

Adalberto Perulli

Diritto del lavoro, valori e persona:
alcuni spunti da Philipp Lotmar

1. Il diritto del lavoro, grazie alla sua dottrina e al patrimonio di idee che hanno fatto di questa branca del diritto uno dei più dinamici e intelligenti percorsi normativi di regolazione sociale, torna spesso ad interrogarsi sulle sue origini e sulle sue funzioni. E lo fa soprattutto in relazione al proprio campo di applicazione, dal quale dedurre sia le ragioni storiche e sociali che hanno elevato la fattispecie di subordinazione a figura centrale ed egemone della materia, sia per interrogarsi sui limiti attuali di questa storica prospettiva, nel segno di una più ampia e razionale visione del diritto del lavoro e del suo significato in un'epoca di profondi cambiamenti della società.

Oggi, infatti, il lavoro, nella sua dimensione essenziale di attività umana resa a favore di altri, e collocata in un processo produttivo sempre più globale e tentacolare, soffre la rigidità e l'insufficienza delle categorie oppositive su cui il sistema è stato edificato, e non riesce a diventare l'oggetto di un sistema razionale di tutele che lo colga, al contempo, nella sua unità concettuale e nelle sue diverse forme giuridiche, ovvero – per riprendere una formula costituzionale su cui è caduto presto l'oblio – “in tutte le sue forme e applicazioni”.

Furono, da prospettive diverse, Umberto Romagnoli e Giorgio Ghezzi – in anni di pieno fordismo! – a cogliere, con la straordinaria capacità di anticipare le linee di tendenza del diritto del lavoro e delle sue contraddizioni irrisolte, il nucleo fondamentale di questa problematica, un ventennio prima di quanti – *in primis* Massimo D'Antona – si cimenteranno nel ripensare il campo di applicazione del diritto del lavoro oltrepassando le colonne d'Ercole della fattispecie di subordinazione.

Romagnoli, nell'interpretare l'art. 3, comma 2, con riferimento allo squilibrio di potere *su tutto l'arco dei rapporti sociali*, afferma che il referente costituzionale delle categorie sotto protette si estende alla "vasta categoria dei lavoratori autonomi e dei piccoli imprenditori"; Ghezzi, dal suo canto, utilizza il paradigma del contratto di agenzia per dimostrare come le "stigmatate" della subordinazione siano ben presenti anche laddove alligna l'illusorio miraggio dell'indipendenza giuridica. Insegnamenti ancor oggi insuperati nel fornire indicazioni metodologiche per ripensare il campo di applicazione del diritto del lavoro, che non può continuare a rimanere arroccato sulla "grande dicotomia" senza rispondere ai bisogni sociali che si manifestano nelle diverse situazioni soggettive dei prestatori di lavoro, anche genuinamente autonomi, ma comunque "impigliati" nei rapporti sociali di produzione (e quindi economicamente dipendenti, coordinati o etero-organizzati dal committente, funzionalmente integrati, ecc.).

L'esigenza di tornare a riflettere sui fondamenti del diritto del lavoro per comprendere meglio il percorso cui ci si deve indirizzare nel presente è quindi più che mai attuale; ma per renderla effettiva ed utile, cioè per trasformarla in un progetto regolativo, bisogna provare a cercare, anche nella storia della materia, i suoi detriti abbandonati, che ancora attendono di essere ripresi e collocati nella giusta prospettiva. E si tratta – si badi – non solo di un'esigenza che nasce, e si esaurisce autoreferenzialmente nel ristretto (per quanto ampio!) sistema del "diritto positivo" (con le sue esigenze di coerenza logica, tanto care ai formalisti), o nella sua proiezione ideale – quella che una volta si chiamava volentieri la "politica del diritto" (con le sue rivendicazioni sostanzialistiche e anti-formalistiche, legata alla materialità del processo sociali).

Questa esigenza attraversa lo spettro dell'assiologia normativa, che del diritto fa parte ma ne sovrasta la trama come percorso meta-positivo, in vista di una razionalità nuova, compresa non più a partire dalle "categorie" date (e per quanto riguarda la nostra materia, oppositive) cui il lavoro umano viene artificialmente ricondotto (secondo ciò che, in un sistema di *civil law*, chiamiamo "logica della fattispecie"), ma in ragione delle specifiche finalità assiologiche (della "teleologia" o, in termini anglosassoni, *purpose*) del sistema stesso, nella sua articolazione valoriale e nella sua diversificazione modulare.

2. Oggi disponiamo di alcuni preziosi relitti abbandonati sulle lontane spiagge di una scienza giuridica *d'antan*, eppure talmente attuale nei suoi presupposti metodologici da far impallidire molte riflessioni contemporanee (ovviamente rigorosamente gius-positivistiche!) sul campo di applicazione del diritto del lavoro. Tra questi preziosi relitti spicca la raccolta di opere di Philipp Lotmar intitolata *La giustizia e altri scritti*, edita nella collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, a cura di Iole Fagnoli, e di Luca Nogler, i quali si sono sobbarcati la fatica della traduzione e la scrittura di una illuminante introduzione, che reca come titolo *La giustizia tra diritto romano e diritto del lavoro* a testimonianza dello spettro di interessi di Lotmar, che spaziavano, appunto, dal diritto romano alla teoria del diritto, dal diritto civile al diritto del lavoro.

È anzitutto importante, per il giuslavorista dei nostri giorni, cogliere di quest'opera la sua complessità valoriale e la sua rilevanza storico-giuridica, considerato che si tratta di scritti che vanno dal 1878, data degli studi critici in materia di *contravindicatio*, al 1902, quando viene pubblicato il famoso primo volume (il secondo sarà pubblicato nel 1908) sul “contratto di lavoro secondo il diritto privato dell'impero tedesco”, di cui nel libro che presentiamo viene offerta l'introduzione nella traduzione di Luca Nogler, il quale, in una opportuna nota, giustifica la scelta di tradurre l'espressione *Arbeitsvertrag* non come “contratto di lavoro”, ma attribuendo al testo un significato molto più ampio, comprensivo di tutte le prestazioni di *facere*; senza contare l'introduzione alla monografia sull'errore in diritto romano, inedita e data alle stampe postuma grazie alla traduzione di Irene Fagnoli. Complessità, quindi, di un'opera il cui interesse attuale non è certo solo storico, ma anche teorico e filosofico-giuridico, oltre che – naturalmente – civilistico, essendo l'Autore uno dei più grandi civilisti tedeschi del secolo scorso, nonché giuslavoristico, visto che Lotmar, come del resto altri civilisti dell'epoca (pensiamo agli italiani Ludovico Barassi, o al giovane Redenti o allo stesso Francesco Carnelutti), si trovò a vivere in un'epoca di vera e propria costruzione *ex novo* di disciplina assolutamente inedita, il diritto del lavoro.

Questi scritti di Lotmar sono, insieme considerati, uno straordinario spaccato di ciò che la scienza del diritto era – o meglio di ciò che la *cultura giuridica* era a quel tempo – e non è più: non è più, non tanto perché la cultura giuridica non sia “in sé” un campo vasto di riflessione su norma e natura, su *Phisis* e *Nomos*, su *Techne* e *Dike*, capace di seguire un percorso costellato di materiali elaborati da una millenaria riflessione sul diritto. La

cultura giuridica non è più quella che si respira nelle pagine lotmariane a causa della colpevole riduzione postmoderna del diritto a norma positiva, realizzata da una dottrina giuridica che ha consapevolmente rinunciato a coltivare una visione assiologica e morale del diritto, e si è frantumata e immiserita nelle secche del neo-formalismo, della neo-esegesi, o a tutto concedere – per quanto possa rilevare sul piano epistemologico: a mio parere poco o nulla – dell’analisi del linguaggio normativo. Una dottrina che spesso ignora ogni orizzonte assiologico e quindi fatalmente conduce a ciò che Paolo Grossi, nel suo ultimo libro, ha definito *l’inferno del nichilismo*; una dottrina per lo più autoreferenziale, in cui il “monismo giuridico” soffoca la ricchezza del fenomeno giuridico, che è non solo pluralismo storicizzato ma pluralismo vivo e costantemente rinnovantesi, nelle sue molteplici nevature, nelle sue continue aperture cognitive (per chi le vuole cogliere e vedere oltre il mero dato positivo).

E allora, basta leggere alcune righe dell’opera di Lotmar per respirare ciò che il diritto era, poco più di cent’anni fa, e dovrebbe ancor oggi essere considerato: cioè, anzitutto, un fenomeno sociale complesso, una “meraviglia”, come dice Lotmar – forse ispirandosi a Rousseau, il quale scrive della legge che crea l’eguaglianza come “una meraviglia”; un fenomeno in cui – per riprendere un passaggio dell’introduzione all’*errore in diritto romano* – l’analisi del giurista non interessa solo il mondo del diritto ma anche l’economia, la filosofia (in particolare la logica), la psicologia, la linguistica latina. Ma che meraviglia, davvero, leggere queste pagine così ricche di cultura (nel senso kantiano di *Kultur*), di moralità, di filosofia, di vivace costruzione intellettuale, di passione... Quella passione e quella filosofia che ritroviamo, soprattutto, nello straordinario scritto lotmariano del 1892, intitolato “*Del Diritto che è nato con noi*”.

Quasi come in una rappresentazione teatrale lo scritto si apre con una scena del *Faust* di Goethe in cui Mefistofele si rivolge ad uno studente, il quale si lamentava di non potersi adattare allo studio del diritto, esprimendo comprensione e criticando le leggi che si trascinano di generazione in generazione mentre “*del diritto che nasce con noi, sciaguratamente, non c’è mai verso che si discuta*”.

Lotmar ci parla qui dei diritti fondamentali, dei diritti umani che in principio non sono né positivi né effettivi ma progressivamente conquistano il loro riconoscimento positivo, e, soprattutto, anche laddove non diventano diritto positivo, non smettono di essere, in qualche modo, parte del sistema

giuridico, ronzando nell'aria politica per cercare di ottenere il riconoscimento statale come diritto (anticipando, così, temi della teoria sistemica, la quale descrive come, nei processi autopoietici, l'indipendenza e la dipendenza del diritto dalla società si presentano simultaneamente intrecciati e riguardano il fiume delle razionalità che, attraverso meccanismi di inferenza, chiedono al sistema il proprio riconoscimento). È questo quasi-diritto che dà "segni di vita", reclamando un accoppiamento tra la ragione giuridica e la ragione etico-morale, in cui lo *ius inventum* (Lotmar parla di un "diritto pensato") esce dalla latenza in cui lo ha costretto lo *ius positum* e si conquista uno spazio di durevole riconoscimento.

Ma il diritto che è nato con noi non è solo morale, partecipa a questa indistinta categoria di un quasi-diritto, di un diritto *in fieri* senza origine, originato equivocamente dal nulla in cui si nasconde il "mistero della sua forza". Quanto siamo lontani dal positivismo keleseniano e al contempo quanto siamo vicini all'idea di "fondamento assente" del diritto come dover essere la cui origine non è rintracciabile in qualcosa che è, che si dia nella realtà. E per comprendere la portata euristica di questo mistero della forza del *diritto che è nato con noi* e l'attualità della riflessione lotmariana nelle sue possibili odierne proiezioni "post-positivistiche" basterà pensare al tema sempre attuale dell'esigenza di una legittimazione meta-legislativa dell'ordine giuridico, di cui rimangono indimenticabili le riflessioni di Luigi Mengoni. Legittimazione di un diritto che, con le parole di Massimo Cacciari (il quale, su questo punto, prende le distanze da Natalino Irti) "non può non cercare di apparire *giusto*, di volersi *giustificare*": quale *auctoritas* potrebbe pretendere se venisse ridotto a semplice amministrazione della pura lettera del Nomos? Lotmar, infatti, prende posizione contro l'idea che la giustizia coincida con la legittimità e l'amministrazione del diritto. Il riferimento alla Giustizia rimane quindi immanente alla stessa positività della norma, e non ideale irrazionale alla Kelsen: al punto che si è potuto scrivere (Dworking) che il diritto è un ramo della morale politica.

Che il diritto sia un veicolo razionale per introdurre valori di "equità strutturanti" e non espressione di uno scientismo avalutativo appare evidente anche in un altro scritto di Lotmar. Mi riferisco anzitutto allo studio (del 1900) sui concordati di tariffa, materia che, come notava il Nostro, ha "urgente bisogno di una trattazione giuridica". Qui siamo nel cuore della riflessione creativa, della costruzione di categorie che nascono dal nuovo mondo dell'economia e della produzione, a fronte di fenomeni giuridici e

sociali assolutamente inediti: si pensi al fatto che l'accordo di tariffa non è stipulato, come accade negli altri contratti, tra due parti, ma tra parti pluri-soggettive (sicuramente dalla parte operaia), e svolge quella che oggi chiamiamo funzione normativa; pensiamo ai temi della coalizione e della rappresentanza, e quindi alla nascita del collettivo e dell'organizzazione, che Paolo Grossi ci ricorda essere i temi chiave degli affioramenti postmoderni del primo novecento: temi tutti da inventare, a cui la civilistica dell'epoca era impreparata, salvo appunto le notevoli eccezioni di alcuni giganti del pensiero giuridico che mettevano le mani nella realtà sociale indistinta e magmatica cercando di darne una forma giuridica; basterà pensare a Enrico Redenti e alla sua sistemazione dogmatica della giurisprudenza dei probiviri.

Ma è la originale costruzione lotmariana del contratto avente ad oggetto prestazioni di fare (per impiegare la già richiamata opportuna traduzione di Luca Nogler) che dovrebbe a mio avviso destare la massima attenzione della dottrina, almeno di quella più pronta ad uscire dalle secche del pensiero unico, o semplicemente della tradizione. Non solo e non tanto perché sono pagine fondative di una moderna concezione dogmatica di questo contratto di lavoro *sans phrase*, delle sue distinzioni con il contratto di locazione e con la compravendita, ma per la sua estrema modernità: una magistrale riflessione sul lavoro in generale, da un lato, e sul valore del lavoro dall'altro.

Per Lotmar il contratto di prestazione di fare non si esaurisce in quello che egli, con terminologia marxiana, chiama "lavoro salariato" e che noi oggi qualificiamo come subordinato, ma è la *prestazione personale di fare*, in cui coesiste l'unitarietà del concetto e la sua interna differenziazione (il contratto di servizio e il contratto d'opera, e quindi, semplificando ma non troppo, il lavoro subordinato e il lavoro autonomo). A fronte del quale, scrive Lotmar, si deve stimolare l'elaborazione di una più ricca e raffinata articolazione del sistema regolativo nonché una accresciuta sensibilità in ordine alla protezione della dimensione sociale del contratto di prestazione di fare (cioè nulla di diverso, a ben vedere, da ciò di cui discutiamo oggi, centoventidue anni dopo Lotmar, quando parliamo di universalismo e selettività delle tutele, di una loro modulazione oltre la fattispecie di subordinazione, e quindi di ridefinizione di un paradigma unitario del lavoro e delle sue garanzie di base).

Purtroppo questa intuizione di Lotmar non sarà seguita dalla dottrina successiva: certamente non da quella italiana, che da Arcangeli a De Gennaro, da Giorgianni sino ad arrivare a De Nova, ha ritenuto che la natura della

prestazione di fare non sia un criterio idoneo per costruire una categoria unitaria di prestazione di fare.

Quando mi occupai di questo tema, l'ultimo che si era posto dubitativamente questa domanda in questa prospettiva era stato Umberto Romagnoli, che però limitava la questione al lavoro autonomo; ed io stesso, seguii la via tradizionale, sotto il controllo di Giorgio Ghezzi, dello stesso Romagnoli e di Luigi Mengoni, prendendomi poi una rampogna da Marcello Pedrazzoli, che da buon studioso di Lotmar aveva probabilmente – sotto questo profilo – la vista più lunga dei suoi Maestri bolognesi.

3. Ma il profilo assiologico di questa straordinaria “introduzione” può e deve essere oggi ripensato alla luce di una considerazione che appare centrale nell'opera di Lotmar, e che illumina il dibattito di oggi sul diritto del lavoro e le sue articolazioni nell'ambito di una concezione allargata di lavoro umano.

Mi riferisco ai passi in cui il Nostro parla del coinvolgimento della *persona* nella prestazione di fare e lo confronta con il valore della prestazione che ha ad oggetto una cosa, rilevando che se anche dal punto di vista economico l'uomo possa considerare la prestazione di fare di minor valore, rispetto alla cosa, e ciò per il minor incremento patrimoniale che ne deriva, “dal punto di vista della specie” (immagino qui Lotmar intenda la specie umana) l'uomo “deve collocare la prestazione di fare ad un livello valoriale più alto rispetto a quello patrimoniale del venditore o del locatore”. E l'ordinamento giuridico, quale prodotto e strumento della società umana, deve adeguarsi a tale graduazione facendo sì che la prestazione di fare rappresenti la prestazione obbligatoria di maggior valore e che il relativo contratto venga considerato come l'oggetto più raffinato della disciplina contenuta nel diritto contrattuale.

È evidente che qui Lotmar non impiega il concetto di valore nella sua accezione economica, ma nella sua accezione etico-morale. Rispetto a Ludovico Barassi, che rimane ancorato alla logica paritaria del diritto civile, e spiega la subordinazione in modo del tutto formalistico giustificando i poteri datoriali secondo gli strumenti concettuali del diritto dei contratti, la modernità e la qualità (anche morale) della riflessione di Lotmar mi sembra indubbia. Molti anni prima di Khan-Freund, che identifica nella disparità di potere contrattuale la ragione d'essere del diritto del lavoro, egli rammenta

al giurista “quanto siano deboli gli strumenti del diritto privato in presenza di contraenti che si fronteggiano tra loro in una situazione di *estrema diseguaglianza di potere* come avviene quando si conclude una prestazione di fare”. Una prestazione di fare, quindi, e non necessariamente una prestazione di lavoro *subordinato*, è l’oggetto del diritto del lavoro.

Questo percorso decostruttivo della tradizionale logica normativa centrata sulla subordinazione è stato di recente espresso, con un peculiare approccio metodologico, da una dottrina di *common law* particolarmente autorevole (Brian Langille): le nozioni o categorie di lavoro “qualificate” (lavoratore subordinato, lavoratore autonomo, *worker*, altre categorie “intermedie”) non esistono in natura, sono frutto di razionalizzazioni normative (vere e proprie “finzioni dell’immaginazione legale”) che non trovano riscontro nella realtà. Le tutele del diritto del lavoro non si applicano ad una fattispecie concreta in quanto si tratta di una fattispecie di lavoro giuridicamente *subordinato*: al contrario, è quest’ultima che viene qualificata tale *perché gli si applica il diritto del lavoro*.

In questa visione radicale, secondo cui non è un fatto concreto *qualificato* dal diritto secondo test arbitrari e risalenti nel tempo a venire sussunto sotto una norma astratta, ma è l’applicazione della norma al fatto concreto secondo una razionalità *purposive* che ne determina la qualificazione giuridica, l’applicazione del diritto del lavoro non segue più la logica civilistica “fattispecie-effetti”, ma una razionalità regolativa nuova, quella, al contempo empirica e concettuale, dei valori e dei principi volti a tutelare il lavoro *in tutte le sue forme e applicazioni*, di cui la fattispecie di subordinazione esprime una parte, significativa ma non certo esclusiva.

In questa prospettiva il sistema giuridico del lavoro si trasforma in un ordinamento più vasto di quello riferibile al solo lavoro dipendente: un sistema in cui ciò che rileva non è tanto la qualifica soggettiva di lavoratore subordinato o di datore di lavoro, ma l’esistenza in concreto (nella realtà fattuale) di “*workers and firms*”, intesi come “fatti” concreti che devono essere riguardati alla luce dei principi di tutela del lavoro (nella prospettiva di Langille *rule of law, legality, ideal of equality, human freedom, human capability*). La razionalità di questo sistema deve essere compresa non più a partire dalle “categorie” oppositive cui il lavoro umano viene artificialmente ricondotto (secondo ciò che, in un sistema di *civil law*, chiamiamo “logica della fattispecie”) ma in ragione delle specifiche finalità (della “teleologia”) del sistema stesso, nella sua articolazione valoriale e diversificazione modulare.

Questa “rivoluzione copernicana” che inverte il processo di qualificazione facendolo dipendere non da presunte qualità del “fatto” cui collegare determinati effetti giuridici, ma direttamente dalla funzione protettiva della legge, ci consente di ripensare all’idea di “sistema” del diritto del lavoro, attualmente carente ed anzi decisamente soppiantato da un andamento asistemico nell’ordinamento/selezione delle tutele del lavoro, ancora principalmente incentrate sulla fattispecie di subordinazione. In questa prospettiva appare fondamentale trarre dalla sfera immanente dei valori primari (di rango costituzionale) la *teleologia del sistema*, e quindi la funzione di stabilizzazione delle aspettative normative espresse come bisogni di tutele e *capabilities* dalla sfera sociale, contribuendo in modo decisivo alla stabilizzazione del sistema sociale complessivo. Il diritto del lavoro potrà così, per usare ancora una volta la prospettiva giusnaturalistica di Lotmar, diventare un “diritto della persona ad una condizione tale che possa sviluppare la sua propria natura e così vivere”.

