimilare il lavoratore ad una macchina e, quindi, ad un oggetto. Inoltre gli pareva paradossale che il fine dichiarato fosse quello di tutelare la persona del lavoratore²²⁶: al contrario, riteneva che «la dignità del lavoratore esige perentoriamente che non si dissoci il lavoro dall'uomo»²²⁷ e per tale ragione sosteneva che il lavoro non potesse essere considerata una merce come le altre²²⁸.

²²² L. Barassi (1901), p. 167; L. Barassi (1915), p. 458

²²³ L. Barassi (1915), p. 441 e 454.

²²⁴ V. Autori citati da L. Barassi (1915), p. 442, nota 2.

²²⁵ L. Barassi (1915), p. 442.

²²⁶ L. Barassi (1915), pp. 443-444.

²²⁷ L. Barassi (1915), p. 445 e pp. 478-479. Barassi sottolineava (p. 478) che «il lavoro è attività del soggetto uomo; la capacità di lavoro è una qualità sua; e l'effettivo esercizio dell'attività di lavoro è non già una "cosa" né in senso economico (merce, bene economico), né in senso giuridico, ma solo l'attuazione che il soggetto "uomo" fa di una qualità». L. Mengoni (2001), p. 212, osserva che l'inseparabilità del lavoro dall'uomo è il *leit motiv* soprattutto della seconda edizione del libro di Barassi.

²²⁸ L. Barassi (1915), p. 458 e 487

Per quanto riguarda invece la nozione di subordinazione, Barassi nella seconda edizione non abbandonò, anzi maggiormente sviluppò e affinò, l'idea della subordinazione come discriminare tra *locatio operis* e *locatio operarum*.

Nella prima edizione si era limitato ad osservare, partendo dai dati fattuali, che le caratteristiche fondamentali che contraddistinguevano la locazione di opere erano la direzione e il controllo del lavoro. Egli osservava che «il lavoratore è un istrumento, e un istrumento in un certo senso passivo, nel senso che presta le proprie attitudini fisiche e intellettive perché l'altra parte le abbia a plasmare e dirigere e indirizzare come intende»²²⁹.

Nella seconda edizione Barassi ribadiva che la subordinazione era il carattere distintivo tra *locatio operis* e *locatio operarum*²³⁰, affermando che la *locatio operarum* era caratterizzata dal fatto che il lavoro veniva «prestato sotto la guida e la responsabilità in proprio della persona cui il lavoro è[era] destinato»²³¹, elementi, questi, che non caratterizzavano la *locatio operis*. Nello stesso tempo, Barassi si affrettava a specificare che «il rapporto di subordinazione» era confinato nel rapporto di lavoro, senza che tale condizione si traducesse in una «signoria» sulla persona del lavoratore, ancorché, inevitabilmente, essa implicasse un «intervento continuo, duraturo della persona»²³². In altre parole Barassi sosteneva che la persona del lavoratore era necessariamente implicata nel rapporto di lavoro, ma limitatamente all'ambito lavorativo.

Oltre ai profili, già illustrati, in ordine alla nozione di subordinazione, la seconda edizione dell'opera di Barassi assume particolare rilevanza, ai nostri fini, per l'individuazione quale «oggetto del contratto di lavoro» della «promessa del lavoro»²³³. Circoscrivendo l'obbligazione dedotta in contratto alla promessa del lavoro, e non direttamente al lavoro, Barassi cerca di accantonare definitivamente il rischio che la subordinazione si traduca in signoria sulla persona del lavoratore: «l'uomo non si vende; offre il suo lavoro, e lo promette obbligandosi»²³⁴. Il sinallagma contrattuale si riduce perciò, per Barassi, ad uno scambio tra la promessa di mercede, fatta dal datore di lavoro, e la promessa del lavoro, fatta dal lavoratore. Da ciò

²²⁹ L. Barassi (1901), p. 29.

²³⁰ L. Barassi (1915), p. 607.

²³¹ L. Barassi (1915), p. 601.

²³² L. Barassi (1915), pp. 472-474.

²³³ L. Barassi (1915), p. 465.

²³⁴ L. Barassi (1915), p. 466.

consegue che la prestazione non è oggetto in senso proprio del contratto, ma è «l'obiettivo» del contratto²³⁵.

La seconda edizione del “*Contratto di lavoro*” segna una distanza dalla prima edizione altresì sotto il profilo della mutata concezione del diritto civile, del suo ruolo e dei rapporti con il diritto pubblico. Al concetto di subordinazione era in effetti intimamente legata la considerazione, dedotta da elementi fattuali, della posizione di debolezza contrattuale del lavoratore. Barassi si era reso conto che “l’immutabile diritto civile”, e in particolare il dogma dell’autonomia contrattuale delle parti, comportava l’insorgere di disequaglianze di fatto nel rapporto di lavoro poiché le parti non avevano allora, e in parte ancora oggi non hanno, pari forza contrattuale.

Fin dalla prima edizione, Barassi riconosceva la necessità – laddove vi fosse stata una disequaglianza tra le parti del contratto – di un intervento dello Stato; attribuiva a tale intervento una «funzione essenzialmente integratrice» al fine di riparare «alle ineguaglianze di fatto cui si addiène necessariamente coll’applicazione illimitata del principio astratto dell’eguaglianza giuridica»²³⁶. Nella seconda edizione l’Autore ribadiva la sua tesi, aggiungendo una importante e inedita considerazione volta ad ammettere l’integrazione del diritto privato con elementi di “socialità”. Egli non riteneva possibile «costruire tutto il diritto privato in senso proprio e rigoroso col “dogma della volontà”, e cioè esclusivamente sulla base della volontà individuale». Secondo Barassi, «questo sarebbe un estremo assurdo. Vi sono anche nel rigoroso diritto privato alcune parti in cui l’elemento della socialità domina in maggior o minor grado, fino a sostituirsi all’elemento individuale»²³⁷. Nella seconda edizione, sembra quindi definitivamente prendere campo la necessità dell’intervento dello Stato, anche quando questo limiti l’autonomia delle parti.

Nello stesso tempo, l’intervento della legge non comportava – a suo avviso – un passaggio del rapporto di lavoro sotto l’egida del diritto pubblico: «il frequente intervento imperativo della legge, per certe forme di contratto di lavoro, non influisce sino a sottrarlo al diritto privato»²³⁸.

²³⁵ L. Barassi (1915), pp. 467-469.

²³⁶ L. Barassi (1901), p. 11. Barassi ripete tale considerazione anche nella seconda edizione del suo libro (L. Barassi (1915), pp. XXXVII-XXXVIII e L. Barassi (1917), p. 163). Tale Autore sostiene infatti che nel contratto «l’ideale è che il grado di pressione [delle parti] sia eguale: il contratto è lotta, e idealmente i lottatori debbono essere di forze eguali. Da questo punto di vista fu sostenuto che il contratto presuppone l’eguaglianza materiale, non puramente formale dei pasciscendi».

²³⁷ L. Barassi (1915), p. XXXVII; L. Barassi (1917), p. 119 nota 1.

²³⁸ L. Barassi (1917), p. 328.

Il più radicale cambiamento di atteggiamento in Barassi, nel passaggio dalla prima alla seconda edizione, emerge di conseguenza nei confronti della legislazione sociale. Nella prima edizione la legislazione sociale era ascritta al diritto pubblico. Nella seconda edizione Barassi, in una nota, ammette sommessamente di aver sbagliato a ritenere che la legislazione sociale fosse compresa nel diritto pubblico. La previsione di norme imperative limitatrici dell'autonomia contrattuale non determina l'espansione del diritto pubblico, configurandosi queste ultime invece pur sempre come norme di diritto privato. A tal proposito Barassi retoricamente si chiede: «se una norma categorica che rappresenta sempre l'intervento coattivo dello Stato, e l'esclusione dell'autonomia individuale, perciò solo si dovesse assegnare al diritto pubblico, quante norme di diritto pubblico non sarebbero comprese in quello che è vero diritto privato?»²³⁹.

Gli aggiustamenti e le correzioni di rotta introdotti nella seconda edizione dell'opera hanno contribuito al definitivo successo delle tesi di Barassi.

Probabilmente la loro prevalenza rispetto a quelle, pur autorevolmente sostenute, da Carnelutti, non è dovuta a un unico motivo, ma a un concatenarsi di diverse ragioni.

Anzitutto, come è stato osservato, lo schema locativo consentiva, «attraverso la mediazione concettuale delle *operae*, una nozione «oggettivata» di attività lavorativa», consentendo quindi di astrarre il lavoro dal soggetto che lo prestava e, quindi, dalla persona²⁴⁰. In questo modo, veniva garantita la distinzione tra la persona che lavora, non coinvolta nel contratto, e la prestazione alla quale si è obbligato mediante il contratto. Questa affermazione pare solo apparentemente contraddittoria. Barassi infatti non aveva cambiato idea riguardo alla inseparabilità del lavoro dalla persona (di cui si parla nel paragrafo precedente, nella contrapposizione con Carnelutti), ma aveva ritenuto che l'oggetto del contratto di lavoro potesse essere individuato più utilmente nella promessa di lavoro invece che nella prestazione lavorativa.

Inoltre Barassi non si era limitato a risolvere il problema della collocazione sistematica del contratto di lavoro dell'operaio in fabbrica, ma aveva cercato di inquadrare il nascente diritto del lavoro nel suo complesso,

²³⁹ L. Barassi (1915), p. 329, nota 3, ammette che non gli pare che per il solo carattere imperativo «si possano assegnare queste norme di cui consta la legislazione sociale tutrice del lavoro, al diritto pubblico, come invece ho creduto di poter sostenere altre volte».

²⁴⁰ M. Grandi (1999), p. 330.

cogliendo il ruolo centrale della subordinazione, concetto, quest'ultimo, destinato a svolgere un ruolo centrale nel diritto del lavoro nei tempi successivi e fino ai nostri giorni.

È proprio l'elaborazione del concetto di subordinazione l'elemento che ha fatto la fortuna della ricostruzione di Barassi e che gli è valso l'appellativo di "padre del diritto del lavoro": ancora oggi a Barassi si riconosce «il merito di avere collegato l'elemento della eterodirezione alla nozione di subordinazione»²⁴¹, individuando nella subordinazione l'elemento dirimente per l'applicazione delle tutele²⁴².

In altre parole Barassi ha introdotto nel dibattito dottrinale quello che ancora oggi è considerato il cuore del diritto del lavoro: la distinzione tra subordinazione e autonomia.

4. L'apporto di Greco all'elaborazione della nozione di subordinazione

Qualche decennio dopo la disputa dottrinale tra Barassi e Carnelutti entra in scena un altro Autore di cui si deve necessariamente tenere conto: Paolo Greco. L'importanza di tale Autore è duplice. In prima battuta, le sue opere sono estremamente utili per ricostruire le posizioni della dottrina dell'epoca. In seconda battuta, la sua opera del 1939 sul contratto di lavoro – e in particolare, per quanto interessa in questa sede, le parti di essa dedicate all'oggetto del contratto di lavoro, è imprescindibile per verificare quanto delle idee della dottrina sull'oggetto del contratto di lavoro e sulla nozione di subordinazione sia confluito nella disposizione del 2094 c.c.²⁴³.

È bene premettere che Greco non è classificabile tra gli istituzionalisti²⁴⁴. Egli infatti criticava, non condividendole, le posizioni di chi riteneva che il rapporto di lavoro non potesse mai trovare la fonte nel contratto di lavoro. Nello stesso tempo, però, egli non era nemmeno un convinto contrattualista: sosteneva infatti che il contratto fosse la fonte principale, ma

²⁴¹ B. Veneziani (2002), p. 42.

²⁴² M. Pedrazzoli (2002), p. 264, usando una metafora, afferma che Barassi aveva avuto il merito di identificare la funzione della subordinazione con quella di un «rubinetto delle tutele». Allo stesso tempo Pedrazzoli sottolinea che «il limite di tale risposta stava, e sta, nel fatto che il rubinetto dovrebbe essere non solo aperto o chiuso, ma anche regolabile nel flusso, e cioè idoneo a graduare i trattamenti, diversificandoli per classi di casi secondo un qualche criterio plausibile e costante».

²⁴³ E. Ghera (2001), p. 155.

²⁴⁴ P. Greco (1939a), pp. 164-165.

non l'unica possibile, del rapporto di lavoro²⁴⁵. Tuttavia si può affermare che secondo Greco «il contratto è dunque lo strumento scelto dall'ordinamento per determinare, mediante l'inserzione nell'impresa-istituzione, l'effetto della costituzione del rapporto di lavoro». Greco quindi sottolineava la funzione costitutiva del rapporto di lavoro del contratto, ma ne sminuiva la «funzione regolamentare»²⁴⁶.

Greco, come detto prima, aveva ben presente il dibattito in materia: egli infatti aveva letto, lo si deduce anche dalle note, le dottrine che si erano espresse in materia, riservando particolare attenzione a quanto scritto da Barassi e da Carnelutti. Al pari di Barassi non condivideva le idee di Carnelutti sulla separabilità delle energie dal prestatore di lavoro. Greco, infatti, sosteneva che il lavoro, o l'energia lavorativa, non si potesse distaccare e, di conseguenza, non potesse vivere isolatamente dalla persona del lavoratore. Il lavoro, secondo tale Autore, «cessa e si esaurisce nell'atto stesso che viene compiuto; quel che rimane non è l'energia, ma l'effetto di essa»²⁴⁷. Greco, contestando la possibilità di separare il lavoro dalla persona che lo presta, indirettamente non condivideva neanche l'idea di Carnelutti di ricondurre il contratto di lavoro al contratto di compravendita²⁴⁸.

L'opera di Greco si apprezza inoltre per il contributo alla distinzione tra prestazione di risultato e prestazione di energie lavorative. Tale Autore sottolineava il fatto che a queste due figure «corrispondono quei due tipi di rapporti che la tradizione romanistica ha tramandato sotto i nomi della *locatio operis* e della *locatio operarum*». Ripercorrendo gli elementi essenziali dell'una e dell'altra fattispecie, Greco individuava quali elementi tipici della prima «la direzione del processo produttivo» e «il rischio dello stesso», mentre assegnava un rilievo preminente nell'identificazione della seconda alle energie di lavoro, e non al risultato²⁴⁹. Questo ovviamente non voleva dire, specificava l'Autore, che anche nella *locatio operarum* il lavoratore non dovesse portare a termine una sorta di risultato, quale ad esempio eseguire la propria mansione: «è chiaro che l'estraneità del prestatore di energie

²⁴⁵ P. Greco (1939a), p. 159-163. R. Scognamiglio (2005), p. 698, sostiene che la tesi di Greco sull'inserzione «del rapporto di lavoro nell'ordinamento a struttura gerarchico-comunitaria dell'impresa-organizzazione preesistente al rapporto, che, pur derivando normalmente dal contratto, si colloca all'esterno dello stesso» è «una concessione d'obbligo, in quell'epoca di pieno vigore del regime corporativo».

²⁴⁶ E. Ghera (2001), p. 159.

²⁴⁷ P. Greco (1939a), p. 11.

²⁴⁸ P. Greco (1939a), pp. 12-13.

²⁴⁹ P. Greco (1939a), pp. 16-23.

lavorative rispetto al risultato riguarda non il risultato della propria personale attività, ma bensì quello complessivo del processo produttivo»²⁵⁰.

Greco in particolare sposava l'idea di Barassi di individuare nel potere direttivo il discrimine tra le due fattispecie, che oggi chiameremmo lavoro autonomo e lavoro subordinato²⁵¹. Egli infatti sottolineava il fatto che «la caratteristica essenziale della differenza fra autonomia e subordinazione va soprattutto ricercata nella posizione personale che il prestatore di lavoro assume rispetto alla sfera di dominio del creditore»: se il debitore di lavoro doveva sottostare al potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro allora si sarebbe trattato di lavoro subordinato²⁵². Ovviamente Greco ammetteva che «le forme e il grado di questa sottomissione» potessero variare a seconda dei casi²⁵³.

Ai fini dei ragionamenti che seguiranno nel prossimo paragrafo, è importante sottolineare che l'Autore in esame legava la sottoposizione al potere direttivo del datore di lavoro alla condizione di sottoposizione del lavoratore nella «sfera di dominio» o «sfera ambientale» del datore stesso²⁵⁴. Ne conseguiva che il potere direttivo del datore di lavoro doveva circoscriversi nell'ambito dell'impresa²⁵⁵.

Greco inoltre sosteneva che il potere «gerarchico» del datore di lavoro si potesse manifestare in due forme diverse, intrinsecamente collegate tra loro: il potere direttivo e il potere disciplinare. Del resto «un potere direttivo non collegato col potere disciplinare costituirebbe una manifestazione incompleta del rapporto gerarchico e del principio autoritativo, che di quel rapporto forma l'essenza caratteristica, in quanto non è concepibile un'autorità che non possenga i mezzi, o almeno un minimo di mezzi, per farsi valere»²⁵⁶.

5. La codificazione della subordinazione: l'art. 2094 c.c.

Il problema relativo alla riconduzione del contratto di lavoro in un contratto già nominato dal legislatore si risolve con la codificazione di un nuovo codice civile nel 1942. Nel codice civile attuale abbiamo infatti una

²⁵⁰ P. Greco (1939a), p. 24.

²⁵¹ E. Ghera (2001), p. 157.

²⁵² P. Greco (1939a), p. 53.

²⁵³ P. Greco (1939a), p. 22.

²⁵⁴ P. Greco (1939a), p. 53.

²⁵⁵ P. Greco (1939b), p. 154.

²⁵⁶ P. Greco (1939b), p. 155; P. Greco (1939a), pp. 321-322.

disciplina del rapporto di lavoro. Il cuore di tale disciplina è rappresentato dall'art. 2094.

Delle interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali in merito si tratterà oltre. In questo paragrafo ci si limiterà a verificare, *ex post*, quanto delle dottrine precedenti sia confluito nell'art. 2094 c.c.²⁵⁷.

Come è noto, l'articolo in questione dispone che «è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore».

Sicuramente leggendo tale articolo si scorge anzitutto una inconfutabile eredità barassiana: l'eterodirezione fa parte degli elementi che consentono di tracciare una linea di demarcazione tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo. Si può scorgere un ulteriore, meno evidente, lascito nell'idea, sempre barassiana, della indifferenza, ai fini della configurazione del lavoro subordinato, della natura manuale o intellettuale del lavoro. Barassi sosteneva infatti che «i principi dell'uguaglianza e una spiccata tendenza uniformatrice alla generalizzazione hanno uguagliato il lavoro manuale al lavoro intellettuale da un punto di vista economico e giuridico in quanto ambedue sono fattori egualmente importanti e cooperanti al benessere della società»²⁵⁸.

L'influsso di Barassi si apprezza inoltre nel ruolo assunto, nel 2094 c.c. dalla subordinazione come cuore del diritto del lavoro e discrimine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo: nello stesso tempo però egli risulta perdente per quanto riguarda la tesi della riconducibilità del contratto di lavoro alla locazione. All'epoca dell'attuale codificazione era ormai evidente che il contratto di locazione non fosse in grado di rispondere alle esigenze di regolazione del contratto di lavoro, e non a caso i redattori dell'attuale codice civile, ed in particolare Paolo Greco, nel disciplinare il lavoro subordinato, non hanno utilizzato lo schema del contratto di locazione²⁵⁹.

Anche l'influenza di Greco è, ovviamente, evidente. Egli si muove nella scia di Barassi, ma non rinuncia a inserire nell'art. 2094 c.c. elementi estranei alla dottrina barassiana, e invece più vicini alla concezione del rapporto di lavoro quale rapporto connotato dall'inserimento della prestazione in una organizzazione gerarchicamente costituita: l'impresa.

²⁵⁷ Per una ricostruzione delle diverse influenze di Barassi e di Greco sull'art. 2094 c.c. v. L. Mengoni (2000), pp. 185-186.

²⁵⁸ L. Barassi (1901), p. 3.

²⁵⁹ L. Mengoni (2001), p. 216.

Nell'endiadi "collaborare nell'impresa" e "alle dipendenze" presente nel testo dell'art. 2094 c.c. si può leggere la traduzione della tesi di Greco, consonante con il punto di vista corporativo, dell'inserzione del lavoratore nella «sfera ambientale» o «di dominio» del datore di lavoro quale elemento fondamentale del rapporto di lavoro²⁶⁰.

Peraltro, l'influenza di Greco si può scorgere anche nel fatto che nell'art. 2094 c.c. non viene nominato il contratto di lavoro: egli riteneva infatti, come si è detto, che il rapporto di lavoro trovasse nel contratto la sua fonte principale, ma non esclusiva. Barassi invece affermava la natura essenzialmente contrattuale del rapporto di lavoro²⁶¹.

Per questo motivo vi è chi in dottrina ha sottolineato come «il codice civile del 1942, con la sua figura del «lavoratore subordinato», pare alla fine non recepire l'insegnamento barassiano, incentrato sul «contratto» di lavoro»; si ammette tuttavia che «l'apporto di Barassi alla codificazione in materia di lavoro va valutato in termini ideali ed in prospettiva, ovvero nell'operazione di agglutinamento della fattispecie intorno ad una figura tipica, realizzata interpretando l'art. 2094 e che – volente o nolente l'autore – trova proprio nelle pagine del *Contratto di lavoro* il suo atto fondativo»²⁶².

Gli influssi dottrinali che hanno agito sulla formulazione dell'art. 2094 c.c. sono dunque eterogenei.

Senza dimenticare che, leggendo attentamente il contenuto dell'art. 2094 c.c., come è già stato sottolineato *retro* (§ 2.4), si intravede anche un'eredità lasciata da parte della dottrina prebarassiana. È infatti impossibile non notare la somiglianza tra il contratto invocato da Modica nel 1897 e quanto poi previsto nel codice civile: tale Autore sollecitava infatti l'intervento del legislatore finalizzato all'introduzione nell'ordinamento di un «contratto mediante il quale una persona si obbliga a prestare ad un'altra, sotto la sua autorità, direzione e sorveglianza, il proprio lavoro per una mercede fissata in relazione ad un determinato periodo di tempo»²⁶³.

Forse, pur non mettendo in discussione l'importanza delle teorie di Barassi, sarebbe corretto parlare dell'elaborazione teorica del contratto lavoro

²⁶⁰ Tanto è vero che la caratteristica della dipendenza è stata interpretata dalla dottrina che si è occupata successivamente di tale questione come inserimento funzionale nell'organizzazione datoriale, ma di questo aspetto si tratterà più approfonditamente nel prossimo capitolo.

²⁶¹ L. Barassi (1939), p. 69, sosteneva strenuamente la natura contrattuale del rapporto di lavoro, ma era consapevole del fatto che quest'ultima stesse passando «un brutto quarto d'ora».

²⁶² L. Gaeta (1997), p. 526.

²⁶³ I. Modica (1897a), p. 435.

subordinato come il risultato di più influssi dottrinali, che hanno contribuito, per diversi aspetti e in misura più o meno decisiva, alla nascita e alla formazione della materia.

CAPITOLO II: Subordinazione e rapporto di lavoro

1. Premessa – **2.** Le prime interpretazioni dell'art. 2094 c.c.: le elaborazioni dottrinali degli anni '50-'60 – **2.1** L'interpretazione giurisprudenziale degli anni '50-'60 – **2.2** L'inserimento dell'organizzazione aziendale nel sinallagma contrattuale – **2.3** La tesi dell'inadeguatezza definitoria dell'art. 2094 – **3.** Gli anni '70: la subordinazione come condizione socio-economica – **4.** La tendenza giurisprudenziale alla pansubordinazione e i tentativi di razionalizzazione della giurisprudenza da parte della dottrina – **4.1** La seconda parte degli anni '80: i tentativi di valorizzazione della volontà delle parti nella qualificazione del contratto di lavoro – **4.2** L'indisponibilità del tipo contrattuale e il ritorno dell'attenzione alle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro – **5.** La tutela del lavoro oltre la fattispecie: evoluzione di una idea **a)** il lavoro *sans phrase* **b)** Lo statuto dei lavori **c)** Una nuova nozione di subordinazione? La possibile lettura dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 come norma di fattispecie **d)** Il lavoro agile **e)** La nozione di subordinazione nel diritto dell'Unione europea – **6.** Conclusioni.

1. Premessa

Il primo capitolo è stato dedicato alla ricostruzione degli interventi legislativi e, soprattutto, delle dottrine che, prima della codificazione, hanno portato alla elaborazione teorica del contratto di lavoro, alla costruzione della nozione di subordinazione giuridica e, in buona sostanza, alla nascita dello stesso diritto del lavoro.

L'indagine svolta nel capitolo precedente consente di comprendere quanto delle elaborazioni dottrinali più risalenti sia confluito nella stesura dell'art. 2094 c.c.

La formulazione dell'art. 2094 c.c. certamente risente degli influssi del passato. È indubbio, come già si è detto, che l'opinione di Greco abbia influenzato la stesura della disposizione, ma è altrettanto indubbio che nell'art. 2094 c.c. venga accolta la concezione barassiana della eterodirezione quale elemento discrezionale tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, senza distinzioni sulla base della natura manuale o intellettuale della prestazione¹. Nel contempo, la tesi, sostenuta dallo stesso Barassi, che prediligeva la

¹ Sotto questo aspetto, l'art. 2094 c.c. segna un passo avanti rispetto al R.D.L. n. 1825 del 1924, convertito in legge n. 562 del 1926, che si rivolgeva esclusivamente all'impiegato, e non all'operaio.

riconduzione del contratto di lavoro nello schema della locazione delle opere, cioè in un contratto già nominato nel codice civile del 1865, viene abbandonata. La tesi contraria, risalente alle dottrine precedenti al codice civile, che predicava la necessità dell'introduzione di un contratto *ad hoc* per il lavoro subordinato, viene invece nella sostanza accolta, anche se formalmente l'art. 2094 c.c., limitandosi a definire la figura del prestatore di lavoro subordinato, non formalizza il tipo contrattuale, tanto da sollevare addirittura dubbi, come si vedrà nel prossimo capitolo, sul fondamento contrattuale del rapporto di lavoro².

Sicuramente, la codificazione nell'art. 2094 della sola figura del prestatore di lavoro subordinato costituisce un «compromesso» tra le tesi dottrinali dell'epoca³. Tale compromesso, come è stato detto, «segna il punto di arrivo di una complessa evoluzione storica, che ha alla sua origine un'oggettiva istanza di modernizzazione»⁴.

L'art. 2094 c.c. non rappresenta tuttavia il punto di arrivo definitivo del dibattito sulla subordinazione. La codificazione è allo stesso tempo punto di arrivo e punto di partenza per successive, amplissime, discussioni dottrinali e giurisprudenziali. Le tesi formulate in dottrina sono state, come si vedrà, assai variegate, eterogenee e di non semplice classificazione.

Ad essere messa in dubbio è stata finanche l'origine contrattuale del rapporto di lavoro subordinato (v. sulla questione, *infra*, Cap. III). Anche all'interno della prospettiva contrattualista, poi affermata come prevalente, la nozione di subordinazione ha giocato un ruolo differenziato, tanto da sollevare la questione se la subordinazione abbia qualche relazione con gli elementi essenziali del contratto di lavoro, segnatamente con l'oggetto o la causa, o se invece attenga agli effetti del contratto stesso⁵.

Ai fini del percorso di ricerca che si intende svolgere, sciogliere questo nodo teorico appare di estrema importanza. Per farlo, occorre ovviamente partire dalla ricostruzione della nozione di subordinazione, tenendo tuttavia il fuoco dell'indagine sui contributi dottrinali che maggiormente si preoccupano di metterne in evidenza il controverso rapporto con l'oggetto e la causa del contratto di lavoro subordinato.

Un'indagine di questo tipo, e con queste finalità, presenta una difficoltà di non poco conto: non è infatti questa la prospettiva di analisi

² Per gli opportuni rimandi bibliografici v. Cap. I sulle origini della subordinazione.

³ P. Tosi, F. Lunardon (1998), p. 258; R. Pessi (2012), p. 50.

⁴ M. Grandi (1989), p. 81.

⁵ P. Tosi, F. Lunardon (1998), pp. 280-282.

usualmente seguita dalla dottrina giuslavorista⁶. Quest'ultima ha infatti concentrato l'attenzione principalmente su un problema teorico di immediata rilevanza pratica: l'identificazione degli elementi costitutivi della nozione di subordinazione al fine di costruire una affidabile linea di confine con l'area del lavoro autonomo.

La tensione della dottrina verso la ricerca di una delimitazione della fattispecie lavoro subordinato non è certamente un vezzo, anzi è del tutto comprensibile. La questione del significato e dei confini della subordinazione ha un'importanza cruciale poiché considerare un lavoratore come subordinato comporta l'applicazione della relativa disciplina imperativa di tutela al rapporto, disciplina che, al contrario, non trova applicazione per i lavoratori autonomi. È dunque in questa prospettiva che si è sviluppata la maggior parte del dibattito dottrinale, lasciando in ombra l'altro versante del problema, costituito dal rapporto tra la nozione di subordinazione e gli elementi fondamentali del contratto di lavoro.

Per comprendere se vi siano (ed eventualmente quali siano) i legami tra causa ed oggetto del contratto di lavoro e nozione di subordinazione pare utile partire da quest'ultima, cercando di individuare gli orientamenti emersi in dottrina e in giurisprudenza lungo i decenni che ci separano dall'introduzione della disposizione codicistica.

Per compiere questa indagine si adotterà un approccio di tipo diacronico. Le operazioni dottrinali e giurisprudenziali, infatti, acquisiscono significato solo se inserite nel contesto storico in cui sono state elaborate. Poco utile, ai nostri fini, sarebbe un'indagine che pretendesse di ignorare l'evoluzione del contesto in cui le varie teorie sono state proposte e applicate.

Per rendere possibile un'indagine di questo tipo, sembra opportuno in primo luogo raggruppare le teorie in diverse fasi di evoluzione che coprono il lungo periodo intercorrente tra gli anni '50 del XX secolo e i giorni nostri. Per macro-divisioni, le fasi individuate sono le seguenti: la prima raccoglie le teorie dottrinali e giurisprudenziali elaborate negli anni 50-60; la seconda fase, che interessa un arco di tempo collocabile negli anni '70 ha al centro il (presunto o reale) "spiazzamento" dell'art. 2094 c.c. in ragione della critica alla idoneità dell'elemento dell'eterodirezione a cogliere l'essenza della subordinazione; la terza fase, collocabile sul finire degli anni '70 e anni '80

⁶ M. Grandi (1999), p. 309, sostiene che «la problematica dell'oggetto, estensibile al contratto di lavoro per logica sistematica, quando non è intenzionalmente elusa, è trattata in dottrina con formule sbrigative, quasi apodittiche, che presentano, in genere, uno scarso coefficiente di significatività».

riguarda i tentativi di costruire una nuova, o più aggiornata nozione di lavoro subordinato, che faccia emergere dimensione socio-economica della condizione del lavoratore subordinato; la quarta concerne le modifiche legislative in tema di subordinazione degli ultimi anni.

Una volta definita l'articolazione in fasi temporali, è necessario precisare che la ricerca non ha l'ambizione di ricostruire, autore per autore, e sentenza per sentenza, le diverse interpretazioni dell'art. 2094 c.c. che sono state elaborate nel corso degli anni. Oltre che estremamente complessa, vista la mole dei contributi disponibili, un'indagine di tipo analitico farebbe smarrire il senso complessivo dell'evoluzione che la nozione di subordinazione ha avuto nel tempo e farebbe perdere di vista il filo conduttore che lega tale ricerca: il legame tra la nozione di subordinazione e l'oggetto e la causa del contratto di lavoro. Per tale motivo, più utile, ai nostri fini, sembra essere invece lo svolgimento di un'indagine che segua alcuni fili conduttori, sulla base dell'emersione di tematiche, di tipo generale, ricorrenti negli apporti dottrinali e nell'elaborazione della giurisprudenza.

Il primo filo conduttore può essere individuato sulla base dell'osservazione dell'esistenza di un diverso approccio, in dottrina e in giurisprudenza, tra due "punti di vista" differenti. Da un lato vi sono coloro che ripongono fiducia nella capacità dell'art. 2094 c.c. di costituire un "contenitore" sufficientemente ampio e duttile nel quale collocare le fattispecie concrete che di volta in volta emergono nella realtà (anche laddove le stesse si collochino al margine della subordinazione stessa, essendo talvolta molto tenue il vincolo dell'eterodirezione della prestazione lavorativa). Dall'altro lato vi sono coloro che invece costruiscono le loro teorie sul presupposto dell'inidoneità dell'art. 2094 c.c. a cogliere l'essenza della subordinazione e, in particolare, dell'impossibilità di ricavare dall'art. 2094 c.c. una nozione generale e omnicomprensiva di subordinazione.

Accanto a questo filo conduttore principale emergeranno poi altri filoni che, in determinate fasi storiche, connoteranno l'impostazione dottrinale e giurisprudenziale. Uno di questi riguarda la rilevanza, nell'operazione di qualificazione, della volontà espressa dalle parti. La questione è interessante perché si tratterà di comprendere se lo spostamento dell'attenzione dal rapporto al contratto determinata dalla tendenza alla rivalutazione della volontà corrisponda ad un rinnovato interesse per una ricostruzione della nozione di subordinazione più strettamente legata agli elementi essenziali del contratto, e in particolare, alla causa del contratto di lavoro.

Altro *fil rouge*, strettamente legato a quelli precedenti, è infine rappresentato dal dibattito sul tipo di giudizio, sussuntivo o tipologico, che deve essere adottato dal giudice nel momento della qualificazione del contratto di lavoro. Anche in questo caso, non ci si dedicherà alla ricostruzione completa delle teorie sul metodo qualificatorio⁷, ma ci si limiterà ad osservare in quale contesto la questione del metodo sia emersa e quale contributo abbia dato nell'orientare gli interpreti verso l'adozione di una nozione evolutiva di subordinazione.

2. Le prime interpretazioni dell'art. 2094 c.c.: le elaborazioni dottrinali degli anni '50-'60

La prima fase del dibattito è caratterizzata da una tendenziale fiducia della dottrina nella possibilità di trovare nell'art. 2094 c.c. le risposte a molte (se non a tutte) le domande in materia di subordinazione. Infatti, l'impostazione della prima dottrina che affrontò la materia è volta a individuare, all'interno dell'art. 2094 c.c., gli elementi che potessero dirsi "determinanti" al fine della costruzione della fattispecie astratta di riferimento. Per fare ciò la dottrina cercò di individuare, ora in un frammento ora nell'altro del dettato codicistico, l'elemento caratterizzante in grado di delimitare in modo inequivocabile la fattispecie⁸. In tale processo, il dialogo con la giurisprudenza è sempre stato continuo e fruttuoso.

Nelle tesi degli Autori che negli anni '50-'60 si occuparono della materia si possono rinvenire alcune convergenze di fondo, ma anche una serie di divergenze interpretative. Il principale punto di convergenza riguarda l'importanza attribuita all'elemento dell'eterodirezione della prestazione. Sembra nascere in questi primi anni la tendenza a ritenere che quest'ultimo sia l'elemento determinante della nozione introdotta dall'art. 2094 c.c.⁹.

È necessario sottolineare che a parere di questa prima dottrina, il potere direttivo poteva esplicitarsi mediante norme generali ed astratte, come ad esempio i regolamenti di fabbrica, oppure con ordini concreti in relazione a contingenti situazioni¹⁰. Il potere di direzione del datore di lavoro si poteva presentare perciò con diverse variazioni quantitative, fino a ridursi al minimo

⁷ Si è consapevoli che rispetto al termine "metodo" è preferibile usare il termine "giudizio", tuttavia si prende atto che in dottrina viene usato solitamente il termine "metodo".

⁸ P. Tosi, F. Lunardon (1998), p. 259. Per un riferimento ai singoli indici usati dalla dottrina e dalla giurisprudenza v. l'esauritiva ricostruzione di L. Gaeta (1993d), p. 63 ss.

⁹ G. Mazzoni (1958), p. 190; L. Barassi (1949b), p. 310; L. Barassi (1957), p. 359; V. Cassì (1961), p. 85 ss.

¹⁰ L. Barassi (1949b), pp. 308-309; L. Barassi (1957), pp. 357-358.

in alcune circostanze, senza che ciò comportasse conseguenze dal punto di vista della qualificazione¹¹.

Si nota, in queste prime elaborazioni, una certa continuità con l'insegnamento barassiano. La dottrina degli anni '50-'60, infatti, individuava nella eterodirezione il principale elemento di distinzione tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo.

La dottrina cerca e trova nell'art. 2094 c.c. la soluzione al problema della qualificazione del contratto di lavoro, anche se proprio la lettera dello stesso articolo avrebbe dovuto forse indurre a considerare la dipendenza elemento essenziale della subordinazione al pari della eterodirezione: ma così non è stato. Buona parte della dottrina riteneva infatti che la dipendenza non avesse un significato qualificatorio ulteriore rispetto alla eterodirezione, non riconoscendo al concetto di dipendenza un contenuto aggiuntivo rispetto a quello di eterodirezione¹².

Un settore della dottrina, pur rimanendo fedele all'impostazione che riponeva fiducia nella idoneità dell'art. 2094 c.c. a dettare gli elementi identificativi della subordinazione, tentò di valorizzare, ai fini ricostruttivi della fattispecie, un elemento diverso rispetto all'eterodirezione e alla dipendenza: la collaborazione. Secondo questa dottrina, la collaborazione avrebbe dovuto implicare qualcosa di ulteriore rispetto alla subordinazione¹³. La collaborazione veniva infatti intesa come «una sintesi di requisiti e di obblighi contrattuali che scaturiscono dalla natura stessa del contratto di lavoro»¹⁴. Il lavoro subordinato non si distingueva quindi solo per la presenza di eterodirezione, ma anche per il fatto che implicava una collaborazione del prestatore dovuta per contratto, in ragione dell'inserimento della prestazione in una organizzazione gerarchica. In tale prospettiva va letta l'affermazione secondo cui collaborazione e inserimento in una organizzazione gerarchica potrebbero sembrare «due concetti a prima vista ibridi e contrastanti, ma nella realtà si integrano»¹⁵.

La dottrina, che qualche anno dopo poteva già considerarsi maggioritaria, non riteneva tuttavia che alla collaborazione – intesa nel significato descritto – potesse essere attribuito un rilevante valore

¹¹ R. Corrado (1956), p. 108 ss.

¹² V. Cassi (1947), pp. 125-138; M.F. Rabaglietti (1959), p. 80; G. Mazzoni (1988), pp. 233-239.

¹³ L. Barassi (1949a), p. 264, faceva riferimento al concetto di «subordinazione collaborativa».

¹⁴ G. Mazzoni (1958), p. 192.

¹⁵ L. Barassi (1949b), p. 287; L. Barassi (1957), p. 335.

qualificatorio¹⁶. Piuttosto, parte di essa valorizzava la continuità quale tratto distintivo del contratto di lavoro subordinato, nella misura in cui quest'ultimo si concretizza nella reiterazione di prestazioni continuative, mentre il lavoro autonomo si compone di prestazioni istantanee¹⁷.

Complessivamente, dunque, la dottrina dell'epoca sembra muoversi nella direzione di trovare certezze nell'art. 2094 c.c., più che punti deboli, lacune e contraddizioni o di esasperarne l'incapacità definitoria.

In questa ricerca di punti fermi all'interno della norma codicistica può farsi rientrare anche la prevalente lettura della subordinazione come caratteristica della prestazione lavorativa, e non come connotato della persona-lavoratore. Fin dagli anni '50 (in particolare, si segnalano in questo senso le opinioni di Barassi e Carnelutti), la dottrina è stata attenta a specificare che la subordinazione, caratterizzante la prestazione di lavoro subordinato, non dovesse spingersi fino a concretizzarsi in una condizione di soggezione o asservimento della persona del lavoratore. Anche dopo la codificazione, la dottrina, ancor prima di entrare nel merito dell'interpretazione dell'art. 2094 c.c., ritenne indispensabile premettere che la subordinazione doveva essere «intesa in un senso che non è certamente quello delle antiche e medioevali opere servili»¹⁸, che prevedevano uno stato di subordinazione dell'individuo anche nella vita privata¹⁹. Si riteneva infatti che la subordinazione non dovesse gravare «certo su tutta la persona e tutta la personalità del lavoratore», ma dovesse invece riguardare «unicamente la prestazione del lavoro»²⁰.

La presa di posizione è rilevante perché fa emergere una concezione della causa del contratto di lavoro strettamente ricostruita sullo scambio tra prestazione (subordinata) e retribuzione, con conseguente rifiuto di qualsiasi lettura della subordinazione giuridica che possa estendersi fino a includere obblighi che potessero riproporre, seppure in forma attenuata, lo stato servile.

2.1 L'interpretazione giurisprudenziale degli anni '50-'60

L'elaborazione dottrinale dei primi anni successivi alla codificazione fornì sicuramente un indispensabile punto di partenza per le decisioni giurisprudenziali. Per tale motivo, la ricostruzione del dialogo tra la dottrina

¹⁶ F. Mancini (1957), p. 111; L. Spagnuolo Vigorita (1967), p. 43. R. Scognamiglio (1963); L. Mengoni (1965), pp. 440-441; S. Magrini (1973), pp. 385-387; E. Ghera (1996), pp. 45-47.

¹⁷ R. Corrado (1956), p. 134.

¹⁸ L. Riva Sanseverino (1953), p. 22.

¹⁹ L. Barassi (1949b), p. 294, sottolineava il fatto che lo stato di subordinazione poteva essere esercitato dal datore di lavoro nei soli limiti del contratto.

²⁰ L. Riva Sanseverino (1953), p. 23.

e la giurisprudenza, alla luce del filo conduttore che ispira tale ricerca, è necessaria.

Un orientamento prevalente nella giurisprudenza degli anni '50-'60 individuava come elemento dirimente ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione del lavoratore nei confronti del potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro²¹. Si può perciò affermare che la tesi dottrinale che poneva al centro della nozione di subordinazione l'eterodirezione, a discapito della dipendenza, trovava ampio accoglimento nella giurisprudenza, tanto da potersi affermare che il punto di partenza della giurisprudenza nella qualificazione del rapporto di lavoro era appunto il concetto di eterodirezione, intesa come assoggettamento del prestatore alle direttive del datore di lavoro.

Un altro elemento, presente nell'art. 2094 c.c., ritenuto, da gran parte della giurisprudenza di quegli anni, essenziale ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, unitamente al requisito della presenza del vincolo di subordinazione, era la collaborazione²². In particolare, la collaborazione veniva interpretata dalla giurisprudenza come il collegamento funzionale tra la prestazione lavorativa e la struttura organizzativa aziendale, di cui il lavoratore diventava parte²³. Anche sotto questo aspetto, si rileva dunque la presenza di una consonanza tra la giurisprudenza e, almeno una parte, della dottrina. Si desume la rilevanza attribuita dalla giurisprudenza all'inserzione funzionale della prestazione lavorativa nell'organizzazione dal fatto che la stessa giurisprudenza la utilizzi per accertare il vincolo di subordinazione²⁴.

Per quanto concerne la continuità, in giurisprudenza non vi era un orientamento maggioritario che affermasse il suo carattere di essenzialità ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato²⁵. Solo in rari casi tale requisito era ritenuto essenziale ai fini della configurazione di un rapporto come subordinato²⁶. Ad ogni modo, e a prescindere dalla considerazione attribuita alla continuità, è utile segnalare che la giurisprudenza intendeva quest'ultima in senso giuridico e non materiale, ovvero come durezza dell'obbligo del lavoratore di mettere a disposizione le proprie energie lavorative²⁷.

²¹ Cass. 23 febbraio 1948, n. 282; Cass. 14 ottobre 1948, n. 1749; Cass. 10 luglio 1953, n. 2221; Cass. 4 giugno 1956, n. 1880; Cass. 8 ottobre 1957, n. 3659; Cass. 7 novembre 1957, n. 4279.

²² Cass. 16 febbraio 1950, n. 394; Cass. 10 luglio 1953, n. 2221; Cass. 4 giugno 1956, n. 1880; Cass. 8 giugno 1956, n. 1974; Cass. 7 novembre 1957, n. 4279.

²³ Cass. 30 luglio 1952, n. 2382; Cass. 4 giugno 1956, n. 1880.

²⁴ Cass. 17 giugno 1948, n. 951.

²⁵ Cass. 22 giugno 1959, n. 1972; Cass. 20 aprile 1963, n. 887.

²⁶ Cass. 4 dicembre 1953, n. 3082.

²⁷ Cass. 17 maggio 1950, n. (RGL 1950 II p 256); Cass. 9 maggio 1958, n. 1535.

Sempre in tema di continuità, la giurisprudenza si era anche posta il problema se quest'ultima potesse essere declinata in termini di orario di lavoro. Prevalse in proposito l'opinione che la continuità non dovesse essere messa in relazione con la presenza di un orario lavorativo e, per tale motivo, che potessero essere considerate prestazioni continue anche prestazioni con orario di lavoro flessibile²⁸.

Un ulteriore elemento utilizzato nei giudizi di qualificazione dalla giurisprudenza dei primi anni successivi alla codificazione era l'assenza di un'organizzazione in capo al lavoratore e, di conseguenza, l'assenza in capo a quest'ultimo del rischio imprenditoriale che gravava quindi sul datore di lavoro²⁹. L'uso di attrezzature e mezzi propri del lavoratore, invece, non sempre era stato ritenuto incompatibile con il lavoro subordinato, poiché la giurisprudenza sosteneva che il rischio fosse collegato al risultato dell'attività e non alla proprietà dei mezzi necessari allo svolgimento della prestazione lavorativa³⁰.

Concludendo, si può sottolineare il fatto che nei primi anni dopo l'emanazione del codice civile la giurisprudenza cercò gli elementi essenziali per qualificare i rapporti di lavoro a partire da quelli desumibili dalla lettera dell'art. 2094 c.c. Tuttavia, con la valorizzazione di elementi tipicamente caratterizzanti le modalità concrete di svolgimento del lavoro autonomo, la giurisprudenza sembrò compiere i primi passi verso la valorizzazione di quelli che saranno gli indici sussidiari utili nella qualificazione dei casi più complessi, in cui il criterio distintivo della eterodirezione non era facilmente apprezzabile.

2.2 L'inserimento dell'organizzazione aziendale nel sinallagma contrattuale

Negli anni '60-'70, probabilmente prendendo ispirazione dall'uso ai fini di qualificazione dell'indice relativo all'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione altrui, fornito dalla giurisprudenza, si registrano alcuni raffinati contributi dottrinali (Mancini, Persiani) che si concentrano sul ruolo svolto dall'elemento dell'organizzazione nella costruzione della teoria del contratto di lavoro subordinato. Non si tratta di studi specificamente dedicati alla questione del confine tra subordinazione e autonomia. L'importanza di questi studi si apprezza per il contributo che

²⁸ Cass. 21 giugno 1952, n. 1836; Cass. 2 agosto 1956, n. 3026; Cass. 7 novembre 1957, n. 4279.

²⁹ Cass. 19 giugno 1951, n. 1623; Cass. 26 maggio 1955, n. 1609; Cass. 14 luglio 1957, n. 2247; Cass. 7 novembre 1957, n. 4279; Cass. 8 novembre 1957, n. 4296.

³⁰ Cass. 16 maggio 1960, n. 1041; Cass. 8 agosto 1961, n. 1918.

forniscono alla identificazione di un'area, rappresentata dall'insieme degli obblighi e dei diritti delle parti che è diversa e più ampia rispetto a quella relativa allo scambio tra prestazione e retribuzione. In altri termini, nel contratto di lavoro subordinato quel che è dovuto dalle parti non si esaurisce nello scambio tra retribuzione e prestazione subordinata, ma si arricchisce di altri obblighi.

Secondo Mancini³¹ l'organizzazione incide sull'area di ciò che è dovuto dal prestatore, pur rimanendo elemento esterno e presupposto del contratto di lavoro. Non tutti gli obblighi del lavoratore e non tutti i poteri del datore hanno origine contrattuale. La subordinazione non riguarda quindi l'oggetto dell'obbligazione dedotta in contratto, ma concerne piuttosto gli effetti del contratto di lavoro. Secondo Persiani³², invece, l'organizzazione è contenuta nella causa del contratto di lavoro. Attraverso il contratto di lavoro il datore può organizzare la prestazione del lavoratore inserendola nell'attività imprenditoriale. Dal contratto di lavoro scaturiscono obblighi e poteri che ampliano l'area del debito del prestatore. Oltre che debitore di prestazione, il lavoratore è debitore di una prestazione coordinata con l'organizzazione aziendale e "fedele". Persiani perciò non mette in dubbio che la eterodirezione rappresenti il carattere centrale del rapporto di lavoro subordinato. Egli infatti considera tale elemento fondamentale al fine di rendere possibile al datore di lavoro l'organizzazione della prestazione dedotta in contratto con le altre prestazioni dei lavoratori e con gli altri fattori produttivi. La tesi di tale Autore sarà affrontata con maggiori dettagli nel capitolo III, ma fin d'ora è opportuno segnalare come fin dagli '60 la riflessione sugli elementi essenziali del contratto di lavoro abbia trovato scarso collegamento con la questione dei confini della subordinazione.

2.3 La tesi dell'inadeguatezza definitoria dell'art. 2094

Una lettura critica dell'art. 2094 c.c. proviene, in quegli anni, da Spagnuolo Vigorita, il quale non rinviene nella eterodirezione il criterio determinante nella qualificazione della fattispecie e nella conseguente applicazione delle tutele previste per il lavoratore subordinato³³. L'Autore sostiene che l'elemento della eterodirezione non sia più un utile elemento qualificatorio, non essendo in grado di cogliere la subordinazione del lavoratore, e per tal motivo contribuirebbe a creare una «sfasatura» tra fattispecie ed effetti. Per tale motivo, secondo Spagnuolo Vigorita, la

³¹ F. Mancini (1957).

³² M. Persiani (1966).

³³ L. Spagnuolo Vigorita (1967), p. 24 e 47 ss; R. Scognamiglio (1972), p. 46 ss.

qualificazione deve avvenire utilizzando indici di subordinazione³⁴: indici in grado di meglio cogliere la condizione subordinata del prestatore.

Sembrerebbe quindi abbandonata l'impostazione di Barassi che aveva individuato nell'eterodirezione l'elemento qualificante, imputandosi a quest'ultima la responsabilità di avere creato l'anzidetta "sfasatura"³⁵. Secondo Spagnuolo Vigorita, fondamentali ai fini della qualificazione sono gli indici di subordinazione (rispetto di un orario fisso e imposto, retribuzione corrisposta a scadenze fisse e periodiche, svolgimento della prestazione lavorativa presso il datore di lavoro, assenza del rischio ...)³⁶. Egli ha quindi una visione diametralmente opposta rispetto a chi individua nella eterodirezione il criterio fondamentale di qualificazione dei casi concreti. In uno scritto successivo, tuttavia, lo stesso Spagnuolo Vigorita si trova a dover ammettere che «in sé, la formula [dell'art.2094 c.c.] non è poi tanto inefficiente, se intesa alla luce della sua vicenda storica e se sottratta al peso delle sedimentazioni applicative»³⁷.

3. Gli anni '70: la subordinazione come condizione socio-economica

La tendenza ad "andare oltre" l'eterodirezione non dipende soltanto da una esigenza di carattere teorico. Certamente, la nozione legale di subordinazione si presenta frastagliata e con ampie, e spesso ambigue, zone di confine, il che può indurre a segnalare, in astratto, l'inidoneità qualificatoria e a cercare altrove (segnatamente negli indici di subordinazione) gli elementi che consentano di costruire in modo più affidabile la nozione stessa. L'insoddisfazione per la costruzione tecnica della nozione di subordinazione non è tuttavia l'unico profilo che induce a rifiutare di collocare l'eterodirezione al centro del meccanismo qualificatorio. La denuncia della "sfasatura" tra fattispecie ed effetti si spiega solo se si considera ciò che sta alla base di essa: ricondurre la subordinazione al concetto tecnico di eterodirezione può significare infatti – specie se si pretende che le direttive debbano essere non solo potenziali ma effettive, non

³⁴ L. Spagnuolo Vigorita (1989), pp. 97-98.

³⁵ L. Spagnuolo Vigorita (1967), p. 45 e p. 126.

³⁶ Secondo L. Nogler (2002), p. 112, Spagnuolo riteneva che l'art. 2094 c.c. descrivesse, senza definire, «il tipo normativo prevalente accanto al quale possono emergere nella realtà concreta una serie ulteriore di tipi empirici ai quali conferisce rilevanza normativa il giudice in sede giurisprudenziale».

³⁷ L. Spagnuolo Vigorita (1989), p. 95.

generiche ma specifiche – accogliere una nozione restrittiva di subordinazione, che lascia fuori dall’area di tutela situazioni non connotate da eterodirezione, ma giudicate comunque meritevoli di tutela.

Le operazioni di valorizzazione degli elementi indiziari della subordinazione possono essere lette proprio in quest’ottica: esse possono costituire un tentativo di allargamento, per via interpretativa, della fattispecie, volto ad assicurare tutela a figure di prestatori non rientranti nell’area dei “protetti”, ma egualmente ritenuti meritevoli di tutela. La selezione degli indici utili a tale fine rispecchia l’esigenza di fare combaciare la zona tutelata con la *ratio* dell’art. 2094 c.c.

In coerenza con la critica alla nozione legale di subordinazione, emerge, negli anni ’70, il tentativo di svalutare, se non forse accantonare, il requisito dell’eterodirezione per valorizzare invece la considerazione di elementi di carattere socio-economico che caratterizzano la condizione del prestatore di lavoro.

La tendenza parte in realtà prima degli anni ‘70. Già nell’opera di Francesco Santoro Passarelli emergono considerazioni volte a dare valore alla condizione di inferiorità socio-economica del lavoratore. Tale elemento, strettamente legato al necessario coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro, si affiancava però al requisito della eterodirezione, senza sostituirlo, agendo a ben vedere in senso restrittivo, potendosi dubitare che un lavoratore che non versasse in tale condizione (per esempio un dirigente) potesse dirsi subordinato. Santoro Passarelli sosteneva che l’eterodirezione fosse una condizione necessaria, ma non sufficiente per qualificare il rapporto di lavoro come subordinato: infatti, in ragione del coinvolgimento nel contratto della persona del lavoratore, riteneva indispensabile, ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato, che si dovesse tenere conto della condizione di inferiorità sociale ed economica del lavoratore³⁸. Così intesa, «la subordinazione si configurerebbe non tanto come un effetto giuridico quanto come un presupposto economico-sociale del contratto di lavoro, caratterizzato dalla condizione di inferiorità del lavoratore nei confronti dell’imprenditore»³⁹. Il lavoratore non si obbligherebbe quindi ad essere “subordinato”, ma “sarebbe” subordinato indipendentemente dal contratto che stipula.

Ben diversa è l’operazione condotta dalla dottrina che ha cercato di attribuire rilevanza ai fini qualificatori ad elementi diversi rispetto

³⁸ F. Santoro Passarelli (1948), p. 1070; L. Gaeta (1993c), p. 47.

³⁹ E. Ghera (1996), p. 49.

all'eterodirezione, nella prospettiva di giungere alla qualificazione del rapporto sulla base di elementi idonei ad esprimere, in modo più autentico di quanto non sia in grado di fare l'eterodirezione, la condizione di inferiorità socio-economica del lavoratore.

La dipendenza del lavoratore è declinata come dipendenza socio-economica. È questa la posizione di chi (Romagnoli⁴⁰, Mengoni⁴¹), non rinvenendo l'elemento qualificante della subordinazione in un elemento previsto nell'art. 2094 c.c., individua la caratteristica qualificante del lavoro subordinato in un elemento estrinseco al dato normativo: la c.d. doppia alienità. Romagnoli, per individuare l'ambito di applicazione delle discipline tipiche della subordinazione, ritiene che si debba far ricorso alla duplice alienità dei mezzi di produzione e del risultato⁴² e non agli elementi tipici rinvenibili nel dato giuridico dell'art. 2094 c.c.⁴³.

La presenza di queste dottrine segna un processo di espansione del diritto del lavoro, non più legato al solo dato normativo dell'art. 2094 c.c., ma ai dati fattuali relativi alla posizione economica del lavoratore⁴⁴.

La tesi della doppia alienità ha trovato un importante avallo da parte della Corte costituzionale, in particolare, in un *obiter dictum* della nota sentenza n. 30 del 1996 (di cui Mengoni era relatore). In tale sentenza si legge che la contemporanea presenza di due fattori quali «l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce» fa propendere per la qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato. Tale tesi ha trovato in seguito riscontro in parte della dottrina che ha riconosciuto ad essa il pregio di proporre una nozione di subordinazione slegata dai mutevoli modelli di organizzazione del lavoro e focalizzata sull'esigenza di tutela del lavoratore⁴⁵.

Nonostante sia stata autorevolmente sostenuta, la tesi della “doppia alienità”, e più in generale la nozione di subordinazione fondata sulla considerazione della dipendenza socio-economica del lavoratore, non ha

⁴⁰ U. Romagnoli (1967).

⁴¹ L. Mengoni (1971), p. 42 ss.; M. Roccella (2008), p. 37.

⁴² U. Romagnoli (1967), p. 194; G. Ghezzi, U. Romagnoli (1999), p. 986

⁴³ U. Romagnoli (1967), p. 198; U. Prosperetti (1958), p. 9.

⁴⁴ U. Romagnoli (1967), p. 189 ss.

⁴⁵ L. Mariucci (1979), pp. 89-90; O. Mazzotta (1979), pp. 299 e 319; F. Mazziotti (1974), pp. 61-82; F. Santoni (1979), pp. 101 e 189-190; G. De Simone (2019b), p. 14. Secondo L. Nogler (2016), p. 58, nota 63, la doppia alienità di cui parla la sentenza n. 30 è riferita al caso particolare (si trattava di lavoratori di cooperativa) e non può essere estesa ad altri rapporti.

trovato in dottrina il largo accoglimento che ci si sarebbe potuti attendere. La critica maggiore riguarda il rischio di estendere eccessivamente l'ambito di applicazione della subordinazione, anche se si può comprendere l'obiettivo di fondo che muove chi sostiene tale tesi: il tentativo di un riequilibrio delle tutele tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, nei casi in cui quest'ultimo si svolga con modalità che presentino una marcata affinità con il lavoro subordinato⁴⁶.

Ancora di recente, vi è stato chi (Perulli) ha rilanciato la dipendenza socio-economica – non solo come elemento caratteristico della subordinazione, ma anche come elemento che spesso caratterizza il lavoro autonomo – al fine di valorizzarne, in prospettiva *de jure condendo*, l'idoneità a funzionare da discriminante per l'attribuzione delle tutele. La considerazione della dipendenza economica può infatti consentire un ripensamento della «storica alternativa tra lavoro subordinato e lavoro autonomo» per meglio rimodulare i meccanismi di tutela, troppo incentrati sul solo lavoro subordinato⁴⁷ e correggere «uno strabismo precoce che (...) porta a concedere tutela a chi non ne ha bisogno e a negarla a chi ne avrebbe»⁴⁸. La tematica della dipendenza socio-economica del lavoratore è dunque presente nel dibattito, ma viene considerata prevalentemente nella prospettiva *de jure condendo* di redistribuzione delle tutele.

Il dibattito si è parzialmente sopito con la modifica da parte del legislatore con la legge n. 533 dell'11 agosto 1973 che ha disciplinato le collaborazioni coordinate e continuative, *ex art.* 409 c.p.c. In dottrina tale disciplina è stata oggetto di due diverse letture. Da un lato, vi è stato chi (G. Santoro-Passarelli⁴⁹) ha letto nella figura del prestatore di lavoro coordinato e continuativo la tendenza del legislatore a dare rilevanza giuridica ad una nozione di prestatore di lavoro come contraente debole che sarebbe più ampia di quella disciplinata dall'art. 2094 c.c. Dall'altro lato, vi è stato chi, pur condividendo l'intento del legislatore di voler riequilibrare la disparità tra le parti del rapporto, legge nell'art. 409 c.p.c. la tendenza del legislatore a contenere la tendenza di quegli anni del diritto del lavoro ad espandersi oltre i confini del rapporto di lavoro subordinato⁵⁰.

⁴⁶ R. Pessi (1989), p. 162 ss.

⁴⁷ A. Perulli (2003), p. 224.

⁴⁸ G. Ghezzi, U. Romagnoli (1984), p. 23.

⁴⁹ G. Santoro-Passarelli (1979)

⁵⁰ M.V. Ballestrero (1987), p. 48; M. Pedrazzoli (1984), p. 553.

4. La tendenza giurisprudenziale alla pansubordinazione e i tentativi di razionalizzazione della giurisprudenza da parte della dottrina

L'approccio della giurisprudenza di fronte a casi in cui la prova della eterodirezione si mostrava difficile è stata quella di elaborare una serie di indici sussidiari di subordinazione utili nella qualificazione del caso concreto: la continuità nello svolgimento delle mansioni, il versamento periodico del compenso, l'inserimento nell'organizzazione produttiva del datore, l'alienità del risultato, l'utilizzo dei mezzi del datore di lavoro, rispetto di un vincolo di orario, l'assenza del rischio economico⁵¹.

Secondo l'orientamento maggioritario della Cassazione non è sufficiente la presenza di uno solo di questi indici per far propendere la qualificazione del rapporto come subordinato. Questi ultimi, infatti, a parere della giurisprudenza, devono essere globalmente considerati ai fini della valutazione della sussistenza del requisito della subordinazione⁵². Merita di essere sottolineato il fatto che di sovente i giudici ricorrono all'utilizzo degli indici di subordinazione nei casi in cui l'eterodirezione non sia facilmente apprezzabile nel caso concreto, per l'elevato contenuto professionale o, al contrario, per l'elementare e ripetitivo contenuto della prestazione lavorativa⁵³.

Di fronte alla tendenza della giurisprudenza a risolvere i casi di qualificazione del rapporto secondo la valutazione indiziaria, ha portato la dottrina a valorizzare nei giudizi di qualificazione il metodo tipologico rispetto al metodo sussuntivo⁵⁴.

Come è noto, secondo il metodo sussuntivo, si è in presenza di lavoro subordinato quando vi è perfetta identità tra fattispecie astratta, definita dal legislatore, e fattispecie concreta⁵⁵. A parere di coloro che ritengono preferibile l'utilizzo di tale metodo, la nozione di riferimento per la qualificazione del rapporto è quella contenuta nell'art. 2094 c.c.: il rapporto

⁵¹ *Ex multis*: Cassazione civile 19/01/2015, n. 771; Cassazione civile sez. lav. 15/10/2014, n. 21824; Cassazione civile sez. lav. 05/09/2014, n. 18783; Cassazione civile sez. lav. 25/07/2014, n. 17008.

⁵² *Ex multis*: Cassazione civile 11/02/2015, n. 2684; Cassazione civile 15/01/2015, n. 618; Cassazione civile sez. lav. 18/12/2014, n. 26742; Cassazione civile sez. lav. 21/10/2014, n. 22289.

⁵³ *Ex multis*: Cassazione civile sez. lav. 04/03/2015, n. 4346; Cassazione civile sez. lav. 10/02/2014, n. 2885; Cassazione civile sez. II. 31/10/2013, n. 24561; Cassazione civile sez. lav. 07/10/2013, n. 22785.

⁵⁴ Ricostruisce il dibattito L. Menghini (1998), p. 182 ss.

⁵⁵ Lazzaro (1971), pp. 975-976. Sulla sussunzione v. R. Guastini (2019), pp. 8 ss.

di lavoro deve essere considerato subordinato se si riscontra l'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro. Tale elemento, però, funziona agevolmente da criterio di qualificazione quando nello svolgimento del rapporto di lavoro si riscontri un massimo grado di soggezione al controllo e di dipendenza del prestatore di lavoro dalle direttive⁵⁶. In tutti gli altri casi, il metodo sussuntivo si dimostra inefficace. Infatti, «nei casi intermedi, il tratto distintivo della subordinazione non è più strumento idoneo per la riconduzione del caso di specie all'un tipo o all'altro; viene allora sostituito, più che integrato, da altri criteri, quali l'oggetto della prestazione, o l'incidenza del rischio»⁵⁷. Proprio per tale insufficiente capacità qualificatoria del giudizio sussuntivo, in dottrina è stata sottolineata la necessità di usare «il tipo», elaborato dalla dottrina tedesca «per ovviare alle insufficienze del concetto generale astratto»⁵⁸.

La giurisprudenza, infatti, qualificava apertamente sulla base di giudizi di approssimazione, e non di rigorosa sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, in cui non sempre era evidente la derivazione dei criteri di giudizio dall'art. 2094 c.c. Da qui l'esigenza di trovare una "copertura" teorica a queste operazioni, in modo da poterle almeno in parte giustificare sotto il profilo del procedimento logico-giuridico adottato e nel contempo delimitarle, ove l'operazione giurisprudenziale fosse debordante rispetto ai limiti del consentito.

Nel metodo tipologico, il termine tipo viene usato in contrapposizione al termine concetto. Il primo viene «lodato per la sua evidenza e vicinanza al reale»; il secondo «viene accusato di artificiosità e di distacco dal reale»⁵⁹. Anche il tipo è un prodotto dell'astrazione, al pari del concetto, poiché deve essere dotato di generalità ma, secondo De Nova, i due processi si differenziano perché nel processo di astrazione del tipo «i dati caratteristici vengono evidenziati in funzione di un quadro complessivo colto mediante l'intuizione, rinunciando alla pretesa che essi siano tutti presenti in tutti gli elementi del gruppo; e vengono riuniti non semplicemente sommandoli, ma ricomponendoli ad immagine del complesso intuito»⁶⁰. Inoltre, sempre a

⁵⁶ G. De Nova (1974), p. 113. Più di recente (G. Proia (2002), p. 88) è stato sottolineato «che le critiche degli odierni sostenitori del metodo tipologico non colgono nel segno quando, riprendendo le motivazioni ispiratrici della scuola di pensiero alla quale prestano adesione, imputano al metodo sussuntivo o sillogistico vizi e difetti che non attengono al metodo stesso, bensì alle rigidità che ne hanno segnato alcune applicazioni, da tempo superate».

⁵⁷ G. De Nova (1974), p. 114.

⁵⁸ G. De Nova (1974), pp. 121-122.

⁵⁹ G. De Nova (1974), p. 125.

⁶⁰ G. De Nova (1974), p. 126.

parere di De Nova, «mentre gli elementi costitutivi del concetto sono in numero determinato, e sono tutti necessari, i tratti caratterizzanti il tipo non costituiscono un numero chiuso, e possono anche in parte mancare, senza che per questo si esca necessariamente dal tipo. Di conseguenza, mentre il concetto può essere definito, il tipo può essere soltanto descritto». Per tale motivo, per il tipo non è necessario che vi siano tutti i singoli dati caratterizzanti – fatto necessario per il concetto, per cui si attaglia il processo di sussunzione – , ma l'intensità con cui essi si presentano, perché ciò che conta è il quadro generale⁶¹.

Se la malleabilità dei confini del tipo rappresenta il suo punto di forza, non si può sottacere che questo rappresenti allo stesso tempo il suo punto di debolezza⁶². Infatti, è stato sottolineato che il fatto che non vi sia una chiara «specificazione del criterio che presiede al processo di reciproca interscambiabilità tra le varie caratteristiche prese in considerazione»⁶³ potrebbe lasciare margini troppo ampi alla discrezionalità del giudice, in particolare, all'aspetto psicologico che non risulta controllabile razionalmente⁶⁴. In altre parole, il metodo tipologico consentirebbe una maggiore elasticità nel processo di qualificazione, ma «senza che sia data la possibilità di governare la variabilità degli elementi»⁶⁵. Tuttavia, secondo De Nova l'utilizzo del metodo tipologico non comporterebbe una minaccia per la certezza del diritto⁶⁶. Tale Autore, infatti, pur riconoscendo la possibilità di questo pericolo, ritiene che esso sia scongiurato nel momento in cui si affermi una ricostruzione dominante. E comunque, secondo De Nova, anche l'utilizzo del metodo sussuntivo comporterebbe un certo grado di incertezza dovuta alla sua rigidità⁶⁷.

Per chi ritiene preferibile l'utilizzo del metodo tipologico quindi gli elementi identificativi della fattispecie lavoro subordinato non sono quelli

⁶¹ G. De Nova (1974), p. 127. Secondo L. Nogler (2002), p. 134, «non corrisponde neppure al vero che il metodo tipologico classico consente di misurare il “grado”, e l’“intensità”, della presenza di un singolo elemento e (...) dell’eterodeterminazione della prestazione lavorativa».

⁶² G. De Nova (1974), p. 128.

⁶³ L. Nogler (1990), p. 206; C. Beduschi (1986), p. 358.

⁶⁴ L. Nogler (1990), p. 207; Ichino P. (1989a), p. 59; M.V. Ballestrero (1987), pp. 50-51; L. Mengoni (1986), p. 16; P. Magno (1985), p. 149.

⁶⁵ L. Nogler (1990), p. 207.

⁶⁶ L. Nogler (1990), p. 206, sottolinea che la cristallizzazione degli elementi tipici della subordinazione svolta dal legislatore non risponde ad una precisa finalità di certezza del diritto. Per tale motivo sarebbe preferibile l'utilizzo del metodo tipologico.

⁶⁷ G. De Nova (1974), p. 168.

indicati nella disposizione del codice civile, ma quelli desumibili dall'osservazione del concreto svolgimento del rapporto di lavoro⁶⁸.

Secondo Mengoni, peraltro, il metodo tipologico inteso in questo senso non è altro che una “variante” del metodo sussuntivo, poiché servirebbe per «individuare la sezione della realtà sociale determinata dalla norma come proprio ambito operativo» e una volta individuate le caratteristiche principali, anche se non appartenenti al dato normativo, si dovrebbe comunque procedere con un giudizio sussuntivo. Per tale motivo, secondo tale Autore, non è tanto la sussunzione ad essere «caduta in discredito nella scienza giuridica, quanto la metodologia positivista che pretende di ridurre il pensiero giuridico a puri atti di sussunzione secondo il paradigma del *calculus ratiocinator*, ignorando il momento valutativo inerente alle operazioni preliminari di ricerca dei termini della sussunzione». La vera utilità del metodo tipologico, infatti, si coglie in quest'ultimo momento⁶⁹.

4.1 La seconda parte degli anni '80: i tentativi di valorizzazione della volontà delle parti nella qualificazione del contratto di lavoro

La valorizzazione avvenuta negli anni '70 da parte della giurisprudenza delle concrete modalità di svolgimento del rapporto e delle sue caratteristiche ha determinato alla metà degli anni '80 una reazione volta a restituire maggiore importanza al contratto nelle operazioni di qualificazione. Fino ai primi anni '80, infatti, era pacifico l'orientamento secondo cui il *nomen iuris* adottato dalle parti avesse un rilievo molto ridotto rispetto alle concrete modalità di svolgimento del rapporto stesso⁷⁰.

Mengoni, in un suo scritto del 2000 rintraccia il momento di svolta, in giurisprudenza, nella pronuncia n. 3310 del 1985 in cui si attribuisce rilevanza al voluto delle parti nella qualificazione del contratto e in particolare si ritiene utile il *nomen iuris* attribuito dalle parti allo stesso contratto ai fini della qualificazione del contratto nei casi in cui i dati oggettivi desunti dalle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa non forniscano

⁶⁸ L. Spagnuolo Vigorita (1967).

⁶⁹ L. Mengoni (1986), p. 15.

⁷⁰ Cass. 24 aprile 1980, n. 2730; Cass. 30 novembre 1982, n. 6507; Cass. 12 agosto 1982, n. 4582; Cass. 14 ottobre 1983, n. 6025; Cass. 14 ottobre 1983, n. 6010. Tale orientamento è maggioritario ancora oggi in Cassazione, *ex multis*: Cass. 4 marzo 2015, n. 4346; Cass. 9 febbraio 2015, n. 2371; Cass. 4 febbraio 2015, n. 2015; Cass. 29 gennaio 2015, n. 1692.

indici univoci e concordanti⁷¹. Tale orientamento della giurisprudenza ha trovato seguito in diverse pronunce⁷² e in una parte della dottrina.

In dottrina, infatti, vi è chi (Pessi), facendo proprio l'orientamento rinvenibile nella giurisprudenza, ritiene che la volontà delle parti assuma un indubbio rilievo perché consente di appurare l'intento comune delle stesse parti che è, a parere di tale Autore, decisivo ai fini qualificatori. Del resto, continua l'Autore, il comportamento delle parti, così come sancito dall'art. 1362 c.c., deve essere considerato un elemento concorrente, e non prioritario, rispetto alla volontà cartolare. Ovviamente Pessi ammette che le successive modalità di esecuzione della prestazione lavorativa possano portare alla riquificazione del contratto, ad esempio se le parti sono incorse in un errore di qualificazione del negozio o se abbiano inteso mascherare il contratto operando una simulazione. Tuttavia le prove dedotte dalle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa dovranno possedere i caratteri della chiarezza, univocità e precisione altrimenti sarà l'elemento letterale del negozio a mantenere rilievo preminente⁷³.

Da una prospettiva parzialmente diversa, vi è chi (Ichino) ritiene che decisiva ai fini della qualificazione debba essere l'indagine che faccia emergere l'effettivo voluto delle parti. A tale fine non ci si potrà limitare a prendere in considerazione la volontà cartolare, ma neppure basterà osservare lo svolgimento del rapporto. È indubbio che il consenso contrattuale si manifesti anche nel comportamento, ma secondo Ichino, «tale comportamento verrà in rilievo non come mero atteggiarsi di un rapporto di fatto, bensì come “interpretazione autentica” ex art. 1362 c.c. 2° co., o come comportamento concludente; cioè appunto, rispettivamente, come conferma e/o come prima manifestazione di un intendimento negoziale effettivo»⁷⁴.

4.2 L'indisponibilità del tipo contrattuale e il ritorno dell'attenzione alle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro

Gli anni '90 sono stati importanti sotto il profilo della dialettica tra rapporto e contratto nel procedimento qualificatorio: tra il 1993 e il 1994 la Corte costituzionale pare avere affossato definitivamente qualsiasi velleità di subordinare alla volontà delle parti la qualificazione del contratto di lavoro⁷⁵.

⁷¹ L. Mengoni (2000), p. 192.

⁷² Cass. 25 febbraio 1987, n. 1714; Cass. 10 settembre 1988, n. 5158; Cass. 8 ottobre 1988, n. 5437; Cass. 29 novembre 1988, n. 6439; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6616.

⁷³ R. Pessi (1989), pp. 174-180.

⁷⁴ P. Ichino (1992), pp. 19-20.

⁷⁵ Ad ogni buon conto in dottrina (O. Mazzotta (2002), pp. 63-65) è stata sottolineata la compatibilità della ricostruzione in chiave volontaristica del rapporto con la vigenza del principio di indisponibilità del tipo contrattuale. Mazzotta infatti sottolinea che la volontà

È importante premettere che, secondo l'opinione prevalente, nel nostro ordinamento non è presente una nozione costituzionale di lavoro subordinato, né la nozione di subordinazione dettata dall'art. 2094 c.c. è costituzionalmente "necessaria". Nonostante la Costituzione ponga la tutela del lavoro tra le finalità della Repubblica, la definizione della nozione di subordinazione e di lavoratore subordinato sono lasciate al legislatore ordinario, che può modificarne l'estensione e le caratteristiche.

Tale conclusione si trae dalle pronunce della Corte costituzionale in materia di indisponibilità del tipo contrattuale lavoro subordinato⁷⁶.

In queste pronunce la Corte afferma che una volta fissata dal legislatore la nozione di subordinazione, ed essendo la disciplina del lavoro subordinato connotata dall'inderogabilità delle sue norme, né le parti possono disporre del tipo contrattuale "lavoro subordinato", né lo stesso legislatore, una volta individuati i confini della fattispecie "lavoro subordinato", può impedire che determinati casi rientranti nel perimetro di applicazione della suddetta disciplina possano esserne esclusi. Nelle due sentenze degli anni 1993-94, la Consulta si è pronunciata sulla costituzionalità di due leggi emanate con l'intento di escludere l'applicabilità ad alcuni rapporti di lavoro della disciplina protettiva propria del lavoro subordinato. Nella prima occasione, nel 1993, la Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale inerente all'art. 12 della l. n. 520/1961. In tale disposizione, il legislatore sanciva che «le prestazioni rese in applicazione della presente legge non fanno sorgere, in ogni caso, rapporto di pubblico impiego»⁷⁷. La Corte ha ritenuto che tale previsione non fosse incostituzionale, affermando invece che tale disposizione si porrebbe in contrasto con la nostra Carta costituzionale se interpretata nel senso di negare la natura subordinata ai rapporti di lavoro in questione; il contrasto non si verificherebbe invece, ove tale disposizione si limitasse ad escludere solo l'applicabilità ai suddetti rapporti di lavoro subordinato di particolari norme sostanziali che disciplinano il rapporto di pubblico impiego. In altre parole, secondo la Corte costituzionale la legge in questione non negava la qualificazione subordinata di tali rapporti, ma disponeva la non applicazione di alcune discipline tipiche

delle parti da un lato e l'indisponibilità del tipo dall'altro agiscono su piani diversi. La prima agisce sulla scelta del tipo di contratto, il secondo invece agisce sulla determinazione del contenuto del contratto.

⁷⁶ Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2432 e ss.; Corte Cost., 31 marzo 1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2656 e ss.

⁷⁷ I rapporti in questione riguardano il lavoro svolto da esperti nelle materie di competenza dei servizi delle informazioni e della proprietà letteraria, artistica e scientifica nonché dei servizi del turismo e dello spettacolo.

del pubblico impiego. Ad ogni buon conto, la Corte osserva che «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato».

Successivamente, nel 1994, la Consulta non ha censurato l'art. 13 della l. n. 498/1992 (così come sostituito dall'art. 6 bis d.l. n. 9/1993, convertito dalla l. n. 67/1993) poiché ha ritenuto che tale disposizione, che esclude l'estensione degli obblighi previdenziali e assistenziali tipici dei lavoratori subordinati ai contratti d'opera e di prestazione professionale, non potesse impedire al giudice di riqualificare il rapporto secondo le concrete modalità di esecuzione del rapporto lavorativo, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto.

Da queste due pronunce della Corte costituzionale si evince il principio costituzionalmente tutelato di c.d. indisponibilità (o tassatività) del tipo contrattuale. Secondo la Corte infatti «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato». E «a maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi devono trovare attuazione ogni qualvolta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento – eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen iuris* enunciato – siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina in esso applicabile».

Quanto affermato nelle sopra riportate sentenze non ha di certo lasciato la dottrina indifferente. Ai nostri fini, merita di essere sottolineato

che, secondo parte della dottrina, la Corte non ha inteso cristallizzare la nozione di subordinazione contenuta nell'art. 2094 c.c.⁷⁸. L'indisponibilità del tipo contrattuale, infatti, non si riferisce alla impossibilità di modificare la disposizione di cui all'art. 2094 c.c., ma all'impossibilità, per le parti e per lo stesso legislatore, stante una determinata definizione legale della subordinazione, di sottrarre alla disciplina protettiva tipica dei rapporti di lavoro subordinato determinati rapporti che si svolgono secondo le modalità tipiche della subordinazione (così come definita dal legislatore stesso)⁷⁹.

Per tale motivo in dottrina si ritiene che il ricorso al *nomen iuris* scelto dalle parti debba avvenire solo in ultima istanza, quando non si riesca ad apprezzare l'esercizio del potere direttivo e quando gli altri indici sussidiari di subordinazione (rispetto di un orario fisso e imposto, retribuzione corrisposta a scadenze fisse e periodiche, svolgimento della prestazione lavorativa presso il datore di lavoro, assenza del rischio ...), valutati nel complesso, non forniscano indizi nel senso di svolgimento di lavoro subordinato o autonomo⁸⁰. Anche la giurisprudenza, pur usando il *nomen iuris* scelto dalle parti come punto di partenza del proprio ragionamento, ritiene che esso non sia vincolante. Infatti la parte interessata a disconoscerlo può portare indizi (indici) relativi allo svolgimento del rapporto a favore della diversa qualificazione che, se plurimi e concordanti potranno fare propendere per la diversa qualificazione. La giurisprudenza, al pari di quanto sostiene la dottrina, ricorre alla considerazione del *nomen iuris* usato dalle parti solo in ultima istanza, ovvero quando gli indici di subordinazione non forniscano indizi chiari, precisi e concordanti.

Trova dunque conferma l'assunto secondo il quale nel nostro ordinamento quando si deve valutare la volontà delle parti nella qualificazione del contratto, non ci si riferisce alla volontà cartolare, ma a quella che emerge dal concreto svolgimento dell'attività lavorativa⁸¹.

Un ulteriore passaggio della sentenza n. 115/1994 della Corte costituzionale che ha stimolato un acceso dibattito in dottrina, e che pare rilevante ai fini del ragionamento che si sta conducendo, è quello nel quale la Corte fa riferimento a «rapporti oggettivamente qualificabili come lavoro subordinato». Considerato nel significato letterale l'avverbio “oggettivamente” potrebbe fare sorgere il dubbio che possano essere

⁷⁸ R. Scognamiglio (2001), p. 116 ss.

⁷⁹ P. Ichino (2000), p. 327-328. M. D'Antona (1995), p. 65.

⁸⁰ P. Ichino (2000), p. 291.

⁸¹ P. Ichino (2000), p. 292.

individuati rapporti di lavoro ontologicamente subordinati. In dottrina vi è chi (Pedrazzoli) ha tuttavia respinto tale ipotesi⁸². Ogni attività umana, infatti, può essere svolta sia secondo le modalità tipiche della subordinazione, sia in autonomia⁸³.

La sopra riportata affermazione della Corte è stata oggetto di alcune critiche. In dottrina, infatti, è stato sottolineato che «affermare soltanto che il lavoro obiettivamente subordinato non può essere separato, né per legge né per accordo, dal suo sistema di garanzie, val quanto tacere sulla progressiva sfasatura tra il modello storico del lavoro obiettivamente subordinato, e le variegate forme postindustriali di integrazione del lavoro nell'attività economica»⁸⁴.

In dottrina è stato però sottolineato che la citata sentenza della Corte costituzionale coglie i punti essenziali del dibattito sviluppatosi in quegli anni: la possibilità di leggere la subordinazione in un contesto classificatorio e in un contesto assiologico⁸⁵. Nel contesto classificatorio, la subordinazione si sostanzia in un insieme di elementi che devono ricorrere perché si possa applicare la disciplina protettiva del diritto del lavoro: la subordinazione viene intesa come una «porta di accesso» alle tutele⁸⁶. Nel contesto assiologico, la subordinazione posiziona il lavoratore nella sfera sociale attribuendogli una protezione specifica. Secondo D'Antona «per la Corte costituzionale il significato classificatorio e quello assiologico della subordinazione non possono non coincidere»⁸⁷. Inoltre accogliere la visione assiologica pone all'interprete e al legislatore domande di non poco momento sulla sufficienza dell'ampiezza della nozione di subordinazione e, in aggiunta, rende il diritto del lavoro «funzionale solo all'esigenza di tutela determinata dalla posizione economica e sociale dei prestatori d'opera»⁸⁸.

5. La tutela del lavoro oltre la fattispecie: evoluzione di una idea

Dai primi anni 2000 si può individuare un filo conduttore del dibattito in materia di subordinazione nella tendenza a spostare il dibattito dalla fattispecie alle tutele, secondo un approccio che superi il nesso vincolante tra fattispecie e tutele. Ciò non significa che la fattispecie non abbia più

⁸² M. Pedrazzoli (1998a), pp. 26-28; M. Pedrazzoli (1998b), p. 547.

⁸³ L'orientamento della Cassazione è ormai pacifico sul punto, da ultimo v. Cassazione civile sez. lav. 11/10/2017, n. 23846.

⁸⁴ M. D'Antona (1995), p. 69.

⁸⁵ M. D'Antona (1995), p. 73.

⁸⁶ M. D'Antona (1995), p. 73.

⁸⁷ M. D'Antona (1995), p. 73.

⁸⁸ R. Pessi (2012), p. 59.

importanza, ma significa ragionare a partire dai bisogni di tutela espressi, nella realtà, dai prestatori di lavoro, indipendentemente dalla natura dei loro rapporti, e determinare, sulla base di queste esigenze, le tutele necessarie in modo che tutti coloro che prestano lavoro (*ex art. 35 cost.*) abbiano una forma di tutela commisurata alle loro specifiche esigenze.

Questo filo conduttore (determinato dall'allentamento del peso critico della fattispecie ai fini dello spostamento dell'attenzione sulla tutela) sembra emergere e caratterizzare l'elaborazione del pensiero giuslavoristico più recente in tema di lavoro subordinato (e dintorni).

A partire dai primi anni 2000 il dibattito si è articolato su una serie variegata di tematiche, le più significative delle quali paiono essere: a) il lavoro *sans phrase*; b) il progetto dello Statuto dei lavori; c) le collaborazioni eterorganizzate; d) il lavoro agile; e) la nozione di lavoro subordinato nel diritto dell'Unione europea.

a) il lavoro *sans phrase*

Ragionare in termini di lavoro *sans phrase* implica un abbandono della considerazione dell'eterodirezione quale porta di accesso delle tutele, predicando una maggiore attenzione per le esigenze di tutela a prescindere dalla configurazione di un rapporto di lavoro subordinato.

In dottrina, in seguito alla valorizzazione della dipendenza socio-economica come elemento utile alla graduazione delle tutele, è stato auspicato un cambio di prospettiva: il cuore del diritto del lavoro non dovrebbe più essere il lavoro subordinato, ma il c.d. lavoro *sans phrase* o senza aggettivi⁸⁹. Su questi concetti e non sulla subordinazione, secondo alcuni, avrebbe dovuto delinarsi lo statuto del diritto del lavoro⁹⁰. In particolare, Pedrazzoli, dopo aver vagliato diversi espedienti legislativi per "graduare" le tutele tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo⁹¹, sostiene che solo le espressioni «lavoro *sans phrase*» o «senza aggettivi» trasmettono l'idea «che alla classe di rapporti individuata si applicano solo le tutele minime comuni»⁹². Tuttavia, tale Autore è consapevole che tali nozioni «costituiscono *definienda* dei quali deve essere dato il *definiens*: e il *definiens* non è propriamente rintracciabile nel diritto positivo, in quanto è elaborato e articolato, secondo le proprie argomentate preferenze, dagli stessi scrittori che presentano le proposte»⁹³.

⁸⁹ M. Pedrazzoli (1998c), p. 92.

⁹⁰ M. D'Antona (1989), p. 48

⁹¹ M. Pedrazzoli (1998c), pp. 67-71.

⁹² M. Pedrazzoli (1998c), p. 89.

⁹³ M. Pedrazzoli (1998c), p. 92.

Secondo Pedrazzoli il lavoro *sans phrase* può essere considerato in senso ampio o in senso stretto. In senso “ampio” il lavoro *sans phrase* può essere inteso come «una super-fattispecie comprensiva di tutte le classi dei rapporti di lavoro», compreso quello disciplinato dall’art. 2222 c.c. e dall’art. 409 c.p.c. In senso “stretto” il lavoro *sans phrase* includerebbe «quella classe di rapporti di lavoro a cui si applicano solo le discipline minime comuni» e si differenzerebbe «dalle altre classi in cui, oltre le discipline minime, si applicano ulteriori discipline»⁹⁴. Inoltre, a parere di Pedrazzoli, se si seguisse la sopra descritta impostazione non occorrerebbe “inventare” alcuna fattispecie, poiché «le principali fattispecie con cui operare – da quella generale del lavoro, dotata anche di rilievo costituzionale, a quelle più particolari che identificano la numerose *species* dei rapporti di lavoro – sono già in sostanza delineate nel diritto positivo»⁹⁵. Infatti, tale Autore sostiene che «nel nostro ordinamento il lavoro *sans phrase* è già delineato combinando il nucleo essenziale dell’art. 2222 c.c. con l’art. 409, n. 3, c.p.c. e che quindi, partendo dall’*analisi* del lavoro autonomo può essere dispiegata una razionale tassonomia, secondo una scala da un minimo a un massimo di tutele»⁹⁶.

Questa lettura non è stata risparmiata da critiche. Vi è infatti chi (Mariucci) ha osservato che quando «si vuole espandere il campo di applicazione del diritto del lavoro alle forme deboli di lavoro autonomo, economicamente dipendente o parasubordinato, comunque si voglia chiamarlo, non si può evitare di ricorrere a indici meramente quantitativi, di per sé di dubbia efficacia e di improbabile accertamento»⁹⁷. Mariucci ha inoltre sottolineato il fatto che ricondurre le tutele del lavoro subordinato al lavoro *sans phrase* sarebbe «inconsapevolmente» regressivo, poiché si diluirebbe «la funzione specifica del diritto del lavoro nel magma indistinto del lavoro prestato “in qualunque forma”»⁹⁸.

Le teorie relative al lavoro *sans phrase* si presentano per lo più come prospettive *de iure condendo*, tuttavia è importante considerarle poiché per il tramite di queste la dottrina ha tentato di estendere il perimetro di applicazione del diritto del lavoro all’area, sino a quel momento ignorata, del lavoro autonomo.

⁹⁴ M. Pedrazzoli (1998c), p. 96.

⁹⁵ M. Pedrazzoli (1998c), p. 97.

⁹⁶ M. Pedrazzoli (1998c), p. 102.

⁹⁷ L. Mariucci (2016), p. 608.

⁹⁸ L. Mariucci (2016), p. 609.

b) lo statuto dei lavori

Lo statuto dei lavori è un progetto di politica del diritto che non ha mai visto la luce. Tuttavia è importante ricostruirlo, almeno per sommi capi, perché la dottrina che lo ha elaborato propone di prendere le mosse dalle tutele per ridefinire le fattispecie e, soprattutto, perché, forse per la prima volta, si propone di restringere l'area di protezione "massima" ad un nucleo di lavoratori subordinati in possesso di requisiti di intensa subordinazione, modulando poi le tutele, in diminuzione di intensità per gli altri prestatori. Le tutele perciò non vengono estese *tout court* agli autonomi, ma si distribuiscono tra subordinati e autonomi a seconda del bisogno.

In dottrina (Treu) è stato sottolineato come l'obiettivo dello statuto dei lavori è quello di «ridefinire lungo una scala continua le diversificate forme di lavoro oggi esistenti, partendo da una protezione di base comune a tutti i tipi di lavoro, per procedere poi gradualmente verso normative e tutele differenziate e ulteriori»⁹⁹. Secondo Treu graduare le tutele è la soluzione migliore rispetto a quella proposta da chi vorrebbe attrarre le collaborazioni nel lavoro subordinato «per un malinteso senso di "giustizia"» che porterebbe ad un irrigidimento del mercato del lavoro che potrebbe portare ad un aumento del ricorso al lavoro sommerso¹⁰⁰. Il progetto prevedeva di definire un'area comune di tutele per tutta la generalità dei lavoratori, anche autonomi, riguardante la protezione della persona¹⁰¹. Treu è consapevole che spostare la questione sulla graduazione delle tutele non elimina il fatto di dover identificare le fattispecie a cui si applicano le diverse discipline. Tuttavia secondo lo stesso Autore porre al centro del dibattito le tutele aiuterebbe a risolvere con maggiore facilità il "problema" della definizione delle relative fattispecie, magari attraverso l'uso di indici sintomatici, come del resto già la giurisprudenza ha iniziato a fare. Senza contare che Treu ritiene che superare l'alternativa bianco/nero tipica della suddivisione tra lavoro subordinato e autonomo permette di avere un punto di vista maggiormente aderente alla realtà¹⁰²: inoltre, la previsione di un *continuum* di tutele troverebbe pieno fondamento in quanto disposto dall'art. 35 Cost.¹⁰³.

⁹⁹ T. Treu (2004), p. 196. *Contra* vedi Autori citati in nota 5.

¹⁰⁰ T. Treu (2004), p. 197.

¹⁰¹ T. Treu (2004), p. 199.

¹⁰² T. Treu (2004), p. 201.

¹⁰³ T. Treu (2004), p. 202.

c) una nuova nozione di subordinazione? La possibile lettura dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 come norma di fattispecie

Più di recente il legislatore, ragionando in termini di tutele e senza preoccuparsi troppo della fattispecie¹⁰⁴, ha introdotto, nell'art. 2 d.lgs. n. 81 del 2015 (modificato poi successivamente dalla l. n. 128 del 2019), la disciplina delle collaborazioni eterorganizzate. L'attuale versione dell'art. 2 dispone che «si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali»¹⁰⁵. Quanto disposto dall'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015 potrebbe essere letto diversi modi che saranno ricostruiti in seguito, ma in fondo ciò che interessa ai fini della presente ricerca è la *ratio* che ha ispirato questo intervento, ovvero il voler assicurare le tutele tipiche del lavoro subordinato a lavoratori ritenuti “bisognosi” di tali tutele, mettendo in secondo piano una eventuale rimodulazione delle fattispecie legali. Con il d. lgs. n. 81/2015, non vengono modificati l'art. 2094 c.c. o l'art. 2222 c.c.: la dicotomia esaustiva e mutualmente escludente lavoro subordinato/lavoro autonomo è salva¹⁰⁶. Viene invece rivisitato, due anni dopo con la l. n. 81/2017, l'art. 409 c.c. per fare meglio comprendere cosa si debba intendere per coordinamento e al fine di escludere dalla disciplina del lavoro subordinato tutti quei rapporti in cui il committente non ha un potere unilaterale di organizzazione della prestazione del collaboratore. Al di là di questo, l'operazione del legislatore rispecchia l'esigenza di attribuire tutele sulla base del bisogno, a prescindere dal problema della esatta definizione della subordinazione e/o della dipendenza (anche economica).

La questione relativa all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, ai fini del presente lavoro, non può essere ignorata perché in dottrina vi è chi, interpretando tale disposizione come una norma di fattispecie, ritiene di potere individuare una nuova nozione di subordinazione. Tuttavia l'interpretazione di tale disposizione come norma di fattispecie non è l'unica interpretazione

¹⁰⁴ Fornisce questa lettura dell'art. 2 la Cassazione 24 gennaio 2020, n. 1663.

¹⁰⁵ La versione originaria dell'articolo 2 prevedeva che dovesse essere applicata la disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni, esclusivamente personali, eterorganizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro. Per un commento della novella versione dell'art. 2 v. M. Magnani (2020b), p. 105.

¹⁰⁶ S. Giubboni, 2016, 245; A. Perulli (2015a), p. 275; M. Pallini (2013), p. 1; F. Martelloni (2006), p. 340.

sostenuta in dottrina. A questa si affianca infatti la possibilità di interpretare l'art. 2 come norma di disciplina. La coesistenza di queste due possibili ricostruzioni ha generato una *querelle* dottrinale che non si è ancora sopita¹⁰⁷.

Secondo chi ritiene preferibile interpretare l'art. 2 alla stregua di una norma di disciplina, il legislatore avrebbe esteso la disciplina del lavoro subordinato anche ai collaboratori, i quali rimangono formalmente lavoratori autonomi¹⁰⁸, che svolgono la loro prestazione secondo le modalità organizzate dal committente. Il legislatore non avrebbe pertanto "toccato" l'art. 2094 c.c., ma avrebbe agito sul piano della disciplina. I collaboratori etero-organizzati rimarrebbero perciò secondo questa teoria lavoratori autonomi e si collocherebbero "a fianco" dei collaboratori coordinati¹⁰⁹. Tale tesi è stata sostenuta con diversi argomenti. Vi è chi predilige l'argomento letterale: nell'art. 2 il legislatore fa infatti riferimento al «committente» e non al datore di lavoro¹¹⁰ e, inoltre, utilizza il verbo «si applica» la disciplina del lavoro subordinato e non "è" (o si considera) lavoro subordinato¹¹¹. Vi è, invece, chi ritiene preferibile intendere l'art. 2 come norma di disciplina, poiché l'interpretazione come norma di fattispecie presenta possibili profili di incostituzionalità. In particolare, a suscitare tali dubbi è la presenza delle quattro eccezioni all'applicazione della disciplina del lavoro subordinato previste nel secondo comma del suddetto articolo¹¹²: tali previsioni parrebbero porsi in contrasto con il principio di indisponibilità del tipo

¹⁰⁷ R. Del Punta (2015), p. 371, Autore del binomio rilanciato, tra gli altri, da O. Razzolini (2015), p. 3.

¹⁰⁸ A. Zoppoli (2016), p. 6; M. Magnani (2016), pp. 11-12; R. Pessi (2015), p. 10; A. Perulli (2015a), p. 271.

¹⁰⁹ Cfr. R. Voza (2017), p. 3; A. Perulli (2016), pp. 33-34 a p. 22 Perulli critica M. Pallini (2015) che sembrerebbe sostenere che le collaborazioni etero-organizzate possano inglobare le collaborazioni coordinate.

¹¹⁰ M. Marazza (2016), p. 220.

¹¹¹ A. Levi (2016), p. 271.

¹¹² Le eccezioni previste al secondo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 riguardano: a) le collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore; b) le collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; c) le attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni; d) le collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I.; d-bis) le collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni; d-ter) le collaborazioni degli operatori che prestano attività nel Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico.

contrattuale sancito dalla Corte costituzionale negli anni '90. Infatti la Consulta, come sopra ricordato, ha consacrato il principio secondo cui una volta definita la fattispecie "lavoro subordinato", data l'imperatività della disciplina ad essa collegata, né le parti né lo stesso legislatore possono decidere di qualificare il rapporto di lavoro come autonomo se nei fatti il rapporto di lavoro si svolge con le caratteristiche tipiche della subordinazione¹¹³.

Di diverso avviso è chi ritiene preferibile interpretare l'art. 2 come norma di fattispecie perché sostiene che sia superfluo conservare l'autonomia del prestatore a fronte dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato¹¹⁴. Alcuni Autori quindi sostengono che sia stato allargato l'ambito di applicazione dell'art. 2094 c.c. o, addirittura, che quest'ultimo articolo sia stato oggetto di una riscrittura indiretta¹¹⁵. Altri ritengono che la disposizione sia qualificabile come norma di fattispecie riconoscendo in essa una ipotesi di conversione del contratto da autonomo a subordinato¹¹⁶. Vi è poi chi sostiene che «in buona sostanza [l'art. 2] si limita[i] a positivizzare alcuni tra gli indici elaborati dalla giurisprudenza di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato»¹¹⁷ o che incarni una presunzione assoluta di subordinazione¹¹⁸. Chi sostiene quest'ultima tesi ritiene che le eccezioni previste nel comma 2 dello stesso art. 2 non violino il principio di indisponibilità del tipo contrattuale poiché «in quei settori non sussiste una situazione patologica di lavoro subordinato mascherato»¹¹⁹.

Altra parte della dottrina si dichiara disinteressata alla questione della qualificazione delle collaborazioni etero-organizzate, sulla scorta della motivazione che anche lo stesso legislatore non se ne sarebbe curato¹²⁰.

Vi è anche chi (Tosi) sostiene che l'art. 2 configurerebbe una «norma apparente» poiché sarebbe priva di contenuti innovativi, in quanto «non è configurabile eterodirezione senza eteroorganizzazione e neppure

¹¹³ A. Perulli (2015b), p. 101; R. Pessi (2015), p. 11; P. Ichino (2015a).

¹¹⁴ F. Carinci (2018), p. 961 ss; G. Santoro Passarelli (2015), pp. 17-18; G. Santoro Passarelli (2016b), pp. 94-95; E. Ghera (2015); G. Bolego (2015), p. 11; C. Cester (2015), p. 28; O. Razzolini (2015), p. 4.

¹¹⁵ T. Treu (2016). In tal senso sembra anche V. Nuzzo (2015), p. 9. Tale Autrice sostiene che l'art. 2094 c.c. potrebbe essere stato aggiornato. M. Pallini (2016), p. 76, definisce l'etero-organizzazione come un nuovo atteggiarsi della subordinazione.

¹¹⁶ L. Mariucci (2015), p. 28; A. Perulli (2017), p. 10.

¹¹⁷ G. Santoro Passarelli (2016b), p. 95; G. Santoro Passarelli (2017a), p. 4. Nello stesso senso: S. Cairoli (2015), p. 15 ss

¹¹⁸ L. Nogler (2016), p. 67.

¹¹⁹ L. Nogler (2016), p. 68.

¹²⁰ M. Panci, A. Preteroti (2015), p. 93 ss

eteroorganizzazione senza eterodirezione»¹²¹. A tale posizione è stato obiettato che, se è innegabile che «l'esercizio del potere direttivo realizza di fatto l'etero-organizzazione della prestazione, non è sostenibile che l'etero-organizzazione presupponga *sempre* l'eterodirezione, ben potendovi essere collaborazioni (parasubordinate, e quindi autonome) che pur non eterodirette sono etero-organizzate (come nel caso del lavoro presso i *call center*)»¹²².

Merita di essere sottolineata la lettura dell'art. 2 fornita dalla prima giurisprudenza che ha avuto occasione di esprimersi in materia. Il Tribunale di Torino che ha avuto modo di pronunciarsi con riguardo all'applicabilità dell'art. 2, in un caso riguardante la qualificazione giuridica di alcuni fattorini di Foodora, ha accolto *in toto* la teoria di Tosi. Il giudice in questione, addirittura, ha sostenuto che l'art. 2 del d.lgs. n. 81 abbia un ambito di applicazione più circoscritto rispetto a quello dell'art. 2094 c.c. Nella sentenza si legge infatti che «la disposizione di cui all'art. 2 del D.Lgs. 81/2015 non ha un contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro. La norma dispone infatti che sia applicata la disciplina del rapporto di lavoro subordinato qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro: è quindi necessario che il lavoratore sia pur sempre sottoposto al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro e non è sufficiente che tale potere si estrinsechi soltanto con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro perché deve al contrario riguardare anche i tempi e il luogo di lavoro»¹²³. Di avviso contrario è stato il giudice di seconde cure, il quale ha ritenuto che l'art. 2 individui un «terzo genere», che si frappone tra il lavoro subordinato e le collaborazioni *ex art. 409 c.p.c.*, con lo scopo di «garantire una maggiore tutela alle nuove fattispecie di lavoro che, a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie, si stanno sviluppando». Ad avviso della Corte di Appello di Torino «la collaborazione è qualificabile come etero-organizzata quando è ravvisabile un'effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente, in modo tale che la prestazione lavorativa finisce con l'essere strutturalmente legata a questa (l'organizzazione) e si pone come un qualcosa che va oltre alla semplice coordinazione di cui all'articolo 409 n.3 c.p.c.,

¹²¹ P. Tosi (2015), p. 1130. Successivamente lo stesso P. Tosi (2018), p. 28, ha affermato che l'art. 2 non individuerrebbe una fattispecie più ampia rispetto all'art. 2094 c.c.

¹²² A. Perulli (2016), p. 26; T. Treu (2016).

¹²³ Trib. Torino, 7 maggio 2018. Per un commento della sentenza v. P. Tullini (2018).

poiché qui è il committente che determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore»¹²⁴. La Corte di appello inoltre sembra avallare l'interpretazione dell'art. 2 come norma di disciplina poiché sostiene che l'applicazione dell'art. 2 non comporti la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti, ma la mera applicazione della disciplina – «in particolare per quel che riguarda sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza». Il giudice in questione, tuttavia, nel ritenere applicabile a tali rapporti la disciplina tipica del lavoro subordinato compie una scelta (opinabile) circa le tutele da applicare. Il giudice infatti ritiene che la disciplina del licenziamento non debba essere applicata alle collaborazioni *ex art. 2 d.lgs. n. 81/2015*.

In questa sede non interessa esprimere un'opinione a favore dell'una o dell'altra tesi, ma semplicemente segnalare il fatto che il legislatore, inserendosi nel solco già tracciato da parte della dottrina, sembra avere privilegiato un approccio volto all'attribuzione di tutele piuttosto che uno volto a ridisegnare le fattispecie.

d) il lavoro agile

Per quanto concerne il lavoro agile¹²⁵, la strada percorsa dal legislatore è diametralmente opposta a quella poc'anzi descritta in materia di collaborazioni eterorganizzate. Il legislatore (la l. n. 81/2017, art. 18, comma 1), ha introdotto il lavoro agile, o c.d. *smart working*, definendolo una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato». Quindi in questo caso il legislatore ha espressamente qualificato il lavoro agile come lavoro subordinato anche se, come si potrà apprezzare nella ricostruzione che segue, ha previsto sensibili variazioni rispetto al modello che consideriamo standard.

In questa sede non interessa ricostruire compiutamente la disciplina del lavoro agile¹²⁶, ma segnalare che nel lavoro agile le modalità di

¹²⁴ App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26 (v. commento di P. Tullini (2019a) e di M. Novella (2019), p. 84). Conferma la sentenza di Appello, Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663. Per un commento di quest'ultima pronuncia v.: M. Magnani (2020a); F. Martelloni (2020); A. Perulli (2020); G. Santoro Passarelli (2020); M. Persiani (2020); V. Speciale (2020); P. Tosi (2020); F. Carinci (2020); O. Mazzotta (2020), p. 3.

¹²⁵ Il lavoro agile si muove nel solco tracciato dal telelavoro. L'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di consentire al lavoratore di gestire in modo più flessibile la propria prestazione lavorativa per quanto concerne l'orario e il luogo di svolgimento della stessa.

¹²⁶ Sulla questione v. *ex multis*: P. Tullini (2020), p. 3233; P. Tullini (2019b); AA.VV. (2017).

esecuzione della prestazione dovranno essere regolate «mediante accordo tra le parti». In dottrina è stato sollevato il quesito se, «con la giuridificazione del patto di lavoro agile, il legislatore pur senza definire un nuovo tipo di contratto di lavoro subordinato abbia modellato una subordinazione dai tratti sensibilmente innovativi»¹²⁷. In particolare, si è osservato che la possibilità di poter disciplinare nell'accordo individuale di lavoro agile anche «le forme di esercizio del potere direttivo», non implica che l'esercizio del potere direttivo diventi consensuale¹²⁸. Ciò sarebbe «impossibile perché determinerebbe la negazione del potere stesso, che non può che essere unilaterale»¹²⁹. Secondo parte della dottrina ad essere oggetto di accordo sarebbero le forme di esercizio del potere direttivo, disciplinare e di controllo¹³⁰. Tale limitazione dei poteri datoriali sarebbe funzionalizzata «agli obiettivi che lo schema legale-tipico assegna al lavoro agile, vale a dire, in primis, la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, e, come conseguenza di tale innovativo assetto degli interessi che incrementa la motivazione e la soddisfazione del prestatore, l'incremento della competitività dell'impresa»¹³¹.

Il fatto che le forme di organizzazione della prestazione subordinata siano frutto di un accordo, secondo Perulli, non esprimerebbe «una contraddizione in termini»¹³². Infatti, essa rispecchierebbe «sia le tendenze evolutive più generali del lavoro subordinato, sempre meno caratterizzato da schemi gerarchici e unilaterali di organizzazione del lavoro»; «sia, infine, la visione “procedurale” della subordinazione nell'ambito di rapporti di lavoro, come quello agile, caratterizzati da una notevole capacità proattiva del prestatore in vista del risultato»¹³³.

Secondo un'opinione, il legislatore con la disciplina del lavoro agile non ha modificato la nozione di subordinazione¹³⁴, ma ha realizzato «una

¹²⁷ A. Perulli (2018), pp. 37-38, sottolinea il rischio che tali tratti non siano «agevolmente distinguibili dalla fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative ove, parimenti al lavoro agile, le modalità del coordinamento sono stabilite di comune accordo fra le parti»; G. Santoro-Passarelli (2017a), p. 8.

¹²⁸ A. Perulli (2017), p. 14; S. Cairoli (2017), p. 11; C. Timellini (2018), p. 237.

¹²⁹ G. Proia (2017), p. 192.

¹³⁰ D. Mezzacapo (2017), 132; S. Mainardi (2017), pp. 214-215.

¹³¹ A. Perulli (2018), p. 40.

¹³² A. Perulli (2018), p. 41; G. Santoro-Passarelli (2017a), p. 11, (e G. Santoro-Passarelli (2017b), p. 388) definisce il fatto che «le parti stabiliscono di comune accordo l'esercizio le modalità di esecuzione della prestazione e cioè l'esercizio del potere direttivo» un ossimoro.

¹³³ A. Perulli (2018), pp. 41-42.

¹³⁴ Anche F. Ferraro (2017), p. 144, sostiene che la disciplina del lavoro agile non incida «sul potere direttivo al punto da determinare una modificazione indiretta dell'art. 2094 c.c.». Secondo tale Autore «l'intervento dell'accordo tipico di lavoro agile opera ai sensi

fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una evidente deviazione causale dal tipo legale», in particolare riguardante la conciliazione dei tempi di vita e lavoro¹³⁵. Al contrario vi è chi sostiene che non si possa parlare di deviazione causale del lavoro agile rispetto al contratto di lavoro subordinato standard poiché la conciliazione dei tempi di vita e lavoro non potrebbe rientrare nello schema causale del contratto essendo la *ratio* dell'intervento legislativo¹³⁶. L'obiettivo di creare una modalità di lavoro adeguata alle esigenze di conciliazione non altera la causa (di scambio) del contratto di lavoro, la cui funzione rimane quella propria del contratto standard.

Come è stato rilevato in dottrina, al netto delle novità introdotte dal legislatore con la disciplina delle collaborazioni etero-organizzate e con la disciplina del lavoro agile, «il lavoro subordinato diventa più autonomo e le collaborazioni autonome tendono ad essere più subordinate»¹³⁷.

A fronte di questa osmosi, le tutele accordate sembrano ricomporsi e appiattirsi, secondo una logica di tutela che vede l'espansione della disciplina del lavoratore subordinato al di fuori della sua tradizionale area di applicazione.

e) la nozione di subordinazione nel diritto dell'Unione europea

La tendenza a valorizzare i bisogni di tutela oltre i perimetri della subordinazione tecnica pare affiorare anche nelle nozioni di lavoratore subordinato che possono essere ricostruite analizzando il diritto UE. È noto che non esiste formalmente una nozione legale di subordinazione unitaria nel diritto dell'Unione europea, ma l'area di applicazione delle tutele non sembra coincidere, secondo il diritto vivente comunitario, con l'area dell'eterodirezione, ma semmai con quella della dipendenza, intesa come inserimento funzionale, con estensioni nell'area del lavoro “sostanzialmente” dipendente. Per tale motivo l'unico approccio praticabile è quello casistico.

In dottrina è stato sottolineato come la nozione di lavoratore subordinato e le relative tutele varino a seconda del settore di applicazione

dell'art. 1322 comma 1 c.c., nel senso che le parti determinano meglio il contenuto del contratto, nei limiti della fattispecie contratto di lavoro subordinato “integrata” o meglio “contestualizzata” dalla legge n. 81».

¹³⁵ A. Perulli (2018), p. 41; A. Perulli (2017), p. 15.

¹³⁶ C. Timellini (2018), pp. 239-240.

¹³⁷ A. Maresca (2017), p. 18; G. Marchi (2017), p. 42, scrive a tal proposito di una certa incoerenza del legislatore.

considerato¹³⁸. Ciò ha portato la stessa dottrina a individuare alcune nozioni principali.

Secondo parte della dottrina potrebbero essere individuate due nozioni di lavoratore subordinato. La prima sarebbe utile ai fini della creazione di un livello minimo di regole uniformi negli Stati membri per garantire la libera circolazione dei lavoratori. La seconda sarebbe lasciata ai legislatori nazionali poiché sarebbe «funzionale all'applicazione di alcuni statuti garantistici del diritto comunitario del lavoro»¹³⁹.

Secondo altra parte della dottrina le macro-nozioni di lavoratore subordinato che possono essere individuate sono tre. La prima sarebbe utile ai fini dell'applicazione uniforme delle garanzie in materia di libera circolazione *ex art. 45* del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ma tendenzialmente utile ad esercitare la sua influenza anche nella materia inerente alla parità di trattamento tra uomo e donna e nella materia della sicurezza del lavoro¹⁴⁰. Per ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 45 il rapporto di lavoro deve essere a titolo oneroso e deve svolgersi sotto la direzione della persona che riceve la prestazione, e tale prestazione deve avere un «indiscusso valore economico». Ai sensi dell'art. 45 è irrilevante il campo di attività in cui sono fornite le prestazioni¹⁴¹.

La seconda è individuabile nella nozione connessa al coordinamento dei regimi legali nazionali di sicurezza sociale. La Corte ha infatti contribuito alla separazione tra il concetto di lavoratore e il concetto di assicurato sociale¹⁴². Tale orientamento è stato recepito nel regolamento n. 1408/71¹⁴³ e, successivamente, nel regolamento n. 883/2004. Ai sensi dell'art. 1 del reg. n. 1408/71 è lavoratore subordinato «qualsiasi persona coperta da assicurazione obbligatoria o facoltativa continuata contro uno o più eventi corrispondenti ai settori di un regime di sicurezza sociale applicabile ai lavoratori subordinati». Inoltre sono destinatari del reg. n. 1408/71 i cittadini degli Stati membri o coloro che sono, o sono stati, assoggettati alla legislazione di uno degli Stati membri. Per tale motivo rientrano nell'ambito

¹³⁸ S. Giubboni (2018), p. 210. Corte giust., 12 maggio 1998, C-85/96, *Martinez Sala*.

¹³⁹ P. Tosi, F. Lunardon (2005), pp. 93-94; C. Santoro (2014).

¹⁴⁰ Sulla nozione di lavoratore *ex art 39 TCE* (ora art 45 TFUE) v. S. Borelli (2003), p. 634 ss.

¹⁴¹ S. Giubboni (2018), p. 212. Per la Corte di giustizia (23 marzo 1982, C-53/81, *Levin*) è irrilevante per esempio che il rapporto di lavoro sia part time. Sulla casistica relativa alla qualificazione di lavoratore subordinato della CGUE v. S. Borelli (2001), p. 636 ss.

¹⁴² Corte giust., 19 marzo 1964, causa C-75/63, *Unger in Hoekstra c. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*.

¹⁴³ M. Roccella, T. Treu (1995), p. 139; S. Borelli (2001), p. 647.

di tutela del regolamento coloro che, pur non essendo più coperti da un regime di sicurezza sociale, sono stati assicurati ad un tale regime in passato¹⁴⁴. Conseguentemente alla separazione delle due nozioni, la nozione utile ai fini previdenziali ha subito una parziale «ri-nazionalizzazione»¹⁴⁵. Infatti, in tale materia, l'intervento comunitario non mira ad armonizzare i regimi nazionali di sicurezza sociale, ma a coordinare le regole dei diversi ordinamenti in materia facendo sì che questi funzionino non come «sistemi chiusi», ma come «sistemi comunicanti»¹⁴⁶. La terza nozione – coincidente con la seconda della precedente classificazione – sarebbe quella lasciata ai legislatori nazionali ed elaborata ai fini dell'applicazione di una parte rilevante delle discipline contenute nelle direttive¹⁴⁷.

La Corte di giustizia, dal canto suo, ai fini dell'applicazione della nozione di subordinazione *ex art. 45 TFUE*, utilizza tre parametri oggettivi: la sussistenza della prestazione personale, la soggezione al potere direttivo e l'onerosità della prestazione¹⁴⁸. Tuttavia, la Corte di giustizia talvolta ha sostenuto, dopo aver enunciato i tre requisiti necessari ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come subordinato, che sia necessario far riferimento ad alcuni, diremmo noi, “indici di subordinazione” quali il vincolo di orario, il luogo di lavoro, l'assenza di rischio in capo al lavoratore, l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa¹⁴⁹. A seguito di tale orientamento della CGUE, in dottrina, vi è chi sostiene che il criterio della sottoposizione al potere direttivo spesso venga interpretato dalla Corte come etero-organizzazione¹⁵⁰. Ichino, in particolare, ha sostenuto che vi sia una «tendenza evolutiva comune alle legislazioni di alcuni Stati membri coerente con la giurisprudenza della Corte e dunque nel senso della valorizzazione dell'elemento della eterorganizzazione piuttosto che in quello della eterodirezione»¹⁵¹.

¹⁴⁴ S. Borelli (2001), p. 647.

¹⁴⁵ S. Giubboni (2018), pp. 215-217.

¹⁴⁶ M. Roccella, T. Treu (1995), p. 135; S. Borelli (2001), p. 646.

¹⁴⁷ S. Giubboni (2018), pp. 210-211 e pp. 218-225. Ma anche: S. Giubboni (2007), pp. 1433 ss.; S. Giubboni (2017), pp. 121 ss.

¹⁴⁸ *Ex multis v.*: Corte giust., 19 marzo 1964, causa C-75/63, *Unger in Hoekstra c. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten*. V. anche per i riferimenti a sentenze S. Borelli (2001), p. 636.

¹⁴⁹ Corte giust. sez. I, 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Regno di Olanda*.

¹⁵⁰ P. Ichino (2015b), p. 575; S. Giubboni (2018), pp. 213-214.

¹⁵¹ P. Ichino (2015b), p. 576, in particolare v. anche ivi i riferimenti bibliografici a nota 6.

6. Conclusioni

Nonostante vi siano stati alcuni tentativi di prescindere dall'art. 2094 c.c. e individuare ulteriori criteri di selezione delle tutele, nei termini illustrati nei precedenti paragrafi, non si può parlare certo di superamento della fattispecie. Attualmente infatti il diritto del lavoro non può essere descritto come un diritto "rimediale", cioè fondato sulla ascrizione delle tutele sulla base della considerazione, caso per caso, dei bisogni di tutela¹⁵². Infatti, se è vero che, come stato sostenuto in dottrina (Mazzotta), che la certezza del diritto non deve essere considerata «un dogma o addirittura un mito», allo stesso tempo non può certo essere considerata «un feticcio simbolico» poiché senza di essa si priverebbe il diritto di un suo elemento intrinseco¹⁵³.

Per tale motivo si ritiene condivisibile la posizione di chi sostiene che il cuore del diritto del lavoro sia la fattispecie disciplinata dall'art. 2094 c.c., il cui nucleo essenziale è rappresentato ancora oggi come settant'anni fa dalla eterodirezione, anche perché la complessità del mondo attuale non rende possibile un ritorno alle origini, e cioè alla tecnica delle leggi sociali dell'800 in cui la tutela era assegnata senza riferimento a concetti tecnico giuridici raffinati, ma piuttosto con riferimento a nozioni (operaio, fanciullo che lavora, fabbrica, opificio) che evocavano già di per sé, nella percezione comune, bisogni di tutela condivisi, senza necessità di introdurre più sofisticate nozioni tecnico-giuridiche finalizzate alla determinazione del campo di applicazione delle tutele. Ovviamente il potere direttivo non deve essere inteso esclusivamente come quello che caratterizza il vincolo di subordinazione tipico della catena di montaggio e che quindi non si concretizza solo nel contratto di lavoro subordinato "tipico" dell'operaio.

A sostegno della tesi che il cuore pulsante della subordinazione sia il potere direttivo, vi è il fatto che, ancora di recente, il legislatore nel disciplinare le collaborazioni etero-organizzate abbia usato il termine organizzazione per differenziarlo da direzione. Forse ancora più significativo della centralità e della attualità del criterio della eterodirezione nella qualificazione del rapporto di lavoro subordinato è il fatto che il legislatore lo

¹⁵² O. Mazzotta (2017), p. 14, sottolinea il fatto che «ridurre l'attività dell'interprete alla giustizia del caso singolo, affidata per di più ad un giudizio equitativo, non si pone solo in conflitto con l'art. 12 delle preleggi, ma anche e soprattutto con i principi di eguaglianza e legalità, che hanno la specifica funzione di assicurare l'uniformità nell'applicazione della legge».

¹⁵³ O. Mazzotta (2017), pp. 13-14. Nello stesso senso: N. Bobbio (1964).

nomini tra gli elementi su cui si devono accordare datore di lavoro e lavoratore nel patto di lavoro agile (*ex art. 19 l. n. 81/2017*)¹⁵⁴.

¹⁵⁴ A. Perulli (2018), p. 37, sostiene che il «cuore» del rapporto di lavoro sia la subordinazione, ma si chiede se, «con la giuridificazione del patto di lavoro agile, il legislatore pur senza definire un nuovo tipo di contratto di lavoro subordinato abbia modellato una subordinazione dai tratti sensibilmente innovativi».

CAPITOLO III: L'oggetto e la causa del contratto di lavoro subordinato

1. Premessa – **2.** L'oggetto del contratto di lavoro nelle riflessioni della dottrina delle origini – **3.** Lo scarso interesse della dottrina per la questione dell'oggetto del contratto di lavoro e la posizione estrema delle teorie acontrattualiste **4.** Subordinazione e contratto di lavoro. La tesi di Supiot sull'oggetto del contratto di lavoro e la sua critica – **5.** Oggetto e causa del contratto di lavoro – **6.** Conclusioni

1. Premessa

La ricostruzione compiuta nel precedente capitolo ha fatto emergere, nella molteplicità di posizioni dottrinali e giurisprudenziali in materia di subordinazione, un elemento che viene assunto come fondamentale per l'identificazione della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.: l'assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo del datore di lavoro. Il riconoscimento di tale condizione giuridica solleva un dubbio: il potere direttivo di cui è titolare il datore di lavoro implica anche un certo grado di assoggettamento personale del lavoratore a quest'ultimo? In linea di principio, la dottrina ha sempre negato la sussistenza di una corrispondenza tra subordinazione giuridica e assoggettamento personale. Nello stesso tempo, però, non si nega che la persona del lavoratore sia implicata nel contratto di lavoro.

È quindi possibile che diritti afferenti alla persona del lavoratore siano "portati dentro" la relazione contrattuale e quindi trovino riconoscimento nel rapporto di lavoro; nello stesso tempo è anche possibile che gli stessi diritti della persona, una volta declinati nella struttura degli obblighi e dei poteri tipici del contratto di lavoro subordinato, ne escano limitati o indeboliti.

Si pone dunque il problema di comprendere quale sia l'equilibrio, nel contratto di lavoro, tra diritti della persona-lavoratore e potere riconosciuto al datore di lavoro.

Sulla questione, svariati sono stati i contributi dottrinali. Ci si soffermerà tuttavia, in questo capitolo, ad esaminare le tesi che provano a risolvere il problema partendo dall'oggetto del contratto di lavoro e/o dalla sua causa.

2. L'oggetto del contratto di lavoro nelle riflessioni della dottrina delle origini

La questione dell'oggetto del contratto di lavoro si era posta alle origini dell'elaborazione dottrinale sul contratto di lavoro. Già la dottrina prebarassiana riteneva che l'oggetto del contratto potesse essere individuato nella «potenza di lavoro» o, più genericamente, nel «prodotto umano»¹. Come si è avuto modo di mettere in evidenza nel primo capitolo di questa tesi, analizzando la dottrina prebarassiana, non è chiaro a quale concetto alludessero le espressioni sopra riportate, ma da esse si può dedurre che la dottrina ritenesse che, essendo il lavoro un prodotto della persona, nell'oggetto della prestazione di lavoro fosse implicata la persona del lavoratore.

Come molta dottrina successiva ha osservato, la dottrina delle origini pecca quasi sempre di scarso rigore concettuale dal punto di vista giuridico. Maggiore chiarezza si ritrova nelle elaborazioni successive di Barassi e di Carnelutti.

Barassi, nella prima edizione del “Contratto di lavoro”, individua l'oggetto del contratto di lavoro nella prestazione lavorativa, non ritenendo tuttavia che la prestazione lavorativa sia separabile dalla persona del lavoratore². Nella seconda edizione, invece, Barassi individua l'oggetto della prestazione nella promessa di lavoro. La correzione di rotta apportata nella seconda edizione consente all'Autore di affermare che la prestazione di lavoro non è l'oggetto in senso stretto del contratto, ma «l'obiettivo» del contratto³. Barassi utilizza tale espediente con l'intento di limitare il coinvolgimento della persona del lavoratore al solo ambito relativo della prestazione lavorativa.

Secondo Carnelutti, invece, l'oggetto del contratto di lavoro può essere identificato nelle energie lavorative che il lavoratore stesso mette a disposizione del datore di lavoro.

Come sottolineato nel primo capitolo, la diversa posizione di Barassi e di Carnelutti riflette la differente visione dei due Autori circa la separabilità del lavoro, connesso all'oggetto del contratto, dalla persona del lavoratore. Barassi infatti riteneva che la prestazione lavorativa, e successivamente la promessa di lavoro, non fosse separabile dal lavoratore e che quindi la

¹ Per gli opportuni riferimenti bibliografici vedi le note del § 2.2 del capitolo I.

² L. Barassi (1901), p. 165.

³ L. Barassi (1915), pp. 467-469.

persona del lavoratore fosse in qualche misura oggetto del contratto di lavoro⁴. Carnelutti, al contrario, riteneva che le energie di lavoro fossero separabili dal “corpo” che le produceva⁵.

La questione dell’oggetto del contratto di lavoro, dunque, non è nuova, anzi è risalente. Ciò che è mutato nel tempo, e che rende interessante continuare a occuparsi del problema, è l’esistenza di diritti fondamentali dell’individuo che sono anche diritti fondamentali del lavoratore. Gli Autori di inizio novecento avevano ben presente il problema della tutela della persona che lavora, ma non dovevano fare i conti nei loro ragionamenti con l’esistenza di diritti fondamentali del lavoratore.

3. Lo scarso interesse della dottrina per la questione dell’oggetto del contratto di lavoro e la posizione estrema delle teorie acontrattualiste

Dovendo tenere presente la tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, alla dottrina (almeno a quella post-costituzionale) è parsa chiara l’insufficienza del solo contratto quale strumento in grado di garantire al lavoratore il rispetto di quei diritti. Il dibattito si è spostato quindi sulle modalità di delimitazione dei poteri del datore di lavoro e degli obblighi del lavoratore derivanti dal contratto di lavoro, attraverso la proposizione, come si è visto, di nozioni più o meno ampie di subordinazione giuridica.

Scarso successo hanno avuto invece le teorie che hanno tentato di costruire le regole del rapporto di lavoro a prescindere dal contratto. Le tesi della dottrina che, con vari argomenti, ritiene che l’esistenza del rapporto di lavoro possa prescindere dal contratto sono rimaste ampiamente minoritarie⁶. Tali tesi vengono raggruppate sotto il termine di “acontrattualiste”, tuttavia è bene premettere che esse presentano notevoli differenze le une dalle altre⁷, potendosi distinguere tra teorie acontrattuali, teorie istituzionaliste, teorie ibride.

Le teorie acontrattuali sono fondate sull’art. 2126 c.c.⁸. A parere di alcuni autori, l’art. 2126 c.c., stabilendo che l’invalidità del contratto di lavoro non produce effetti per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione,

⁴ La tesi di Barassi, secondo la dottrina recente (M. Grandi (1999), p. 322), aveva l’obiettivo di rivalutare il profilo personalistico del lavoro.

⁵ Per gli opportuni riferimenti bibliografici vedi le note del § 3.1 del capitolo I.

⁶ Tuttavia la loro trattazione è imprescindibile per chi voglia ricostruire la storia della subordinazione e del contratto di lavoro subordinato: L. Gaeta (1993b), p. 29.

⁷ Ricostruisce la questione M. Grandi (1987), pp. 316-320.

⁸ V. ad esempio Rossi (1968), pp. 38 ss.; G. D’Eufemia (1969), pp. 32 e ss. Secondo M. Dell’Olio (1970), p. 15, ben pochi Autori fondano i loro argomenti sull’art. 2126 c.c.

individuerebbe nel rapporto la fonte effettiva dei diritti del lavoratore, in particolare dei diritti retributivi. È stato obiettato che il richiamo all'art. 2126 c.c. è fallace perché tale disposizione fa salvo il periodo pregresso in cui il rapporto ha già avuto esecuzione e non il momento successivo «come dovrebbe essere se il contratto fosse del tutto irrilevante»⁹. Inoltre non si applica alla semplice fattispecie delle prestazioni di fatto, ma soltanto ai casi in cui si sia in presenza di una prestazione di fatto derivante dall'invalidità del contratto di lavoro¹⁰. Dal punto di vista che più interessa, la tesi che nega l'origine contrattuale del rapporto finisce forse per indebolire i limiti ai poteri del datore di lavoro, non trovando essi un ostacolo nell'oggetto del contratto di lavoro (pur variamente interpretato).

Chi sostiene le teorie istituzionaliste fonda l'idea dell'origine acontrattuale del rapporto di lavoro negli artt. 2094 e 2086 c.c.¹¹. Tale dottrina sostiene che non sia casuale che in questi articoli del codice civile non si faccia menzione del contratto di lavoro, ma viceversa si parli di inserimento gerarchico del lavoratore nell'impresa del datore di lavoro¹². È dall'inserimento gerarchico, e non dal contratto, che deriva l'origine del rapporto di lavoro¹³. Anche in queste tesi il rifiuto del contratto non sembra funzionale a delimitare il potere del datore o a evitare il coinvolgimento del lavoratore nel contratto di lavoro. Al contrario, il richiamo dell'art. 2086 c.c. sembra assicurare ampio spazio per l'esercizio dei poteri datoriali nell'impresa, senza i limiti imposti dal contratto di lavoro¹⁴.

Vi sono poi alcune tesi, definibili «ibride»¹⁵. È la posizione di chi (Scognamiglio)¹⁶ fonda l'origine del rapporto di lavoro nel contratto, ma

⁹ F. Mazziotti (1976), pp. 59-60. Nello stesso senso: M. Dell'Olio (1970), pp. 59 ss.

¹⁰ L. Gaeta (1993b), p. 34. Nello stesso senso: E. Ghera (1990), p. 83 ss.

¹¹ Secondo M. Savino (1944), pp. 47-48, è legittimo il dubbio che dall'art. 2086 c.c. possa discendere un principio gerarchico dell'organizzazione dell'azienda che giustifichi la subordinazione. Tuttavia, secondo tale Autore, l'art. 2086 c.c. è portatore di un'affermazione politica più che giuridica. Inoltre non si può considerare tale articolo in modo isolato. Savino sostiene infatti che sia necessario leggere il suo contenuto alla luce delle altre disposizioni che suggeriscono che i diritti e doveri del datore di lavoro discendono dal contratto.

¹² Secondo L. Gaeta (1993a), p. 21, è una «mera suggestione» il fatto che l'art. 2094 c.c., non facendo menzione del contratto, sembri accreditare le teorie acontrattualiste.

¹³ F. Mancini (1957), pp. 23-24. Secondo tale Autore (p. 112) nel lavoro subordinato «il divorzio tra contratto e rapporto è *in rerum natura*, anche a prescindere totalmente dalla presenza di una comunità in cui il secondo si svolge». Per una disamina degli argomenti contrari a tale tesi v. M. Savino (1944), pp. 34-41.

¹⁴ È necessario leggere tali tesi essendo consapevoli che sono state elaborate in periodo corporativo e neo-corporativo.

¹⁵ M. D'Antona (1988), p. 207 il quale ritiene che sia riduttivo ricondurre la tesi di Scognamiglio alle tesi acontrattualiste.

¹⁶ R. Scognamiglio (1997), pp. 10-13.

ritiene che la disciplina del contratto di lavoro non possa rinvenirsi nel contratto a causa della abbondante disciplina eteronoma¹⁷. Egli inoltre sostiene che il rapporto di dipendenza tra datore di lavoro e lavoratore non possa trovare fondamento nel contratto di lavoro. Infatti, a parere di tale Autore, «lo stato di soggezione, di chi deve mettersi alle altrui dipendenze per poter lavorare, costituisce un elemento contrastante con l'idea di contratto, che si fonda sulla attitudine dei soggetti, operanti in una posizione paritaria, a regolare da sé i propri interessi»¹⁸.

La dottrina contrattualista ha sottolineato però come dal punto di vista tecnico «neanche una forte compressione dell'autonomia negoziale possa implicare il superamento del momento contrattuale»¹⁹, poiché l'atto di tacita adesione è «ritenuto già sufficiente ad imprimere carattere contrattuale alla disciplina del rapporto di lavoro»²⁰. In dottrina è stato sottolineato che «non vi è incompatibilità, sul piano logico-giuridico, fra la rilevazione della sussistenza della fonte contrattuale e l'assegnazione di un ruolo ridotto o marginale all'autonomia individuale nella determinazione del contenuto del contratto». E ciò poiché queste due affermazioni si posizionano su due piani differenti: il momento genetico e il momento regolativo del contratto²¹.

Nell'ambito del confronto tra dottrine acontrattualiste e contrattualiste assume particolare rilievo la posizione di Hernandez, secondo cui il rapporto di lavoro trova sempre la sua origine nel contratto²², ma non tutto il rapporto può essere ricondotto alla fonte contrattuale²³.

¹⁷ M. Savino (1944), pp. 65-66. Ritiene che la determinazione eteronoma non ponga in discussione l'origine contrattuale del rapporto di lavoro. Infatti, la disciplina eteronoma impone un minimo di trattamento ma non impedisce clausole migliorative perciò anche con riferimento al contenuto la libertà contrattuale delle parti «è limitata ma non è soppressa». Tale Autore, inoltre, sostiene che tale limitazione si possa ravvisare anche in altri contratti, senza che per questo nessuno metta in discussione l'origine contrattuale di questi. Infatti, è la volontà delle parti che, secondo Marchetti (1940), p. 264, anche se limitata, ha il ruolo principale nella costruzione del rapporto di lavoro.

¹⁸ R. Scognamiglio (1997), pp. 10-13.

¹⁹ L. Gaeta (1993b), p. 33. Nello stesso senso: M. Grandi (1987), p. 314; Suppiej (1982), p. 171.

²⁰ L. Riva Sanseverino (1953), p. 71, sottolineava che «per il concetto del contratto, l'elemento essenziale corrisponde[va] del resto alla libertà del consenso per la costituzione del rapporto, e non nella libertà del consenso per la determinazione del contenuto del rapporto».

²¹ O. Mazzotta (2002), p. 276.

²² S. Hernandez (1968), pp. 13-14.

²³ S. Hernandez (1968), p. 12.

Dopo aver contestato la fondatezza sul piano giuridico delle tesi istituzionaliste²⁴, Hernandez affermava che alcuni poteri tipici del datore di lavoro non hanno fonte contrattuale. Ad esempio egli riteneva che il potere direttivo, ovvero di determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, non avesse origine contrattuale, mentre a contrario sosteneva che il potere di conformazione, ovvero di specificazione delle mansioni indicate nel contratto, avesse origine contrattuale²⁵. Più in generale Hernandez era dell'opinione secondo cui il rapporto di lavoro avesse origine contrattuale, ma non gli obblighi e i poteri derivanti dallo stato di subordinazione giuridica del lavoratore.

Come anticipato, le teorie acontrattualiste sono rimaste minoritarie. Tuttavia, la suggestione di slegare la subordinazione dagli elementi essenziali del contratto si può cogliere anche nelle tesi di Autori che sostengono che il rapporto di lavoro trovi il suo fondamento nel contratto. Ad esempio, vi è chi (Mancini) ritiene che la subordinazione sia un effetto del contratto. In altre parole, la subordinazione viene vista da Mancini come una «conseguenza necessaria di un fatto estraneo all'obbligazione di lavoro e al contratto da cui questa scaturisce»²⁶. La subordinazione si manifesterebbe perciò nel rapporto di lavoro: il contratto rimarrebbe «neutro» rispetto «ai poteri che ne sono la proiezione»²⁷. Secondo Mancini il rapporto di lavoro si concretizzerebbe come l'insieme dei poteri e dei doveri delle parti, ulteriori rispetto a quelli discendenti dal contratto. In concreto, però, continua l'Autore, l'elemento contrattuale e l'elemento organizzativo si presentano come un *continuum* di situazioni; questo fatto può portare a confondere le due «zone»²⁸. Mancini sembrerebbe sostenere una visione comunitarista, egli infatti ritiene plausibile la coesistenza tra contratto e comunità. Nella comunità infatti non si svolgerebbe il contratto, ma il rapporto²⁹. L'Autore sostiene che il lavoratore per il tramite del contratto «non fa che obbligarsi a mettere a disposizione dell'altra parte una determinata quantità di energia», tutti gli altri obblighi non

²⁴ S. Hernandez (1968), p. 22, affermava che «la teoria istituzionale finisce[finiva], dunque, per avere un valore descrittivo di una realtà sociale, mentre, sul piano strettamente giuridico, non aggiunge[va] alcun particolare contributo allo studio positivo del diritto».

²⁵ S. Hernandez (1968), pp. 130,132 e 141.

²⁶ F. Mancini (1957), p. 23. Inoltre tale Autore (p. 112) ritiene che la subordinazione non sia un elemento della causa del contratto di lavoro poiché «non si giustifica nella logica elementare dello scambio».

²⁷ M. Pedrazzoli (1985), p. 87.

²⁸ F. Mancini (1957), p. 24.

²⁹ F. Mancini (1957), p. 111.

derivano dalla causa del contratto, ma dal fatto che lo svolgimento del contratto avviene in una comunità³⁰.

In aggiunta a ciò Mancini, ragionando sugli obblighi del lavoratore previsti nel codice civile, trova conferma alla sua tesi comunitarista poiché aggiunge che «la fedeltà presuppone sempre e necessariamente la presenza di una comunità» e, di conseguenza, che «fedeltà e comunità sono nozioni interdipendenti e inseparabili»³¹. Gli obblighi imposti dal dovere di fedeltà, di *facere* e di *omittere*, hanno «quale comune punto di riferimento l'interesse dell'organismo in cui l'obbligato alla fedeltà si trova inserito»³².

Tale lettura è rimasta minoritaria, sia perché come è stato sottolineato in dottrina «la subordinazione, staccata dalla sede negoziale, (...) pone gravi problemi nella delimitazione della sua rilevanza»³³; sia perché risulta difficile ritenere che la subordinazione, riconosciuta quale elemento determinante e caratterizzante la fattispecie lavoro subordinato, possa restare estranea al contratto stesso³⁴.

Da una prospettiva parzialmente differente, vi è chi (Cessari), ritorna sul tema della fedeltà sottolineando che quest'ultima «imporrebbe al lavoratore comportamenti obbligatori anche se non richiesti dal datore di lavoro». La fedeltà, per tale motivo, sarebbe, ad avviso di Cessari, qualcosa di ulteriore rispetto alla subordinazione, intesa come soggezione al potere direttivo. Tale Autore perciò ritiene che, nel rapporto di lavoro, lo scambio si concretizzerebbe tra attività lavorativa, subordinata e fedele, e retribuzione. Da questa affermazione Cessari trae la conseguenza che «la fedeltà integrerebbe l'obbligazione di lavorare contribuendo a determinarne l'oggetto»³⁵. In altre parole, secondo tale Autore, l'ampiezza della nozione di oggetto del contratto sarebbe dilatata attraverso il concetto di fedeltà.

4. Subordinazione e contratto di lavoro. La tesi di Supiot sull'oggetto del contratto di lavoro e la sua critica

Contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, relativamente alla definizione di “oggetto del contratto di lavoro subordinato” sono pochi gli

³⁰ F. Mancini (1957), pp. 112-113.

³¹ F. Mancini (1957), p. 127.

³² F. Mancini (1957), p. 128.

³³ M. Pedrazzoli (1985), p. 89. Nello stesso senso: L. Spagnuolo Vigorita (1967), p. 32 ss.; M. Persiani (1966), p. 204 ss.

³⁴ L. Mengoni (1971), p. 31 ss. Per un'esauritiva ricostruzione delle posizioni riportate v. P. Tosi, F. Lunardon (1998), pp. 280-281.

³⁵ A. Cessari (1970), pp. 18-19; A. Cessari (1969), p. 26.

Autori che si sono spinti al di là di qualche affermazione «sbrigativa». Di solito, la dottrina rinvia il problema dell'oggetto del contratto al problema dell'oggetto dell'obbligazione, «intesa come obbligazione di comportamento o di (mera) attività, identificandosi, pertanto, il bene-oggetto del contratto con il bene-oggetto del rapporto»³⁶.

Lo slittamento della questione dall'oggetto del contratto all'oggetto dell'obbligazione permette di eludere (e quindi risolvere) il problema dell'implicazione della persona nell'oggetto del contratto di lavoro. Secondo Grandi, ad esempio, parlare di oggetto dell'obbligazione permetterebbe di considerare l'attività lavorativa alla stregua di qualsiasi altra attività, non considerando ciò che caratterizza l'oggetto del contratto di lavoro: «la deduzione a termine oggettivo del regolamento negoziale di un *facere*, di un'attività, di un comportamento, in cui è immanente, come dato di rilevanza formale, la persona del lavoratore»³⁷.

D'altro canto, la stessa dottrina civilistica sull'oggetto del contratto in generale ha posizioni molto variegata, tanto da portare a constatare la «fluidità dello statuto dogmatico dell'oggetto del contratto in generale»³⁸. Il problema della dottrina giuslavoristica, in ogni caso, non è quello di risolvere il problema della nozione di “oggetto del contratto”, ma piuttosto è quello di mettere in collegamento oggetto del contratto di lavoro e subordinazione giuridica, cercando di comprendere quale sia l'estensione degli obblighi a cui si vincola il lavoratore al momento della stipulazione del contratto di lavoro.

Nella riflessione dei giuslavoristi, la questione dell'oggetto del contratto di lavoro inevitabilmente incrocia quella, ben presente già alla dottrina di fine '800, del grado di coinvolgimento del lavoratore nel contratto di lavoro stesso, sia sotto il profilo fisico, visto che il lavoratore utilizza il proprio corpo per adempiere alla prestazione, sia, più ampiamente, sotto il profilo della sua persona (e quindi dell'insieme di corpo e mente, e dunque valori, convincimenti, opinioni).

L'Autore che più di altri si è soffermato sul problema del coinvolgimento della persona del lavoratore nel contratto di lavoro è Alain Supiot³⁹. È proprio la tesi di tale Autore che ha fatto nascere l'idea di questo progetto di ricerca. Egli infatti, sottolineando la tensione fra oggetto del

³⁶ M. Grandi (1999), pp. 309-310.

³⁷ M. Grandi (1999), p. 310.

³⁸ M. Grandi (1999), p. 309. V. nota 1 p. 309 per i rimandi bibliografici.

³⁹ Sull'opera di Supiot, G. Giugni (1995), p. 471; M.V. Ballestrero (2010), pp. 13-14.

contratto, corpo e persona del lavoratore, porta alla luce un nodo cruciale della materia e ne stimola l'approfondimento.

Supiot sottolinea il fatto che il diritto spesso tende a rifiutare la considerazione della persona del contraente, e in particolare del suo corpo, e di conseguenza la dimensione biologica del soggetto del diritto⁴⁰.

Inoltre, tale Autore sottopone a critica l'atteggiamento della dottrina tradizionale⁴¹ che si è occupata della questione del contratto di lavoro, rimproverandole di essersi limitata a svolgere un'analisi superficiale dell'oggetto del contratto. In particolare, Supiot osserva che solitamente per oggetto del contratto si intende l'esecuzione delle obbligazioni di ciascuna delle parti, cioè il pagamento del salario e lo svolgimento della prestazione lavorativa. Tuttavia se ci si limita a questa affermazione l'analisi sull'oggetto del contratto resta ad un insoddisfacente livello superficiale. Occorrerebbe, infatti, procedere oltre, ammettendo che l'oggetto del contratto implichi due livelli di analisi successivi: in primo luogo quello dell'oggetto dell'obbligazione di ciascuna delle parti, e cioè le prestazioni dovute dalle parti, e in secondo luogo quello dell'oggetto della prestazione lavorativa. Supiot sostiene che l'oggetto della prestazione è costituito dal corpo del lavoratore⁴². Il coinvolgimento del corpo nella relazione di lavoro non dipende in effetti dalla natura manuale o intellettuale della prestazione oggetto del rapporto di lavoro, infatti il coinvolgimento del corpo vi è in tutti e due i casi e in maniera indissolubile, poiché nello svolgimento della prestazione lavorativa vi è alienazione di energia muscolare e mentale⁴³. Secondo l'Autore, far finta di non vedere il coinvolgimento del corpo nella relazione di lavoro è come voler fingere di non vedere il naso in mezzo al volto.

Ovviamente Supiot comprende che il rifiuto di ammettere tale coinvolgimento deriva dall'idea, profondamente ancorata nelle coscienze,

⁴⁰ A. Supiot (2007), pp. 51-53, individua nell'art. 1779 del codice civile francese la disposizione che rivela il grado di coinvolgimento del corpo del lavoratore nel contratto di lavoro. Tale disposizione, riferendosi alla locazione di persone e non alla locazione di lavoro attraverso le persone, lascerebbe intendere che sono gli stessi lavoratori ad essere l'oggetto del contratto di locazione. Secondo tale Autore è dunque dal punto di vista dell'oggetto del contratto di lavoro che si gioca la qualificazione del contratto di lavoro.

⁴¹ Vedi Autori citati da Supiot p. 50 ss.

⁴² A. Supiot (2007), p. 54.

⁴³ A. Supiot (2007), pp. 55 ss. L'A. osserva come in effetti nei regolamenti di fabbrica si possano rinvenire molte norme che riguardano i movimenti degli operai, ne scandiscono i gesti, definiscono le pause dall'attività, regolamentano il compimento dei bisogni naturali e organizzano la sorveglianza dei fatti e gesti; i regolamenti interni delle fabbriche spesso contengono norme che riguardano direttamente il corpo dei lavoratori.

che il corpo non può essere una cosa in commercio e che il diritto dell'uomo sul suo corpo è necessariamente di natura extra patrimoniale. Se la concezione patrimoniale del rapporto con il corpo si trova oggi in linea di principio rifiutata è perché si teme che essa possa condurre ad assimilare il corpo ad una cosa distinta dalla persona mentre in realtà è la persona stessa. Il corpo umano, nella visione più diffusa, non potendo essere assimilato ad una cosa, è considerato “fuori commercio”: ma se ciò fosse vero, obietta Supiot, si dovrebbe ritenere nullo ogni accordo di cui ne fosse l'oggetto⁴⁴. Il corpo del lavoratore è invece inevitabilmente coinvolto in un contratto della cui validità nessuno sembra dubitare: eppure il corpo del lavoratore, che tale Autore sostiene essere “la maschera” del lavoratore, è oggetto del contratto di lavoro subordinato.

L'idea della “maschera” viene fornita a Supiot da un altro Autore, Mauss, che riprende il termine dal diritto romano. Per “maschere” si intendevano originariamente quelle degli attori, ma soprattutto le maschere di cera sciolta raffiguranti il viso degli antenati. Queste ultime, immutabili per definizione, in un certo senso, erano utilizzate per caratterizzare i soggetti di diritto. Nel diritto positivo non sembra essere negata questa concezione: la personalità giuridica individuale ci appare identica a se stessa, nasce con l'individuo ed è immediatamente costituita, essa si mantiene sempre la stessa durante l'esistenza, veglia quando l'uomo dorme e rimane “sana” quando l'uomo “impazzisce”. Secondo Supiot, sulla fisionomia dell'uomo, in particolare sulla sua faccia, agitata da tutti i capricci e le passioni, il diritto ha applicato una maschera immobile.

La finzione della “maschera” è un artificio creato dal diritto per fondare la validità del contratto di lavoro, nel timore di fare del corpo oggetto di contratto⁴⁵. Tuttavia, la maschera resterebbe distinta dalla persona del lavoratore: la persona, rimanendo “fuori” dal contratto, recupererebbe libertà e autonomia⁴⁶. Lasciare intendere che l'oggetto del contratto di lavoro è la persona del lavoratore nel suo insieme, e non solo la maschera, condurrebbe ad una completa reificazione della persona stessa, che il diritto ha già, giustamente, avuto merito di limitare⁴⁷.

Supiot riconosce che in tutti i contratti che hanno per oggetto un'attività umana è implicato un forte coinvolgimento della persona del

⁴⁴ A. Supiot (2007), p. 56.

⁴⁵ A. Supiot (2007), p. 61.

⁴⁶ A. Supiot (2007), p. 59.

⁴⁷ A. Supiot (2007), p. 59.

prestatore, ma il rischio della “mercificazione” della persona si ha solo nel contratto di lavoro, perché in tutti gli altri contratti, al di fuori del contratto di lavoro, non è il debitore stesso che forma il contenuto dell’obbligazione. In questi ultimi l’oggetto, infatti, è una cosa o una prestazione definita prima dell’esecuzione del contratto, mentre nel contratto di lavoro subordinato questa definizione avverrà durante l’esecuzione stessa del contratto, in forza della influenza acquisita dal datore di lavoro sul corpo del lavoratore (cioè in forza dei poteri ad esso attribuiti dalla legge).

Secondo Supiot, affermare, in generale, che è la persona tutta intera che forma l’oggetto della prestazione è inesatto. Fatta salva l’esigenza di una esecuzione delle obbligazioni contrattuali secondo buona fede, il lavoratore è libero di conservare la propria personalità e le proprie opinioni, libero di non rivelare la sua vita privata o le sue convinzioni politiche o religiose, libero di conservare per se stesso i segreti del suo saper fare, libero anche di sognare, visto che sognare non riguarda l’esecuzione delle mansioni.

La libertà e la separazione della vita professionale dalla vita privata e pubblica del lavoratore sono garantite dalla concezione contrattuale del rapporto di lavoro e si trovano minacciate quando si tenti di abbandonare questa logica contrattuale per perseguire l’idea di un legame personale di natura istituzionale tra datore e lavoratore⁴⁸.

Sostenuta da un linguaggio molto convincente e da una scrittura di grande efficacia, la tesi di Supiot sembra collocarsi sul versante della dottrina che fa coincidere l’oggetto del contratto di lavoro, e con esso la nozione stessa di subordinazione sostanzialmente, con l’oggetto della obbligazione lavorativa dedotta in contratto. La finzione determinata dalla “maschera” giuridica attribuita, in maniera ipocrita, al lavoratore dall’ordinamento serve all’Autore per “smascherare” la realtà delle cose. Nel contratto di lavoro subordinato è coinvolto l’aspetto materiale del corpo del lavoratore, che è una parte soltanto della sua persona. La persona del lavoratore, escluso il corpo, non è coinvolta nell’oggetto del contratto di lavoro. La persona, nella dimensione spirituale, valoriale, rimane libera e non obbligata dal contratto di lavoro. La subordinazione dunque implica l’assoggettamento del corpo del lavoratore, per contratto, ai poteri datoriali, entro i limiti di legge, ma invece non limita l’espressione della persona del lavoratore, dato che l’oggetto del contratto di lavoro fa riferimento solo alla prestazione lavorativa e non ad ulteriori obblighi che coinvolgano la persona in senso più ampio.

⁴⁸ A. Supiot (2007), pp. 60-63.

La tesi di Supiot è certamente dissacrante, perché ammette la deduzione del corpo in contratto, ma è finalizzata a proteggere al massimo grado le libertà personali del lavoratore.

Secondo Veneziani, Supiot è stato “costretto” a elaborare l’artificiosa distinzione tra corpo e persona del lavoratore per limitare i poteri del datore di lavoro su quest’ultimo perché l’ordinamento francese non garantisce alcuni diritti soggettivi al lavoratore: «la stessa Costituzione della V Repubblica del 1958 non contiene la dettagliata articolazione di diritti individuali del cittadino-lavoratore che si ritrova in quella italiana». Veneziani, infatti, sostiene che Supiot cerca di «oggettivare» il più possibile la prestazione per separarla dalla persona del lavoratore e, per fare ciò, riconosce al lavoratore il ruolo di «soggetto-cittadino della impresa» per riconoscergli delle libertà e, soprattutto, per costruire dei limiti al potere dell’impresa⁴⁹.

Proprio perché volta a infrangere il tabù del coinvolgimento del corpo nel contratto, la tesi non è stata risparmiata da critiche. In particolare, parte della dottrina ha criticato Supiot per la mercificazione del lavoro che la sua tesi determinerebbe nel momento in cui mantiene concettualmente separata la prestazione lavorativa (il corpo) dalla persona del lavoratore.

La critica (mossa specialmente da Grandi) muove da considerazioni “politiche”, ma ha anche una base giuridica legata al rapporto tra oggetto del contratto e contenuto della nozione di subordinazione giuridica. Il suo presupposto giuridico è infatti che il lavoratore, in forza del contratto che stipula, è coinvolto non solo nella realizzazione della prestazione lavorativa, ma anche nella realizzazione dell’oggetto dello stesso, che non comprende solo la prestazione lavorativa in senso stretto⁵⁰. Lo stesso Autore a cui si deve la critica è conscio delle conseguenze problematiche della sua tesi, essendo consapevole che l’identificarsi della persona «con l’attività lavorativa dedotta in contratto rende impossibile distinguere ciò che della personalità è disponibile a costituirsi come oggetto e ciò che non lo è»⁵¹. Infatti, continua Grandi, «nella misura in cui la persona risulta “implicata” nella propria prestazione, e questa è assoggettata al potere di conformazione del soggetto organizzatore del processo lavorativo, la persona stessa è compromessa nel vincolo di subordinazione»⁵².

⁴⁹ B. Veneziani (1995), p. 481.

⁵⁰ M. Grandi (1999), p. 311.

⁵¹ M. Grandi (1999), pp. 312-313.

⁵² M. Grandi (1999), p. 315.

Il confronto tra Supiot e Grandi consente di fare emergere una divergenza importante sotto il profilo della ricostruzione dottrinale dei rapporti tra subordinazione e oggetto del contratto di lavoro. Essa comporta conseguenze differenti sotto il profilo delle modalità di tutela dei diritti fondamentali del lavoratore come individuo. Nell'ottica della tesi di Supiot, il contratto di lavoro non tocca i diritti e le libertà individuali della persona, obbligandosi il lavoratore solo alla prestazione lavorativa, assoggettando il suo corpo al potere direttivo del datore di lavoro. Il lavoratore porta dentro al contratto di lavoro il suo corpo e quindi i limiti legali al contratto di lavoro riguarderanno esclusivamente la protezione del corpo del lavoratore implicato nel contratto, non invece la sua persona, che resta fuori dal contratto, e la cui tutela è affidata al diritto pubblico che regola le libertà e i diritti sociali fondamentali. Nell'ottica dell'opposta tesi, l'oggetto del contratto è determinato dall'accoglimento di una nozione più estesa di subordinazione, che implica il coinvolgimento della intera persona del lavoratore nel contratto. Le tecniche di tutela dei diritti dell'individuo legati alla persona dovranno fare pertanto i conti con le regole del contratto di lavoro.

5. Oggetto e causa del contratto di lavoro

Analogamente al ragionamento svolto in relazione all'oggetto del contratto (*retro* §2), si cercherà ora di comprendere quale relazione vi sia tra subordinazione e causa del contratto, partendo dalle posizioni della dottrina che si è occupata dalla materia.

La dottrina prebarassiana aveva unanimemente individuato la causa del contratto di lavoro nello scambio tra una prestazione lavorativa e un compenso. Si nota però, come sottolineato nel primo capitolo, la tendenza di questi Autori a sovrapporre i concetti di causa e di motivo del contratto, ma tale circostanza non sorprende, dato che, in tali primi scritti, a tratti, l'analisi puramente giuridica pare inscindibilmente intrecciata a valutazioni politiche, sociologiche, che finiscono per rendere il ragionamento non rigorosamente tecnico (nel senso di dogmatico). Essi tendevano infatti ad accostare al dato giuridico anche un dato fattuale e morale.

La trattazione della causa del contratto, a differenza di quella dell'oggetto, non trova spazio nelle ricostruzioni di Barassi e di Carnelutti.

Alcune riflessioni sulla causa del contratto sono state svolte a partire dagli anni '60. Negli scritti di quegli anni la subordinazione viene spesso

accostata alla causa del contratto, sia se intendiamo la causa come funzione economico-sociale del contratto (lavoro subordinato vs retribuzione)⁵³, sia se intendiamo la causa come sintesi degli effetti giuridici essenziali del contratto, poiché è indubbio che la subordinazione «si trasmette sul piano effettuale per connotare tipicamente l'essenza del rapporto stesso»⁵⁴.

In dottrina (Spagnuolo Vigorita) vi è chi ha sostenuto che «la visuale contrattualistica e [il] valore qualificante della subordinazione non possano conciliarsi se non attraverso la collocazione di quest'ultima nella struttura del contratto»⁵⁵. E, in particolare, nella causa dello stesso contratto. Infatti il lavoratore si obbligherebbe non a rendere una qualunque prestazione lavorativa, ma «a lavorare subordinatamente»⁵⁶.

Rilevante ai fini della ricostruzione del rapporto tra subordinazione e causa è la tesi di Persiani. Secondo tale Autore, l'organizzazione aziendale entrerebbe a far parte della causa del contratto di lavoro. Esito della tesi è l'ampliamento dell'obbligazione del lavoratore, fino a ricomprendere l'onere di organizzare la propria prestazione tenendo in considerazione l'interesse dell'organizzazione⁵⁷. La funzione a cui risponde il contratto di lavoro non si limiterebbe allo scambio tra prestazione e retribuzione; secondo Persiani, la causa del contratto di lavoro si concretizzerebbe invece nello scambio tra una prestazione utile per l'organizzazione e la retribuzione. Tale Autore ritiene infatti che l'ordinamento assegni al contratto «la funzione caratteristica di determinare l'esistenza dell'organizzazione di lavoro, in quanto fa derivare da esso effetti che sono costitutivi di quest'ultima»⁵⁸. La causa così individuata sarebbe funzionale al trasferimento nello schema contrattuale, altrimenti inteso come rapporto tra eguali, di posizioni di potere e di soggezione⁵⁹. Proprio per tale motivo il contratto costituisce, contemporaneamente, il fondamento e il limite delle posizioni di potere e di subordinazione delle parti coinvolte nel rapporto di lavoro⁶⁰.

⁵³ E. Betti (1960), *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino. (spec. p. 171).

⁵⁴ M. Grandi (1987), p. 322.

⁵⁵ L. Spagnuolo Vigorita (1967), p. 35.

⁵⁶ L. Spagnuolo Vigorita (1967), p. 37.

⁵⁷ Secondo F. Liso (1982), pp. 52-53, l'organizzazione viene «ad essere utilizzata ai fini di una indebita dilatazione della posizione debitoria, poiché fa gravare da essa il peso di un obiettivo che non risulta quasi mai avere un collegamento diretto con il contenuto della singola prestazione di lavoro, e che pertanto riposa integralmente nelle mani dell'imprenditore»

⁵⁸ M. Persiani (1966), p. 45.

⁵⁹ L. Mengoni (1995), p. 378

⁶⁰ M. Persiani (1966), p. 159 ss.

Nell'individuare la causa, Persiani ritiene che l'interesse al risultato finale dell'organizzazione non possa assumere rilevanza giuridica nel singolo rapporto contrattuale⁶¹. Nella causa del singolo contratto di lavoro ciò che rileva è la connessione tra «l'interesse al risultato dell'organizzazione» e l'interesse derivante dal risultato desiderato dai singoli rapporti di lavoro⁶². L'Autore precisa che l'interesse è quello «al coordinamento dell'attività del lavoratore» raggiunto dal datore di lavoro tramite l'esercizio del potere direttivo e del potere disciplinare⁶³. È in questo passaggio che si coglie la connessione tra la subordinazione e la causa del contratto di lavoro: l'interesse del datore di lavoro realizzato attraverso il contratto si ottiene mediante l'esercizio dei poteri a quest'ultimo attribuiti.

Sulla scia della tesi di Persiani, negli anni 2000, Marazza riconosce che alcune posizioni giuridiche poste in capo al datore di lavoro trovano origine nel contratto di lavoro, però poi si plasmano in base alle esigenze dell'organizzazione⁶⁴. Per tale motivo «il rapporto di lavoro pur costituendo l'effetto del contratto di lavoro tende [...] ad assumere contenuti formali che derivano dalla organizzazione di cui il prestatore è entrato a far parte»⁶⁵. Secondo tale Autore, al pari di quanto sostenuto da Persiani, l'organizzazione integrerebbe la causa del contratto ampliando la sfera del debito del lavoratore. In aggiunta, quest'ultimo Autore sottolinea il fatto che «l'attività organizzatrice» deve essere considerata il presupposto minimo del lavoro subordinato, poiché essa scaturisce dall'esercizio del potere direttivo da parte del datore di lavoro nei confronti del lavoratore⁶⁶.

Le tesi sulla causa del contratto di lavoro non possono di certo ritenersi esaurite in quella di Persiani e di Marazza; vi è infatti chi (Liso) ritiene che seguendo il ragionamento di tali Autori l'obbligazione del lavoratore verrebbe ad ampliarsi troppo⁶⁷. Vi è perciò chi sostiene che l'organizzazione debba rimanere estranea alla causa del contratto di lavoro⁶⁸. Questo ovviamente non comporta la conseguenza di ritenere che l'organizzazione debba rimanere estranea anche al rapporto di lavoro, poiché il lavoratore dovrà comunque tenere conto dell'interesse dell'organizzazione di lavoro nello svolgere la propria prestazione.

⁶¹ M. Persiani (1966), p. 264

⁶² M. Persiani (1966), pp. 264-265

⁶³ M. Persiani (1966), pp. 266-267 e 272.

⁶⁴ M. Marazza (2002), p. 16.

⁶⁵ M. Marazza (2002), p. 15.

⁶⁶ M. Marazza (2002), pp. 151-154.

⁶⁷ F. Liso (1982), pp. 56-59.

⁶⁸ U. Carabelli (2004), pp. 8 ss.

Nonostante le incertezze definitorie riguardanti la nozione di subordinazione, sicuramente, come anticipato nel precedente paragrafo, la dottrina ritiene che la subordinazione abbia la sua origine nel contratto di lavoro. Questo è innegabilmente uno dei più rilevanti pregi della eredità barassiana⁶⁹. Il concetto di contratto infatti conferisce al lavoratore la libertà e la dignità tipica del contraente. Per tale motivo si può affermare che è lo stesso lavoratore che sceglie di sottoporsi alla direzione del datore di lavoro. Inoltre il fatto di ritenere che il rapporto di lavoro subordinato trovi il proprio fondamento in un contratto comporta il grande pregio di limitare il vincolo di subordinazione entro i confini della sfera lavorativa⁷⁰.

Come accennato prima, la dottrina giuslavorista che si è occupata della materia dopo l'emanazione del codice civile non si è interessata nel dettaglio, a livello teorico, salvo alcune eccezioni trattate prima, alla connessione tra l'oggetto e la causa del contratto di lavoro e la persona del lavoratore. Tuttavia, come scritto nel secondo capitolo, la dottrina si è premurata di specificare che la condizione di subordinazione, tipica del rapporto di lavoro subordinato, non si può certo estendere fino alla vita privata del lavoratore stesso: lo stato di soggezione del lavoratore alle direttive del datore di lavoro è perciò confinato durante lo svolgimento del rapporto di lavoro⁷¹.

È interessante sottolineare che, come scritto all'inizio del capitolo, anche se gli studi sull'oggetto del contratto di lavoro subordinato non sono molti e non sono strutturati in modo sistematico, sicuramente si può individuare un *leit motiv*: si tende a parlare di oggetto del contratto di lavoro subordinato nei momenti di "tensione" della materia. Nei momenti di crisi, infatti, la dottrina tende a tornare ad analizzare le questioni cruciali.

6. Conclusioni

La ricostruzione fin qui svolta permette di tirare alcune prime conclusioni. In primo luogo, non solo sembrano ormai incontrovertibili le tesi che individuano l'origine contrattuale del rapporto di lavoro, ma sembrano

⁶⁹ M. Pedrazzoli (2003), p. 377, sottolinea il merito dell'impostazione di Barassi: aver ricondotto la subordinazione ad un'origine contrattuale. Il contratto sottolinea il fatto che il lavoratore si sottopone volontariamente alla direzione del datore di lavoro e, soprattutto, il contratto permette di limitare il vincolo di subordinazione nei confini dell'obbligazione di lavoro.

⁷⁰ M. Pedrazzoli (2002), p. 264 ss.

⁷¹ Per gli opportuni riferimenti bibliografici v. § 3 del capitolo II.

ragionevoli le tesi che individuano una connessione tra subordinazione e elementi del contratto, quali oggetto e causa. Rimane quindi minoritaria la tesi che guardava alla subordinazione come ad un effetto del contratto.

Tuttavia, quando in dottrina si parla del rapporto tra subordinazione e oggetto del contratto non si trova unanimità di vedute. Le diverse tesi elaborate possono essere raggruppate in due macro-filoni. Nel primo si collocano le tesi di coloro i quali ritengono che la subordinazione non esaurisca l'oggetto del contratto, poiché possono essere individuate delle obbligazioni ulteriori a cui il lavoratore è tenuto ad adempiere. Nel secondo si collocano le tesi di coloro i quali ritengono che la subordinazione esaurisca l'oggetto del contratto di lavoro.

La differenza tra queste tesi rischia di essere, sul piano degli effetti, solo apparente. Nel primo caso, la nozione di subordinazione presa in considerazione è più "ristretta" e per tale motivo le obbligazioni ulteriori che gravano sul lavoratore si ritengono essere dei corollari della subordinazione. Nel secondo caso, invece la nozione di subordinazione presa in considerazione è "allargata" in modo tale da comprendere alcune obbligazioni ulteriori al suo interno.

Sia che si prediliga la prima o la seconda tesi è importante sottolineare che la subordinazione intesa come vincolo di soggezione del lavoratore alle direttive del datore di lavoro non racchiude in sé tutti gli obblighi del lavoratore. Spesso infatti in dottrina, ma anche in giurisprudenza, si fa ricorso alle clausole di buona fede e correttezza per ampliare la "sfera" del debito del lavoratore. L'ampliamento degli obblighi del lavoratore derivante dalla considerazione della buona fede e della correttezza risulta maggiormente evidente in tutti i casi in cui il lavoratore, anche quando non svolge la prestazione lavorativa, è tenuto a tenere determinati comportamenti che non pregiudichino il corretto adempimento futuro degli obblighi. Si vuole fare riferimento a tutti i quei casi in cui il comportamento extra-lavorativo omissivo o commissivo del lavoratore determina una lesione del vincolo fiduciario, da intendersi come fiducia nel corretto adempimento degli obblighi lavorativi futuri⁷².

Per concludere, si può sottolineare il fatto che la tesi di Supiot, dalla quale ha preso le mosse tale ricerca, risulta difficilmente condivisibile. L'idea di "tenere" la persona fuori dal contratto, in realtà non implica una maggiore protezione della stessa. Infatti solo ammettendo che la persona è coinvolta

⁷² Di esempi sono pieni le aule di tribunale, da ultimo: Tribunale Catania sez. lav., 5 giugno 2019, n. 2679.

nell'oggetto del contratto, si può limitare il potere del datore di lavoro bilanciandolo con i diritti fondamentali di cui il lavoratore gode in quanto persona e che quindi “entrano” con essa nel contratto.

L'esito di tale bilanciamento non è certamente una questione di poco momento. Si è scelto perciò di affrontarla (nel prossimo capitolo) partendo dal diritto del lavoratore di esprimere la propria personalità attraverso l'abbigliamento.

IV CAPITOLO: Oggetto del contratto, persona e diritti del lavoratore

1. Premessa – 2. L'equilibrio, nel contratto di lavoro, tra diritti del lavoratore e poteri del datore di lavoro – **3.** L'abbigliamento del lavoratore – **3.1** Abbigliamento e divieto di discriminazione – **3.2** Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro e i diritti del lavoratore – **3.3** L'utilizzo del velo al lavoro, tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta.

1. Premessa

I lavoratori subordinati, in quanto cittadini, sono titolari di diritti il cui concreto esercizio può entrare in conflitto con gli interessi dell'imprenditore che trovano espressione, e riconoscimento, nel contratto di lavoro¹. L'interferenza dei poteri del datore di lavoro nell'esercizio dei diritti fondamentali del lavoratore è connaturata al concetto stesso di subordinazione giuridica, condizione che implica la sottoposizione del contraente-lavoratore, che è anche persona e cittadino, ai poteri riconosciuti dall'ordinamento alla controparte e potenzialmente in grado di limitare l'esercizio di diritti fondamentali del lavoratore. Per rendersi conto di ciò, è sufficiente considerare la configurazione degli obblighi principali del lavoratore subordinato. L'obbligo di obbedienza esprime, di per sé, il concetto di dipendenza gerarchica ed è funzionale, *in toto*, alla realizzazione della subordinazione nel rapporto giuridico; la diligenza richiesta nell'adempimento dipende, almeno in parte, dalla conformazione della prestazione agli interessi dell'impresa. Ancora maggiore compressione dei diritti del lavoratore potrebbe derivare ove si accogliesse una concezione forte del vincolo fiduciario che lega datore di lavoro e lavoratore, pretendendo quindi da quest'ultimo un comportamento, eventualmente anche estraneo all'esecuzione della prestazione lavorativa, coerente con i "valori" e gli interessi del datore di lavoro. Tali operazioni di estensione della sfera dei doveri del lavoratore sono tecnicamente realizzabili ricorrendo alle clausole generali di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro (di cui si parlerà *infra* § 2).

¹ Secondo G. Lyon-Caen (1995), p. 7, «le droit du travail est mal dénommé: il est proprement le droit du capital».

La sfida del diritto del lavoro è perciò particolarmente difficile: coniugare la subordinazione nel rapporto di lavoro con la necessità di tutelare i diritti fondamentali del cittadino².

Per meglio comprendere quali sono i diritti del lavoratore che potrebbero essere limitati, o addirittura annullati, nello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato, può essere utile partire dalla classificazione dei diritti del lavoratore proposta da Ballestrero. Tre sono le categorie cui possono essere ricondotti i diritti dei lavoratori.

Appartengono alla prima categoria i diritti della persona di origine costituzionale (eguaglianza, libertà, dignità, salute e sicurezza). Sono, questi, diritti assoluti e, in quanto tali, possono essere considerati «un patrimonio della persona» e, per tale motivo, «preesistono alla posizione di contraente di uno specifico contratto, perché sono riconosciuti al lavoratore come persona e non in quanto parte di un contratto di lavoro». Alla seconda categoria appartengono i diritti che «il lavoratore ha in quanto contraente di un contratto di lavoro subordinato, e dunque in ragione e a causa della subordinazione cui si obbliga con il contratto». Ne è un esempio il diritto alla professionalità³. Alla terza categoria appartengono «i diritti di credito a fondamento strettamente contrattuale (nel senso che il contratto è fonte del diritto, non occasione o “situazione” del loro esercizio)»⁴.

Ai fini del presente lavoro sono di peculiare interesse i diritti ascritti alla prima categoria. Rispetto a questa classe di diritti, pare utile chiedersi se essi, pur costituzionalmente tutelati in quanto direttamente legati alla persona del lavoratore, siano esercitabili nel rapporto senza alcuna limitazione derivante dallo stato di subordinazione giuridica e dalla sottoposizione del titolare dei diritti ai poteri riconosciuti alla controparte, o se invece tutti i diritti attribuiti al lavoratore, anche quelli definibili come fondamentali, debbano fare i conti con la struttura dei poteri e degli obblighi che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato⁵.

Un'indagine di questo tipo si presenta estremamente complessa e almeno in parte dipendente, negli esiti, dalla posizione adottata dall'interprete

² G. De Simone (2001), p. 29, sottolinea come «proprio la subordinazione del lavoratore entra in collisione con l'eguaglianza del cittadino, quando l'interprete (ma prima di lui il diritto positivo) cerchi di coniugare questi due aspetti dell'«essere e dell'apparire» del lavoratore».

³ M.V. Ballestrero (2012), p. 12, specifica che il diritto alla professionalità può essere anche ascritto ai diritti della prima categoria poiché può essere ricondotto alla dignità del lavoratore.

⁴ M.V. Ballestrero (2012), pp. 12-13.

⁵ Sulla effettività dei diritti del lavoratore v. P. Tullini (2016), p. 291.

riguardo al bilanciamento tra principi e valori contrapposti, ma compresenti nella Carta costituzionale.

Ai fini di questa ricerca, può essere sufficiente limitarsi a compiere una verifica parziale. Si prenderanno a tal fine in esame alcuni casi esemplari, emersi in giurisprudenza: la questione controversa attiene alla libertà di abbigliamento del dipendente.

La scelta di questo ambito di verifica dipende dalla circostanza che in esso il bilanciamento tra interessi contrapposti è articolabile su più fronti. In taluni casi gli interessi datoriali si confrontano con diritti dei lavoratori protetti dalla disciplina antidiscriminatoria; in altri casi, invece, la contrapposizione riguarda, più genericamente, il diritto dei lavoratori di esprimere la propria personalità o le proprie preferenze attraverso l'abbigliamento, senza che siano coinvolti profili di discriminazione; in altri casi ancora, la libertà di abbigliarsi dei lavoratori trova limite nella necessità di fare prevalere la tutela di beni, come quello alla salute, che non sono riconducibili alla sfera degli interessi datoriali, ma piuttosto a quella dell'interesse generale.

2. L'equilibrio, nel contratto di lavoro, tra diritti del lavoratore e poteri del datore di lavoro

Nella prospettiva di indagine appena indicata, il contratto di lavoro viene – alternativamente – considerato talvolta quale strumento di realizzazione, nel rapporto di lavoro, dei diritti fondamentali del lavoratore, talvolta, quale elemento che ne impedisce la realizzazione.

Nell'approccio di Supiot, “tenere fuori” dal contratto la persona del lavoratore significa tutelarla, al prezzo però di adottare la finzione giuridica di considerare il lavoro in astratto, disgiunto dalla persona del lavoratore, quando invece le norme di tutela si rivolgono al lavoro della persona in carne e ossa.

Più convincente è la tesi di chi, come Grandi, sostiene che, essendo – a suo avviso – la persona inseparabile dal lavoro che presta, la persona stessa debba essere coinvolta nell'area dell'oggetto del contratto⁶. Ciò comporterebbe la conseguenza, secondo il medesimo Autore, di rendere «impossibile distinguere ciò che della personalità è disponibile a costituirsi come oggetto e ciò che non lo è»⁷.

⁶ M. Grandi (1999), pp. 311-312.

⁷ M. Grandi (1999), pp. 313-315, sottolinea che il medesimo “problema” del coinvolgimento della persona del lavoratore si presenta anche nel contratto di lavoro

Il fatto che il rapporto di lavoro comporti il coinvolgimento della persona nello svolgimento dello stesso contratto è dimostrato dal fatto che le disposizioni legislative che regolano i rapporti di lavoro sono destinate a disciplinare non tanto il lavoro come «astrazione oggettiva», quanto il «soggetto coinvolto con tutto il suo essere nell'esecuzione dell'attività stessa»⁸. Grandi evoca a sostegno di tale affermazione l'art. 2087 c.c. Questa disposizione rappresenta in modo esemplare la tendenza dell'ordinamento a tutelare i beni riguardanti la sfera personale del lavoratore⁹. Così ragionando, il coinvolgimento della persona nel contratto di lavoro assume il carattere di assioma e il contratto assume il ruolo di «punto di equilibrio degli interessi in conflitto»¹⁰ in cui si confrontano i poteri tipici del datore di lavoro e i diritti della persona del lavoratore. Del resto, è attraverso il contratto che i diritti «entrano» nel rapporto di lavoro. Come è stato detto, «per quanto il lavoratore eserciti i propri diritti fondamentali nell'ambito di un contratto di scambio, è il contratto a doversi fare carico del rispetto dei diritti fondamentali, e non i diritti fondamentali a dover essere sacrificati alla logica mercantile del contratto»¹¹.

Tuttavia, parlare del contratto in generale non basta; se si vuole ragionare sul bilanciamento occorre utilizzare i concetti di oggetto e di causa del contratto di lavoro perché è attraverso questi ultimi che si determina il perimetro di quel che il datore di lavoro può legittimamente richiedere al lavoratore. Per tale motivo, una volta appurato che i punti di equilibrio per trovare il bilanciamento tra i contrapposti interessi (del datore di lavoro, da un lato, e del lavoratore, dall'altro)¹² sono individuati dal contratto di lavoro, e in particolare dal suo oggetto e dalla sua causa¹³, è fondamentale discernere tra interessi dell'una e dell'altra parte che possono entrare nel contratto e

autonomo. Quest'ultima questione non ha mai destato in dottrina particolare attenzione perché nel contratto di lavoro autonomo il coinvolgimento della persona del lavoratore avviene con una diversa, e minore, intensità, perché anche se il lavoratore è coinvolto nell'oggetto del contratto, non è sottoposto al vincolo stringente di essere assoggettato all'esercizio del potere direttivo datoriale (p. 339).

⁸ M. Grandi (1999), p. 333.

⁹ M. Grandi (1999), pp. 333-334.

¹⁰ V. Roppo (2001), p. 376.

¹¹ M. V. Ballestrero (2015), p. 51.

¹² In dottrina (A. Bellavista (1994), p. 229) è stato sottolineato come nel bilanciamento tra diritto del lavoratore ad abbigliarsi come ritiene opportuno – diritto di cui ci occuperemo nei prossimi paragrafi – e il diritto di iniziativa economica privata, debba essere privilegiato in linea di massima il primo, in considerazione dell'attenzione alla tutela della persona nel moderno diritto del lavoro.

¹³ M. Ranieri (2010), p. 22 e M. Ranieri (2017), pp. 197 ss., sottolinea il ruolo centrale della causa nella definizione dei confini al potere datoriale.

interessi che invece restano fuori dall'oggetto e dalla causa del contratto di lavoro¹⁴. Solo i primi potranno essere ricompresi a pieno titolo nell'oggetto del contratto e quindi anche nella causa, intesa come ragione che giustifica lo scambio. Infatti, per usare le parole di Roppo, la causa comprende gli interessi che il contratto deve assicurare alle parti, perché questi ultimi sono la ragione giustificativa del contratto stesso¹⁵. Gli interessi che non trovano espressione nell'oggetto e nella causa del contratto, invece, restano irrilevanti ai fini dell'esecuzione del contratto. Restano fuori dallo stesso contratto «perché non fanno parte della sua ragione giustificativa»¹⁶.

Con riferimento al contratto di lavoro, la distinzione tra quel che rientra o non rientra nella causa e soprattutto nell'oggetto del contratto dipende da un elemento a sua volta di difficile definizione: la nozione di subordinazione, alla quale è dedicata la riflessione svolta nei capitoli precedenti (*retro*, cap. II). Il collegamento tra oggetto (e causa) del contratto e subordinazione si rivela come passaggio indispensabile per la definizione dei diritti della persona del lavoratore. Infatti, a seconda dell'ampiezza che si attribuisce alla nozione di subordinazione, e agli obblighi del lavoratore che derivano dalla sua subordinazione, si amplia o si restringe l'oggetto (e anche, di conseguenza, la causa) del contratto. Da ciò consegue che più ampio è l'oggetto del contratto, maggiore sarà la sfera di azione del potere direttivo attribuito al datore di lavoro e tendenzialmente maggiore sarà la compressione dei diritti della persona del lavoratore. Ciò posto, il punto di equilibrio si trova, come si è appena detto, in una delimitazione dell'oggetto del contratto, che serva a circoscrivere – insieme alla causa – le pretese legittimamente invocabili dal datore di lavoro¹⁷.

In dottrina è stato sottolineato che «l'ampiezza del potere direttivo in senso proprio rimane sempre condizionata dal modo in cui le parti hanno preventivamente definito il contenuto dell'obbligazione di lavoro, giacché quel potere incontra un limite invalicabile nel concreto oggetto dell'obbligazione che il lavoratore ha assunto e nel suo livello di specificazione consensuale»¹⁸. Inoltre, il potere direttivo «può dirsi delimitato dall'oggetto del contratto in quanto quel potere è esclusivamente funzionale

¹⁴ Il contratto assume a punto di equilibrio perché, secondo M. Ranieri (2017), p. 255, spesso il legislatore abdica alla sua funzione di stabilire un bilanciamento tra potere direttivo del datore di lavoro e diritti del lavoratore.

¹⁵ V. Roppo (2001), p. 377.

¹⁶ V. Roppo (2001), p. 377.

¹⁷ M. Ranieri (2017), p. 197 e p. 205; M. Marazza (2012), p. 1285.

¹⁸ M. Marazza (2012), p. 1294.

alla soddisfazione dell'interesse creditorio in vista del quale è sorta l'obbligazione»¹⁹.

Anche volendo ampliare la sfera del debito del lavoratore considerando che rientri nel concetto di subordinazione l'organizzazione del datore di lavoro, le pretese di quest'ultimo comunque non potranno spingersi oltre quelle che sono necessarie al corretto inserimento del lavoratore nell'organizzazione datoriale²⁰. Non a caso in dottrina è stato sottolineato come alla causa del contratto possa essere attribuita una duplice funzione: da un lato essa segna un limite «idoneo a perimetrare il contenuto dell'obbligazione debitoria e a contenere le pretese dell'organizzazione»; dall'altro legittima le richieste del datore di lavoro, anche nel caso in cui esse incidano nella sfera privata del lavoratore, qualora siano funzionali alla prestazione lavorativa²¹.

Sulla scia di tali considerazioni, si comprende perché la dottrina maggioritaria sposi la tesi contrattualista relativa al rapporto di lavoro. Infatti, come è stato sottolineato, «solo nella logica del contratto è [...] possibile circoscrivere con certezza il debito di lavoro evitando, di conseguenza, che il lavoratore venga assimilato, sotto il profilo della soggezione ai poteri imprenditoriali, ai beni materiali ed immateriali che compongono l'azienda»²².

Non è questo tuttavia l'unico modo possibile di impostare la questione in esame. Da una prospettiva parzialmente differente, che non guarda direttamente all'oggetto o alla causa del contratto, ma agli obblighi del lavoratore, vi è stato anche chi in dottrina ha sottolineato che il lavoratore si impegna solo a «lavorare con la diligenza richiesta; tutto il resto rientra nella sua sfera privatissima, non conta, è indifferente, potendo egli disporre della sua vita, per quanto non toccato dall'obbligazione di lavoro, come gli aggrada»²³. Secondo tale ragionamento per trovare il limite alle pretese datoriali si dovrebbe guardare non tanto al contratto, ma alla obbligazione

¹⁹ M. Marazza (2012), p. 1295.

²⁰ S. Del Rey Guanter (1994), p. 31, sottolinea il fatto che «l'impresa non è soltanto fonte di possibili limitazioni a questi diritti, ma anche un ambito potenziale di piena realizzazione in determinati aspetti degli stessi, per il fatto che il lavoro contribuisce o può contribuire, in senso generale, alla piena realizzazione della personalità». Quindi, sempre lo stesso Autore, sostiene la necessità di non tenere solo «una posizione negativa, di mera protezione» dei diritti fondamentali del lavoratore in quanto persona, ma anche una posizione di «promozione dei diritti fondamentali nell'ambito di lavoro».

²¹ M. Ranieri (2017), p. 208.

²² M. Marazza (2012), p. 1295, nota 61.

²³ G. Pera (1972), p. 108.

lavorativa, la quale dipenderà, nella sua estensione e contenuto, dalla diligenza richiesta²⁴.

Si può dunque impostare la questione guardando non all'oggetto e alla causa del contratto, ma alla subordinazione, e ai poteri del datore, oppure agli obblighi del prestatore che alla subordinazione sono connessi. Tale connessione sembra essere sottolineata da parte di chi, attraverso un esempio che pare congeniale con la ricerca che si sta svolgendo, ha scritto che «l'ordine con il quale il datore di lavoro pretenda dal proprio dipendente una determinata cura dell'aspetto fisico è privo di qualsiasi rilevanza giuridica se nell'adempimento dell'obbligazione in concreto convenuta non assuma rilevanza anche la presentazione estetica del dipendente»²⁵. Sembra allora che, secondo Marazza sia rilevante, insieme al limite imposto dal rispetto del diritto fondamentale, anche quello imposto dall'ampiezza e dal contenuto dell'obbligazione convenuta.

Resta comunque irrisolta la questione di dove collocare l'asticella di quanto è necessario per adempiere all'obbligazione lavorativa.

La soluzione che sovente viene prefigurata per trovare il limite è quella di utilizzare le clausole generali di buona fede e correttezza²⁶. Vero è che l'ambito di azione delle clausole generali non è particolarmente ampio poiché il rapporto di lavoro subordinato trova la sua disciplina in una stringente regolazione normativa e contrattuale²⁷. Tuttavia interessante in questa sede è quantomeno ricordare l'esistenza delle teorie che prospettano l'utilizzo della buona fede e della correttezza come perimetro ai poteri datoriali²⁸. Tale ragionamento parte dall'assunto che la buona fede, in qualità

²⁴ Con riferimento alla diligenza, merita di essere ricordata la posizione di A. Viscomi (2010), pp. 188 ss. Tale Autore non ritiene condivisibili le teorie che sostengono l'esistenza di un autonomo obbligo di diligenza. Secondo Viscomi la diligenza è un modo di essere della prestazione, (p. 190) «un modello di condotta che il debitore deve adottare al fine di soddisfare il diritto di credito». Di conseguenza la diligenza non sarebbe estranea rispetto alla concretizzazione dell'oggetto della prestazione. Per tale motivo non avrebbe senso cercare di definire il contenuto della diligenza, poiché essa deve essere valutata, caso per caso, con riferimento all'obbligazione assunta.

²⁵ M. Marazza (2012), p. 1315.

²⁶ M. Marazza (2012), pp. 1306-1308. Sulla nozione e sugli elementi fondamentali delle clausole generali v. M.V. Ballestrero (2014b), p. 392 e ss.

²⁷ In dottrina, vi è chi (Campanella) ha sottolineato il fatto che sia stata proprio la buona fede a forgiare gli istituti del diritto del lavoro alle origini. Infatti, in assenza di una disciplina organica del settore, la buona fede, per la particolare elasticità e il forte contenuto etico, si è dimostrata capace di recepire le necessità di regolazione tipiche della nascente classe operaia: P. Campanella (2015), pp. 94-95. Nello stesso senso: D. Corradini (1970), p. 413; A. Perulli (2002), p. 4; F. Carinci (2007), p. 1 e ss.

²⁸ P. Campanella (2015), p. 96. Nello stesso senso: M. Buoncristiano (1986), p. 187 ss.; C. Zoli (1988); P. Tullini (1990); P. Fergola (1990), p. 470 ss.; A. Perulli (1992), p. 161

di porta di accesso delle tutele costituzionali nel diritto dei contratti, serve «anche a realizzare le finalità proprie dell'ordinamento»²⁹, in un'ottica in cui il contratto è strumento per replicare nel rapporto tra le parti gli equilibri di valori affermati nella Costituzione.

All'esito delle considerazioni svolte, l'unico punto di approdo certo, è che i diritti fondamentali costituiscono il confine ultimo oltre il quale non si possono spingere gli atti di autonomia contrattuale³⁰. L'approdo è scontato; rimane tuttavia aperto il problema della determinazione, in concreto, del confine.

È questo un problema delicato, non solo perché, come è stato affermato, «i diritti non sono mai acquisiti una volta per tutte»³¹, ma anche perché i diritti fondamentali sono un insieme aperto³²: ne consegue che per ogni situazione è necessario trovare un punto di equilibrio e non vi è un unico punto di bilanciamento possibile.

Emblematico è il problema della dialettica tra il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost. Vi è chi (Ranieri) ritiene che il bilanciamento tra poteri del datore di lavoro e diritti del lavoratore, che possono essere riassunti con il termine dignità³³, si trovi nell'art. 41 Cost³⁴. Secondo Mengoni l'art. 41 rappresenta la porta attraverso la quale entrano i diritti fondamentali nel rapporto di lavoro³⁵. Secondo tale Autore il bilanciamento avviene già nell'art. 41 Cost³⁶. Questo bilanciamento però non è determinato nelle sue possibili sfaccettature concrete nel dettato costituzionale, ma richiede una valutazione caso per caso³⁷.

Si deve tenere conto della relazione virtuosa che vi è tra i diritti fondamentali e le clausole generali. I diritti fondamentali infatti fungono da parametro per interpretare il contenuto delle clausole generali. A loro volta

ss.; A. Perulli (2002), p. 11 ss. Da una prospettiva parzialmente diversa, vi è chi (M. Marazza (2012), p. 1309) sostiene che l'efficacia del controllo degli atti datoriali tramite il principio della buona fede può trovare una sua utilità residuale nei casi in cui l'esercizio dei tipici poteri datoriali si svolga in assenza di una regolamentazione di dettaglio.

²⁹ S. Rodotà (1969), p. 183.

³⁰ G. Alpa (2013), p. 227; R. Nunin (1997), p. 121.

³¹ S. Rodotà (2012), pp. 31-32.

³² F. Tulkens (2012), p. 96.

³³ Sul significato e sul ruolo della dignità v. G. De Simone (2019a), p. 633 ss.

³⁴ M. Ranieri (2017), p. 264. Nello stesso senso: A. Proto Pisani (2007), p. 6.

³⁵ L. Mengoni (1985a), pp. 164-165.

³⁶ L. Mengoni (1985b), p. 398.

³⁷ M. Ranieri (2017), p. 271.

queste ultime possono permettere l'ingresso dei diritti fondamentali nella relazione di lavoro³⁸.

Non è insomma possibile trovare una soluzione al problema del bilanciamento e della individuazione dei limiti ragionando esclusivamente in astratto. Occorre trovare un terreno di verifica.

3. L'abbigliamento del lavoratore

Le molteplici sfaccettature del problema diventano più facilmente apprezzabili seguendo un approccio che parta da un caso concreto.

Un campo di prova in cui può essere utile "testare" il bilanciamento tra diritti del lavoratore e poteri del datore di lavoro è il diritto del lavoratore ad esprimere se stesso attraverso l'abbigliamento. È interessante capire dove si colloca, anche grazie all'aiuto della giurisprudenza che si è pronunciata in materia³⁹, il punto di equilibrio tra il potere del datore di lavoro di poter imporre un determinato abbigliamento al lavoratore e il diritto di quest'ultimo ad esprimere la propria personalità anche attraverso l'abbigliamento⁴⁰. In altre parole, fin dove si possono spingere le richieste del datore di lavoro nell'imporre un determinato abbigliamento al lavoratore⁴¹? E dal lato del lavoratore fino a che punto può essere tutelata il suo diritto a esprimere attraverso l'abbigliamento le proprie idee o la propria religione?

Si può essere tentati di relegare il tema dell'abbigliamento del lavoratore tra quelli di importanza effimera o residuale, ma sarebbe un errore. Ad una più attenta analisi ci si rende conto che in realtà la questione coinvolge diversi principi di rilevanza costituzionale: dall'eguaglianza formale e sostanziale *ex art. 3 Cost.*, alla libertà religiosa *ex art. 8 Cost.*, alla libertà di espressione *ex art. 21 Cost.*⁴².

³⁸ M. Ranieri (2017), p. 270. Nello stesso senso L. Mengoni (2011), p. 108.

³⁹ Cfr. V. Ferrante (1994), pp. 169-170, anche per quanto concerne gli orientamenti della giurisprudenza di altri paesi europei.

⁴⁰ M. Ranieri (2010), p. 6 e p. 11. Nello stesso senso M. Aimo (2003), p. 283, sottolinea che «l'autodeterminazione dell'immagine non è affatto un elemento insignificante nel processo di realizzazione personale dell'individuo».

⁴¹ Vi è chi (M. Aimo (2003), p. 293) sottolinea che benché la facoltà del datore di lavoro di dettare regole in materia di abbigliamento e aspetto esteriore rientri nell'esercizio del potere direttivo, non può essere arbitraria, ma deve essere motivata da esigenze produttive, di sicurezza o di immagine aziendale e comunque trova un suo limite invalicabile nella dignità dei lavoratori *ex art. 41 Cost.*

⁴² M. Aimo (2003), p. 283.

In dottrina è stato osservato come «l'aspetto esteriore del lavoratore, influenzando l'immagine aziendale davanti al pubblico, concreti un requisito indispensabile per l'esatto adempimento della prestazione»⁴³. Nello stesso tempo, l'esercizio del potere datoriale di conformare l'abbigliamento trova un limite generale nel rispetto della dignità e della libertà dei lavoratori *ex art. 41 Cost.*⁴⁴ e un limite specifico nella correlazione tra i requisiti personali richiesti dal datore di lavoro e le mansioni svolte dal dipendente⁴⁵.

Esulano dal discorso in esame tutti quei casi in cui è imposto al lavoratore un determinato abbigliamento per motivi di sicurezza. In tali circostanze infatti non viene posto in essere il bilanciamento tra diritti fondamentali e potere del datore di lavoro a cui si allude in questa sede, infatti l'obbligo di indossare un determinato abbigliamento non è espressione di un potere del datore di lavoro, ma scaturisce da un vincolo di legge legato alla sicurezza della persona del lavoratore⁴⁶.

Tuttavia è stato sottolineato il fatto che l'art. 2087 c.c., disposizione cardine in materia di salute e sicurezza, è «dotato di una disponibilità pressoché illimitata a recepire valori culturali nuovi, ispirati non ad etiche contenutistiche fuori dal tempo, ma semplicemente ad un'etica umanistica di riconoscimento e rispetto, sempre più pieni, del valore dell'Altro»⁴⁷. Quindi proprio in virtù dell'obbligo di tutela della personalità morale del lavoratore al datore di lavoro è imposto il rispetto delle manifestazioni con cui quest'ultima si concretizza, anche attraverso l'abbigliamento⁴⁸.

Secondo una giurisprudenza, invero non recentissima, la libertà di abbigliamento prevale in linea di massima sulle esigenze del datore di lavoro⁴⁹. Tale prevalenza non è però assoluta. Sono ammessi alcuni limiti alla libertà di abbigliamento del lavoratore. Sicuramente, la libertà di abbigliamento trova un suo primo legittimo, e indiscutibile, confine nei limiti imposti dalla legge per motivi legati alla sicurezza. Un secondo limite, secondo la Corte di Cassazione, si può rinvenire nelle espresse previsioni di

⁴³ R. Nunin (1997), p. 136.

⁴⁴ R. Nunin (1997), p. 138.

⁴⁵ R. Nunin (1997), pp. 140-141.

⁴⁶ Ragionamento analogo si può fare per quei casi in cui venga imposto un determinato abbigliamento per ragioni di igiene dei prodotti manipolati. Anche in questo caso, l'obbligo non scaturisce da un potere del datore di lavoro ma, nel caso di specie, dalla tutela di un interesse generale.

⁴⁷ R. Del Punta (2006), p. 217.

⁴⁸ M. Ranieri (2010), p. 27 ss.

⁴⁹ Cass. 9 aprile 1993, n. 4307, *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 426, con nota di E. Gragnoli, *Riv. giur. lav.* 1994, II, p. 223, con nota di A. Bellavista.

particolari forme di vestiario rese obbligatorie dal datore di lavoro per ragioni produttive o di immagine. Tali previsioni possono essere contenute in clausole pattizie inserite nello stesso contratto di lavoro o in regolamenti aziendali. Il datore di lavoro potrà perciò richiedere che i lavoratori indossino vestiti formali e non *casual*, vietando ad esempio ai lavoratori di presentarsi in ufficio con un abbigliamento non standard o eccentrico (per esempio in canottiera, oppure indossando la maglia della squadra di calcio del cuore). La Cassazione individua poi un ultimo limite in ciò che è normalmente suggerito dal costume o dalle regole del vivere civile e dalla buona educazione (quest'ultimo limite potrebbe riguardare ad esempio l'uso in servizio di magliette con scritte o immagini volgari).

Ai fini della legittima limitazione della libertà di abbigliamento dei lavoratori, secondo la Corte, diventa dirimente che tale abbigliamento incida sull'esecuzione della prestazione lavorativa⁵⁰. In altri termini, l'abbigliamento del lavoratore, influenzando l'immagine aziendale, deve concretizzare un requisito indispensabile per un diligente adempimento della prestazione lavorativa⁵¹. La limitazione dell'abbigliamento deve quindi essere legata alla sussistenza di ragioni legate all'attività produttiva o all'immagine aziendale⁵². È indubitabile, infatti, che la diligenza imposta al lavoratore possa concretizzarsi anche nell'appropriatezza del suo abbigliamento, in relazione alle mansioni cui è adibito, e che il datore possa prescrivere – per ragione di sicurezza o per esigenze connesse all'immagine, al decoro o all'organizzazione dell'impresa – precisi canoni di abbigliamento ai suoi dipendenti, nel rispetto naturalmente della libertà e dignità dei lavoratori posta, dallo stesso art. 41 Cost., come limite alla libertà di iniziativa economica privata. È il caso, ad esempio, dell'imposizione di divise aziendali o di un abbigliamento “formale” per chi riveste ruoli di rappresentanza dell'azienda o comunque di contatto con il pubblico per facilitarne l'individuazione da parte dei terzi.

⁵⁰ M. Ranieri (2010), p. 26.

⁵¹ La giurisprudenza, per impedire che l'etero-regolamentazione sia frutto di un capriccio datoriale, si è espressa nel senso di ritenere legittima una limitazione in termini di abbigliamento e aspetto esteriore solo quando questa rappresenti un requisito essenziale ai fini dello svolgimento della prestazione svolta. V. in tal senso App. Milano 9 aprile 2002, *RIDL*, 2002, II, p. 658 ss., in cui si è ritenuto non sanzionabile disciplinarmente un lavoratore addetto al reparto gastronomia in un supermercato per non aver provveduto a rasarsi quotidianamente la barba, in quanto tale restrizione non rappresenta, ad avviso del giudice, un requisito indispensabile per lo svolgimento della propria prestazione lavorativa.

⁵² Pret. Roma 3 dicembre 1998.

La diligenza nello svolgimento della prestazione di lavoro, quando quest'ultima comporti il contatto con il pubblico, può implicare la necessità di una cura particolare, da parte del lavoratore, del proprio aspetto fisico e pertanto della pulizia personale, della pettinatura dei capelli, della rasatura della barba, dell'appropriatezza dell'abbigliamento; oppure può implicare, per radicata consuetudine oltre che per esigenze funzionali, la necessità che il lavoratore indossi (e mantenga in perfetto ordine) una particolare divisa, come nel caso dei vigili urbani, o in quello delle *hostess* e degli *stewards* di una compagnia di volo⁵³.

Merita di essere segnalato, tuttavia, che il limite alla libertà di abbigliamento dei lavoratori è relativo e non assoluto.

La relatività del limite si può cogliere da due punti di vista. In primo luogo, dipende dal tipo di attività svolta dal datore di lavoro e dal tipo di mansioni che il lavoratore svolge all'interno dell'organizzazione. Il fatto che il tipo di attività esercitata dal datore di lavoro condizioni i parametri di valutazione della limitazione dell'abbigliamento emerge in modo evidente da un caso degli anni '80 in cui fu giudicato legittimo il licenziamento di una lavoratrice assunta come animatrice presso una discoteca a Ischia che si era rifiutata di indossare un vestito a due pezzi che lasciava scoperte le spalle e l'ombelico, giudicando tale abbigliamento lesivo della propria dignità morale⁵⁴. Di diverso avviso fu però il giudice che valutò la pretesa lesione della dignità morale in base alle aspettative relative al luogo di lavoro e alla mansione svolta dalla lavoratrice.

La limitazione è relativa anche da un secondo punto di vista. Essa infatti dipende, ed è influenzata, dalla moda del momento⁵⁵. In ogni caso, non può dipendere dal "gusto" del datore di lavoro.

Le considerazioni fin qui svolte in tema di abbigliamento del lavoratore possono subire degli adattamenti significativi se vengono collocate nelle organizzazioni di tendenza. In tali organizzazioni infatti, per quanto riguarda le mansioni connotate, è richiesta al lavoratore l'adesione ai valori propugnati dal datore di lavoro⁵⁶. Per quanto in questa sede rileva, tale

⁵³ M. Ranieri (2010), p. 19. Secondo P. Ichino (2002), p. 658, «la diligenza nello svolgimento della prestazione, quando questo comporti il contatto con il pubblico, può implicare la necessità di una cura particolare da parte del lavoratore del proprio aspetto fisico e pertanto della pulizia personale, della pettinatura dei capelli, della rasatura periodica della barba, dell'appropriatezza dell'abbigliamento».

⁵⁴ Pretore di Milano, 13 luglio 1987, *Giur. Cost.*, 1987, II, p. 150.

⁵⁵ M. Ranieri (2010), pp. 6-7.

⁵⁶ M. Ranieri (2017), pp. 248-249, sottolinea il fatto che se questa adesione venisse imposta dal datore di lavoro non di tendenza, o nelle organizzazioni di tendenza ma per

adesione può comportare risvolti dal punto di vista dell'abbigliamento del lavoratore. In questo ambito però non si dovrebbe configurare una compressione dei diritti del lavoratore poiché, a meno che l'adesione all'ideologia datoriale sia imposta, il lavoratore dovrebbe allinearsi all'ideologia datoriale spontaneamente e, di conseguenza, conformare il proprio abbigliamento alle esigenze datoriali non a seguito di una imposizione, ma in ragione delle proprie tendenze (politiche, culturali, religiose)⁵⁷.

Il problema si pone nel caso in cui il lavoratore non sia più in linea con la tendenza dell'organizzazione. In questo caso si possono aprire due scenari possibili: se ci limitassimo a ragionare esclusivamente in termini di ampiezza dell'oggetto del contratto o di diligenza richiesta dall'interesse dell'impresa ogni deviazione del comportamento del lavoratore rispetto alla tendenza dell'organizzazione determinerebbe un inadempimento. Se invece ragioniamo in termini di diritti fondamentali il discorso è diverso, ma non necessariamente più confortante. In diverse pronunce infatti i giudici sembrano limitare alcuni diritti fondamentali del lavoratore, seppur solo nella misura in cui questo sia indispensabile «a garantire altri diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà dei partiti politici e dei sindacati, la libertà religiosa e la libertà di scuola»⁵⁸.

3.1 Abbigliamento e divieto di discriminazione

Quando si parla di abbigliamento del lavoratore e, in particolare, del diritto del lavoratore ad esprimere la sua personalità morale attraverso l'abbigliamento non si può eludere la questione della discriminazione.

In dottrina il divieto di discriminazione viene interpretato (Ranieri) come «un limite ultimo, di chiusura, invocabile in tutte le ipotesi in cui gli altri non garantiscano un adeguato freno alle pretese datoriali, di matrice ideologica e/o culturale, che travolgono la persona del lavoratore imponendo l'adesione ai valori dell'organizzazione»⁵⁹. Vi è anche chi (Chieco) ritiene

mansioni neutre, si solleverebbe il problema della possibile compressione dei diritti fondamentali del lavoratore.

⁵⁷ M. Ranieri (2017), p. 77 ss.

⁵⁸ Cass. 16 giugno 1994, n. 5832. In questo caso il licenziamento di un docente di educazione fisica, dipendente di una scuola cattolica, motivato dal fatto che lo stesso avesse contratto matrimonio civile è stato giudicato illegittimo dalla Cassazione, sulla scorta del fatto che la mansione svolta dal lavoratore in questione deve essere considerata neutra e quindi la limitazione del suo diritto fondamentale non è giustificata.

⁵⁹ M. Ranieri (2017), p. 295.

che, in assenza delle tutele antidiscriminatorie, «lo spazio dei diritti fondamentali attivi nella dimensione del contratto di lavoro quasi scompare»⁶⁰. Il divieto di discriminazione rappresenta infatti un limite al potere direttivo del datore di lavoro a tutela della persona del lavoratore. L'obiettivo del paragrafo è quello di ricostruire, per sommi capi, la normativa antidiscriminatoria per valutare l'effettività dei limiti imposti da tale normativa. Tali conclusioni sono oggetto dell'ultimo paragrafo del capitolo.

Nel nostro ordinamento il divieto di discriminazione si fonda sul principio di eguaglianza, «principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura»⁶¹. Si tratta tuttavia di un principio che si articola a sua volta in due distinti, ma correlati, principi: quello di eguaglianza formale e quello di eguaglianza sostanziale.

Come sottolineato da Bobbio, «il significato dell'eguaglianza, nelle costituzioni moderne, è quello di eguaglianza nei diritti, vale a dire eguale garanzia di accesso e di godimento dei diritti fondamentali»⁶². La nostra Costituzione, a tal fine, impedisce di fare delle differenze, basate sui fattori elencati nell'art. 3, comma 1, nel godimento dei diritti fondamentali. La Corte costituzionale fa derivare da tale principio il corollario secondo il quale persone che sono in situazioni analoghe devono essere trattate nel medesimo modo e persone in situazioni diverse devono essere trattate diversamente, purché – giova ripeterlo – il motivo di differenziazione non sia uno di quelli elencati nell'art. 3, comma 1, Cost.

L'eguaglianza nei trattamenti e l'assenza di discriminazione non esaurisce l'orizzonte programmatico della Costituzione. Al comma 2, del medesimo art. 3, è infatti imposto l'obbligo alla Repubblica di rimuovere eventuali ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Il costituente, così disponendo, dimostra di avere spostato l'obiettivo di realizzazione dell'eguaglianza ben oltre la mera rimozione delle discriminazioni. La disparità di condizioni economiche e sociali determina infatti diseguaglianze di fatto che il solo principio di eguaglianza formale non sarebbe in grado di contrastare.

⁶⁰ P. Chieco (2015), p. 123.

⁶¹ Corte cost. n. 25 del 1966, in *G. cost.*, 1966, 241.

⁶² N. Bobbio (1995).

Il principio di eguaglianza sostanziale, all'opposto di quello formale, non impone di fare astrazione delle differenze ma, nella consapevolezza che tali differenze possono comportare svantaggi per alcuni gruppi di persone, impone di "parificare" le diverse situazioni eliminando, o riducendo, le conseguenze sfavorevoli che derivano da tali differenze⁶³. Il perseguimento dell'eguaglianza sostanziale perciò impone, come è stato sottolineato in dottrina, di tenere conto di tutte quelle differenze che il principio di eguaglianza formale imporrebbe di non considerare⁶⁴.

La dialettica tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale si riflette, d'altronde, negli strumenti del diritto antidiscriminatorio. Il divieto di discriminazione diretta è infatti funzionale alla realizzazione del principio di eguaglianza formale, mentre il divieto di discriminazione indiretta si spiega alla luce del principio di eguaglianza sostanziale⁶⁵. Non interessa in questa sede ricostruire le nozioni di discriminazione e le relative fonti. Ai nostri fini è sufficiente ricordare che siamo in presenza di discriminazione diretta ogni qual volta si sostanzia un trattamento differente, a parità di situazione, sulla base di un fattore vietato di discriminazione (sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, disabilità, età, orientamento sessuale). Due sono gli elementi essenziali della nozione di discriminazione diretta che meritano di essere sottolineati: il giudizio comparativo; la valutazione oggettiva. Il giudizio comparativo implica che per valutare se sussista la discriminazione devono essere poste a confronto due situazioni analoghe, presenti, future o ipotetiche⁶⁶; la valutazione oggettiva implica che affinché si consideri integrata la discriminazione non è necessario che vi sia l'intento dell'agente, ma che si verifichi l'effetto discriminatorio.

Elementi essenziali della nozione di discriminazione indiretta sono invece «una situazione oggettiva di svantaggio; la presenza di una misura neutra; l'effetto di disparità di trattamento (anche solo potenziale) di tale

⁶³ M.V. Ballestrero, G. De Simone (2017), p. 282.

⁶⁴ G. De Simone (1994), p. 27, sostiene che «per raggiungere l'eguaglianza sostanziale, dunque, occorre "sacrificare" l'eguaglianza formale, o almeno prescindere dall'eguaglianza come diritto individuale». Da parte di altra dottrina (U. Romagnoli (1975), p. 171 ss.) è stato sottolineato come il secondo comma dell'art. 3 Cost., in ragione della sua temuta portata eversiva, nell'interpretazione della Corte costituzionale venisse messo in secondo piano rispetto al primo comma, quasi che rappresentasse «la cattiva coscienza dell'ordinamento e dei suoi sacerdoti».

⁶⁵ M.V. Ballestrero (2004), p. 512; G. De Simone (2003), p. 711 ss. In senso contrario R. Del Punta (2002).

⁶⁶ Sulla natura comparativa, e non assoluta, del divieto di discriminazione e per gli ulteriori riferimenti bibliografici v. le chiarissime riflessioni di M.V. Ballestrero (2004), pp. 515-516; M.V. Ballestrero (2005), pp. 14-17.

misura»⁶⁷. Nella discriminazione indiretta perciò la differenza di trattamento non è basata su un fattore di discriminazione, ma su una misura apparentemente neutra che comporta una situazione oggettiva di svantaggio per una determinata categoria di persone⁶⁸. La nozione di discriminazione indiretta disvela come un criterio “cieco alle differenze” possa in realtà determinare effetti discriminatori: in ciò si può cogliere il suo stretto collegamento con il principio di eguaglianza sostanziale.

Solo attraverso l’attuazione dell’eguaglianza sostanziale, l’ordinamento supera la connotazione asettica e neutra della concezione tradizionale di eguaglianza, che formalmente colloca «al centro dell’universo giuridico un soggetto astratto, spogliato di qualunque caratteristica personale, al fine di realizzare l’obbiettivo dell’uguaglianza tra cittadini», ma che in realtà si riferisce a «un soggetto ben preciso, l’uomo bianco, adulto, sano», con la conseguenza che «l’uguaglianza formale rende alcuni soggetti “più uguali” di altri»⁶⁹. La presenza nella nostra Costituzione del principio di eguaglianza in senso sostanziale consente di compiere un passo decisivo verso la considerazione delle differenze di fatto che contraddistinguono le persone. In dottrina è infatti stato sottolineato che «ignorare il carattere culturalmente connotato del diritto significa, (...) negare rilevanza giuridica alle differenze culturali e può compromettere la garanzia dell’eguaglianza di ogni individuo nel godimento dei diritti fondamentali»⁷⁰.

Tra gli strumenti per la realizzazione dell’eguaglianza sostanziale assumono notevole rilievo le azioni positive. Le azioni positive, o *affirmative action*, possono concretizzarsi in azioni positive promozionali, in azioni positive risarcitorie e in azioni che si sostanziano in trattamenti preferenziali. Queste ultime sono ritenute essere le azioni positive “in senso stretto”, secondo l’accezione più largamente accettata anche a livello europeo⁷¹. Le

⁶⁷ M.V. Ballestrero, G. De Simone (2017), p. 285.

⁶⁸ In generale sulla nozione di discriminazione v. M. Barbera (1994), p. 46 ss.

⁶⁹ L. Mancini (2018), p. 12. O. Giolo (2015), p. 68 e p. 72, ritiene che (p. 68) il primo contributo in cui viene sottolineata la necessità di ripensare al soggetto di diritto, contestandone la sua pretesa neutralità risale al 1791 e può essere attribuito a Olympe de Gouges, drammaturga francese. Quest’ultima «nel momento in cui scrisse la Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina – declinando al femminile, nel 1791, la dichiarazione della Rivoluzione francese – propose infatti uno “sdoppiamento” del soggetto di diritto tradizionale, svelandone l’identità sessuata. De Gouges intuì, dunque, il “peccato originale” del diritto, riconoscendolo nella rappresentazione giuridica monosessuata dell’essere umano». Vedi *amplius* sulla figura di Olympe de Gouges M.V. Ballestrero (1997), pp. 29-37.

⁷⁰ P. Parolari (2016), p. 2.

⁷¹ M.V. Ballestrero, G. De Simone (2017), p. 297.

azioni positive in senso stretto hanno la finalità di raggiungere l'eguaglianza sostanziale tra persone che versano in condizioni differenti in ragione di uno dei fattori individuati dall'ordinamento come ragioni di discriminazione.

Controverso e labile è il confine tra le azioni positive, legittime poiché rispondenti al principio di eguaglianza sostanziale, e la discriminazione a rovescio, o *reverse discrimination*, «discriminazione diretta di una determinata classe di persone». La discriminazione a rovescio può configurarsi nel momento in cui venga posto in essere «un trattamento preferenziale non giustificato alla luce del principio di eguaglianza sostanziale, che costituisce il suo fondamento ed anche il suo limite»⁷². Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, nazionale e della CGUE, la legittimità delle azioni positive deve essere valutata sulla base della temporaneità e della proporzionalità relativa al singolo fattore di discriminazione⁷³.

Nei limiti in cui l'azione positiva è legittima, rappresenta uno strumento che, in virtù di quanto sancito dall'art. 3, comma 2, Cost., ha l'obiettivo di rimuovere, o quanto meno ridurre, le disuguaglianze provocate dalle differenze tra individui, e quindi sicuramente ha uno scopo diverso rispetto ai divieti di discriminazione diretta. In dottrina è stata usata una metafora che rende bene l'idea dei diversi fini del divieto di discriminazione e delle azioni positive. Il divieto di discriminazione può essere rappresentato come uno scudo e le azioni positive possono essere efficacemente immaginate come una spada⁷⁴.

3.2 Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro e i diritti del lavoratore

Il principio di eguaglianza sancito nell'art. 3 della Costituzione costituisce uno dei «cardini essenziali» sui quali il diritto del lavoro ha avuto modo di formarsi⁷⁵. In tale principio trova infatti fondamento la necessità di

⁷² M.V. Ballestrero, G. De Simone (2017), p. 297. Vedi *amplius* sul tema G. De Simone (2001), pp. 1-14 e pp. 159 ss.; M.V. Ballestrero (2006), p. 59 ss.

⁷³ M.V. Ballestrero, G. De Simone (2017), p. 299. Sulle azioni positive v. più in generale i commenti alla l. n. 125 del 1991 di M.V. Ballestrero (1994), p. 11 ss., di G. De Simone (1994), p. 21 ss. e di L. Guaglianone (1994), p. 28 ss. G. De Simone, in particolare, ricostruisce le obiezioni, «serie e meno serie», alle azioni positive.

⁷⁴ M. Barbera (2002), p. 805 ss.

⁷⁵ Per ricostruire il dibattito sul principio di eguaglianza v. L. Gianformaggio (1992), pp. 187 ss.; R. Guastini (1992), pp. 205 ss.; A. Supiot (1992), pp. 211 ss.; M.V. Ballestrero

stabilire regole uniformi per tutti i lavoratori al fine di tutelare il soggetto debole del rapporto di lavoro⁷⁶, al fine quindi di preservare anche la dignità dello stesso lavoratore. Infatti in dottrina è stato sottolineato il collegamento tra eguaglianza e dignità⁷⁷.

L'incidenza del principio di eguaglianza sulle regole del rapporto di lavoro è, in linea di principio, molto ampia: secondo la sentenza n. 163 del 1993⁷⁸ della Corte costituzionale, il principio di eguaglianza impone al giudice di verificare che sia rispettata: «a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita».

A ciò si aggiunga che, da molti anni ormai, l'eguaglianza agisce nell'ambito del diritto del lavoro non soltanto come principio informatore delle discipline lavoristiche, ma anche come principio ispiratore di norme volte a limitare i poteri riconosciuti al datore di lavoro nel rapporto con il lavoratore subordinato.

Con l'emanazione della l. n. 300 del 1970, c.d. Statuto dei lavoratori⁷⁹, la Costituzione entra in fabbrica⁸⁰, e con essa entrano in fabbrica l'eguaglianza e i divieti di discriminazione. Gli artt. 15 e 16 possono essere considerati l'avvio di un percorso a più tappe della normativa antidiscriminatoria. Le altre tappe principali (senza pretesa di esaustività)

(1992), pp. 577 ss.; P. Comanducci (1992), pp. 589 ss.; M. D'Antona (1992), pp. 597 ss.; M.V. Ballestrero (1994), pp. 14-17; F. Rescigno (2015), p. 83 ss.

⁷⁶ S. Petitti (2013), p. 21.

⁷⁷ R. Del Punta (2006), pp. 203-204; B. Veneziani (2010), p. 277. Anche la Corte di giustizia (caso Coleman, C-303/06) ha sottolineato che l'uguaglianza sottende l'implicito riconoscimento della dignità umana.

⁷⁸ Corte cost n. 163 del 1993, *Corriere giuridico*, 1993, p. 926, con nota di Barbera; *Rivista giuridica del lavoro*, 1993, II, p. 294, con nota di Colacurto; *Rivista di diritto del lavoro*, 1994, II, p. 451, con nota di Isenburg; *Diritto del lavoro*, 1994, II, p. 135, con nota di Fittante.

⁷⁹ M.V. Ballestrero (2010), p. 12, definisce lo Statuto dei lavoratori come un «*bill of rights*» o «una Carta di diritti fondamentali e indisponibili».

⁸⁰ Era questo l'auspicio formulato da G. Di Vittorio fin dal Congresso della CGIL del 1952.

sono rappresentate dalla normativa antidiscriminatoria degli anni '70⁸¹; dalla l. n. 125 del 1991 (tale legge ha il merito di aver contribuito a compiere il passaggio da una tutela fondata sull'art. 3, comma 1, Cost., a una tutela fondata sull'art. 3, comma 2, Cost.); dalle discipline antidiscriminatorie (frutto della trasposizione delle direttive di seconda generazione) degli anni 2000⁸².

Queste discipline hanno consentito di superare l'approccio fondato sull'eguaglianza formale, consentendo di dare spazio alla tutela delle differenze anche nel diritto del lavoro. Non è stato un percorso semplice, tanto è vero che, come è stato osservato, le differenze spesso vengono ancora "etichettate" «come eccezioni rispetto al paradigma universale del lavoratore subordinato: il tradizionale lavoratore bianco, italiano, cattolico, maschio, adulto, eterosessuale, capofamiglia». Questo considerare le differenze come eccezioni ha portato «a concepire gli strumenti di diritto diseguale come temporanee eccezioni alla regola»⁸³.

Nel diritto del lavoro tuttavia emerge un elemento di complicazione ulteriore rispetto a quelli, sinora rilevati, relativi alla non sempre facile coesistenza tra misure di eguaglianza formale e misure di eguaglianza sostanziale. La complicazione, come anticipato prima, deriva dal fatto che nel rapporto di lavoro il cittadino-lavoratore è nello stesso tempo titolare di diritti fondamentali (compreso quello di non essere discriminato), ma è anche tenuto ad adempiere all'obbligazione di lavorare in condizione di subordinazione giuridica.

3.3 L'utilizzo del velo al lavoro, tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta

Alcuni dei casi più discussi negli ultimi anni hanno riguardato il diritto fondamentale ad esercitare la propria fede religiosa e il conseguente divieto di essere discriminati per tale motivo nel rapporto di lavoro. Spunti interessanti in tal senso, provengono dalla giurisprudenza sull'utilizzo del velo al lavoro quale espressione del proprio credo religioso. Casi in cui quindi

⁸¹ In particolare, l. n. 903 del 1977, c.d. legge di parità, le cui disposizioni ancora in vigore sono contenute nel d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna).

⁸² Si fa riferimento alle direttive 2000/43 e 2000/78 trasposte nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 215 del 2003 e con il d.lgs. n. 216 del 2003.

⁸³ G. De Simone (2001), pp. 9-10.

il credo religioso impone al lavoratore di indossare un determinato capo di abbigliamento.

Utili ai fini del presente lavoro sono due sentenze della CGUE riguardanti la legittimità del licenziamento fondato sull'utilizzo del velo al lavoro⁸⁴ e una sentenza italiana su di un caso di mancato accesso ad una selezione di lavoro per il rifiuto della lavoratrice di togliere lo *hijab*⁸⁵.

Per prima cosa è necessario ripercorrere, per sommi capi, i tratti essenziali dei casi decisi dalla CGUE. In entrambe le circostanze la decisione riguardava casi di licenziamento di lavoratrici che si erano rifiutate di togliere lo *hijab* al lavoro, nonostante fosse stata resa loro chiara la politica di neutralità adottata delle rispettive aziende per cui lavoravano, in virtù della quale i dipendenti non potevano indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose.

Nelle due fattispecie giudicate dalla CGUE ricorrevano tre elementi comuni: la volontà delle lavoratrici di indossare lo *hijab*, una politica societaria di neutralità rispetto a qualunque simbolo religioso o politico e il fatto che le mansioni svolte dalle lavoratrici in questione comportassero il contatto delle stesse con la clientela. Nonostante la somiglianza dei casi, le decisioni della Corte differiscono parzialmente.

Nel caso *Achbita* la lavoratrice, di fede mussulmana, lavorava come receptionist presso un'impresa che fornisce servizi di ricevimento e accoglienza per clienti del settore pubblico e privato. Achbita viene licenziata, dopo tre anni dall'assunzione a tempo indeterminato, perché secondo il datore di lavoro contravviene alla politica di neutralità dell'azienda indossando lo *hijab* a lavoro. La Corte non ha rinvenuto nella politica di neutralità della società convenuta, che imponeva il divieto ai lavoratori aventi contatti con clienti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose, gli estremi di una discriminazione diretta, rinviando tuttavia al giudice nazionale la valutazione circa la possibile integrazione di una discriminazione indiretta nel caso in cui tale pretesa di neutralità comporti «un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia»; la discriminazione indiretta è

⁸⁴ Corte di Giustizia Grande Sezione- Sentenza 14 marzo 2017- Causa C-157/15 – Achbita e altro contro G4S Secure Solutions NV; Corte di Giustizia - Grande Sezione – Sentenza 14 marzo 2017 -Causa C.188/15 Bougnaoui e altro contro Micropole SA. Commenta le sentenze R. Cosio (2017), p. 450 ss.; A. Guariso (2018); M. Capponi (2018), p. 1.

⁸⁵ Trib. di Lodi 3 luglio 2014 e, in seconde cure, App. di Milano 4 maggio 2016, n. 579.

tuttavia esclusa ove l'obbligo di neutralità «sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come il perseguimento, da parte del datore di lavoro, di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei rapporti con i clienti, e [sempre] che i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari». Precisazione quest'ultima, non priva di ambiguità che, in concreto, può chiudere le porte alla possibilità di accertare, nel caso di specie, una discriminazione indiretta.

Anche nel caso *Bougnaoui* il pomo della discordia è l'utilizzo del velo a lavoro. La lavoratrice in questione era stata licenziata a seguito della lamentela di un cliente relative al fatto che quest'ultima si era presentata al lavoro con lo *hijab*. Tuttavia questo secondo caso differisce parzialmente dal precedente poiché era in dubbio l'esistenza di una norma interna che vietasse di indossare in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose.

Coerentemente con quanto deciso nella sentenza *Achbita*, la Corte ha stabilito che, ove sia accertata la sussistenza della “politica di neutralità” dell'azienda rispetto alle convinzioni individuali dei dipendenti, il licenziamento non costituirebbe discriminazione diretta, ma solo, eventualmente, discriminazione indiretta, salvo il caso in cui la disparità di trattamento fosse oggettivamente giustificata dal perseguimento di una politica di neutralità e fosse appropriata e necessaria.

Nell'ipotesi in cui, invece, non vigesse la regola interna di neutralità, il licenziamento sarebbe illegittimo, configurandosi discriminazione diretta. Secondo la Corte, il mero fatto che un cliente non desideri che la prestazione dovuta sia eseguita da una lavoratrice che indossi il velo, come nel caso *Bougnaoui*, non configura una ipotesi di eccezione rispetto al divieto di discriminazione diretta, non essendo la pretesa o il desiderio di un cliente un requisito essenziale e determinante nello svolgimento dell'attività lavorativa.

Nei due casi emerge come la CGUE – nonostante sostenga che il legislatore europeo prediliga una nozione ampia di religione, ovvero che si debba ritenere che quest'ultima comprenda sia un «forum internum, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il forum externum, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa» – ritenga che i divieti di ostentare convinzioni personali, in particolare religiose, siano una misura neutra poiché, *rectius* se e quando, si applicano a tutti i lavoratori, rimettendo al giudice *de quo* la decisione se tale politica di neutralità possa comportare conseguenze pregiudizievoli nei confronti dei fattori protetti di discriminazione⁸⁶. In

⁸⁶ E. Tarquini (2018), p. 10.

particolare, si può affermare che una norma che vieta in nome di una politica di neutralità aziendale l'esibizione di qualsiasi simbolo religioso, ponendo quindi – almeno in apparenza – sullo stesso piano tutte le religioni, non implica necessariamente la neutralità della norma stessa, poiché non si tiene conto delle differenti prescrizioni imposte dalle stesse religioni: si finisce perciò per trattare in modo uguale situazioni diverse (la questione verrà approfondita maggiormente nelle prossime pagine)⁸⁷.

Sotto diverso profilo, inoltre, le due sentenze rivelano come, nell'ambito dei rapporti di lavoro, ai fini della configurazione o meno della fattispecie discriminatoria rilevi la "politica aziendale", ossia l'adozione, da parte dell'azienda, di una linea di gestione che privilegi, per ragioni attinenti al buon rapporto con la clientela, la neutralità religiosa. Pare dunque emergere un limite al diritto di espressione delle convinzioni del lavoratore derivante dalla condizione di subordinazione e in particolare dall'aver accettato la politica di neutralità aziendale al momento dell'assunzione.

In dottrina, è stato sottolineato, in riferimento alle due sentenze richiamate della CGUE, che «è impossibile allora non pensare che (...) la Corte abbia ridisegnato i confini dei divieti di discriminazione rendendoli assai più inoffensivi rispetto alle ragioni del mercato e insieme abbia rimesso a quelle ragioni di segnare i limiti nei quali può darsi, nelle nostre complesse società multiculturali, la convivenza di individui e gruppi portatori di diverse opinioni e idealità»⁸⁸.

Altro caso utile, ai fini del presente lavoro, è quello che ha portato alla sentenza del Tribunale di Lodi del 3 luglio 2014 e, in seconde cure, a quella della Corte di Appello di Milano del 4 maggio 2016, n. 579. Ripercorriamo brevemente il caso. La ricorrente sosteneva di essere stata discriminata poiché la società incaricata di svolgere la selezione del personale l'aveva esclusa, in seguito al suo rifiuto di togliere il velo, dalla rosa di possibili candidati per eseguire l'attività di volantaggio presso una fiera di calzature. La società convenuta si difendeva sostenendo che il velo era incompatibile con il requisito, richiesto in sede di selezione e imposto dalla società datrice di lavoro per conto della quale la convenuta stava svolgendo la selezione, di avere (e mostrare) capelli lunghi e vaporosi.

Il Tribunale non ha ravvisato gli estremi della discriminazione diretta ritenendo che il requisito di avere capelli lunghi e vaporosi possa essere inteso come un requisito essenziale. Allo stesso tempo, il giudice di prime cure ha

⁸⁷ V. Nuzzo (2017), p. 16.

⁸⁸ E. Tarquini (2018), p. 11. In merito v. S. Scarponi (2019).

escluso la configurazione di una discriminazione indiretta sostenendo che l'effetto di esclusione della candidata vi sarebbe stato anche in caso di volontà di indossare qualunque altro copricapo da parte della lavoratrice o in caso di calvizie dovute a motivi di salute. Con buona pace dell'effettività del divieto di discriminazione, il giudice ha omesso di valutare la sussistenza degli elementi integranti la discriminazione indiretta: in particolare, nella sentenza non è stata valutata la possibilità che la scelta del fattore neutro "capelli lunghi e vaporosi" potesse creare una situazione oggettiva di svantaggio per una determinata categoria di persone⁸⁹. Inoltre, il giudice di prime cure ha ritenuto rilevante per escludere la discriminazione l'assenza di un intento della società convenuta di voler discriminare la ricorrente, quando invece, come è noto, vi è discriminazione in tutti i casi in cui l'effetto oggettivamente prodotto sia discriminatorio.

A seguito della decisione della ricorrente di proporre appello, sulla vicenda si è espressa la Corte di Appello di Milano, che ha riformato la sentenza del Tribunale. Il giudice di seconde cure, in primo luogo, ribadisce la non rilevanza dell'indagine sull'intento discriminatorio. In secondo luogo, la Corte di Appello non ravvisa nel requisito "capelli lunghi e vaporosi" un requisito essenziale per lo svolgimento della prestazione lavorativa, ma solo un requisito preferenziale. Il giudice individua pertanto la configurazione di una condotta direttamente discriminatoria da parte della società convenuta.

Le pronunce prese in esame, nel loro complesso, segnalano in modo molto evidente il rischio che, nel rapporto di lavoro, il diritto di esprimere liberamente il proprio credo religioso possa essere compresso in ragione della libertà di iniziativa economica privata riconosciuta al datore di lavoro e in ragione degli obblighi gravanti sul titolare di un contratto di lavoro subordinato.

Il rischio di un indebolimento della tutela delle differenze emerge in modo ancor più evidente se poi si considera che il "problema" del velo si presenta come una combinazione tra il fattore religioso/culturale e il fattore di genere⁹⁰. In dottrina tale possibilità ha dato origine a un interessante ragionamento sulla discriminazione multipla o intersezionale. Secondo Bello, la discriminazione si può definire intersezionale quando «è basata su più fattori che interagiscono tra loro in modo da non poter più essere distinti o

⁸⁹ Commenta in maniera critica la sentenza del Tribunale B.G. Bello (2015a), p. 141 ss.

⁹⁰ B.G. Bello (2015a), p. 143.

separati»⁹¹. Bello infatti propone di leggere il “problema” del velo come una combinazione tra il fattore religioso/culturale e il fattore di genere⁹². Secondo tale Autrice la discriminazione intersezionale permetterebbe, non basandosi su un singolo fattore di discriminazione né semplicemente sommando i diversi fattori tra loro, di dare tutela a molte fattispecie concrete che oggi ne sono prive⁹³.

La questione della discriminazione multipla o multifattoriale è stata utilmente recepita dal nostro legislatore⁹⁴. In dottrina, in particolare Ballestrero, individua nel riferimento alle discriminazioni multiple⁹⁵ il pregio («uno dei rari», anche se non originale in quanto di derivazione comunitaria) della normativa antidiscriminatoria italiana (d.lgs. n. 215 e n. 216 del 2003)⁹⁶.

È opportuno segnalare, tuttavia, che tale posizione, favorevole alla valorizzazione in senso unitario delle fattispecie di discriminazione multipla, non trova consenso unanime in dottrina. Ballestrero, ad esempio, sottolinea che sarebbe opportuno continuare ad accordare una considerazione separata del fattore “genere” rispetto agli “altri” fattori, a causa della trasversalità del primo fattore: «il “genere” può *complicare* altri fattori», ma non si confonde con essi⁹⁷. Inoltre, a parere di quest’ultima Autrice, l’unificazione dei fattori (vale a dire la costruzione di una malintesa nozione di discriminazione intersezionale) potrebbe produrre dei regressi nella costruzione della nozione di discriminazione indiretta di genere⁹⁸.

Ai fini del presente lavoro, ciò che è importante segnalare è che la discriminazione in base alla religione, qualora il credo imponga di indossare il velo, si presenta con una maggiore incidenza per le donne⁹⁹. Questo

⁹¹ B.G. Bello (2015b), p. 3; B.G. Bello (2015a), p. 145.

⁹² B.G. Bello (2015a), p. 143.

⁹³ B.G. Bello (2015a), p. 148, riporta il caso della invisibilità per lungo periodo della discriminazione delle donne di colore «collocate all’intersezione tra “genere” e “razza”». Infatti, P. Parolari (2016), p. 26, sottolinea che con l’intersezionalità tra le diverse assi della discriminazione non si vogliono individuare nuovi fattori di discriminazione, ma combattere le discriminazioni che si nascondono sotto questi fattori.

⁹⁴ Sulla discriminazione multipla v. D. Gottardi (2003), p. 455 ss.

⁹⁵ Precisamente l’art. 1 del d.lgs. n. 215 e del d.lgs. n. 216 del 2003 impongono di tenere conto «del diverso impatto che le stesse forme di discriminazione possono avere su donne e uomini».

⁹⁶ M.V. Ballestrero (2004), p. 520; M.V. Ballestrero (2005), p. 20; B.G. Bello (2015a), p. 159.

⁹⁷ M.V. Ballestrero (2005), p. 20.

⁹⁸ M.V. Ballestrero (2005), p. 21.

⁹⁹ Sulla questione del velo e, più in generale, per alcune considerazioni sul corpo delle donne v. gli interessanti contributi di O. Giolo (2011), p. 335 ss.; M.G. Bernardini (2011), p. 385 ss.; C. De Gregorio, N. Vassallo (2011), p. 403 ss.; M. Parisi (2018), p. 295 ss. (in particolare l’Autore ricostruisce gli orientamenti tenuti dalla CEDU sulla questione del velo).

comporta per il genere femminile un rischio di essere discriminate per motivo religioso esponenzialmente superiore a quello di un uomo¹⁰⁰.

Ripercorrendo questi casi concreti ci si accorge che spesso i diritti dei lavoratori e, in percentuale assai superiore, delle lavoratrici, vengono ingiustamente compressi nel rapporto di lavoro e che spesso, alla prova dei fatti, anche l'ultimo baluardo rappresentato dal divieto di discriminazione cede sotto il peso delle esigenze datoriali.

Tale conclusione non ha certo la pretesa di essere valida per tutti i casi di bilanciamento, però è una spia rappresentativa del fatto che troppo spesso le tutele fanno fatica ad uscire dalla "carta". L'impegno deve essere volto a garantire una tutela a tutto tondo della persona del lavoratore, poiché giova ricordare che nella nostra Costituzione il lavoro non è visto come un «mero strumento di guadagno, ma mezzo necessario per l'affermazione della persona»¹⁰¹. È perciò fondamentale che il lavoratore in quanto persona riesca a far valere i propri diritti, altrimenti vano sarebbe il riconoscimento in capo a quest'ultimo «di propri diritti di libertà verso lo "Stato grande", se (lo stesso potesse) impunemente esserne derubato in quella specie di "piccolo Stato" che (è) la fabbrica»¹⁰².

¹⁰⁰ M. Capponi (2018), p. 9, sostiene infatti la «quasi irrilevanza nella casistica pratica di una simbologia "al maschile"».

¹⁰¹ C. Mortati (2005), p. 12. Secondo S. Del Rey Guanter (1994), p. 30, «la persona umana, e più concretamente, la protezione della sua dignità e il potenziamento dello sviluppo della sua personalità, stabilisce un vaso comunicante diretto tra Costituzione e ordinamento giuslavoristico». Infatti «quello del lavoro è un ambito essenziale nella dignità dell'uomo».

¹⁰² G. Ghezzi, U. Romagnoli (1995), p. 16.

CONCLUSIONI

Nello svolgimento di questa tesi sono stati affrontati alcuni dei nodi cruciali del pensiero giuslavoristico sul contratto di lavoro. Il percorso ricostruttivo compiuto attraverso la ricognizione degli approdi teorici prevalenti nel dibattito dottrinale ha consentito in alcuni casi di raggiungere conclusioni se non certe, almeno affidabili; in altre occasioni, invece, l'indagine compiuta non ha portato a conclusioni altrettanto attendibili, ma è stata comunque utile per meglio comprendere le opzioni teoriche che sono alla base di divergenze dottrinali che hanno caratterizzato i dibattiti del passato, ma che, almeno in parte, si ripropongono anche in quelli attuali.

1. Nel percorso di ricerca seguito per svolgere la tesi è emersa, come questione di centrale importanza, l'individuazione del perimetro entro il quale contenere l'oggetto del contratto di lavoro subordinato. Sulla questione pare essere predominante la tesi che considera implicata nell'oggetto del contratto di lavoro la persona del lavoratore.

Le letterature consultate per affrontare l'argomento hanno consentito di individuare (come si evince da quanto esposto nel primo e nel terzo capitolo della tesi) tra gli Autori che si sono occupati della definizione dell'oggetto del contratto di lavoro subordinato e dell'implicazione della persona del lavoratore: Barassi e Carnelutti, per il periodo che si colloca agli albori della nostra disciplina, e, in tempi assai più recenti, Supiot. Come si è cercato di mettere in evidenza nel primo capitolo della tesi, Barassi e Carnelutti avevano idee opposte riguardo all'individuazione dell'oggetto del contratto di lavoro. Secondo Barassi (nella I edizione del 1901) l'oggetto del contratto di lavoro, inteso come prestazione lavorativa, non era separabile dalla persona del lavoratore; nel contratto di lavoro – egli affermava – il lavoro è indissolubile dalla persona. Carnelutti riteneva invece che oggetto del contratto di lavoro fossero le “energie lavorative”. Il termine “energie” era utilizzato da Carnelutti per dimostrare la separabilità delle energie lavorative dal corpo che le produce, proprio come l'energia elettrica è separabile dalla fonte che la produce. Carnelutti, insomma, riteneva che la “cosa” (le energie) che costituiva oggetto del contratto di lavoro potesse essere tenuta distinta dalla persona di colui il quale delle energie era prestatore.

Barassi (nella seconda edizione dell'opera dedicata alla costruzione di una teoria del contratto di lavoro) cambia parzialmente idea e individua l'oggetto del contratto di lavoro nella “promessa del lavoro”. Circoscrivendo

l'obbligazione dedotta in contratto alla promessa del lavoro, e non direttamente al lavoro, Barassi cerca di accantonare definitivamente il rischio che la subordinazione si traduca in signoria sulla persona del lavoratore. Il sinallagma contrattuale si riduce perciò, per Barassi, ad uno scambio tra la promessa di mercede, fatta dal datore di lavoro, e la promessa del lavoro, fatta dal lavoratore. Da ciò consegue che la prestazione non è oggetto in senso proprio del contratto, ma è "l'obiettivo" del contratto. Barassi non aveva cambiato idea riguardo alla inseparabilità del lavoro dalla persona, ma aveva ritenuto che l'oggetto del contratto di lavoro potesse essere individuato più utilmente nella promessa di lavoro invece che nella prestazione lavorativa.

L'idea di "tenere fuori" dal contratto la persona del lavoratore viene ripresa più di recente da Supiot: la suggestiva lettura dell'opera dell'illustre giurista francese ha indubbiamente stimolato chi scrive ad approfondire la ricerca sull'oggetto del contratto di lavoro e sulla definizione di una nozione che consenta di riflettere sul significato della formula, spesso acriticamente ripetuta, della implicazione della persona nel contratto. Chiarisce Supiot che ragionare in materia di oggetto del contratto implica due livelli di analisi successivi: in primo luogo quello dell'oggetto dell'obbligazione di ciascuna delle parti, e cioè le prestazioni dovute dalle parti, e in secondo luogo quello dell'oggetto della prestazione lavorativa. Supiot (come si è cercato di mettere in evidenza nel terzo capitolo della tesi), sostiene che l'oggetto della prestazione è costituito dal corpo del lavoratore. Il coinvolgimento del corpo nella relazione di lavoro non dipende in effetti dalla natura manuale o intellettuale della prestazione oggetto del rapporto di lavoro: il coinvolgimento del corpo vi è in tutti e due i casi e in maniera indissolubile, poiché nello svolgimento della prestazione lavorativa vi è alienazione di energia muscolare e mentale. Secondo l'Autore, far finta di non vedere il coinvolgimento del corpo nella relazione di lavoro è come voler fingere di non vedere il naso in mezzo al volto.

Ovviamente Supiot ammette che il rifiuto di ammettere tale coinvolgimento deriva dall'idea, profondamente ancorata nelle coscienze, che il corpo non può essere una cosa in commercio e che il diritto dell'uomo sul suo corpo è necessariamente di natura extra patrimoniale. Se la concezione patrimoniale del rapporto con il corpo si trova oggi in linea di principio rifiutata è perché si teme che essa possa condurre ad assimilare il corpo ad una cosa distinta dalla persona mentre in realtà è la persona stessa. Il corpo umano, nella visione più diffusa, non potendo essere assimilato ad una cosa, è considerato "fuori commercio": ma se ciò fosse vero, obietta Supiot, si

dovrebbe ritenere nullo ogni accordo di cui ne fosse l'oggetto. Il corpo del lavoratore è invece inevitabilmente coinvolto in un contratto della cui validità nessuno sembra dubitare: il corpo del lavoratore, che tale Autore sostiene essere "la maschera" (nel senso teatrale classico) del lavoratore, è oggetto del contratto di lavoro subordinato.

La finzione della "maschera" è un artificio creato dal diritto per fondare la validità del contratto di lavoro, nel timore di fare del corpo l'oggetto di un contratto di scambio. Tuttavia, la maschera oggetto del contratto dovrebbe restare, per Supiot, distinta dalla persona del lavoratore: la persona, rimanendo "fuori" dal contratto, recupererebbe libertà e autonomia. Lasciare intendere che l'oggetto del contratto di lavoro è la persona del lavoratore nel suo insieme, e non solo la maschera, condurrebbe ad una completa reificazione della persona stessa, che il diritto ha già, giustamente, avuto merito di limitare. Secondo Supiot, dunque, affermare, in generale, che è la persona tutta intera che forma l'oggetto della prestazione è scorretto. Fatta salva l'esigenza di una esecuzione delle obbligazioni contrattuali secondo buona fede, il lavoratore è libero di conservare la propria personalità e le proprie opinioni, ed è libero di non rivelare la sua vita privata.

La tesi di Supiot, anche se orientata al meritevole fine di proteggere le libertà personali del lavoratore, non è stata risparmiata da critiche che si ritiene di condividere. In particolare, la critica mossa da Grandi sembra convincente. Quest'ultimo Autore sostiene che, essendo – a suo avviso – la persona inseparabile dal lavoro che presta, la persona stessa debba essere coinvolta nell'area dell'oggetto del contratto. Ciò comporterebbe la conseguenza, secondo Grandi, di rendere impossibile discernere ciò che della personalità entra nell'oggetto e ciò che non vi rientra. Il fatto che il rapporto di lavoro comporti il coinvolgimento della persona nell'esecuzione del contratto è dimostrato dal fatto che le disposizioni legislative che regolano i rapporti di lavoro sono destinate a disciplinare non tanto il lavoro come astrazione, quanto la persona del lavoratore che è integralmente coinvolta nell'esecuzione della prestazione di lavoro dedotta in contratto. Così ragionando, il coinvolgimento della persona nel contratto di lavoro assume il carattere di assioma e il contratto, e in particolare il suo oggetto, assume il ruolo di punto di equilibrio in cui si confrontano i poteri tipici del datore di lavoro e i diritti della persona del lavoratore.

Alla luce di tale ragionamento, risulta preferibile la scelta di una nozione di oggetto del contratto nella quale si contempla il pieno coinvolgimento della persona del lavoratore. L'oggetto definito in tale modo

contribuisce a definire l'estensione degli obblighi del lavoratore e i limiti imposti ai poteri del datore di lavoro in funzione appunto della salvaguardia dei diritti della persona del lavoratore. Il bilanciamento di questi ultimi con le esigenze organizzative e produttive dell'impresa, che pure godono di protezione costituzionale, non può intaccare la sfera della libertà e della dignità del lavoratore. Questa conclusione, che sembra essere scontata, lascia comunque aperto il problema, nei casi concreti di bilanciamento, di quale debba o possa essere, di volta in volta, il punto di equilibrio tra i diritti di cui è titolare il lavoratore, la cui persona è implicata nel contratto, e i poteri di cui il diritto riconosce al datore di lavoro la titolarità. Come sottolineato nell'ultimo capitolo della tesi, infatti, non vi è un unico punto di bilanciamento possibile, che sia valido in tutti i casi, ma è necessario trovarlo in ogni situazione, ragionando sulle specificità del caso concreto. Nel ragionamento occorre tuttavia tenere salde le premesse: solo ammettendo che la persona è coinvolta nell'oggetto del contratto, si può limitare il potere del datore di lavoro bilanciandolo con i diritti fondamentali di cui il lavoratore gode in quanto persona e che quindi "entrano" con essa nel contratto.

2. Strettamente connessa alla questione della definizione dell'oggetto del contratto e all'implicazione della persona è un'altra questione di centrale rilevanza: la nozione di subordinazione giuridica. Ripercorrendo la vasta letteratura in materia è stato possibile individuare una soluzione dominante. Pur in presenza di posizioni dottrinali giurisprudenziali variegata, è emerso come ancora oggi, come settant'anni fa, il cuore della nozione di subordinazione è rappresentato dalla eterodirezione. Si può anzi rilevare un tendenziale restringimento della nozione di cui all'art. 2094 c.c. intorno all'eterodirezione. Ovviamente il potere direttivo non deve essere inteso come un vincolo di soggezione personale, che ricorda quello tipico delle opere servili, o esclusivamente come quello che caratterizza il vincolo di subordinazione tipico della catena di montaggio e che quindi non si concretizza solo nel contratto di lavoro subordinato "tipico" dell'operaio.

A sostegno della tesi che il cuore pulsante della subordinazione sia il potere direttivo, vi è il fatto che, ancora di recente, il legislatore nel disciplinare le collaborazioni etero-organizzate abbia usato il termine organizzazione per differenziarlo da direzione. Forse ancora più significativo della centralità e della attualità del criterio della eterodirezione nella qualificazione del rapporto di lavoro subordinato è il fatto che il legislatore lo nomini tra gli elementi su cui si devono accordare datore di lavoro e lavoratore nel patto di lavoro agile (*ex art. 19 l. n. 81/2017*).

3. Il ragionamento condotto sull'oggetto del contratto, affrontandolo sui due versanti (l'implicazione della persona, i confini della nozione giuridica di subordinazione) lascia ancora aperta, come si è accennato sopra, la questione relativa al punto di equilibrio, nel rapporto di lavoro subordinato, tra diritti fondamentali del lavoratore ed esigenze del datore di lavoro.

L'esempio affrontato della libertà di abbigliamento del lavoratore mostra la complessità della questione e la molteplicità delle soluzioni possibili. Il bilanciamento tra interessi contrapposti composti è articolabile su più fronti. In taluni in casi gli interessi datoriali si confrontano con diritti dei lavoratori protetti dalla disciplina antidiscriminatoria; in altri casi, invece, la contrapposizione riguarda, più genericamente, il diritto dei lavoratori di esprimere la propria personalità o le proprie preferenze attraverso l'abbigliamento, senza che siano coinvolti profili di discriminazione; in altri casi ancora, la libertà di abbigliarsi dei lavoratori trova limite nella necessità di fare prevalere la tutela di beni, come quello alla salute, che non sono riconducibili alla sfera degli interessi datoriali, ma piuttosto a quella dell'interesse generale.

Emerge tuttavia, dall'analisi compiuta, come diritti dei lavoratori e, in percentuale assai superiore, delle lavoratrici, vengono compressi nel rapporto di lavoro; spesso, alla prova dei fatti, anche l'ultimo baluardo rappresentato dal divieto di discriminazione cede sotto il peso delle esigenze datoriali.

Tale conclusione non ha certo la pretesa di essere valida per tutti i casi di bilanciamento, però è una spia rappresentativa del fatto che troppo spesso le tutele fanno fatica ad uscire dalla "carta". L'impegno deve essere volto a garantire una tutela a tutto tondo della persona del lavoratore, poiché giova ricordare che nella nostra Costituzione il lavoro non è considerato come un mero strumento di guadagno, ma come un mezzo attraverso il quale la persona deve realizzare se stessa.

Bibliografia:

AA.VV. (2017), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" collective volumes*, n. 6.

Agnelli A. (1902), *Infortuni degli operai sul lavoro*, *Enciclopedia Giuridica Italiana*, VIII, 1, Società editrice libraria, Milano. (cit in L. Gaeta (2012) p. 83).

Aimo M. (2003), *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.

Ales E. (1998), *Modelli teorici e strumenti giuridici per la tutela dei lavoratori: la nascita delle assicurazioni sociali in Italia*, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, fasc. 6, p. 717.

Allegretti U. (1989), *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Il Mulino, Bologna.

Alpa G. (2013), *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, in Alpa G., Roppo V. (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Edizioni Laterza, Roma-Bari, p. 204.

Alunno Rossetti F. (2002), *Licenziamento. Studi sul recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro subordinato. Sistema ed esperienza fino al codice vigente*, in A. Palazzo (a cura di), *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'università degli studi di Perugia*.

Alunno Rossetti F. (2017), *Caprioli «giurista empirico»*, *Historia et ius*, 11/2017, appendice paper 10, p. 1.

Aquarone A. (1960), *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano.

Balandi G.G. (1989), *Il punto di vista della sicurezza sociale*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, p. 161.

Ballestrero M.V. (1977), «*Sorelle di fatiche e di dolori*», «*madri di pionieri e di soldati*» (*alle origini della legislazione sul lavoro delle donne*), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, p. 67.

Ballestrero M.V. (1978), *Tre proposte ottocentesche per la disciplina legale del lavoro dei fanciulli*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, p. 217.

Ballestrero M.V. (1979), *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna.

Ballestrero M.V. (1987), *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, *Lavoro e diritto*, p. 41.

Ballestrero M.V. (1992), *A proposito di eguaglianza e diritto del lavoro*, *Lavoro e diritto*, pp. 577 ss.

Ballestrero M.V. (1994), *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale. A) Una politica e i suoi strumenti. Eguaglianza sostanziale, pari opportunità, azioni positive*, *Le nuove leggi civili commentate*, p. 11 ss.

Ballestrero M.V. (1997), *Citoyenneté et droits des femmes*, in *La Citoyenneté européenne face au droit social et droit du travail*, édité par Pierre Rodière, Trier Academy of European Law, Bundesanzeiger Verlagsges, mbH, Koln, p. 29 ss.

Ballestrero M.V. (2004), *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, *Lavoro e diritto*, p. 501 ss.

Ballestrero M.V. (2005), *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Italia all'Europa e viceversa*, in C. Smuraglia, *Le discriminazioni di genere sul lavoro. Dall'Europa all'Italia*, Roma, p. 14 ss.

Ballestrero M.V. (2006), *Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita*, in DOXA, *Cuadernos de Filosofía del derecho*, n. 29, p. 59 ss.

Ballestrero M.V. (2010), *Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, IT, n. 99.

Ballestrero M.V. (2010), *Le “energie da lavoro” tra soggetto e oggetto*, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, IT, n. 99.

Ballestrero M.V. (2014a), *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino.

Ballestrero M. V. (2014b), *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, *Lavoro e diritto*, p. 389.

Ballestrero M. V. (2015), *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, *Lavoro e diritto*, p. 39.

Ballestrero M.V., De Simone G. (2017), *Diritto del lavoro*, Torino.

Barassi L. (1897), *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio in ispecial modo a mezzo di animali*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXIV, 1 e 2, p. 379.

Barassi L. (1899a), *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, *Il Filangieri*, p. III, ora nell’Introduzione alla prima edizione del suo *Contratto di lavoro*, 1901.

Barassi L. (1899b), *Dalla responsabilità per danni*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXVII, 1 e 2.

Barassi L. (1901), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, Milano.

Barassi L. (1915), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. I, Società editrice libraria, Milano.

Barassi L. (1917), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. II, Società editrice libraria, Milano.

Barassi L. (1939), *“Il rapporto di lavoro” e la sua contrattualità*, *Diritto del lavoro*, I, p. 69.

Barassi L. (1949a), *Il diritto del lavoro*, vol. I, Giuffrè, Milano.

Barassi L. (1949b), *Il diritto del lavoro*, vol. II, Giuffrè, Milano.

- Barassi L. (1957), *Il diritto del lavoro*, vol. II, Giuffrè, Milano.
- Barbera M. (1994), *La nozione di discriminazione, Le nuove leggi civili commentate*, p. 46 ss.
- Barbera M. (2002), *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, *Rivista giuridica del lavoro*, p. 805 ss.
- Beduschi C. (1986), *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, *RDC*, p.
- Bellavista A. (1994), *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*, *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 229.
- Bello B.G. (2015a), *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia*, *Diritto & Questioni Pubbliche*, p. 141 ss.
- Bello B.G. (2015b), *Intersezionalità e discriminazioni multiple: queste sconosciute!*. Disponibile in: http://www.asgi.it/wp-content/uploads/2015/05/Approfondimento-Barbara-Giovanna-Bello_Maggio-2015.pdf
- Bernardini M.G. (2011), *Corpi esibiti, corpi celati, corpi negati*, *Ragion pratica*, p. 385 ss.
- Berti D. (1885), *Le classi lavoratrici e il parlamento*, Roma. (cit. in Passaniti (2006), p. 102 nota 166).
- Betocchi C. (1897a), *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Atti del IV congresso giuridico nazionale* (Napoli, 1897), vol. II, *Relazioni della sezione di diritto civile*, Tip. Cav. A. Tocco, Napoli, p. 93.
- Betocchi C. (1897b), *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Jovene, Napoli.
- Bobbio N. (1964), *La certezza del diritto è un mito?*, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, p. 150.
- Bobbio N. (1995), *Eguaglianza e libertà*, Torino.

Bolego G. (2015), *Intervento*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, *Il Sole 24ore*, p. 11.

Bonomi S. (1979), *Intorno alle condizioni igieniche degli operai e in particolare delle operaie in seta della Provincia di Como*, in M.V. Ballestrero, R. Levrero, *Genocidio perfetto. Industrializzazione e forza-lavoro nel lecchese 1840-1870*, Feltrinelli economica, Milano.

Borelli S. (2001), *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, *Lavoro e diritto*, p. 627.

Borelli S. (2003), *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, *Digesto disc. Priv. Sez. comm.*, vol. aggiornamento n. 2, p. 628.

Buoncristiano M. (1986), *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, Cedam.

Cairolì S. (2015), *Commento all'art. 2, d.lgs. 81/2015*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro – Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, supplemento di *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 1, p. 15.

Cairolì S. (2017), *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" collective volumes*, n. 6, p. 5.

Calamandrei P. (1921), *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità. Discorso inaugurale dell'Anno Accademico del R. Istituto di Scienze Sociali "Cesare Alfieri" letto il 21 Novembre 1920*, Tipografia Galileiana, Firenze.

Campanella P. (2015), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 89.

Cappelletto M. (1977), *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e i probiviri*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, II, p. 1198.

Capponi M. (2018), *Simbologia religiosa e questione di genere, Lavoro, diritti, Europa*.

Carabelli U. (2004), *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 1.

Carinci F. (2007), *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli.

Carinci F. (2018), *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, p. 961.

Carinci F. (2020), *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Carinci F., De Luca Tamajo M., Tosi P., Treu T. (1992), *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino.

Carnelutti F. (1913a), *Infortuni sul lavoro. Studi*, vol. I, Athenaeum, Roma.

Carnelutti F. (1913b), *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, *Rivista di diritto commerciale*, XI, I, p. 354.

Carullo V. (1987), *Art. 2094*, in *Commentario del codice civile*, Torino.

Casanova M. (1986), *Il diritto del lavoro nei primi decenni del secolo: rievocazioni e considerazioni*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 231.

Cassì V. (1947), *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.

Cassì V. (1961), *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, 2° ed., Giuffrè, Milano.

Castelvetri L. (1987), *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 246.

Castelvetri L. (1994), *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano.

Castelvetri L. (2010), *La costruzione scientifica del diritto del lavoro*, in M. Persiani (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in M. Persiani e F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 3.

Cavagnari C. (1901), *Studi preliminari: commissione per o studio dei contratti agrari e del contratto di lavoro*, Roma, Stamperia Reale.

Cazzetta G. (1988), *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, *Quaderni fiorentini*, p. 155.

Cazzetta G. (1991), *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano.

Cazzetta G. (2007), *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano.

Cessari A. (1969), *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano.

Cessari A. (1970), *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, in *Atti delle giornate di studio di Salsomaggiore, 25-27 aprile 1969*, Giuffrè, Milano.

Cester C. (2015), *Intervento*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Il Sole 24ore, p. 28.

Chieco P. (2015), *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, in AA. VV. *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello*, Atti delle Giornate di

Studio Aidlass di Diritto del Lavoro, Foggia, 28-30 maggio 2015, Giuffrè, Milano, p. 5.

Comanducci P. (1992), *Su «eguaglianza», Lavoro e diritto*, pp. 589 ss.

Corradini D. (1970), *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, Giuffrè.

Corrado R. (1956), *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Utet, Torino.

Cosio R. (2017), *Le sentenze della Corte di giustizia sul velo islamico, il Lavoro nella giurisprudenza*, p. 450 ss.

D'Antona M. (1988), *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, *Rivista Critica di Diritto Privato*, p. 195.

D'Antona M. (1989), *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, p. 43.

D'Antona M. (1992), *Uguaglianze difficili*, *Lavoro e diritto*, pp. 597 ss.

D'Antona M. (1995), *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, *Argomenti di diritto del lavoro*, p. 63.

D'Eufemia G. (1969), *Diritto del lavoro*, Morano editore, Napoli.

De Gregorio C., Vassallo N. (2011), *Donne e oppressioni tra Occidente, Oriente, Islam. Sui meccanismi di controllo dei corpi femminili*, *Ragion pratica*, p. 403 ss.

De Nova G. (1974), *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova.

De Simone G. (1994), *Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale. B) Ancora su diritto diseguale ed eguaglianza sostanziale*, *Le nuove leggi civili commentate*, p. 21 ss.

De Simone G. (2001), *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino.

De Simone G. (2003), *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. Barbera (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196, Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civili commentate*, p. 711 ss.

De Simone G. (2019a), *La dignità del lavoro e della persona che lavora*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 633.

De Simone G. (2019b), *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 3.

Del Punta R. (2002), *What has Equality got to do with Labour Law? An Italian Perspective*, *Comparative Labor Law and Industrial Relations*, 18/2.

Del Punta R. (2006), *Diritti della persona e contratto di lavoro*, *GDLRI*, p. 195.

Del Punta R. (2015), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.

Del Rey Guanter S. (1994), *Diritti fondamentali della persona e contratto di lavoro: appunti per una teoria generale*, in *Diritti della persona e contratto di lavoro, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 15, p. 9.

Dell'Olio M. (1970), *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Cadam, Padova.

Di Franco L. (1909), *Probitviri*, in *Il Digesto italiano*, vol. XIX, II, Torino, p. 260.

Fergola P. (1990), *I poteri del datore di lavoro nell'amministrazione del rapporto*, *Lavoro e diritto*, p. 463.

Ferrante V. (1994), *I criteri di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza comparata*, in *Diritti della persona e contratto di lavoro, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 15, p. 159.

Ferraro F. (2017), *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" collective volumes*, n. 6, p. 137.

Gaeta L. (1986), *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile. Alle origini del diritto del lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

Gaeta L. (1993), *Un breve profilo storico*, in L. Gaeta, P. Tesauero, *La subordinazione*, in L. Gaeta, F. Stolfa, P. Tesauero, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, in G. Giugni (diretta da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Utet, Torino, p. 1.

Gaeta L. (1993a), *Un breve profilo storico*, in L. Gaeta, P. Tesauero, *La subordinazione*, in L. Gaeta, F. Stolfa, P. Tesauero, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, in G. Giugni (diretta da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Utet, Torino, p. 1.

Gaeta L. (1993b), *Contratto e rapporto di lavoro*, in L. Gaeta, P. Tesauero, *La subordinazione*, in L. Gaeta, F. Stolfa, P. Tesauero, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, in G. Giugni (diretta da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Utet, Torino, p. 23.

Gaeta L. (1993c), *Teorie e metodologie della subordinazione*, in L. Gaeta, P. Tesauero, *La subordinazione*, in L. Gaeta, F. Stolfa, P. Tesauero, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, in G. Giugni (diretta da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Utet, Torino, p. 45.

Gaeta L. (1993d), *Subordinazione e autonomia nella dottrina*, in L. Gaeta, P. Tesauero, *La subordinazione*, in L. Gaeta, F. Stolfa, P. Tesauero, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, in G. Giugni (diretta da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Utet, Torino, p. 59.

Gaeta L. (1993e), *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in L. Gaeta, P. Tesauero, *La subordinazione*, in L. Gaeta, F. Stolfa, P. Tesauero, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, in G. Giugni (diretta da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Utet, Torino, p. 81.

Gaeta L. (1994), *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti, Lavoro e diritto*, p. 207.

Gaeta L. (1997), *Ludovico Barassi (1873-1961), Lavoro e diritto*, p. 521.

Gaeta L. (2001), *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca, Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 165.

Gaeta L. (2012), *Diritto del lavoro e "particolarismo giuridico". Drama in cinque atti, Lavoro e diritto*, p. 81.

Galgano F. (2001), *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna.

Gallavresi E. (1896), *Il contratto di lavoro industriale*, Firenze. (cit. in Merli (1972), p. 149).

Garofalo M.G. (1999), *Un profilo ideologico del diritto del lavoro, Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, fasc. 1, p. 9.

Garofalo M.G. (2003), *L. Barassi e il socialismo della cattedra*, in M. Napoli, *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e Pensiero, Milano, p. 145.

Ghera E. (1987), *Intervento*, in AA. VV., *Il tempo di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 170.

Ghera E. (1988), *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte, Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, p. 621.

Ghera E. (1990), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Ghera E. (1996), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Ghera E. (2001), *Lodovico Barassi e Paolo Greco, Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 155.

Ghera E. (2015), *Intervento*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Il Sole 24ore, p. 50.

Ghezzi G., Romagnoli U. (1995), *Il rapporto di lavoro*, Bologna, Zanichelli.

Ghezzi G., Romagnoli U. (1999), *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna.

Ghezzi G., Romagnoli U., (1984), *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna.

Gianformaggio L. (1992), *Politica delle differenze e principio di uguaglianza: sono veramente incompatibili?*, *Lavoro e diritto*, pp. 187 ss.

Gianturco E. (1947), *Sul contratto di lavoro. conferenza tenuta al Circolo giuridico di Napoli il 23 aprile 1902*, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, La libreria dello Stato, Roma.

Giolo O. (2011), *Barbie vs. Sherazade. La libertà delle donne nel confronto tra culture*, *Ragion pratica*, p. 335 ss.

Giolo O. (2015), *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, *Diritto & Questioni Pubbliche*, p. 63 ss.

Giubboni S. (2007), *Subordinazione e diritto del lavoro europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, p. 1433.

Giubboni S. (2016), *Prime osservazioni sul disegno di legge del Governo in materia di lavoro autonomo non imprenditoriale*, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, p. 244.

Giubboni S. (2017), *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Cedam, Padova.

Giubboni S. (2018), *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, p. 207.

Giugni G. (1979), *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 11.

Giugni G. (1995), *Tre commenti alla Critique du droit du travail di Supiot*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 471.

Gottardi D. (2003), *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 447 ss.

Grandi M. (1987), *Rapporto di lavoro*, *Enc. Del dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, p. 313.

Grandi M. (1989), *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, p. 77.

Grandi M. (1997), *“Il lavoro non è una merce”*: una formula da rimeditare, *Lavoro e diritto*, 4, p. 557.

Grandi M. (1999), *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, *Argomenti di diritto del lavoro*, p. 309.

Greco P. (1939a), *Il contratto di lavoro*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VII, tomo III, Unione tipografico-editrice torinese, Torino.

Greco P. (1939b), *Gerarchia e disciplina nei rapporti di lavoro*, *Diritto del lavoro*, I, p. 153.

Grossi P. (2000), *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Giuffrè, Milano.

Grossi P. (2007), *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del novecento*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 247.

Guaglianone L. (1994), *Le azioni positive. Modelli e tipologie, Le nuove leggi civili commentate*, p. 28 ss.

Guariso A. (2018), *Velo islamico e questioni connesse*, Lavoro, diritti, Europa.

Guastini R. (1992), *La grammatica di «eguaglianza»*, Lavoro e diritto, pp. 205 ss.

Guastini R. (2019), *Prima lezione sull'interpretazione*, in Vignudelli A. (diretto da), *Seminari Mutinensi. Piccole conferenze*, Mucchi Editore, Modena.

Hernandez S. (1968), *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.

Ichino P. (1984-1985), *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Ichino P. (1989a), *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.

Ichino P. (1989b), *Il lavoro e i lavori. Intervento*, Lavoro e diritto, p. 22.

Ichino P. (1992), *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095*, in Schlesinger P. (diretto da) *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano.

Ichino P. (2000), *Il contratto di lavoro*, vol. I, in Cicu A., Messineo F. (diretto da), (continuato da Mengoni L.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano.

Ichino P. (2002), *Sui limiti del controllo del datore sull'aspetto fisico del lavoratore*, *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, p. 658.

Ichino P. (2015a), *Intervento*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Il Sole 24ore, p. 52.

Ichino P. (2015b), *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, p. 573.

Jannaccone P. (1894), *Il contratto di lavoro*, *Archivio giuridico*, vol. 53, fasc. 1-2, p. 111.

Jannaccone P. (1897), *Il contratto di lavoro. Studio economico-giuridico*, estratto dalla *Enciclopedia giuridica italiana*, III, parte 3, Società editrice libraria, Milano.

Lazzaro (1971), *Sussunzione*, *Novissimo Digesto italiano*, XVIII, Giappichelli, Torino, p. 975.

Levi A. (2016), *Il Jobs Act e il banco di prova dell'apprendistato*, in Aa. Vv., *Flessibilità, sicurezza e occupazione alla prova del Jobs Act*, Giappichelli, Torino, p. 270.

Liso F. (1982), *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, Milano.

Lyon-Caen G. (1995), *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, ed. Dalloz.

Magnani M. (2016), *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 294.

Magnani M. (2020a), *Al di là dei ciclofattorini, Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Magnani (2020b), *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina, Diritto delle relazioni industriali*, p. 105.

Magno P. (1985), *Note su interpretazione e disciplina delle fattispecie di lavoro, Diritto del lavoro*, I, p. 149.

Magrini S. (1973), *Lavoro (contratto individuale)*, *Enc. Dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, p. 369.

Mainardi S. (2017), *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, p. 213.

Majetti R. (1894), *Il tribunale del lavoro. Guida teorico-pratica dei probiviri*, Napoli. (cit. in Monteleone (1977), p. 107).

Mancini F. (1957), *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Mancini L. (2018), *La diversità culturale tra diritto e società*, Milano.

Marazza M. (2002), *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova.

Marazza M. (2012), *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in Marazza M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Diritti e obblighi*, tomo II, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, p. 1271.

Marazza M. (2016), *Jobs act e prestazioni d'opera organizzate*, in *Giustizia Civile*, p. 215.

Marchetti (1940), *Sulla contrattualità del rapporto di lavoro*, *Diritto del lavoro*, p. 264.

Marchetti P. (2006), *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Giuffrè, Milano.

Marchi G. (2017), *Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" collective volumes, n. 6, p. 36.

Maresca A. (2017), *Smart working, subordinazione soft, Il sole 24 ore*, 26 luglio.

Marino G. (1976), *La collaborazione nel contratto individuale di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Mariucci L. (1979), *Il lavoro decentrato*, FrancoAngeli, Milano.

Mariucci L. (2015), *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, *Lavoro e Diritto*, p. 13.

Mariucci L. (2016), *Culture e dottrine del giuslavorismo*, *Lavoro e Diritto*, p. 585.

Martelloni F. (2006), *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, *Lavoro e Diritto*, p. 339.

Martelloni F. (2020), *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d'azione della tutela giuslavoristica*, *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Mazziotti F. (1974), *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Jovene, Napoli.

Mazziotti F. (1976), *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

Mazzoni G. (1958), *Manuale di diritto del lavoro*, STEF, Firenze.

Mazzoni G. (1988), *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.

Mazzotta O. (1979), *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè.

Mazzotta O. (2002), *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

Mazzotta O. (2017), *Nel laboratorio del giuslavorista, Labor: il lavoro nel diritto*, p. 5.

Mazzotta O. (2020), *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, *Labor. Il lavoro nel diritto*, n. 1, p. 3.

Menghini L. (1998), *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 21, p. 143.

Mengoni L. (1965), *Il contratto di lavoro nel diritto italiano* in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, Milano, p. 413.

Mengoni L. (1971), *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano.

Mengoni L. (1982), *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 1117.

Mengoni L. (1985a), *Forma giuridica e materia economica*, in Mengoni L., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, p. 147.

Mengoni L. (1985b), *I poteri dell'imprenditore*, in Mengoni L., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, p. 387.

Mengoni L. (1986), *La questione della subordinazione in due recenti trattazioni*, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, I, p. 5.

Mengoni L. (1995), *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in Id., *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, p. 377.

Mengoni L. (2000), *Il contratto individuale di lavoro*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 181.

Mengoni L. (2001), *L'evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del "Contratto di lavoro"*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 209.

Mengoni L. (2011), *Autonomia privata e Costituzione*, in Castronovo C., Albanese A., Nicolussi A. (a cura di), *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, I, Giuffrè, Milano, p. 101.

Merli S. (1972), *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, La Nuova Italia, Firenze.

Mezzacapo D. (2017), *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" collective volumes, n. 6, p. 126.

Minesso M. (2015), *Madri e figli nelle politiche pubbliche dell'Italia del Novecento*, in M. Minesso (a cura di), *Welfare donne e giovani in Italia e in Europa nei secoli XIX-XX*, FrancoAngeli, Milano.

Modica I. (1897a), *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione. Studio storico-critico-comparato*, Alberto Reber, Palermo.

Modica I. (1897b), *Costruzione giuridica del contratto di lavoro. Contributo del Circolo giuridico di Palermo al IV Congresso giuridico nazionale di Napoli*, Stab. Tip. Virzì, Palermo.

Monteleone G. (1977), *Una magistratura del lavoro: I collegi dei probiviri nell'industria. 1883-1911*, *Studi Storici*, p. 87.

Montuschi L. (1998), *La tutela contro gli infortuni dal 1898 ad oggi: cent'anni di storia*, *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, fasc. 6, p. 709.

Mortati C. (2005), *Il lavoro nella Costituzione*, in Gaeta L. (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Giuffrè, Milano, p. 7.

Napoletano D. (1955), *Il lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.

Napoli M. (2003), *Ritornare a Barassi?*, introduzione alla ristampa anastatica dell'edizione del 1901 de *Il contratto di lavoro* di Barassi L.

Nitti F.S. (1892), *La legislazione sociale in Italia e le sue difficoltà*, ristampato in Nitti F.S. (1958-1979), *Edizione nazionale delle opere di Francesco Saverio Nitti*, Laterza, Bari.

Nogler L. (1990), *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinazione*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 182.

Nogler L. (2002), *Ancora su "tipo" e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, *Argomenti di diritto del lavoro*, p. 109.

Nogler L. (2016), *La subordinazione del d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, p. 47.

Novella M. (2019), *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, *Labour & Law Issues*, p. 84.

Nunin R. (1997), *“Look” e “sessismo” nel rapporto di lavoro*, *Il diritto del lavoro*, I, p. 119.

Nuzzo V. (2015), *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it*, n. 280.

Nuzzo V. (2017), *Verso una società multiculturale. Gli inediti conflitti tra la libertà di vestirsi secondo la propria fede e l’interesse datoriale al profitto*, *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, IT*, n. 324.

Pallini M. (2013), *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, Padova.

Pallini M. (2015), *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, *Relazione al convegno organizzato da RGL, Roma, Suprema Corte di Cassazione, ottobre 2015*.

Pallini M. (2016), *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, p. 65.

Panci M., Preteroti A. (2015), *Intervento*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Il Sole 24ore, p. 93.

Parisi M. (2018), *Dissimulazione del volto nello spazio pubblico e libertà religiosa delle minoranze: il caso belga all’esame della corte europea dei diritti dell’uomo*, *Politica del diritto*, p. 295 ss.

Parolari P. (2016), *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino.

Passaniti P. (2006), *Storia del diritto. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano.

Passaniti P. (2008), *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Piero Lacaita Editore, Manduria Bari Roma.

Passaniti P. (2014), *Le radici del particolarismo giuslavoristico novecentesco. La parabola storica dell'uomo subordinato*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 55.

Passaniti P. (2015), *La legislazione sul lavoro delle donne e dei minori. L'Italia e l'Europa*, in M. Minesso (a cura di), *Welfare donne e giovani in Italia e in Europa nei secoli XIX-XX*, FrancoAngeli, Milano, p. 77.

Pedrazzoli M. (1984), *Prestazione d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.)*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 506.

Pedrazzoli M. (1985), *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano.

Pedrazzoli M. (1987), *Spunti su modalità temporale, fattispecie e autonomia collettiva*, in AA. VV., *Il tempo di lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 198.

Pedrazzoli M. (1998a), *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 21, p. 9.

Pedrazzoli M. (1998b), *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 509.

Pedrazzoli M. (1998c), *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, I, p. 49.

Pedrazzoli M. (2002), *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, *Argomenti di diritto del lavoro*, p. 263.

Pedrazzoli M. (2003), *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo*, in M. Napoli, *La nascita del*

diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo, Vita e Pensiero, Milano, p. 349.

Pera G. (1972), *Sub art. 8*, in Assanti C., Pera G., *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova.

Pera G. (1988), *Diritto del lavoro*, 3^{ed.}, Cedam, Padova.

Persiani M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.

Persiani M. (2020), *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Perulli A. (1992), *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, Giuffrè.

Perulli A. (1996), *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni individuali*, in Mengoni L. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol XXVII, t. 1, Giuffrè, Milano.

Perulli A. (2002), *La buona fede nel diritto del lavoro*, *Rivista giuridica del diritto del lavoro*, I, p. 3.

Perulli A. (2003), *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, p. 221.

Perulli A. (2015a), *Costanti e varianti in tema di subordinazione e autonomia*, *Lavoro e Diritto*, p. 259.

Perulli A. (2015b), *Intervento*, in Vallebona A. (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Il Sole 24ore, p. 101.

Perulli A. (2016), *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, p. 11.

Perulli A. (2017), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 341.

Perulli A. (2018), *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it*, n. 365.

Perulli A. (2020), *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull’art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Pessi R. (1989), *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano.

Pessi R. (2012), *Fattispecie ed effetti nel diritto del lavoro*, in Martone M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Contratto e rapporto di lavoro*, tomo I, in Persiani M. e Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, Cedam, Padova, p. 49.

Pessi R. (2015), *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it*, n. 282.

Petitti S. (2013), *Art. 3 della Costituzione* in Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, vol. I, IV ed., Milano, p. 21 ss.

Pino G. (1984), *Modelli normativi del rapporto di lavoro all’inizio del secolo*, *Politica del diritto*, p. 207.

Pino G. (1989), *Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, p. 27.

Proia G. (2002), *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, *Argomenti di diritto del lavoro*, p. 87.

Proia G. (2017), *L’accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, p. 177.

Prosperetti U. (1958), *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Giuffrè, Milano.

Proto Pisani A. (2007), *Diritto del lavoro, dignità della vita*, *Foro it.*, V, p. 6.

Rabaglietti M.F. (1959), *La subordinazione nel rapporto di lavoro. I. Fondamento e principi*, Giuffrè, Milano.

Ranieri M. (2010), *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, IT, n. 100.

Ranieri M. (2017), *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Cedam, Milano.

Razzolini O. (2015), *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, n. 266; poi in Zillio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, p. 557.

Redenti E. (1905), *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei Probiviri*, *Rivista di diritto commerciale*, p. 356.

Redenti E. (1906), *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Tipografia Nazionale di G. Bertero & c., Roma, edizione a cura e con un'Introduzione di S. Caprioli (1992), Giappichelli, Torino.

Redenti E. (1910), *La riforma dei probiviri*, *Rivista di diritto commerciale*, I (VIII), p. 626.

Rescigno F. (2015), *Eguaglianza, sesso e religione. La paradigmatica declinazione dell'articolo 3*, *Diritto & Questioni Pubbliche*, p. 83 ss.

Riva Sanseverino L. (1953), *Contratto individuale di lavoro*, in U. Borsi, F. Pergolesi (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova.

Roccella M. (2008), *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, n. 65.

Roccella M., Treu T. (1995), *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam.

Rodotà S. (1969), *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè.

Rodotà S. (1995), *Le libertà e i diritti*, in R. Romanelli (a cura di), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Progetti Donzelli, Roma.

Rodotà S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari.

Romagnoli U. (1967), *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano.

Romagnoli U. (1975), *Art. 3, 2° comma*, in *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, p. 171 ss.

Romagnoli U. (1985), *Un giurista liberal-democratico e il diritto dei probiviri*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, p. 49.

Romagnoli U. (1989), *Diritto del lavoro (storia del)*, in *Digesto, Discipline privatistiche, Sezione commerciale*, IV, Utet, Torino, p. 477.

Romagnoli U. (1995), *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, Bologna.

Romagnoli U. (1997), *Francesco Carnelutti (1879-1965), Lavoro e diritto*, p. 121.

Romagnoli U. (2009), *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro, Lavoro e diritto*, p. 373.

Roppo V. (2011), *Il contratto*, Giuffrè, Milano.

Rossi (1968), *Rapporto di lavoro subordinato e rapporto giuridico previdenziale*, Giuffrè, Milano.

Salvioli G. (1906), *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Palermo, 2° ed. (cit. da L. Gaeta, (1986), p. 10).

Santoni F. (1979), *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli.

Santoro C. (2014), *L'estensione della nozione di "subordinazione" europea e comparata*, bollettino ADAPT, 18 febbraio 2014.

Santoro Passarelli F. (1948), *Spirito del diritto del lavoro*, *Rivista di Diritto del lavoro*, I, p. 1070.

Santoro-Passarelli F. (1961), *Saggi di diritto civile*, vol. II, Jovene, Napoli.

Santoro-Passarelli G. (1979), *Il lavoro «parasubordinato»*, Angeli, Milano.

Santoro-Passarelli G. (2015), *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 278.

Santoro Passarelli G. (2016a), *Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti*, *WP CSDLE* n. 307.

Santoro-Passarelli G. (2016b), *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n3, c.p.c.*, *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, p. 91.

Santoro-Passarelli G. (2017a), *Lavoro eteroorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 327.

Santoro-Passarelli G. (2017b), *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro - non entrepreneurial self-employed, smart working and the teleworking*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 369.

Santoro-Passarelli (2020), *Un ragionevole equilibrio, Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Savino M. (1944), *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino.

Scarponi S. (2019), *Rapporto di lavoro e simboli religiosi: neutralità e pregiudizio nelle sentenze della Corte di Giustizia sul velo islamico*, <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/BRONZINI18-Scarponi.pdf>

Scognamiglio R. (1963), *Lezioni di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Scognamiglio R. (1972), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Scognamiglio R. (1997), *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

Scognamiglio R. (2001), *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 116.

Scognamiglio R. (2005), *Rapporti di lavoro e contratto*, *Argomenti di diritto del lavoro*, p. 675.

Spagnuolo Vigorita L. (1967), *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano Editore, Napoli.

Spagnuolo Vigorita L. (1989), *Le apparenti contraddizioni del nostro ordinamento in tema di subordinazione*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, p. 93.

Speziale V. (2020), *Un primo commento "a caldo"*, *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Supiot A. (1992), *Principi di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica*, *Lavoro e diritto*, pp. 211 ss.

Supiot A. (2007), *Critique du droit du travail*,

Suppiej G. (1982), *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova.

Tarquini E. (2018), *Il velo, il mercato, il corpo delle donne. La giurisprudenza di fronte al divieto di vestizione del velo islamico*, *Lavoro Diritti Europa*, n. 1.

Tartufari L. (1893), *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico (R. Univ. Di Macerata, 5 novembre 1893), Tip. Bianchini, Macerata.

Timellini C. (2018), *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile, Il lavoro nella giurisprudenza*, p. 229.

Tosi P. (2015), *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, p. 1117.

Tosi P. (2018), *Nella gig economy va preso atto delle collaborazioni, Il sole 24 ore*, p. 28.

Tosi P. (2020), *Spunti di lettura critica. Il mestiere del giurista, Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Tosi P., Lunardon F. (1998), *Subordinazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. comm.*, XV, Utet, p. 256.

Tosi P., Lunardon F. (2005), *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*, Roma-Bari.

Treu T. (2004), *Statuto dei lavori e Carta dei diritti, Diritto delle relazioni industriali*, p. 193.

Treu T. (2016), *Tipologie contrattuali nell'area del lavoro autonomo*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, http://www.treccani.it/enciclopedia/tipologie-contrattuali-nell-area-del-lavoro-autonomo_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/

Tulkens F. (2012), *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Mazzola R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Il Mulino, Bologna, p. 87.

Tullini P. (1990), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, Maggioli.

Tullini P. (2016), *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 291.

Tullini P. (2018), *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora. La qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro dei gig-workers: nuove pronunce e vecchi approcci metodologici*, *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 1.

Tullini P. (2019a), *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili ?*, *Lavoro, Diritti, Europa*, n. 3.

Tullini P. (2019b), *Lavoro agile: le scelte del legislatore e il ruolo delle fonti*, in AA. VV., *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa. Liber Amicorum Carlo Cester*, Bari, Cacucci Editore, p. 841.

Tullini P. (2020), *Lavoro agile*, in AA. VV. *Codice commentato del lavoro*, Milano, Wolters Kluwers, p. 3233.

Vadalà-Papale G. (1897), *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Atti del IV congresso giuridico nazionale* (Napoli, 1897), vol. II, *Relazioni della sezione di diritto civile*, Tip. Cav. A. Tocco, Napoli, p. 9.

Vallebona A. (1996), *Il diritto del lavoro: uno spirito e due anime*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 3, p. 351.

Vano C. (1987), *I "problemi del lavoro" e la civilistica italiana alla fine dell'Ottocento: il contributo di Emanuele Gianturco*, in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Liguori, Napoli.

Veneziani B. (1995), *Tre commenti alla Critique du droit du travail di Supiot*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 477.

Veneziani B. (2002), *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione nell'opera di Lodovico Barassi*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 39.

Veneziani B. (2010), *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 257.

Viscomi A. (2010), *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico*, Atti delle giornate di studio del diritto del lavoro Parma, 4-5 giugno 2010, Milano, Giuffrè, p. 135.

Vivante C. (1893), *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Bocca, Torino.

Voza R. (2017), *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 318.

Zoli C. (1988), *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore: dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, Giuffrè.

Zoppoli A. (2016), *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 296.