



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Maria Vittoria Ballestrero

Le "energie da lavoro" tra soggetto e oggetto

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 99/2010



© Maria Vittoria Ballestrero 2010
Facoltà di Economia – Università di Genova
maballes@economia.unige.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Le “energie da lavoro” tra soggetto e oggetto *

Maria Vittoria Ballestrero
Università di Genova

0. Premessa	2
1. Il lavoro come merce	2
1.1. Il contratto di lavoro tra locazione e compravendita	3
2. Il lavoro non è una merce	6
3. Il lavoro è inseparabile dal lavoratore in carne ed ossa	8
3.1. Da proprietario a produttore: il lavoratore secondo il codice civile del 1942	9
3.2. La Costituzione e i diritti del lavoratore come persona: un percorso a tappe	10
3.3. Lo Statuto dei lavoratori: ascesa e crisi di un modello di garanzia dei diritti del lavoratore	12
4. La persona “maschera” del corpo	13
4.1. Una considerazione a margine: il corpo delle donne.	14
5. Il lavoro tra soggetto e oggetto e la nuova mercificazione del lavoro	16

* Questo saggio è destinato al *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti, Volume II, *Il governo del corpo*, a cura S.Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Tomo I, *Lo statuto del corpo*, edito da Giuffrè, Milano.

0. Premessa

Il tema cui allude il titolo che i curatori di questo volume hanno scelto per il mio contributo può essere affrontato percorrendo due diverse strade: l'analisi puntuale e dettagliata della complessa normativa che regola il lavoro, con particolare riguardo ai diritti della persona del lavoratore subordinato; oppure la riflessione sulle percorso seguito dalle dottrine giuridiche per portare il lavoro fuori dal diritto dei beni, negandone la mercificazione senza negare il mercato. La brevità del mio contributo mi ha indotto a scegliere questa seconda strada; la scelta è stata indotta, tra l'altro, dalle nuove fortune che l'espressione «il lavoro non è una merce» conosce negli scritti sullo stato del mercato del lavoro nel nostro paese¹.

1. Il lavoro come merce

Lo studioso del diritto del lavoro, anche alle prime armi, che si ponesse oggi la domanda se il lavoro sia una merce, o se una merce sia il lavoratore, o tutti e due, troverebbe una risposta del tutto scontata. Eppure, a questa risposta si è arrivati attraverso un lungo percorso, che partendo dalla prima legislazione sociale del tardo ottocento, e snodandosi attraverso le concezioni del contratto di lavoro e l'evoluzione dello statuto protettivo del lavoratore, ha visto il progressivo distacco del diritto del lavoro dal diritto civile (dei beni, in particolare) nel cui alveo è nato.

L'ipotetica domanda formulata sopra ne implica necessariamente un'altra: è separabile il lavoro (come entità, o come bene-oggetto) dalla persona che lavora? Ancora una volta la risposta negativa appare oggi scontata al giurista del lavoro. Ma, ancora una volta, questa risposta costituisce l'approdo (non pacifico e non privo di contraddizioni) di un lungo percorso, che non è possibile ricostruire in questa sede². Vale tuttavia la pena di soffermarsi brevemente sulle prime tappe del percorso, perché è proprio agli albori del diritto del lavoro che le questioni evocate dal titolo di questo contributo si sono poste, e le risposte date allora hanno condizionato non poco gli sviluppi successivi della disciplina.

¹ V. ad es. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*², Bari, Laterza, 2009.

² Alle principali ricostruzioni di questo percorso farò riferimento nelle note. Fin d'ora cfr. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. di proc. civ.*, 1982, 1117 ss., ora in MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, 123 ss. Allo scritto di Mengoni fa ampio riferimento MAZZOTTA, *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica. Spunti per una discussione*, in BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Torino, Giappichelli, 2009, 3 ss., cui può rinviarsi per un'efficace sintesi dell'evoluzione del "modello antropologico" di lavoratore assunto dal diritto del lavoro.

1.1. Il contratto di lavoro tra locazione e compravendita

Il diritto del lavoro non esisteva ancora, ma il contratto di lavoro era già noto alla legislazione della fine del secolo XIX e nella prassi; era invece sconosciuto al codice civile del 1865, che conteneva solo tre disposizioni (gli artt. 1570, 1627, 1628)³ cui il giurista potesse fare appello per trovare una cornice dentro la quale comprendere e spiegare le discipline di diversa fonte (dagli usi aziendali, ai primi concordati di tariffa, alla "giurisprudenza" probivirale, alla scarsa legislazione sociale di fine secolo), che in concreto regolavano i rapporti tra industriali e operai salariati. Al contratto mediante il quale «le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio» il codice faceva riferimento come a *species* del *genus* locazione (la *locatio operarum* della tradizione romanistica)⁴.

Per restare entro la cornice segnata dal codice era necessario risolvere almeno due fondamentali questioni. In primo luogo, essendo vietato fare del corpo umano l'oggetto di un contratto, era necessario separare il lavoro dal corpo di chi lo produce, farne cioè un "bene", suscettibile di essere oggetto di scambio. In secondo, ma non secondario, luogo, era necessario instaurare una relazione tra la nascente legislazione sociale (legislazione di tutela delle donne e dei fanciulli; disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro) e un rapporto obbligatorio mediante il quale un soggetto si vincola a prestare il proprio lavoro a vantaggio di un altro soggetto in cambio di un salario. Si trattava in sostanza di risolvere la contraddizione tra libertà contrattuale del lavoratore, contraente formalmente eguale, e legislazione sociale, che presupponeva invece la debolezza contrattuale dell'operaio dell'industria bisognoso di tutela a fronte del prepotere economico del datore di lavoro. L'interrogativo al quale dare risposta era allora se la legislazione sociale dovesse essere vista come normativa di ordine pubblico che opera

³ Sulle orme del *Code Napoléon* (artt. 1708 ss., *louage d'ouvrage et d'industrie*), nell'ambito dello schema della *locatio* (godimento temporaneo di una cosa in cambio del prezzo), l'art. 1570 definiva la locazione delle opere come «contratto per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede». L'art. 1627 prevedeva poi tre principali specie di locazione di opere e d'industria: quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone e delle cose; quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo. L'art. 1628 vietava infine la perpetuità del vincolo obbligatorio, disponendo «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa».

⁴ Ma, nota MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, in MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano, Vita e Pensiero, 2004, p. 7, nel codice la *locatio operarum* è assunta in significato diverso da quello della tradizione romanistica, dove costituiva un'estensione della *locatio hominis*, nella quale l'uomo libero che si obbliga all'altrui servizio in cambio di denaro *locat se*.

sull'esterno del contratto di lavoro, senza alterarne la struttura di incontro di volontà libere ed eguali (era la tesi di Lodovico Barassi, sviluppata nella prima edizione del 1901, ma anche nella seconda monumentale edizione del 1915-1917, del volume sul contratto di lavoro)⁵, o invece come fonte eteronoma che disciplina il contratto di lavoro, riscrivendo i termini dello scambio profitto-salario (all'epoca, era questa la tesi di Francesco Carnelutti)⁶.

Definito ironicamente da Umberto Romagnoli un "fatuo litigio" «tra giusprivatisti con l'*hobby* dei problemi giuridici del lavoro dipendente»⁷, il confronto tra la concezione del contratto di lavoro come contratto di compravendita delle energie di cui il lavoratore è proprietario, e la riconduzione del contratto allo schema della locazione delle opere della classica ricostruzione di Barassi, era invece un confronto serio, almeno nei limiti in cui può esserlo una controversia tra giuristi, convinti della necessità di risolvere il problema della qualificazione della fattispecie entro i limiti della compatibilità con il sistema del codice civile.

Lo schema della compravendita pareva a Carnelutti funzionale, nella sua essenzialità, a «isolare l'essenza vera del rapporto nel suo primordiale significato economico», e a fungere da «azionatore della normativa eteronoma». Poiché il corpo umano non può essere l'oggetto del contratto, Carnelutti individuava l'oggetto del contratto nelle "energie", che si distaccano dal corpo umano e si esteriorizzano: energie che il lavoratore vende al datore di lavoro, e di cui il datore di lavoro diviene proprietario (o, meglio, titolare del loro godimento esclusivo)⁸. La costruzione del contratto di lavoro come vendita non era certo priva di coerenza logica: una volta distaccate dal lavoratore che le eroga, le "energie" potevano essere considerate come merce oggetto di scambio⁹. Ma questa costruzione non era destinata al successo: probabilmente

⁵ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1901; *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, seconda edizione interamente rifatta, 2 voll., Milano, Società editrice libraria, 1915-1917.

⁶ È la nota posizione di F. Carnelutti, che restituisce l'immagine di un operatore economico che «toglie qualcosa al suo patrimonio come il mercante che vende le sue merci»: CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), 384 ss., e in *Studi di diritto civile*, Roma, Atheneum, 1916, 238.

⁷ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, Il Mulino, 1995, 53.

⁸ PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. I. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, Giuffrè, 2006, 487 ss.

⁹ MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del "contratto di lavoro"*, in MENGONI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 122. Per i rapidi accenni nel testo alla concezione barassiana del contratto di lavoro ho fatto largo uso di questo bel saggio, l'ultimo credo, dell'illustre giurista scomparso qualche anno fa.

perché in diritto – come ha rilevato Mengoni – l'astrazione del bene dalla persona non si riesce a fare in maniera così drastica come in economia¹⁰.

«Di fronte ai convulsi dibattiti che rivendicavano un deciso intervento del legislatore al fine di offrire al *diritto operaio* un Codice permeato di socialità, in opposizione al codice civile», mentre il giovane Carnelutti mostrava (specie negli scritti in tema di infortuni sul lavoro) di saper cogliere l'intreccio tra diritto pubblico e diritto privato, Barassi invece offriva «come unico viatico per la nuova disciplina il silenzio e la fierezza di un'appartenenza da non porre in discussione, l'appartenenza al diritto civile»¹¹. Dopo il tentativo condotto con la prima edizione del *Contratto di lavoro*, nella quale non era riuscito a fornire un soddisfacente schema di *locatio operis* capace di separare il contratto di lavoro dal diritto delle merci, Barassi costruiva la teoria del contratto di lavoro nella seconda edizione completamente riveduta (1915-1917)¹², risentendo certamente dell'influenza della fondamentale opera di Philipp Lotmar (i due ponderosi volumi sul contratto di lavoro del 1902-1908)¹³.

In aperta e aspra polemica con Carnelutti, Barassi riconduceva il contratto di lavoro nel tipo unitario della locazione (concessione a titolo oneroso del godimento di energie da qualunque fonte provengano), distinguendo tra *locatio operis* e *locatio operarum* per il fatto che, mentre nella prima la gestione del lavoro viene effettuata in forma autonoma dal lavoratore, nella seconda la gestione dell'attività si concentra nel creditore di lavoro che se ne accolla il rischio, e il corollario più importante consiste nella subordinazione del lavoratore alla controparte¹⁴. Il vincolo di subordinazione (in senso giuridico-formale) qualifica la promessa stipulata da prestatore di lavoro, consentendo di distinguere, all'interno dello stesso tipo contrattuale, la locazione delle opere da quella dell'opera.

Forte dell'autorità di Lotmar, per cui «il dispiegamento di energie non è un'attribuzione patrimoniale», e convinto dell'inseparabilità del lavoro dall'uomo, Barassi identificava l'oggetto dell'obbligazione con il suo contenuto, vale a dire la prestazione promessa dal debitore. Se la promessa del lavoro è termine di scambio, la personalità del lavoro può

¹⁰ Ancora MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, cit., 8.

¹¹ CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, 179.

¹² Cfr. l'attenta rilettura di questa seconda edizione di CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, Giuffrè, 1994, 331 ss.

¹³ GAETA, *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. "Il contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, Vita e Pensiero, 2003, 159 ss.

¹⁴ SCOGNAMIGLIO, *Contratto di lavoro e locazione d'opere*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, cit., 99

conciliarsi con il concetto economico di scambio (e quindi di mercato): «la persona del lavoratore rientra nella posizione contrattuale nei limiti del concetto di obbligazione»¹⁵. La subordinazione dunque è liberamente voluta dal lavoratore e dedotta in contratto: e in ciò può anche vedersi un'elementare garanzia di libertà del lavoratore.

Conservatore certo, ma non inconsapevole degli eventi che si stavano svolgendo intorno a lui, Barassi apportava al nascente diritto del lavoro il contributo di una costruzione dogmatica del contratto di lavoro alla quale era acquisito il dato dell'inseparabilità del lavoro dal lavoratore. All'epoca, si trattava di qualcosa in più della semplice umanizzazione della *locatio hominis*; anche se, come è stato giustamente rilevato, nello schema della locazione le energie lavorative, date in uso per non essere restituite, finivano ancora una volta per essere astratte dal corpo che le produce¹⁶.

Sul ruolo di Barassi, a ragione o a torto considerato il fondatore del diritto del lavoro in Italia¹⁷, la discussione resta aperta, e non intendo certo affrontarla in questa sede: a me pare, questa sì, una discussione futile, e in più viziata dall'uso strumentale della scelta delle citazioni. Mi pare invece opportuno sottolineare che il suo apporto «alla formazione del moderno diritto del lavoro è racchiuso nell'orizzonte dell'ideologia liberale»¹⁸, e che dunque la costruzione dogmatica del contratto di lavoro come locazione va apprezzata dentro questo orizzonte.

Provvederanno gli sconvolgimenti sociali determinati dalla Grande Guerra a travolgere quella ideologia: negli anni della guerra e dell'immediato dopoguerra, la legislazione sul lavoro subirà un'accelerazione impensabile solo pochi anni prima, senza riuscire a ricomporre la frattura fra le classi sociali, ma costringendo anche i giuristi a constatare che l'intero edificio della cultura civilistica di derivazione romanistico-napoleonica era ormai avviato alla dissoluzione¹⁹.

2. Il lavoro non è una merce

¹⁵ BARASSI, *Il contratto di lavoro*², cit., I, 468.

¹⁶ GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*»: una formula da rimeditare, in *Lav. dir.*, 1997, 557 ss., qui 574.

¹⁷ I giudizi sul ruolo di Barassi sono variegati: fornisce un esauriente riepilogo di tali opinioni il volume NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, cit., e ivi, in particolare, gli interventi di ROMAGNOLI, «*Il contratto di lavoro*» di L. Barassi cent'anni dopo, ivi, 47, e CASTELVETRI, *L. Barassi e l'ideologia liberale*, ivi, 111. Penso peraltro, come Romagnoli, che Barassi non abbia alcun bisogno di essere «rivalutato».

¹⁸ Così MENGONI, *L'evoluzione del pensiero*, cit., 127, il quale – a mio avviso giustamente – precisa che il tipo contrattuale definito dall'art. 2094 cod. civ. vigente, che ha tipizzato la subordinazione come criterio di qualificazione del contratto di lavoro, non corrisponde alla fattispecie generale teorizzata da Barassi.

¹⁹ Così PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit., 507.

«Il lavoro non deve essere considerato semplicemente una merce o un articolo di commercio»: suonava così la prima delle "clausole sociali" enunciate dal Trattato di Versailles (1919), nel contesto di altre enunciazioni (art. 427, Pt. XIII), che componevano l'insieme delle tutele rispondenti alle rivendicazioni sociali e sindacali dell'epoca. Il significato della formula non deve essere tuttavia sopravvalutato: in prospettiva poteva acquistare (ed acquistò) un più ampio significato, ma già l'avverbio "semplicemente" denotava la ristretta portata della clausola di *non commodity*.

Secondo un'opinione diffusa, alle spalle della clausola di *non commodity* del Trattato di Versailles stava infatti la sez. 6 della legge *antitrust* americana del 1914, nota come *Clayton Act*, inserita per intervento di Samuel Gompers, il potente segretario della AFL – Federazione americana del lavoro – al fine di sottrarre le coalizioni sindacali dall'applicazione delle regole *antitrust*, alle quali i giudici americani invece le sottoponevano, considerando il lavoro *commodity or article of commerce*, e trattando di conseguenza l'azione sindacale come violazione della libertà di commercio. Gompers, che faceva parte della delegazione americana che stilò il Trattato di Versailles, certamente ebbe un ruolo nella stesura della sezione sul lavoro dell'art. 427: del resto, da parte americana la clausola di *non commodity* era ancora interpretata come affermazione del principio di libertà sindacale²⁰.

C'è tuttavia chi rinviene radici diverse, più lontane e meno note, dell'espressione «il lavoro non è una merce». Secondo Paul O'Higgins²¹, la paternità dell'espressione è da attribuirsi ad un economista irlandese (il dr. John Kells Ingram, morto nel 1907) che la formulò nel discorso tenuto nel 1880 al Congresso del TUC (*Trade Unions Congress*), pubblicato successivamente. Affermando che il lavoro non è una merce, Ingram voleva dire che il lavoro non può essere considerato un'entità indipendente dalla persona del lavoratore, che il rapporto di lavoro deve poggiare anche su un fondamento etico e non può essere perciò regolato solo dal mercato, che il salario del lavoratore non può essere determinato esclusivamente dal suo valore di scambio, perché deve garantirgli il

²⁰ In argomento cfr. l'accurata ricostruzione di GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*», cit., alla quale ho fatto nel testo ampio riferimento. L'A. rileva che alla disposizione del *Clayton Act* si attribuisce il significato di una prima affermazione, sia pure indiretta, del principio di libertà sindacale.

²¹ O'HIGGINS, «*Il lavoro non è una merce*». *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, 295 ss. In quel discorso Ingram riecheggiava l'idea di Marx, secondo cui una caratteristica distintiva dell'economia capitalistica è la trasformazione della forza-lavoro in merce.

mantenimento in condizioni di salute e sicurezza fisica e mentale²². Insomma, una concezione non mercantile del lavoro (che ritroveremo anche nell'opera di giuristi di ispirazione cattolica), assai distante da quella propria della tradizione nordamericana.

La *querelle* sulla paternità e sul significato originario è certamente interessante per gli storici del diritto, ma lo è meno per gli studiosi del diritto positivo, per i quali ciò che conta è che l'espressione «il lavoro non è una merce» abbia acquistato successivamente il più ampio significato etico e giuridico di recisa negazione del valore mercantile del lavoro, spostando la protezione dal lavoro in astratto ai diritti fondamentali della persona che lavora, per la quale il lavoro è opportunità di sviluppo della persona umana e di progresso materiale. Possiamo considerare come punto di partenza di questa evoluzione la Dichiarazione di Filadelfia del 1944, dove «il lavoro non è una merce» costituisce il primo dei principi sui quali è fondata l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL)²³: formulando questo principio si volle enunciare «un postulato fondamentale di politica protettiva, il cui contenuto rispecchia la definitiva chiusura della controversia economico-liberista sul valore del lavoro come bene (speciale) di mercato»²⁴.

Come vedremo oltre, la chiusura di quella controversia non è stata sufficiente per chiudere la questione della mercificazione del lavoro, che torna a riaffacciarsi prepotentemente nelle discussioni di questi ultimi anni sulla deregolazione del mercato del lavoro.

3. Il lavoro è inseparabile dal lavoratore in carne ed ossa

Se l'inseparabilità del lavoro dalla persona del lavoratore si poteva considerare bene o male acquisita dalla cultura giuridica di casa nostra già prima della Grande Guerra (*supra*, § 1.1), restava invece molta strada da fare per sradicare il contratto di lavoro dal terreno della formale eguaglianza delle parti, immettendo nel *contratto* la considerazione della sostanziale diseguaglianza del lavoratore, ed accentuando il profilo personalistico, ovvero l'implicazione della persona, nel *rapporto* di lavoro: per acquisire cioè – come direbbe Romagnoli²⁵ – la consapevolezza che in

²² Secondo O'HIGGINS le idee di Ingram arrivarono sicuramente a Gompers: ma, nota Grandi, si tratta di una congettura che non trova riscontro nell'autobiografia di Gompers: GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*», cit., 561, nota 5.

²³ In occasione della Conferenza generale del maggio del 1944 venne adottata la Dichiarazione di Filadelfia, nella quale furono formulati i principi, gli scopi e gli obiettivi dell'OIL.

²⁴ GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*», cit., 563.

²⁵ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., 61.

materia di lavoro si scrive "contratto", ma si pronuncia "rapporto", perché è nella "corpulenta e prosaica realtà del rapporto" che il lavoratore consuma, con tutto se stesso, un'esperienza di vita.

Percorrere questa strada vorrebbe dire fare la storia del diritto del lavoro e della sua progressiva separazione e autonomia dal diritto civile: il tema è oggetto da sempre di dibattito fra gli studiosi del diritto del lavoro e conosce attualmente un nuovo vigore, determinato, da un lato, dalle convergenze sui temi dei diritti della persona e della loro tutela e, d'altro lato, dal riaffiorare di concezioni mercantili del lavoro, oggetto di negoziazione individuale e di scambio nel mercato concorrenziale²⁶. Ma a questa storia non può essere dedicato in questa sede che uno sguardo, tenendo gli occhi puntati sulla questione del rapporto tra lavoratore soggetto e lavoro oggetto del contratto.

3.1. Da proprietario a produttore: il lavoratore secondo il codice civile del 1942

Per ciò che qui interessa, la fase che si colloca tra le due guerre culmina nelle disposizioni del codice civile del 1942 dedicate al lavoro, che compendiano l'esperienza del periodo corporativo. Al posto del proprietario di forza lavoro che la offre sul mercato, troviamo ora il *produttore* (imprenditore o prestatore di lavoro, inserito nell'organizzazione produttiva dell'impresa): il contesto è quello della funzionalizzazione dell'autonomia privata all'interesse superiore della produzione nazionale, della responsabilità dell'imprenditore verso lo Stato, e del potere di controllo dello Stato sugli indirizzi della produzione e degli scambi. Nell'art. 2086 cod. civ., nel quale affiora la concezione istituzionalistica dell'impresa, la subordinazione è la dipendenza gerarchica del prestatore di lavoro dal datore di lavoro, capo dell'organizzazione produttiva in cui il lavoratore è inserito. Tuttavia l'art. 2094 cod. civ., della cui stesura è considerato il vero ispiratore Paolo Greco²⁷, collega l'obbligazione del prestatore di lavoro (a collaborare nell'impresa, alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore) ad un contratto di scambio, stipulato dal lavoratore: la fonte del rapporto di lavoro è dunque ancora il contratto, e non l'incorporazione del lavoratore in una istituzione ordinata su base gerarchica. Lo schema locativo è sepolto: l'art. 2094 infatti «ha tipizzato la subordinazione come criterio di qualificazione del contratto», trasformando in archetipo quello che per

²⁶ Cfr., per tutti, DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir.lav. rel. ind.*, 2006, 195 ss.

²⁷ GRECO, *Contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI, Torino, Utet, 1939.

Barassi era un sotto-tipo (della locazione: *supra*, § 1.1.)²⁸; il contratto di lavoro subordinato è ora un diverso e autonomo tipo contrattuale. La protezione del lavoratore contraente debole è affidata alle fonti inderogabili di disciplina del rapporto di lavoro: la legge e il contratto collettivo corporativo, efficace *erga omnes*, tagliano lo spazio all'autonomia contrattuale delle parti, ridotta alla sola stipulazione di clausole *intuitu personae* più favorevoli al lavoratore.

Malgrado la premessa concezione gerarchico-autoritaria della subordinazione che qualifica il contratto di lavoro, «il codice del '42 fa emergere, per la prima volta, non un'ideale astratto di persona (...) ma l'uomo "in carne ed ossa" e lo fa fundamentalmente inserendo all'interno del contratto interessi non patrimoniali ed aprendo alla predisposizione di risorse pubbliche per la soddisfazione di bisogni primari del lavoratore (invalidità, vecchiaia, etc.)»²⁹. La disposizione più significativa in questo senso è contenuta nell'art. 2087 cod. civ. (obbligo di sicurezza). Vero è, come ricorda ancora L. Mengoni³⁰, che già all'inizio del XX secolo la dottrina civilistica, proprio in considerazione del coinvolgimento nel contratto della persona del lavoratore, aveva configurato a carico del datore di lavoro un obbligo contrattuale di protezione, ed un correlativo diritto soggettivo del lavoratore. Ma una cosa è l'opinione della dottrina, altra l'intervento del legislatore: e l'art. 2087 espressamente include nell'area degli interessi non patrimoniali protetti dal contratto la conservazione della salute e dell'integrità fisica, dando così palpabile rilevanza all'implicazione del lavoratore in carne ed ossa nel contratto di lavoro.

3.2. La Costituzione e i diritti del lavoratore come persona: un percorso a tappe

Con l'entrata in vigore della Costituzione (1° gennaio 1948) si è aperta una nuova fase nella quale «il diritto del lavoro instaura l'antropologia definitiva del diritto moderno, fissata dall'art. 1 della Costituzione del 1947, che proclama essere il nostro ordinamento "fondato sul lavoro"»³¹. Più che di una fase, sarebbe corretto parlare di diverse fasi, alle quali dedicherò solo qualche breve cenno, guardando alla sola questione del coinvolgimento personale del lavoratore nel contratto e nel rapporto di lavoro³².

²⁸ MENGONI, *L'evoluzione del pensiero*, cit., 126.

²⁹ MAZZOTTA, *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica*, cit., p. 5,

³⁰ MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit. 130.

³¹ MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., 127.

³² Rinvio alla sintesi proposta da MAZZOTTA, *Ragionare per modelli*, cit.

Quella stessa cultura giuridica, che si era affrettata a seppellire il diritto corporativo nel tentativo di cancellarne al più presto anche le tracce, si trovò a fare i conti con il nuovo valore fondante che i costituenti avevano attribuito al lavoro³³. Non erano conti facili, e comunque furono evitati per un lungo periodo. Fino alla metà degli anni sessanta il diritto del lavoro non ha conosciuto infatti uno sviluppo capace di adeguare la disciplina dei rapporti di lavoro ai nuovi principi costituzionali, che mettono il lavoratore subordinato, e talora il lavoratore *tout court*, al centro di un sistema di garanzie di diritti fondamentali. La disciplina del contratto e del rapporto di lavoro è rimasta in gran parte affidata al codice civile, e le categorie civilistiche hanno fornito i binari entro i quali far correre l'interpretazione; l'ottica è ancora quella della protezione del contraente debole.

Alteravano tuttavia i consolidati schemi interpretativi, aprendo la strada all'allontanamento del contratto di lavoro dal diritto comune dei contratti, due disposizioni costituzionali in particolare (gli artt. 36 e 37), che la giurisprudenza, non senza qualche incertezza, era arrivata presto a configurare come disposizioni immediatamente precettive e come tali applicabili ai rapporti interpretati, allargando così l'orizzonte della implicazione della persona del lavoratore nel rapporto dalla sola protezione del contraente debole alla considerazione del coinvolgimento in esso della sua intera personalità³⁴.

L'art. 37 Cost. (sul quale tornerò brevemente oltre: § 4.1) sancisce l'eguaglianza senza distinzione di sesso nelle condizioni di lavoro: un diritto fondamentale, anzi il più fondamentale dei diritti della persona, limita la libertà contrattuale del datore di lavoro. L'art. 36 Cost. sancisce il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionale alla qualità e alla quantità del lavoro prestato, ma in ogni caso sufficiente a garantire condizioni di vita decente. La retribuzione resta pur sempre il corrispettivo della prestazione lavorativa, ma giustamente si sottolinea che «nessun altro contratto di diritto privato ritrova all'interno della carta costituzionale i principi-guida per la determinazione di un suo "elemento essenziale" (...). La retribuzione vi è rappresentata, ad un tempo, come trattamento corrispettivo di un contratto di diritto privato ed altresì come provvidenza sociale»³⁵. Per dirlo in altri termini: la determinazione del prezzo del lavoro non è lasciata esclusivamente al mercato, perché la

³³ Sull'art. 1 Cost. (letto in combinazione con l'art. 4 Cost.) cfr. la ricostruzione di PINELLI, "Lavoro" e "progresso" nella Costituzione, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, 401 ss., a partire dalla rilettura degli atti della Costituente.

³⁴ SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967, 173 ss.

³⁵ MAZZOTTA, *Ragionare per modelli*, cit., 6.

tutela di un diritto del lavoratore (che potremmo dire di "cittadinanza" e meglio, di "cittadinanza sociale")³⁶ interferisce col valore di scambio.

3.3. Lo Statuto dei lavoratori: ascesa e crisi di un modello di garanzia dei diritti del lavoratore

Con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970) il diritto del lavoro ha conosciuto una nuova fase, nella quale domina la riconsiderazione del lavoratore subordinato come titolare di diritti fondamentali. Lo Statuto è infatti un *bill of rights*, una Carta di diritti fondamentali e indisponibili, garantita a tutti i lavoratori per i quali la subordinazione aveva significato, fino ad allora, subire la limitazione della propria libertà e sacrificare la propria dignità; una Carta dei diritti sorretta, per garantirne l'effettività, dall'apertura dello spazio al contro-potere sindacale.

Lo Statuto «ridistribuisce all'interno del contratto di scambio poteri ed obblighi (...)». Il contenuto del contratto viene riscritto, «fino al punto di consentire una sorta di sublimazione dei poteri datoriali»³⁷. I diritti sono garantiti al lavoratore subordinato, nell'ottica di un riassetto del contratto di scambio determinato dalla tutela della persona (nella sua complessità di *soma* e di *psiche*), la cui libertà e dignità devono restare al riparo dall'esercizio dei poteri datoriali.

Un'analisi dettagliata dei diritti garantiti dallo Statuto sarebbe fuori luogo in questa sede. Provo solo a richiamarli, classificandoli in tre diverse categorie: (a) diritti della persona (eguaglianza, libertà, dignità, salute e sicurezza) che trovano fondamento nella Costituzione: sono diritti assoluti, e dunque costituiscono un patrimonio della persona, che il lavoratore porta con sé nel contratto; questi diritti preesistono alla posizione di contraente, perché sono riconosciuti al lavoratore come persona e non in quanto parte di un contratto di lavoro; (b) diritti del lavoratore "situato": 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 (ad esempio il diritto alla professionalità, come diritto ad un percorso professionale non discendente all'interno dell'azienda; la professionalità tuttavia è anche un diritto della prima categoria, in quanto riconducibile alla dignità che il lavoratore porta con sé nello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato); (c) diritti di credito a fondamento strettamente contrattuale

³⁶ Sulla "cittadinanza sociale" cfr. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Lav. dir.*, 2009, 35 ss..

³⁷ MAZZOTTA, *Ragionare per modelli*, cit., 8, citando una nota frase di MENGONI, secondo cui «L'idea-madre dello Statuto è che l'organizzazione tecnico-produttiva dell'impresa deve modellarsi sull'uomo, e non viceversa »

(nel senso che il contratto è fonte dei diritti in questione, non occasione o "situazione" del loro esercizio). I diritti della prima e della seconda categoria entrano "in azione" a partire dalla stipulazione del contratto, e dunque durante lo svolgimento del rapporto che ne consegue, ma, diversamente dai diritti della terza categoria, preesistono al contratto, nel senso che ne determinano il contenuto legittimo; il loro rispetto regola lo svolgimento del rapporto.

Garanzia dei diritti fondamentali della persona del lavoratore: può sembrare questo il traguardo del lungo percorso che ho tentato di descrivere. E invece non lo è: nei quarant'anni che ci separano dall'entrata in vigore dello Statuto, il diritto del lavoro edificato da quella legge è divenuto obsoleto, così come pare essere tramontato il modello antropologico di lavoratore su cui la legge è costruita.

4. La persona "maschera" del corpo

Proprio la constatazione dei profondi cambiamenti intervenuti ha sollecitato nuove riflessioni sulla crisi del diritto del lavoro. In queste riflessioni spicca il contributo di Alain Supiot³⁸, che induce a ripensare criticamente al lavoro come attributo della persona implicata nel rapporto di lavoro, che da sempre diamo per acquisito alla cultura giuslavoristica, senza più discuterne le premesse.

Chiedendosi quale sia l'oggetto della prestazione di lavoro che costituisce l'oggetto del contratto di lavoro, Supiot si risponde che non si può fare a meno di riconoscere, anche se la teoria giuridica non lo dice, che si tratta del corpo del lavoratore, del quale il diritto positivo fa la sua pietra angolare, poiché la capacità di lavoro è subordinata ad una capacità fisica e tutte le vicende che incidono su questa incideranno sull'altra: la fatica, la malattia, la giovane età o la vecchiaia. Ma perché la teoria giuridica non dice ciò che per il diritto positivo è chiaro? Perché ripugna ammettere che il corpo umano possa essere oggetto di commercio, mentre il diritto al proprio corpo è un diritto non patrimoniale: per questo la dottrina preferisce sottolineare il ruolo preponderante della persona nell'economia del contratto di lavoro, evitando di separare artificialmente la forza lavoro dalla persona del lavoratore. Tuttavia, prosegue Supiot, questo riconoscimento della persona, ambiguo e pericoloso, porta ad occultare, o a negare, la specifica posizione del corpo umano nel rapporto di lavoro. La "persona" del lavoratore è, come nelle origini romanistiche del termine, la "maschera" dietro la quale si cela la fisionomia di un uomo; il suo corpo è il luogo, il passaggio obbligato dell'adempimento delle sue obbligazioni, è

³⁸ SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Puf, 1994, spec. 51 ss.

la cosa stessa che forma la materia del contratto. La persona fisica, vale a dire il corpo umano visto come dimensione biologica della persona umana, è un concetto giuridico – conclude Supiot – sufficientemente astratto per rispondere all'idea astratta del lavoro sulla quale è stato concepito il contratto di lavoro. La riscoperta del corpo (o, meno crudamente, della persona fisica) come oggetto del contratto di lavoro serve a Supiot per isolare la materialità della prestazione di lavoro dalla soggettività di chi il lavoro lo presta: corpo e persona sono realtà distinte, entrambe coinvolte nel rapporto di lavoro; «relegare il corpo al ruolo di oggetto del contratto significa preservare da ogni contaminazione materiale il soggetto come persona, concentrato di aspetti ideali e umani, "maschera" di se stesso»³⁹.

Della *Critique* di Supiot, che investe con una riflessione colta e originale l'intero diritto del lavoro e le aporie che lo travagliano, ho scelto di fermare l'attenzione solo sulla distinzione tra persona e corpo, che consente all'A. di rimettere al centro del contratto di lavoro il lavoratore-oggetto per portare il lavoratore-soggetto fuori dalla subordinazione, recuperandone la libertà e l'autonomia. Non interessa tuttavia discutere in questa sede le intenzioni di Supiot, e neppure i risultati della sua analisi. Interessa invece sottolineare come il ritorno alla considerazione del corpo come oggetto del contratto di lavoro, parso a molti sorprendentemente in contrasto con l'asserzione, ormai data per ovvia, che «il lavoro non è una merce», possa invece costituire uno strumento utile per rileggere la disciplina del contratto di lavoro, guardando con maggiore attenzione alla identità del lavoratore nella sua dimensione biologica.

4.1. Una considerazione a margine: il corpo delle donne.

Per chiarire il senso di questa affermazione mi limito ad una considerazione preliminare e ad un esempio.

La considerazione preliminare attiene alla rilevanza del sesso, nel diritto del lavoro e nella disciplina del contratto di lavoro. In polemica con chi sosteneva che il diritto del lavoro è una disciplina agglomerata intorno al modello antropologico dell'essere umano appartenente al genere maschile, e nella quale l'essere umano appartenente al genere femminile non esisteva alle origini e non è mai esistito neppure dopo⁴⁰, mi è parso

³⁹ VENEZIANI, *Tre commenti alla Critique du droit du travail di Supiot*, in *Dir.lav.rel. ind.*, 1995, 477 ss., qui 481. Gli altri commenti sono rispettivamente di GIUGNI, *ivi*, 471, e di MENGONI, *ivi*, 474.

⁴⁰ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia*, cit., 21, e in polemica con Romagnoli, BALLESTRERO, *Il lavoro delle donne secondo Barassi*, in *Lav. dir.*, 2002, 15 ss. Mi pare perciò politicamente scorretto

di poter sostenere che la neutralità (al maschile) delle regole generali non ha mai cancellato la presenza di una parte del diritto del lavoro che neutra non era alle origini e a maggior ragione non è attualmente.

L'art. 37 Cost. impone la parità salariale e di diritti tra lavoratori e lavoratrici, ma riserva alle lavoratrici, e specialmente alle lavoratrici madri, una speciale protezione, che deve essere garantita "nelle condizioni di lavoro". L'equilibrio difficile tra parità e tutela del lavoro delle donne è stato oggetto di riflessioni che non possono essere riproposte in questa sede⁴¹: qui interessa sottolineare da un lato l'immanenza della regola della parità di trattamento al contratto, che si traduce nel diritto del lavoratore e della lavoratrice a non essere trattati sfavorevolmente in ragione del loro sesso; d'altro lato, la diretta considerazione della maternità, che è funzione e condizione specifica ed esclusiva del sesso femminile: considerazione che si traduce nell'attribuzione alla lavoratrice di diritti "diseguali".

Nello sviluppo del diritto antidiscriminatorio interno (ma di stretta derivazione comunitaria), di prima e specialmente di seconda generazione, la considerazione del sesso (in senso biologico) ha, per così dire, ceduto il passo alla considerazione del genere (il sesso nella sua dimensione culturale e sociale) di appartenenza, e l'eguaglianza in senso formale ha ceduto il passo all'eguaglianza in senso sostanziale: non l'eguaglianza tra persone assunte come neutre, ma piuttosto la parificazione, consapevole delle differenze (di genere, come anche di razza, di etnia, e così via) che corrono tra le persone⁴².

Vengo ora all'esempio.

Nell'attuale disciplina del lavoro⁴³ sono considerate discriminazioni, e come tali vietate, le molestie che abbiano alla base un fattore differenziale (il sesso, la razza, la religione, l'età, l'handicap, l'orientamento sessuale). Le fonti comunitarie (e anche quelle interne, conformi per questo aspetto) dicono chiaramente che «la discriminazione

continuare a dire "lavoratore" al maschile per dire lavoratore e lavoratrice. Sarebbe meglio adottare l'uso linguistico anglosassone (*he/she*).

⁴¹ Di ciò ho scritto in più occasioni, a partire dalle riflessioni sull'art. 37 Cost. sviluppate in BALLESTRERO, *Dalla Tutela alla parità. la legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979, e riprese nei saggi *La protezione concessa e l'eguaglianza negata: il lavoro femminile nella legislazione italiana*, in A. GROPPI (a cura di), *Il lavoro delle donne, Storia delle donne in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 1996, 445 ss.; *La Costituzione e il lavoro delle donne. Eguaglianza, parità di trattamento, pari opportunità*, in M. GIGANTE (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, 75 ss.

⁴² Rinvio a quanto ho scritto altrove: BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lav. dir.*, 2004, 501 ss.

⁴³ D.lgs. n. 215/2003; d.lgs. 216/2003; art. 26, d.lgs. n. 198/2006. In argomento cfr. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 399 ss.

comprende le molestie» (il che significa che le norme antidiscriminatorie si applicano pienamente a queste fattispecie); ma dettano poi definizioni separate della discriminazione (diretta e indiretta) e delle molestie. Le definizioni della discriminazione mettono al centro la comparazione dei trattamenti tra persone dell'uno e dell'altro sesso; le definizioni delle molestie mettono al centro l'offesa alla dignità e alla libertà della persona determinata da comportamenti correlati a fattori di differenziazione: violazione dell'eguaglianza in un caso, lesione della libertà e della dignità della persona nell'altro.

Meritano una considerazione particolare, in questo contesto, le molestie sessuali, definite (art. 26, d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità) «comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo». Il comportamento molesto a connotazione sessuale lede un diritto di libertà e dignità immediatamente collegato alla sessualità della vittima⁴⁴: il sesso (in senso biologico) opera come elemento di raccordo col genere di appartenenza, il rispetto della libertà dell'uno come rispetto della dignità dell'altro. Per dirla con Supiot: la persona offesa come maschera del corpo offeso.

5. Il lavoro tra soggetto e oggetto e la nuova mercificazione del lavoro

«La tensione irrisolta tra lavoro-oggetto e lavoro-soggetto continua a percorrere gli itinerari, sempre più contorti di un diritto del lavoro il cui futuro non è assicurato»: così scriveva Mario Grandi nel 1997⁴⁵, e il quadro che aveva di fronte non era ancora quello attuale. Oggi molte disposizioni dello Statuto dei lavoratori sono state modificate, oppure sono lettera morta. Certo restano i diritti individuali di libertà sindacale e di opinione, restano i diritti collettivi di attività sindacale nei luoghi di lavoro, ormai metabolizzati, ma largamente rimaneggiati, dalla contrattazione collettiva: ma le condizioni d'uso sono cambiate nei fatti e nel diritto. Sono cambiate le imprese (delocalizzate, globalizzate, disgregate e "liquefatte"), e soprattutto è cambiata la realtà del mercato del lavoro: ad una parte di questo mercato, quella dei lavoratori autonomi, degli associati in partecipazione, dei soci di lavoro, lo Statuto

⁴⁴ Cfr. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, 379 ss.

⁴⁵ GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*», cit., 577.

non si applica; la parte di gran lunga maggiore del mercato è occupata tutt'ora dai lavoratori subordinati, ma la precarietà del rapporto e la scarsa capacità rappresentativa del sindacato rende quanto meno dubbia l'effettiva garanzia dei diritti sanciti dallo Statuto per la quota numericamente rilevante (e crescente) occupata dai lavoratori a termine (con contratto tipico o atipico). Ancora, c'è il mondo delle piccole e micro-imprese, incluse quelle che lavorano nelle catene dei sub-appalti, dove il lavoro è spesso nero e non riesce ad emergere: e quei lavoratori (fra i quali abbondano gli extra-comunitari, sempre più esposti al ricatto della perdita del lavoro) non sono in grado di rivendicare i diritti garantiti dallo Statuto.

Molte sono le ragioni di questo stato di cose, analizzate dalla letteratura anche giuridica di questi anni, alla quale si può senz'altro rinviare. Le opinioni sono ovviamente diverse; per parte mia ritengo non si possa negare che il processo di disgregazione del lavoro nella frammentazione attuale in molti lavori e lavoretti iperflessibili e precari sia stata favorita dall'aver fin da tempi ormai remoti accettato di regolare il lavoro a misura delle esigenze di flessibilità delle imprese; dall'aver accettato che fosse il mercato a dettare le regole al legislatore e non il legislatore a dettare le regole per il mercato.

Il nesso tra flessibilità e ri-mercificazione del lavoro, spiegato da Luciano Gallino⁴⁶ con la chiarezza che gli è propria, emerge in tutta evidenza nel lavoro a chiamata e nel lavoro somministrato (volgarmente detto "in affitto"): nel primo caso il lavoratore assicura la propria disponibilità a essere convocato in certe ore del giorno o in certi giorni della settimana, e per il resto del tempo resta in attesa della chiamata (come l'idraulico o il fornitore di acqua minerale); nel secondo caso il lavoratore viene "fornito" dal suo datore di lavoro formale (il somministratore) ad un altro soggetto che ne utilizzerà la prestazione. Nell'un caso come nell'altro il lavoro è scambiato come un bene qualsiasi: una merce, appunto.

Ma c'è un fenomeno di mercificazione del lavoro, posto sotto gli occhi di tutti che dalle cronache recenti, che sembra riportarci a quella difficile distinzione tra *locatio hominis* e *locatio operarum* da cui erano partiti i civilisti che all'inizi del XX secolo si erano dedicati allo studio del contratto di lavoro. Mi riferisco al mercato del lavoro nero, popolato di uomini e donne, extracomunitari bianchi e soprattutto neri: lavoratori-oggetto e non soggetti, non persone, perché i diritti fondamentali delle persone sono negati a chi, spinto dal bisogno, è disposto ad accettare condizioni di lavoro e di vita ormai inaccettabili per i lavoratori "cittadini".

⁴⁶ GALLINO, *Il lavoro non è una merce*, cit.