



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Luca Nogler

Rilettura giuslavoristica di «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"./T – 128/2011



© Luca Nogler 2011
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Trento (I)
Luca.Nogler@unitn.it

ISSN - 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Rilettura giuslavoristica di «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»^{*}

«Soltanto i pensieri *nati camminando* hanno valore»
(F. W. Nietzsche, *Götzen-Dämmerung oder Wie man
mit dem Hammer philosophirt*, Leipzig, 1889 trad. it.
in Id., *Opere filosofiche*, v. 2°, Torino, 2003, p. 418)

Luca Nogler
Università di Trento

1. Premessa: un «classico» del pensiero giuridico.	3
2. Luigi Mengoni ed il metodo «prima» del saggio del 1976 (nella scia di Goldschmidt): il punto di vista del giudizio.	4
3. Luigi Mengoni e i problemi del lavoro «prima» del saggio del 1976: prima il problema poi il sistema.	12
3.1 L'organizzazione scientifica del lavoro.	13
3.2 La clausola implicita di pace sindacale.	16
4. L'acquisizione della coscienza del metodo ovvero il tentativo di rifondare il discorso giuridico (nella scia di Esser e Canaris).	20
5. Il saggio del 1976 ed i problemi del rapporto di lavoro.	23
6. Segue. I fraintendimenti giuslavoristici del saggio del 1976: l'orientamento neo-dogmatico.	27

^{*} Il presente scritto è in corso di pubblicazione in Jus, 2012, n. 1 e rappresenta il testo, con alcuni adattamenti ed aggiunte, della relazione svolta dall'autore alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano lo scorso 5 aprile 2011 nel contesto di un seminario dedicato alla memoria del prof. Luigi Mengoni. Ringrazio il prof. Mario Napoli per l'invito. Dedico il saggio alla memoria del prof. Gino Giugni.

6.1 Mattia Persiani e la giurisprudenza in materia di licenziamenti economici.	27
6.2 La diatriba sul metodo di qualificazione dei rapporti di lavoro.	30
7. Conclusione: il punto d'incontro tra Luigi Mengoni, James Goldschmidt e Hugo Sinzheimer.....	34

1. Premessa: un «classico» del pensiero giuridico.

In una affollata conferenza sul pensiero politico di Hobbes, Norberto Bobbio esordì affermando che può essere considerato «classico» quell'autore che «è sempre attuale, che ogni tempo prende in considerazione ed interpreta anche se le interpretazioni variano con il tempo»¹. Luigi Mengoni appartiene alla ristrettissima cerchia dei giuristi italiani del Novecento che effettivamente si prestano ad essere costantemente riletti per la profondità d'analisi che caratterizza i suoi scritti. M. è interessante sotto ogni aspetto; i suoi giudizi suscitano interrogativi, lo stile essenziale, che non concede nulla all'eloquenza ideologica, affascina. Anche una fugace lettura è sempre appagante.

Rileggerò il saggio di M. dal felicissimo titolo *Problema e sistema nella controversia del metodo giuridico* da un punto di vista giuslavoristico², privilegiando due prospettive d'indagine.

Da un lato, mi riprometto di chiarire in che modo, ed in che misura, i problemi regolativi dei rapporti di lavoro ed il sistema giuslavoristico influirono sul saggio mengoniano del 1976 (v. *infra* §§ 3.1 e 3.2).

Dall'altro lato, illustrerò criticamente quale sia stato l'uso che hanno fatto, e stanno facendo, del saggio mengoniano coloro i quali si occupano dei problemi giuridici che scaturiscono dai rapporti di lavoro (v. *infra* §§ 6.1. e 6.2). Darò qui largo spazio a come, per riprendere le parole di Bobbio, è «variata» nel corso del tempo l'interpretazione della proposta metodologica mengoniana privilegiata da due delle tendenze giuslavoristiche più diffuse: il neo-dogmatismo e l'approccio antidogmatico di stampo ideologico. A tal fine sarà necessario confrontarsi con alcuni problemi collegati al sistema contemporaneo dei contratti di lavoro.

Ma prima di dare seguito a questo impegnativo programma, è opportuno premettere una considerazione, di carattere più generale, relativa al grado di consapevolezza metodologica che M. aveva maturato nel periodo precedente al fortunato saggio del 1976 quando acquisì, per dirla con Castronovo, la piena «coscienza del metodo».

¹ La conferenza si svolse nel marzo del 1987 a Brescia dinnanzi ad oltre cinquecento studenti delle superiori.

² Fermo restando che «noi siamo soltanto giuslavoristi. Egli è stato anche cultore del diritto del lavoro» (M. Napoli, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d'umanità, cultore di diritto del lavoro*, in «DLRI». 2002, 163).

2. Luigi Mengoni ed il metodo «prima» del saggio del 1976 (nella scia di Goldschmidt): il punto di vista del giudizio.

Nella solenne occasione della consegna degli studi in onore di M., Michele Giorgianni sostenne che la parabola metodologica del festeggiato fu sollecitata, in modo preponderante, proprio dal suo incontro con il diritto del lavoro³, e cioè con l'ambito giuridico che è maggiormente a contatto con valori (o principi) ed esigenze pratiche che sono estranei all'orizzonte proprio del diritto privato ottocentesco costruito a misura della difesa del diritto di proprietà. Se teniamo presente la biografia intellettuale di M. non possiamo non aderire a questa supposizione che trova, d'altronde, conferma nei numerosi problemi di diritto del lavoro che M. cita nel saggio che rileggiamo. Esempificazioni che sono di gran lunga superiori all'altro settore toccato dall'avvento della produzione di massa, il diritto dei consumatori, che pure era al centro delle riflessioni dell'autore. Si spazia dal contratto collettivo, al dovere di pace sindacale, al trasferimento d'azienda, allo sciopero a scacchiera, all'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro per giungere, infine, alla decorrenza della prescrizione del diritto alla retribuzione nel rapporto di lavoro subordinato. Molti esempi sono ripresi e sviluppati dalle opere precedenti.

Ritengo, tuttavia, che sia opportuno apportare due chiose, o precisazioni, preliminari alla supposizione avanzata da Giorgianni.

a) M., proprio perché spaziò fin da subito in numerose direzioni della complessa esperienza giuridica⁴, tenne sempre presente il fondamento unitario dell'attività giuridica.

All'interno di una prospettiva fortemente unitaria egli si ripromise, da un lato, di chiarire la differenza che sussisteva tra l'attività giuridica e le scienze naturali. Teniamo presente a quest'ultimo proposito che all'epoca del saggio del 1976 le scienze naturali aspiravano ad una chiara egemonia culturale. Esse pretendevano di dettare i caratteri che doveva rivestire la metodologia propria di qualsiasi attività che aspirasse ad essere qualificata come scientifica. Si consideri che Hans Georg Gadamer

³ M. Giorgianni, in *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative*, Milano, 1997, p. 39.

⁴ Nel saggio (L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, originariamente pubblicato in «*JUS*», 1976, p. 3 ss. e quindi ripubblicato in Id., *Diritto e valori*, Bologna 1985, da cui cito nel corso di questo saggio e quindi p. 11 ss.), che è oggetto di questa rilettura, si sollevano anche questioni di diritto civile quali la responsabilità contrattuale o il testamento; a p. 50 anche una problematica, mi verrebbe da dire "trentina", di diritto tavolare.

era giunto al punto di respingere l'espressione *Method* perché d'ispirazione troppo scienziata.

Dall'altro lato, M. voleva chiarire anche ed, anzi, forse, soprattutto ciò che differenziava e differenzia l'attività giuridica dalle altre discipline - alludo ovviamente all'etica, all'economica ed alla politica - che attengono all'azione umana, alla *praxis* oppure, come si esprime M. nel saggio commentato, al «comportamento umano»⁵.

M. visse la crisi che investì l'idealismo ed il liberalismo economico sul quale egli si sofferma nelle pagine iniziali del saggio che non a caso sono dedicate a Savigny. Fu proprio questa crisi ad esporre le discipline che si occupano dell'azione umana alla egemonia metodologica, testé evocata, delle scienze naturali.

Ma M. non si accontentò di sottolineare, ancora una volta, ciò che nel 1976 era già chiarissimo a molti autori se non a tutti: e cioè che nell'attività giuridica giocano un ruolo molto rilevante le valutazioni svolte dal giurista e che il significato del testo normativo non è attingibile senza compiere scelte di valore; che non esiste, in altre parole, un significato univoco proprio delle parole⁶.

M. si confrontò anche con una questione ulteriore che nel 1976 non era chiara a molti: cosa differenzia l'attività giuridica da quella politica. Ad un certo punto del saggio che è oggetto di questa rilettura, M. enuncia chiaramente che il problema consiste nel «controllo della tendenza a impegnare i giuristi nella politica del diritto» e, citando (come tornerò a ripetere più avanti) *coraggiosamente* Luhmann, egli chiosa che «il puro radicalismo (cioè l'iconoclastia antidogmatica) non può spacciarsi già per riflessione»⁷.

Invero, l'accelerazione sociale sopraggiunta nel secondo dopoguerra aveva reso più complesso il ruolo del giurista. All'epoca del metodo pandettistico⁸, il giurista si immedesimava istintivamente con l'ordine giuridico nel quale operava. La staticità sociale, come afferma Weber nella sua *Rechtssoziologie* (in realtà, una magnifica *Rechtsgeschichte*), favoriva «la disposizione» dei giuristi «a obbedire di fatto al potere - ormai valutato soltanto con il criterio utilitaristico - delle forze che di volta in volta si pretendevano legittime»; ciò avveniva,

⁵ Mengoni, *Problema e sistema*, p. 48.

⁶ Si pensi al saggio di N. Matteucci, *Positivism giuridico e costituzionalismo*, in «RTDPC», 1963, p. 985 ss.

⁷ Mengoni, *Problema e sistema*, p. 24.

⁸ Che ispirò fino a poco or sono gli esami corsi di laurea in giurisprudenza come osservò un altro famoso giurista d'origine trentina, in M. Cappelletti, *Il villaggio, il mondo: riflessioni di un comparatista trentino*, in «Folgaria notizie», 1986, p. 1 ss.

anzitutto, «nella cerchia stessa dei pratici del diritto» ascrivibili pertanto alla «categoria delle forze conservatrici»⁹.

Un grande maestro della comparazione giuridica funzionale rappresentò con grande lucidità la trasformazione d'atteggiamento dei giuristi dettato dall'ascesa del metodo giuridico post-positivista. Il giurista, maturata la consapevolezza del suo coinvolgimento valutativo nella decisione giuridica, da difensore dell'ordine preconstituito, ovvero di categorie giuridiche universali perché garanti dell'ordine socio-politico esistente, tendeva, all'opposto, a trasformarsi in un anticipatore di nuovi ordini sociali, dimostrando una crescente propensione a porre sistematicamente in discussione l'adeguatezza degli istituti giuridici esistenti¹⁰.

Ora, anche M. prese atto che pure questa dimensione deve entrare a far parte del dna del giurista sicché «una facoltà di giurisprudenza deve dar spazio anche alla critica della legge». Ma egli accompagnò sempre all'apertura al discorso *de iure condendo*¹¹ la precisazione che «deve essere ben chiaro agli studenti che questa fuoriesce dal discorso giuridico per diventare discorso di politica del diritto o di tecnica legislativa»¹². Il suo timore era che la dimensione politica potesse travolgere *in toto* quella giuridica.

Preoccupato di non assecondare l'accentuazione topica del primato del problema, M. afferma, nel passaggio più importante di tutto il saggio del 1976, che

«la scienza giuridica non è una scienza pratica nello stesso senso in cui lo sono la politica, l'economia o l'etica (quando non sia fondata su base teologiche). Essa fa riferimento a comportamenti umani, ma il suo compito non è di spiegare o elaborare criteri di agire corretto" (come ritengono, possiamo aggiungere oggi giorno, i numerosi fautori dell'analisi economica del diritto) «bensì di comprendere il significato di testi normativi autoritativamente predisposti per dettare regola ai

⁹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922, p. 502 (trad. it. *Economia e società*, Milano, 1961).

¹⁰ M. Rheinstein, *Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen*, in «*RabelsZ*», 1970 (34), p. 10.

¹¹ «Genere da lui poco coltivato» come osserva M. Napoli, *Ricordo di Luigi Mengoni, maestro di diritto e d'umanità, cultore di diritto del lavoro*, p. 156 il quale soggiunge in nota: «salvo l'impegno istituzionale al CNEL».

¹² L. Mengoni, *L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica*, in «*JUS*», 1997, 1, p. 4 ma v. anche Id., *Problema e sistema*, p. 48.

rapporti sociali. La scienza giuridica è essenzialmente una scienza ermeneutica come tale dominata dal primato del testo»¹³.

In conclusione, la rimeditazione mengoniana dell'attività giuridica nacque proprio dall'esigenza di rispondere all'interrogativo su «quanta politica, consapevole o no, possa esservi nel discorso giuridico». Ma, evidentemente, (per riprendere un'efficace formulazione di Castronovo) non la politica «guerreggiata ma piuttosto le linee guida della politica: i valori»¹⁴. Questa dimensione era, all'epoca del saggio che rileggiamo, impropriamente esclusa «dai procedimenti di interpretazione e applicazione della legge» i quali, secondo la criticata tradizione pandettistica, dovevano essere «guidati esclusivamente dalle regole formali della deduzione logico-sistematica con esclusione rigorosa di argomenti extra-sistemici, religiosi, morali, politici o economici»¹⁵. Proprio per questa esigenza di «costruire» le regole di giudizio, M. si pose nella scia del movimento che si suole ormai comunemente denominare come «riabilitazione della filosofia pratica»¹⁶.

b) La seconda precisazione è sollecitata da un'opinione espressa da Paolo Grossi nel suo profilo storico su *La cultura del civilista italiano: le «prove giovanili» di M.*, e cioè le sue fondamentali opere civilistiche degli anni cinquanta, rappresenterebbero «severe e rigorosissime pagine dogmatiche» le quali sarebbero, tuttavia, «lontane» dall'«approdo» finale a cui giungerà il civilista trentino a partire dalla metà degli anni Settanta¹⁷.

Un'attenta lettura di quelle «severe e rigorosissime pagine dogmatiche», consente, però, di evidenziare la precisa scelta di valore che ispirò la loro scrittura: opzione che agevolò M. nel teorizzare quella che non è esagerato presentare come una vera e propria «rivoluzione concettuale» della materia.

¹³ Mengoni, *Problema e sistema*, pp. 46-47.

¹⁴ C. Castronovo, *Luigi Mengoni, campione di aperture e umiltà*, in *Luigi Mengoni. La vita e le opere*, Fondo, 2004, p. 23.

¹⁵ L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in «RTDPC», 2001, p. 90.

¹⁶ Sia consentito rinviare a L. Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in «RDC», 2008, p. 39 ss. in cui ho tentato di collocare M. proprio nel contesto di questo movimento che nel saggio del 1976 emerge direttamente a p. 31 nt. 56 quando M. cita il fondamentale testo di W. Hennis, *Politik und praktische Philosophie*, Neuwied, 1963 e poi, soprattutto, a p. 35 dove egli richiama il «contesto culturale più ampio, segnato dagli sviluppi recenti della teoria generale dell'ermeneutica intesi a una ridefinizione di quest'ultima sulla base del principio che l'applicazione, come la comprensione e l'interpretazione, è una parte integrante del processo ermeneutico».

¹⁷ Così, riferito più in generale a tutti gli studi civilistici mengoniani della prima metà degli anni cinquanta, in P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002, p. 148.

D'altronde, fin dal saggio, oggi purtroppo dimenticato dalla stessa dottrina civilistica, su *L'oggetto dell'obbligazione*¹⁸, M. reimpostò su basi più solide l'intuizione di Giorgianni di inquadrare le regole generali sulle obbligazioni, non più, come avveniva, sia nei codici di tipo francese che in quelli ispirati dai criteri sistematici della pandettistica, dall'«angolo visuale del contratto traslativo o costitutivo di diritti reali»¹⁹, bensì da quello delle obbligazioni di fare. Questa intrapresa proseguì, come sappiamo a breve distanza di tempo, nel successivo, saggio sulle *Obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato»* che è direttamente sottotitolato, tra parentesi, come *Studio critico*.

Nei suoi saggi civilistici degli anni Cinquanta, M. voleva essere, non già semplice ed esatto espositore, ma profondo rinnovatore. Ciò *consapevolmente* sul piano extradogmatico dei valori sottesi ai rapporti di durata che più direttamente toccano le relazioni sociali. Se leggiamo con attenzione i saggi sull'obbligazione, dobbiamo concludere che M. conferì certamente rilevanza, in un contesto economico che anche in Italia stava finalmente evolvendo in senso industriale, al valore della persona²⁰.

Ma c'è poi un profilo metodologico ulteriore che emerge da quelle «severe e rigorosissime pagine dogmatiche» che merita oggi di essere riscoperto perché costituisce un'operazione concettuale nella quale s'annida il punto di differenziazione più profondo dalla teoria giorgianniana dell'obbligazione. Rispetto a quest'ultima, M. *mutò*, infatti, *il punto prospettico d'inquadramento del rapporto obbligatorio*.

Infatti, nelle pagine mengoniane quest'ultimo non consisteva più nella volontà del soggetto giusnaturalisticamente secolarizzato²¹, che ciclicamente riemerge dalla storia dei concetti (da ultimo nei discorsi sulla

¹⁸ In «*JUS*» 1952, pp. 156 ss.

¹⁹ Così, in relazione al c.c. del 1865, M. Giorgianni, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 4; cfr. in senso critico già L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948², p. 3 ss.; nello stesso codice vigente, come noto, il termine «pagamento» è fungibile a quello di adempimento.

²⁰ Anticipo nel testo alcune considerazioni svolte in un altro mio scritto, dal titolo *Rilettura giuslavoristica di «obbligazioni di "mezzi" e obbligazioni di "risultato"»,* che sarà presto pubblicato e che riproduce la relazione svolta alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano il 4 febbraio 2008 nel contesto del ciclo di seminari su *Diritto del lavoro e diritto civile*, organizzati dal prof. Mario Napoli, e dedicati alla memoria del prof. Luigi Mengoni.

²¹ «L'autonomia della volontà del soggetto, intesa, secondo la filosofia kantiana, quale principio supremo della moralità» (Mengoni, *Problema e sistema*, p. 15) quando in realtà «noi non abbiamo alcun diritto di essere isolati» (F. Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, Leipzig, 1887, trad. it., *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, in Id., *Opere filosofiche*, v. 2°, Torino, 2003 dalla quale cito e, quindi, p. 250).

bioetica). *M. adottò*, al contrario, *il punto di vista del giudizio*²². Questo è il profilo che vorrei sottolineare con particolare enfasi in questa mia rilettura anche perché conferisce unitarietà al pensiero di M. Si rammenti a tal proposito la bella citazione di Gadamer che M. colloca in epigrafe al saggio qui riletto.

Invero, M. riuscì contemporaneamente ad affiancarsi ed a differenziarsi da chi, già prima di lui, aveva colto la necessità di riequilibrare la struttura dell'obbligazione dando rilevanza alla persona del debitore (Giorgianni), proprio perché si collocò dal punto di vista del giudizio. Egli non cadde così nella trappola di dar corpo a visioni unilaterali, di «semplice» attenzione alle «sole» esigenze del debitore. Visioni le quali finiscono con il mettere tra parentesi il carattere relazionale dei rapporti inter-privati²³.

Se, invece, ci si colloca, sulla scorta di M., dal punto di vista del giudizio, il diritto si prospetta, al contrario, «in quanto è in relazione ad altro». Questa impostazione rimanda, come noto, direttamente alla nozione aristotelica di giustizia²⁴ che è significativamente al centro degli studi metodologici dello stesso autore tedesco il cui pensiero più si avvicina – a parer mio – al modo di ragionare di M. e cioè Claus-Wilhelm Canaris. E' plausibile, quindi, ipotizzare che M. giunse a prospettare una teoria dell'obbligazione più complessa o, per meglio dire, completa di altre della sua epoca *proprio grazie a questo mutamento di prospettiva teoretica* ricca di implicazioni «metodologiche».

Una teoria che è, in sintesi, incentrata su tre capisaldi.

Il primo attiene al fatto che sulla scorta, oltre che di Giorgianni, Nicolò e Falzea²⁵, di James Goldschmidt²⁶, M. considerava il debitore, non l'oggetto bensì, al contrario, il soggetto del rapporto obbligatorio, sicché il creditore è titolare di un diritto *alla (auf)* e non *sulla (an)*

²² M. compì tale operazione in larghissimo anticipo sui tempi, cfr., infatti, N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 2002², p. 91 in cui viene collocata nella seconda metà degli anni ottanta dello scorso secolo, l'affermazione di impostazioni manualistiche le quali «educano, non tanto a definire ed a classificare, quanto a decidere: non tanto a elaborare categorie logiche, quanto a risolvere casi».

²³ Sicuramente M. innovò il discorso giuridico italiano per la rilevanza che assegnò alla persona, ma il suo merito fu quello di coglierla come struttura di valore (S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Bologna, 2006, p. 26), come un essere assiologico che influisce sull'individuazione delle regole di giudizio senza imporre la tirannia del valore stesso.

²⁴ Aristotele, *Etica Nicomachea*, Bari, 2010, V, 10-15.

²⁵ *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

²⁶ J. Goldschmidt, *Problemi generali del diritto* (trad. it. T. Ravà), Padova, 1950, p. 92 cit. in Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, p. 158.

prestazione come avviene per le cose²⁷: «la verità è che la questione "su che cosa cade il diritto", eminente per i diritti reali, non si pone per l'obbligazione»²⁸.

Il secondo caposaldo attiene al fatto che l'*obbligazione* del debitore, ovvero il contenuto del diritto di credito o dell'obbligazione, assume rilevanza nel giudizio di responsabilità del debitore solo in quanto venga identificato con un comportamento di quest'ultimo²⁹ e non può, invece, estendersi, come riteneva Windscheid, alla produzione del risultato.

Il terzo caposaldo – quello più conosciuto e fatto proprio negli anni recenti dalla Corte di Cassazione – attiene, infine, al fatto che il risultato atteso dal creditore è impresso nell'oggetto del *rapporto* in cui l'obbligo si innesta³⁰. «Qualsiasi obbligazione, in quanto si costituisce per la soddisfazione di un interesse del creditore (art. 1174 c.c.) tende alla produzione di un risultato, cioè al procacciamento di un'utilità in cui consiste il bene dovuto al creditore»³¹ che nelle obbligazioni contrattuali viene determinato dal contratto anticipandolo in forma di scopo o causa dell'accordo tra le parti.

Come si vede, M. tenta di non cadere nell'unilateralismo propria di quella Bobbio ha (criticamente) battezzato come «l'età dei diritti». Atteggiamento che in *Problema e sistema* è ben rappresentato dai giuristi della Galizia e della lontana Bukowina i quali elaborarono la teoria dello *ius ad rem* (*Recht zur Sache*) per difendersi dalle successive alienazioni dei beni immobili. M. prova ad assecondare, al contrario, anche il bisogno di sicurezza del credito: «non è concepibile un rapporto obbligatorio da cui sia escluso il momento del risultato dovuto»³², la prestazione è qualificata dal fatto che il comportamento è proiettato verso il risultato stesso³³. A differenza di chi pretende di giungere a questa configurazione

²⁷ K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1998, p. 17; *contra* «l'obbligazione come diritto sopra una cosa» v. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, p. 161.

²⁸ Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, p. 162; l'assunto è ripreso nella successiva critica ad un noto giuslavorista francese in L. Mengoni, *Commento alla "Critique du droit du travail" di Supiot*, in «RIDL», 1995, p. 474 ss. che qui cito da Id., *Il contratto di lavoro* a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 77.

²⁹ Come d'altronde prevedono al giorno d'oggi tutti i maggiori sistemi diritto civile a livello continentale compreso quello tedesco alla luce de 1° comma del nuovo § 280 BGB, introdotto dalla *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* («legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni») del 26 novembre 2001.

³⁰ Come afferma Cass. s.u. 11 gennaio 2008 n. 577 «in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo».

³¹ L. Mengoni, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, p. 33.

³² L. Mengoni, *Obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato» (Studio critico)*, in «RDComm.», I, p. 188.

³³ Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, p. 171.

trascrivendola semplicemente dal «dato empirico»³⁴, il ragionamento di M. è, però, sempre rispettoso del vincolo della legge. Egli ricavò, infatti, il fondamentale dato che il risultato forma *insieme* al comportamento del debitore, l'oggetto del rapporto obbligatorio dall'art. 1174 c.c.

Ora, a Grossi, il quale ritiene che la reimpostazione testé sintetizzata della teoria delle obbligazioni, fu esposta con uno stile troppo severo, è, pertanto, doveroso ribattere che il giovane M. era già pienamente immerso nelle incertezze valutative tipicamente collegate al punto di vista del giudizio.

Ad un'attenta rilettura dei saggi civilisti citati da Grossi, spiccano, in particolare, le citazioni che M. dedica a James (Paul) Goldschmidt (1874-1940)³⁵. Si trattò di un autore dal pensiero molto complesso. Un giurista che giunse alla teoria generale dall'ambito del diritto penale e – questo è molto importante – del diritto processuale, sia penale che civile. Fu probabilmente proprio quest'ultima caratterizzazione disciplinare a consentirgli di elaborare un'opera sui *Problemi generali del diritto*³⁶. Goldschmidt attirò l'attenzione di M. per l'affermazione cruciale, che quest'ultimo riprende nello *Studio critico* del 1954, secondo cui, se una norma rappresenta un imperativo per chi deve osservarla, essa costituisce «un *criterio* per chi deve giudicare secondo la stessa»³⁷. Collegare il diritto al giudizio - quante volte M. citerà in proseguo la glossa (*auctor iuris est homo*) - significa essere già immersi nel problema che è sotteso all'intero itinerario metodologico di M.: come sia possibile aprire il discorso giuridico al profilo valoriale ovvero al fatto di soppesare le conseguenze pratiche delle decisioni giuridiche stesse giacché «*le questioni sui valori (...) si possono ridurre a questioni sulle conseguenze delle scelte corrispondenti, trasferendo la discussione in un ordine di valutazioni di cui è più agevole controllare la razionalità*»³⁸.

Osservo, a suggello di questa ormai lunga premessa, che già solo per ciò che or ora ho detto, dovrebbe risultare chiaro l'errore nel quale incorse Piero Schlesinger quando obiettò a M., con una certa ingiustificata

³⁴ Così, ad esempio, M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 124.

³⁵ Su questo autore cfr. W. Sellert, *James Paul Goldschmidt (1874-1940). Ein bedeutender Straf- und Zivilprozeßrechtler*, in H. Heinrichs, H. Franzki, K. Schmalz, M. Stolleis, *Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft*, München, 1993, p. 595 ss.

³⁶ Pubblicata in spagnolo pochi anni dopo la sua morte e tradotta in italiano nel 1950 da Tito Ravà, v. *retro* nt. 22.

³⁷ *Problemi generali del diritto*, p. 15 cit. da Mengoni, *Obbligazioni*, p. 193 nt. 32. Il corsivo è mio.

³⁸ Mengoni, *Problema e sistema*, p. 46 nt. 100 (il corsivo è mio).

fortuna, di assecondare una concezione imperativistica del diritto³⁹. Torno a ripetere: M. non intendeva le regole giuridiche olisticamente come dei precetti, ma come l'esito di giudizi (umani). Altrimenti egli non si sarebbe posto il problema dell'interferenza che la soggettività del giudicante esercita sulla decisione giuridica.

In conclusione, negli scritti giovanili M. non esplicitava negli stessi termini, molto espliciti ed eleganti, in cui ci ha abituati a farlo dopo la sua intensa parabola metodologica, l'apertura del giudizio ai valori ed alle conseguenze pratiche delle regole giuridiche. Sono scritti nei quali affiorano indubbiamente qua e là toni tipicamente positivisticci laddove, ad esempio, l'autore invoca la «volontà del legislatore»⁴⁰. Ma ha ragione Castronovo quando raffigura M. come un «interprete che in fondo rimase sempre uguale a se stesso» anche se la sopraggiunta coscienza del metodo rese comunque «più sicuri» i risultati della sua indagine scientifica.⁴¹ Pur nella diversità degli approdi, la parabola di M. appare, da questo punto di vista, molto simile a quella del principale interlocutore civilistico tedesco degli scritti sulle obbligazioni che, significativamente, non fu il compromesso Karl Larenz⁴² ma Josef Esser⁴³.

3. Luigi Mengoni e i problemi del lavoro «prima» del saggio del 1976: prima il problema poi il sistema.

Passo ora a svolgere una seconda premessa che ci immette nel *fil rouge* giuslavoristico di questa rilettura e, quindi, all'interrogativo su come venne e viene tutt'ora vissuta dal punto di vista prospettico del diritto del lavoro l'operazione teoretica avviata da M. con il saggio del 1976.

³⁹ P. Schlesinger, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in «RTDPC», 1959, p. 1292 che parlò di una concezione «secondo la quale l'ordinamento è costruito da un complesso di "comandi", di modo che la norma giuridica non può operare altrimenti che imponendo doveri di comportamento».

⁴⁰ L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, vol. IV, Bologna, 1953, p. 264.

⁴¹ C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in L. Nogler, A. Nicolussi (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, 2007, p. 155.

⁴² Cfr. B. Rüthers, *Personenbilder und Geschichtsbilder – Wege zur Umdeutung der Geschichte?*, in «JZ», 2011, 12, p. 593 ss.

⁴³ Della cui ricca produzione scientifica debbo qui richiamare almeno, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956¹, 1990⁴, e *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1970. Su Esser, cfr. poi J. Köndgen, *Josef Esser (1910-1999)*, in S. Grundmann, K. Riesenhuber (Hrg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, I, Berlin, 2007, pp. 103 ss. ; nel vol. 2° della stessa opera uscita nel 2010, cfr. poi a pp. 365 ss. R. Singer, *Claus-Wilhelm Canaris (1937)*.

Per imbastire un'ipotesi di risposta a questo impegnativo interrogativo, può essere utile prendere le mosse dall'intervento che Maria Vittoria Ballestrero svolse alle annuali giornate di studio organizzate dall'Associazione italiana di diritto del lavoro che si svolsero nel maggio del 2007 nella bellissima sala dello Scrutinio di Palazzo Ducale a Venezia sulla tema della disciplina dei licenziamenti. Sollecitata dalla relazione introduttiva che si era soffermata sul rapporto che intercorre tra i valori (principi) e le regole giuridiche, richiamando sia M. che Gadamer, la Ballestrero ritenne doveroso puntualizzare che «l'acquisizione da parte della nostra cultura giuridica del fatto che le scelte di valore giochino un ruolo essenziale nell'applicazione del diritto mi pare vada ascritta al realismo giuridico (soprattutto americano), piuttosto che alla teoria del circolo ermeneutico di Gadamer»⁴⁴. Questa rilettura offre l'occasione per riprendere il tema.

Chiarisco immediatamente che, se il discorso fosse puramente storico, si dovrebbe convenire che la notazione della Ballestrero coglie nel segno. Precisando un poco la tesi di Giorgianni, che ho riportato in apertura del § 2, mi spingo ad affermare che lo stesso M. si era reso conto dell'importanza del giusrealismo americano proprio grazie al diritto del lavoro ed, in particolare, a Gino Giugni. E' sufficiente a tal fine richiamare il particolare momento in cui il pensiero giuslavoristico italiano si confrontò, quindici anni prima della pubblicazione del saggio metodologico di M., con l'imponente fenomeno del taylorismo (§ 3.1). Tuttavia nel successivo § 3.2 evidenzierò, invece, come nel decennio successivo, e quindi nei turbolenti anni che precedettero il 1976, la dottrina giuslavoristica s'illuse di poter essere autosufficiente, ovvero che «la coerenza dell'ordinamento è un idolo davanti al quale è tempo che il giurista avvertito», e cioè in primis il giuslavorista, «cessi di genuflettersi»⁴⁵. Essa entrò così inevitabilmente in rotta in collusione con la proposta metodologica di M.

3.1 L'organizzazione scientifica del lavoro.

Come preannunciato, il primo dei due passaggi che mi propongo di esporre si legò direttamente all'avvento in Europa del taylorismo e, quindi, dell'organizzazione scientifica del lavoro che in Germania si erano già compiutamente affermati durante la Repubblica di Weimar. Tale

⁴⁴ L'intervento di M.V. Ballestrero, così come la mia relazione, dal titolo *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, si possono leggere in AIDLASS (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Milano, 2008, rispettivamente pp. 301 ss. e pp. 5 ss.; il brano riportato nel testo è tratto da p. 302.

⁴⁵ F. Mancini, *Replica*, in Centro studi di diritto del lavoro (a cura di), *Il diritto al lavoro (a 25 anni dalla costituzione)*, Milano, 1976, p. 118.

trasformazione si riverberò a fondo sull'inquadramento giuridico del rapporto di lavoro. Al fine di razionalizzarla la dottrina tedesca affiancò al rapporto obbligatorio, un ulteriore *status* di natura organica e, quindi, un effetto che attiene al diritto delle persone ⁴⁶. Tale scissione tra, rispettivamente, rapporto obbligatorio e relazione personale fu poi, come noto, accentuata e, soprattutto, mistificata dal comunitarismo, compreso quello democratico di stampo cattolico, che prese il sopravvento a partire dall'approvazione della prima legge weimariana sulla *Mitbestimmung*. Tutto ciò si manifesterà da noi, così come in Francia, solo nel primo secondo dopoguerra. Si pensi, ad esempio, ad autori come Giorgio La Pira, Giuseppe Dossetti o Paul Durand ⁴⁷.

Il discorso sulla ricomposizione di questa frattura, che fece deragliare, almeno parzialmente, il diritto individuale del lavoro dai binari del diritto dei contratti e delle obbligazioni, sarebbe lungo. Ma qui importa il modo in cui lo affrontò la dottrina italiana. Arrivati per ultimi in Europa a considerare il problema, i nostri giuslavoristi degli anni sessanta d'orientamento contrattualista (*in primis*, proprio Gino Giugni e lo stesso Luigi Mengoni), centrarono per primi l'arduo obiettivo teorico di realizzare la piena tutela della persona del lavoratore, che pure veniva messa più intensamente in pericolo dai nuovi ed invasivi metodi di organizzazione del lavoro, all'interno del diritto contrattuale e delle obbligazioni senza che residuasse la necessità di rivolgersi a quello delle persone.

Al fine di avviare a soluzione il primo corno del problema, Giugni intarsiò, infatti, nella sua innovativa monografia del 1963, nel diritto di credito del datore di lavoro un ulteriore risultato intermedio: il risultato tecnico predeterminato, con strumenti che sono diventati con il tempo tecnologicamente sempre più raffinati, dall'imprenditore per realizzare il risultato finale perseguito dalla sua organizzazione di stampo, per lo più, imprenditoriale. Al contempo, Giugni chiarì però definitivamente che quest'ultimo risultato finale rimane estraneo al regolamento tipico del contratto di lavoro subordinato, ovvero alla sua causa economico-sociale ⁴⁸.

A differenza di Federico Mancini, Giugni era insofferente nei confronti del metodo dogmatico tradizionale ed era, invece, attratto dal

⁴⁶ H. Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, 1927, pp. 12-13.

⁴⁷ In tempi più recenti v. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari, 2009, cap. ult.

⁴⁸ G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963. Se proviamo ad innestare queste intuizioni nel reticolo concettuale proposto dallo *Studio critico* del 1954 dobbiamo, in primo luogo, sostenere che la riformulazione dell'interesse primario del datore di lavoro, arricchì a cascata sia il contenuto della prestazione (e, quindi, lo stesso comportamento dovuto dal lavoratore) sia il risultato atteso dal datore di lavoro.

realismo giuridico⁴⁹. Proprio questo atteggiamento gli consentì, per così dire, di «anticipare i tempi» perché lo indusse a prendere le mosse dall'individuazione del *problema* «quale si svolge sotto i nostri occhi». Nel libro del 1963, che M. giudicò niente meno che un «capolavoro», Giugni scoprì il problema legato al fatto che l'attività tecnica di impresa si svolge «in un costante contrasto di valutazioni di interessi tra le direzioni che intendono realizzare il massimo risultato nel minor tempo possibile, e il personale dipendente». Pertanto egli concluse che, se l'ordine normativo deve avere «un senso ancorato alla realtà» (al problema), non è possibile ravvisare nell'interesse dell'impresa un interesse collettivo⁵⁰. Egli fece così mancare il terreno sotto i piedi al modo di ragionare a là Durand.

In secondo luogo, Giugni riutilizzò, ancora una volta, l'approccio che partiva dal *problema* allorché sollevò il quesito su quale fosse la funzione pratica affrontata dalle norme del codice civile che si richiamano all'interesse dell'impresa. Egli si interrogò se quest'ultimo coincidesse con il risultato economico dell'attività imprenditoriale (proiettata allo scambio dei beni sul mercato) oppure, invece, con il risultato tecnico predeterminato dall'imprenditore (organizzazione complessiva del lavoro) per realizzare tale risultato finale⁵¹. Siccome la realtà che si svolgeva sotto i suoi occhi era quella taylor-fordista, Giugni sciolse il dilemma nel secondo senso.

Dopo lo studio di Giugni dobbiamo, infine, «rettificare» che il lavoro è fatto bene quando il lavoratore, non solo si è applicato con perizia alle mansioni assegnate, ma allorché il suo comportamento risulta, al contempo, conforme alle disposizioni organizzative e disciplinari del datore di lavoro le quali garantiscono la organizzabilità dell'attività del lavoratore all'interno – come specificherà successivamente Franco Liso – di quella frazione dell'organizzazione complessiva nella quella il lavoratore stesso è concretamente inserito⁵². Con il contratto di lavoro subordinato il lavoratore si impegna, non solo a svolgere le mansioni, ma a tenere un comportamento integrabile (organizzabile) nei termini testé specificati. Proprio per questo il datore di lavoro fruisce di un potere di determinare «l'esecuzione» e «la disciplina» del lavoro (art. 2104, 2° comma, c.c.). Nello *Studio critico* del 1954, M. aveva riduttivamente affermato che il lavoratore «distratto» violava un obbligo di protezione⁵³. Dopo la

⁴⁹ *Intervista a Gino Giugni* a cura di P. Ichino, in «RIDL», 1992, I, p. 435.

⁵⁰ Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, pp., rispettivamente, 315 e 317; v. anche G. Minervini, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in «RDC», 1958, I, pp. 618 ss.

⁵¹ *Mansioni e qualifica*, p. 298.

⁵² F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.

⁵³ Mengoni, *Obbligazioni*, p. 195 nt. 39.

descritta riformulazione del contenuto delle posizioni delle parti del rapporto di lavoro, M. avrebbe dovuto modificare la spiegazione nel senso che il lavoratore non adempie al suo obbligo di prestazione⁵⁴.

Non mi soffermo in questa sede sulle ulteriori conseguenze sistematiche che derivano dall'innovativa impostazione di Giugni che spalancò prospettive (dogmatiche) sorprendenti per il tempo in cui fu elaborata. Interessa porre in luce come il contributo di quest'ultimo autore potrebbe aver contribuito a far maturare in M. l'idea di anteporre il problema al sistema.

3.2 La clausola implicita di pace sindacale.

Qualche anno più tardi, quando si affermò anche in Italia quella che, nel saggio riletto, viene prospettata come la «società pluralistica qualificata dal conflitto come forma tipica di coesistenza dei gruppi»⁵⁵ ovvero come ingrediente fisiologico dello sviluppo della società⁵⁶, M. si contrappose poi duramente, proprio negli anni immediatamente precedenti al saggio su *Problema e sistema*, alla scuola bolognese (Mancini e Ghezzi) ed, almeno in parte, allo stesso Giugni ai quali M. additò di cedere «alla suggestione della forza normativa dei fatti»⁵⁷, non diversamente da quanto accadeva con «i *free riders* del diritto alternativo». Nacque da qui la fuorviante rappresentazione di M. come figura, un po' paternalistica, caratterizzata dallo stile del «precettore»⁵⁸.

In effetti, il diritto sindacale si occupa di istituti, quali gli accordi collettivi o gli scioperi, i quali possono assumere una tale rilevanza sociale generale da esercitare di fatto un'indubbia «forza normativa». Ciò a maggior ragione in un sistema socio-politico come il nostro che è connotato da un enorme *deficit* di meccanismi partecipativi rispetto ad altri sistemi confinanti.

⁵⁴ Cfr. infatti L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in «DLRI», 1990, p. 14 laddove afferma che la «funzione organizzativa del contratto» di lavoro «attrae nell'orbita della tutela contrattuale anche l'interesse del datore di lavoro alla conservazione e all'ordinato svolgimento dell'organizzazione produttiva».

⁵⁵ Mengoni, *Problema e sistema*, p. 22.

⁵⁶ Cfr. R. Dahrendorf, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, München, 1965 (trad. it. Id., *Sociologia della Germania contemporanea*, Milano, 1968). Non si tratta, quindi, di eliminare i conflitti, i quali fanno parte della convivenza umana, ma di garantire regole per dirimerli.

⁵⁷ L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in «JUS», 1975, p. 247 ss. poi in Id., *Diritto e valori*, p. 267.

⁵⁸ Sostenuta da U. Romagnoli, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in «RTDPC», 2006, p. 397 ss. quando, il 6 febbraio del 2006, parlò nella cripta dell'aula magna in occasione del 5° anniversario della morte di Luigi Mengoni insieme al compianto Mario Grandi. Il termine «precettore» è stato coniato, se non erro, da L. Mariucci, *Il diritto del lavoro e il suo ambiente*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, 1998, p. 350 in uno scritto che meriterebbe maggiori attenzioni.

Il punto di dissidio tra M. e la dottrina giuslavoristica riguardò, questa volta, la teoria del contratto collettivo ed, in particolare, la questione dell'obbligo di pace sindacale implicito. Che la contrapposizione creò notevoli sofferenze teoriche a M. è testimoniato dal fatto che nel saggio qui riletto, quando quest'ultimo esemplifica una serie di nuove problematiche che il giudice si trova ad affrontare nella «società industriale di produzione di massa», richiama proprio «i limiti di esercizio del diritto di sciopero» ed il «problema dell'applicazione al contratto collettivo di lavoro della nozione civilistica di contratto e alla conseguente questione del dovere di pace».⁵⁹

Sul punto M. fu influenzato dalla teoria tedesca (Sinzheimer) del contratto collettivo come scambio tacito (implicito) tra la regolamentazione dei rapporti di lavoro e la tregua sindacale⁶⁰. Teoria che prospetta l'obbligo di pace sindacale come «effetto naturale» della conclusione del contratto collettivo. Fin dal 1949 anche M. argomentò, infatti, secondo un'impostazione che non abbandonerà più, la configurabilità del dovere (implicito e relativo) di pace sindacale dal momento che, altrimenti, verrebbe leso «il principio della obbligatorietà giuridica dei contratti collettivi» (l'«esigibilità» degli stessi si direbbe oggi dopo la vertenza Fiat) e, quindi, si frustrerebbe «la funzione di pacificazione sociale di questi»⁶¹.

Giorgio Ghezzi provò a scardinare questa costruzione teorica facendo leva sul fatto che nel nostro ordinamento l'art. 40 Cost. eleva espressamente, a differenza della *Grundgesetz*, lo sciopero a diritto costituzionalmente protetto, sicché quest'ultimo sarebbe esercitabile anche «prima della normale scadenza del contratto collettivo»⁶².

⁵⁹ Mengoni, *Problema e sistema*, pp., rispettivamente, 23 e 16.

⁶⁰ In Germania, questo presunto scambio non è codificato da nessuna fonte statale. Non lo era al tempo della Repubblica di Weimar, non lo era al tempo della *Bonnerrepublik* e non lo è neppure al tempo odierno della *Berlinerrepublik*. Il fondamento di questa regola è di tipo, anzitutto, dottrinale ed affonda le radici negli studi di Hugo Sinzheimer che per argomentarla fece leva sulla volontà delle parti filtrata, secondo un suggerimento che riprese da Giuseppe Messina, dall'interpretazione del contratto collettivo; volontà di scambiare la regolamentazione del contratto collettivo con la pace sindacale. Successivamente questa conclusione fu dogmatizzata da Kaskel il quale teorizzò, in un famoso scritto del 1922 che il contratto collettivo contiene *begriffsnotwendig* l'obbligo di pace sindacale. Su queste vicende sia comunque consentito rinviare alla più dettagliata esposizione svolta in L. Nogler, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997, cap. I°.

⁶¹ L. Mengoni, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, in «RDL», I, 1949, p. 255.

⁶² G. Ghezzi, *Responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria*, Milano 1963, pp. 106, 120; v. anche U. Natoli, *La c.d. "Friedenspflicht" e il diritto italiano del lavoro*, in «RGL», 1961, I, p. 319. Anche F. Santoro Passarelli, *Pax, pactum, pacta servanda sunt (a proposito delle cosiddette causole di tregua sindacale)*, in «MGL», 1971, p. 374 ss. ora in *Id.*, *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, p. 311 ss. accettò, in

In realtà, la correttezza del richiamo dell'art. 40 Cost. può essere messa in discussione se si parte dal presupposto – come ancora oggi si ritiene – che il diritto di sciopero è, proprio sulla scorta di M., a titolarità individuale⁶³. Pertanto, l'art. 40 Cost. stesso non conferisce alle organizzazioni sindacali la immunità dalla responsabilità per inadempimento degli obblighi che nascono dal fatto che esse concludono il contratto collettivo in nome e per conto proprio e non in semplice rappresentanza dei soci⁶⁴.

A questo punto, per mutare le premesse teoriche, la dottrina giuslavoristica fece entrare in gioco la forza normativa dei fatti. Come sostennero in una famosa relazione tenuta nel 1972 ad un convegno organizzato dalla Federazione dei lavoratori metalmeccanici a Bologna, per Giugni e Mancini occorre, infatti, andare oltre il richiamo all'art. 40 Cost. perché in realtà «dal contratto collettivo non nasce alcun obbligo di pace» perché ciò sarebbe in stridente contrasto con la realtà e – secondo lo stile dell'epoca – «ripugnante al buonsenso»⁶⁵. L'argomento (politico) era, dunque, quello della contrarietà della clausola di pace implicita alla realtà dell'ordinamento intersindacale. Se ci sforzassimo di esprimerlo in termini sistematici dovremmo, invece, ipotizzare una contrarietà all'interpretazione o, per meglio dire, come chiosò Ghera, alla «ricognizione» del contenuto del contratto collettivo⁶⁶.

M. apostrofò subito l'*escamotage* argomentativo di Giugni e Mancini come contraddittorio poiché

«o si approda alla concezione del diritto inglese, secondo la quale il contratto collettivo è caratterizzato dalla volontà negativa di *entrambe* le parti di non impegnarsi giuridicamente, così che l'obbligo giuridico di pace non interviene in alcun modo a qualificare la sua funzione; oppure si finisce con l'accreditare una (a dir poco) singolare nozione di contratto collettivo, nel quale una parte, mentre si attende e pretende che l'altra si impegni,

sostanza, questo modo di ragionare perché mirò a «salvare» almeno le clausole di pace «esplicite» sottolineando che l'art. 40 Cost. non prevede una riserva assoluta di legge.

⁶³ Per non appesantire la nota di richiami rimando alla sintesi di A. Zoppoli, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Napoli, 2006, cap. 1°.

⁶⁴ Cfr. su questo assunto L. Nogler, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, pp. 188 ss. Il problema si pose concretamente a Bologna perché la Confindustria aveva intentato un'azione per danni nei confronti della controparte sindacale [v. FLM (a cura di), *Potere sindacale e ordinamento giuridico*, Bari, 1972]. Sorprende la difesa della teoria della rappresentanza sostenuta nell'ultimo saggio dedicato alla teoria del contratto collettivo del compianto M.G. Garofalo in corso di pubblicazione su in «*DLR*», n. 4, 2011.

⁶⁵ G. Giugni, F. Mancini, *Movimento sindacale e contrattazione collettiva*, in FLM (a cura di), *Potere sindacale e ordinamento giuridico*, p. 104.

⁶⁶ E. Ghera, *Efficacia ed effetti del contratto collettivo*, in Aa. Vv., *La contrattazione collettiva: crisi e prospettive*, Milano, 1976, p. 168 che parla di necessità di «stabilire in concreto».

rifiuta di impegnarsi a sua volta: insomma un contratto regolato per una parte (gli imprenditori) dal "diritto borghese" (cioè dal diritto dello Stato) ispirato al principio *pacta sunt servanda*, per l'altra (il sindacato) dal "diritto rivoluzionario di classe", che considera quel principio una mistificazione»⁶⁷.

In un'altra occasione lo stesso autore ribatté alla «sorprendente» qualificazione dell'accordo collettivo come contratto vincolante per la sola parte datoriale che, se «davvero il sindacato intende disconoscere al contratto collettivo qualsiasi carattere impegnativo nei propri confronti», si dovrebbe concludere «che il contratto è nullo per mancanza di accordo sulla causa»⁶⁸.

Volendo aprire una brevissima parentesi sull'attualità, possiamo constatare come la recente vicenda degli accordi Fiat abbia messo a nudo che l'intera problematica dello sciopero necessita di essere revisionata *ab imis* proprio a partire dal recupero di una più stretta correlazione tra contratto collettivo e sciopero.

E' ora di riconoscere, sulla scorta di Pera e di Rusciano⁶⁹, la titolarità (sindacale) del diritto di sciopero⁷⁰ nonché la configurabilità della clausola implicita e relativa di pace sindacale. Queste due revisioni dovrebbero poi essere accompagnate, in aderenza alle sollecitazioni che provengono dal diritto comparato⁷¹ e per venir incontro alle esigenze che da sempre militano a favore della titolarità individuale del diritto di sciopero, dalla revisione del (diverso) diritto individuale di autotutela che troppo spesso viene paralizzato dall'applicazione dell'art. 1464 c.c. e ciò anche quando l'inadempimento della controparte riguarda doveri fondamentali.

Ma non è questa sede per procedere ad una revisione della teoria del diritto di sciopero che richiederebbe ben altro spazio argomentativo. Basti qui appuntare che forse è proprio in questa diatriba sulle clausole di pace sindacale che divampò a ridosso del saggio del 1976, che dobbiamo cercare una delle molle che indussero M., in una delle fasi probabilmente intimamente più travagliate della sua vita, a riflettere sul metodo

⁶⁷ Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, p. 238 nt. 24.

⁶⁸ Il rilievo di M. è citato da G. Giugni, F. Mancini, *Movimento sindacale e contrattazione collettiva*, p. 104 i quali peraltro non indicano la fonte.

⁶⁹ Per non appesantire la nota rinvio alla esaustiva sintesi di A. Zoppoli, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero* dove il lettore può trovare tutti i riferimenti in materia.

⁷⁰ Sicché non è sufficiente la formazione di qualsiasi soggetto collettivo contingente, come ritiene G. Orlandini, *Qualche contro-argomento alla tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero*, in A. Loffredo (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Bari, 2010, p. 121.

⁷¹ Delle quali dà conto V. Ferrante, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, pp. 256 ss.

giuridico. Ciò al fine *in primis* – torno a ripetere – di differenziare il diritto dalla politica e, quindi, dalle scienze che operano sulla base di considerazioni d'opportunità. Sarebbero, infine, auspicabili una ricostruzione ed una valutazione storiche più approfondite di questi importanti passaggi giuslavoristici nel cui quadro anche il contributo mengoniano troverebbe la dovuta considerazione.

4. L'acquisizione della coscienza del metodo ovvero il tentativo di rifondare il discorso giuridico (nella scia di Esser e Canaris).

M. non era «accomodante verso se stesso», come confessò scherzosamente in un'intervista a Pietro Ichino, nella quale mise a nudo la propria limitatezza e la sua lotta interiore condotta per tutta la vita contro le precomprensioni: «la propria maturazione interiore (...) non può dirsi mai compiuta»⁷². Egli espresse in tal modo un intransigente precetto etico che corrisponde, a ben vedere, al comando kantiano di essere liberi e cioè di esprimere la propria volontà prescindendo da tutto ciò che può influire su di noi. Il giurista deve perseguire l'ideale di una ricerca scevra di pregiudizi dinnanzi al testo. L'esatto contrario della diffusa tendenza ad operare con la verità in tasca e di cercare prove per darsi ragione.

E' da questo scavo interiore che nacque la coscienza del metodo di M. testimoniata dal saggio che sto rileggendo, così come da altri successivi.

Perché – mi avvio finalmente a rispondere a M.V. Ballestrero - M. non si adagiò sulla letteratura giusrealista, ma guardò nella direzione di Gadamer? La ragione è semplice ed, in fondo, implicita in quanto ho già affermato in precedenza. M. si riproponeva di ricostruire una razionalità intersoggettiva al fine di non consegnare il «discorso»⁷³ giuridico alla deriva soggettivistica della topica giuridica⁷⁴. Basti considerare i due profili del pensiero filosofico di Gadamer che M. riprese nei suoi saggi metodologici.

In primo luogo, la premessa, ricavata dal notissimo § 32 di *Sein und Zeit*, secondo cui il soggetto che svolge il giudizio interpretativo, la cui esistenza stessa si esprime nel comprendere, non si trova ad indagare neutralmente, cioè al di fuori di ogni coinvolgimento inter-soggettivo, il testo che gli sta di fronte. Lungi dal riprodurre naturalmente, e

⁷² *Intervista a Luigi Mengoni* a cura di P. Ichino, in «RIDL», 1992, I, p. 113.

⁷³ «Discorso» è un termine che copre il significato di «argomentare», cfr. P. Ricoeur, *Zu einer Hermeneutik des Rechts: Argumentation und Interpretation*, in «Deutsche Zeitschrift für Philosophie», 1994, 42, p. 380.

⁷⁴ Cfr. ovviamente T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953¹.

scientemente, il testo stesso e, pertanto, dal procedere secondo i canoni metodologici delle scienze naturali, il giurista agisce sempre e necessariamente sulla base di una comprensione originaria, denominata «precomprensione», che ha per oggetto ciò in vista di cui è stato scritto il testo interpretato. Questa *Vorverständnis*, la quale potrebbe in sé anche essere corretta, *precede* e, quindi, se non ne acquisiamo consapevolezza, *contribuisce* a determinare l'attività riflessiva della comprensione del testo interpretato.

Letto Heidegger e Gadamer, gli autori contemporanei di M. provvisti di competenze filosofiche imboccarono, in genere, i vicoli ciechi, rispettivamente, dell'esistenzialismo, soprattutto, di marca sartriana oppure, in tempi più recenti, della deriva nichilista incline al relativismo radicale. Esistenzialismo che si respira in tante pagine contemporanee di antropologia giuridica, una disciplina che, non a caso, si è diffusa, soprattutto, nel contesto della cultura giuridica francese.

M. trasse, invece, da Gadamer pure la chiave di volta del ritorno epistemologico dalla condizione esistenziale del circolo ermeneutico. Preso atto della perdita della neutralità, M. si proietta oltre alla semplice constatazione analitica della pluralità d'interpretazioni possibili. La sua ricerca metodologica mira ad individuare un criterio, un modo corretto di procedere che, malgrado il suddetto coinvolgimento del soggetto decidente, consenta a quest'ultimo di selezionare la regola che presiede alla decisione della controversia.

Orbene, il filosofo di Marburgo fonda l'«oggettività scientifica» dell'interpretazione sulla *Wirkungsgeschichte* che agisce sull'interprete il quale, dinnanzi ad un testo non si trova mai in una situazione di «vergine» immediatezza⁷⁵. In realtà, agiamo sotto l'influsso della tradizione. Siamo coartati da interpretazioni, giudizi e concetti già dati ed accumulati nel corso del tempo, che per il giurista, chiosa M., consistono nella «tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene» e nel «deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulate dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti»⁷⁶. Insomma, l'individuo non può imporre la propria illusione trascendentale dal momento che, come esprime benissimo il noto paradosso del marinaio di Otto Neurath⁷⁷, non esistono moti primitivi, ci

⁷⁵ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 14; sul punto cfr. anche G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza*, p. 50 ss.

⁷⁶ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, p. 19.

⁷⁷ «Siamo come marinai che devono ristrutturare la loro nave in mare aperto e che non sono in grado perciò di ricominciare da capo (...). Essi non possono riportare la loro nave in bacino per ricostruirla integralmente. Durante il loro lavoro debbono sostenersi sulla vecchia

muoviamo sempre su qualcosa di già avviato e che ci viene dall'altro. La nuova scienza della mente confermerà questa direttiva ammantandola di toni deterministici, ma senza mai avvallare le prospettive estreme del soggetto che diventa un semplice spettatore della propria comprensione del testo ⁷⁸.

Tale spiegazione del comprendere vale poi a maggior ragione per il giurista il quale agisce all'interno di *vincoli precostituiti* (art. 101, comma 1° Cost. ⁷⁹). Il *vincolo*, anzitutto, *della legge* che circoscrive attraverso l'enunciato l'ambito delle possibilità regolative e che fonda l'onere argomentativo che scatta nell'ipotesi in cui non si intende rispettare il diritto vivente; il *vincolo procedurale* che distingue il diritto dalla morale; infine, il *principio kantiano di universalizzazione* ⁸⁰, il quale impone che l'adozione della soluzione valutativa ipotizzata passi al vaglio della *dimostrazione* della capacità, pur in presenza della regola considerata, di tenere insieme tutto il complesso sistematico di «principi, e di concetti corrispondenti, ricavati in via di astrazione generalizzatrice dall'analisi del contenuto teorico delle norme positive», che conseguono alla soluzione ipotizzata stessa ⁸¹. Si possono, ed anzi si devono innovare i concetti giuridici che regolano la realtà sociale, ma lo si deve fare in termini tali che, anche tenendo conto dei riflessi che le innovazioni stesse comportano sugli altri ambiti regolativi collegati, sia possibile ricostruire un sistema rispettoso del principio di eguaglianza. Un sistema certamente aperto ma pur sempre un *sistema* e, quindi, un inquadramento logico-razionale d'insieme delle regole di governo della realtà ⁸². Questo è il significato dello slogan

struttura e lottare contro violente burrasche e onde tempestose» (queste le parole finali di *Foundations of The Social Sciences*, Chicago, 1944, p. 47).

⁷⁸ La prospettazione criticata è di J. Schröder, *Einführung in die Philosophie des Geistes*, Berlin, 2004, p. 339.

⁷⁹ Non tiene conto di tale dato positivo così come di molte altri profili del pensiero mengoniano, il supponente M. Jori, *Del diritto inesistente*, Pisa, 2010, p. 127 secondo il quale M. non avrebbe presente il terreno comune sul quale misurare la sua visione del diritto.

⁸⁰ «L'esigenza di giustizia, che vuole trattamento uguale dei casi oggettivamente uguali»; v. Mengoni, *Problema e sistema*, p. 53 in cui l'autore cita, tra gli altri, il libro *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1983² (ora anche in trad. it. di G. Varanese, con il titolo *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, Napoli, 2009) che Canaris trasse dal suo *Habilitationsvortrag* dinnanzi alla Facoltà di giurisprudenza di Monaco. In questo lavoro egli ricava il principio di uguaglianza dall'idea stessa di giustizia, rifacendosi direttamente all'Etica Nicomachea di Aristotele.

⁸¹ L. Mengoni, *L'insegnamento del diritto nell'università cattolica*, p. 4.

⁸² Al principio di universalizzazione si collega l'accertamento della coerenza della giustificazione della decisione giuridica sulla quale cfr. G. Zaccaria, *Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, in «RIFD», 1995, p. 380 ss.

hartmanniano con cui M. chiude la «lucida tensione speculativa»⁸³ del saggio qui riletto: «mantenersi sistematicamente in contatto con i problemi».

5. Il saggio del 1976 ed i problemi del rapporto di lavoro.

Quando il nostro paese entrò nell'era industriale, il diritto del lavoro rappresentò – per esprimerci con il lessico mengoniano recentemente riproposto da Castronovo - il settore del «diritto privato secondo» che sollecitò più intensamente, soprattutto sul fronte della tutela della persona, il rinnovamento del «diritto primo» e, quindi, lo sviluppo, direbbe sempre Castronovo, del «nuovo» diritto privato.

Il diritto del lavoro rappresenta, quindi, un eccellente banco di prova della capacità o meno da parte della scienza giuridica di italiana di «mantenersi sistematicamente in contatto con i problemi». Proviamo a fare l'elenco di quelle che potrebbero al tempo d'oggi anche essere chiamate «arretratezze», ma che, negli anni settanta dello scorso secolo, rappresentavano delle vere e proprie barriere concettuali del diritto primo che ostacolavano lo sviluppo del diritto del lavoro. Furono sollevati allora dalla dottrina giuslavoristica i problemi, senza pretesa di completezza, del riconoscimento della priorità della tutela in forma specifica anche per gli obblighi di protezione; dell'utilizzo delle tecniche tipiche del diritto pubblico anche nell'ambito del diritto privato (la *Drittwirkung* dei diritti fondamentali; il problema ancora della previsione dei divieti di non discriminazione, le forme di sindacato giudiziale dei poteri privati etc.); il tema chiave, infine, dell'ampliamento dei pregiudizi personali risarcibili.

Dal punto sistematico i due profili del diritto obbligatorio, pandettisticamente concepito a misura dei soli interessi patrimoniali, che si opponevano alle elencate esigenze giuslavoristiche consistevano, rispettivamente, nella regola per la quale, se la prestazione non viene eseguita, a seconda che essa sia fungibile o no, si imboccava la rigida alternativa della surrogazione oppure del risarcimento del danno. Un secondo fattore di resistenza era rappresentato dalla disciplina del risarcimento del danno la quale era strutturalmente concepita in funzione della patrimonialità della perdita. In terzo luogo, si opponeva alle innovazioni giuslavoristiche la regola giurisprudenziale della non eseguibilità in forma specifica⁸⁴ delle condanne per la violazione delle

⁸³ N. irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 2002², p. 139.

⁸⁴ M. Napoli, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Luzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano, 2004, pp. 63-64.

disposizioni contrattuali di tutela degli interessi non patrimoniali del lavoratore, per via dell'infungibilità delle prestazioni datoriali, di tipo addirittura, giuridico e non naturalistico⁸⁵.

Infine, dovrebbe essere ancora evocata, per lo meno, la questione, a lungo sottovalutata dalla civilistica, della presunta inapplicabilità ai rapporti privati delle categorie giuridiche originariamente elaborate in relazione ai poteri pubblici quali, ad esempio e nuovamente senza pretesa di completezza, l'irradiazione dei diritti fondamentali nell'ambito dei rapporti di lavoro, i divieti di discriminazioni, di eccesso di potere, di disparità di trattamento, il condizionamento dell'esercizio dei poteri formativi extragiudiziali alla sussistenza di presupposti di fatto.

A questo punto si potrebbe sollevare l'interrogativo: come avrebbe dovuto agire la dottrina giuslavoristica? Quella «post-giugniana» provò a imboccare una via argomentativa totalmente alternativa, nel senso di esterna alla logica stessa del contratto. Ad esempio, D'Antona sottolineò, sulla scorta dell'impostazione di Renato Scognamiglio, che gli interessi extrapatrimoniali del lavoratore trascendono «l'orizzonte patrimoniale del contratto» ovvero sono «già nel patrimonio di ciascun lavoratore: e il datore di lavoro deve solo astenersi da atti che, configurando esercizio illecito dei suoi poteri, ne producano la lesione» individuando un illecito non contrattuale⁸⁶. Ciò gli consentì di richiamare i principi e le soluzioni originariamente elaborate in relazione ai poteri pubblici (si pensi alla prima parte dello statuto dei lavoratori), di attivare una responsabilità, se non extra-, a-contrattuale, di accentuare la specialità giuslavoristica rispetto al diritto privato generale testimoniata dalla presenza di norme speciali come l'art. 18 st. lav. Nella dottrina testé considerata, tra i diritti (assoluti) del lavoratore occupava un ruolo del tutto particolare il «diritto al posto», uno dei bersagli polemiaci ricorrenti di M. Esso venne concepito come un presunto diritto soggettivo, para-proprietario che apriva in

⁸⁵ L. Mengoni, *Intervento*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, p. 151 ss. In relazione allo stesso obbligo contemplato dall'art. 2087 c.c. si ritiene coercibile «la sola installazione di accorgimenti ossia una sottoprestazione fungibile del più ampio obbligo di conformare l'attività produttiva a criteri di salvaguardia della salute dei lavoratori» [S. Mazzamuto, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, v. 20°, Torino, 1998, p. 336 nt. 144].

⁸⁶ M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, 1979, 91 laddove l'inquadramento dell'art. 18 st. lav. come illecito non contrattuale. La prima citazione è tratta da M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in «ADL», 1995, 1, p. 72.

quanto tale la strada al rilascio indisturbato (art. 608 c.p.c.) del posto stesso⁸⁷.

D'Antona e, più in generale, la dottrina «post-giugniana» consideravano, infine, come esterni al contratto, non solo gli oggetti (diritti della persona del lavoratore) della lesione⁸⁸, ma anche i poteri che causavano le lesioni stesse. Poteri che venivano qualificati come di natura imprenditoriale al fine, tra l'altro, di sottoporli, in quanto «costituzionalmente pericolosi»⁸⁹, in via immediata alla disciplina dell'art. 41, 2° comma, Cost. Basti qui richiamare il pensiero, tutto ideologico, di Ferrajoli secondo il quale la libertà d'iniziativa economica rappresenterebbe «uno degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»⁹⁰.

Ma la storia ha dimostrato che questo modo di ragionare, incentrato sostanzialmente sull'autosufficienza metodologica del diritto del lavoro, ha finito con il rimuovere la verifica dell'integrabilità nel sistema, certamente aperto, delle soluzioni, di volta in volta escogitate. Invero, anche questa generazione di giuslavoristi avrebbe dovuto agire, come quella precedente: porsi dal punto di vista del giudizio ed «aggredire» da lì i postulati del diritto primo contribuendo a renderli «mobili» pur senza rinunciare alla loro *stabilità* sistematica⁹¹.

Invero, il punto di vista del giudizio, nella misura in cui costringe l'interprete ad affrontare le ripercussioni intersoggettive della sua decisione, chiarisce che il richiamo ai principi ed alle soluzioni originariamente elaborate in relazione ai poteri pubblici è possibile solo nella misura in cui essa è compatibile con la logica privatistica del contratto e dell'obbligazione, così come con la natura imprenditoriale che riveste, per lo più, il datore di lavoro. Nell'ambito del rapporto di lavoro,

⁸⁷ Così la scuola giuslavoristica bolognese, U. Romagnoli, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in «RTDPC», 1977, 1053; ma v. anche M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in «RTDPC», 1973, pp. 1291 ss.

⁸⁸ Così M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 92.

⁸⁹ L'espressione risale alla dottrina pubblicistica e fu recepita per primo da F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, II, Milano, 1965, p. 95 e ripresa, tra gli altri, da M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 dello statuto dei lavoratori*, Padova, 1979, p. 77 nel contesto di una visione astorica perché totalmente orientata all'efficacia immediata dei precetti costituzionali.

⁹⁰ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2. *Teoria della democrazia*, Bari, 2007, p. 297 nt. 133.

⁹¹ Senza cedere così al soggettivismo topico, cfr. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 76 rifacendosi ovviamente a F. Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz, 1950; anche J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, in «AcP», 1972, pp. 131 ss. insiste sulla stabilità insita nell'impostazione sistematica.

non possiamo parlare di *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, ma, visto che i titolari di diritti fondamentali sono sempre almeno due, di bilanciamento (interpretativo) tra *principi* costituzionali (la nota teoria di Canaris). I principi esprimono decisioni obiettive di valore indirizzati nei confronti del legislatore, ma che condizionano anche l'interpretazione del diritto positivo perché gli organi giurisdizionali hanno l'obbligo di proteggere i diritti fondamentali⁹².

Pertanto, restando nell'ambito di alcune delle precedenti esemplificazioni, i nodi sistematici sono i seguenti: non è possibile ricavare dall'art. 4 Cost. un diritto assoluto al posto di lavoro; la norma sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento (anzi sul licenziamento economico) non può essere interpretata come se predeterminasse uno specifico assetto di «buona organizzazione», perché ciò annullerebbe la libertà d'iniziativa economica; l'introduzione di limiti esterni ai poteri del datore di lavoro non può dar adito a tentativi di imbrigliare il potere organizzativo imprenditoriale con il richiamo a modalità di sindacato giudiziale tipici dei poteri pubblici; in altre parole il controllo di sussistenza dei presupposti sostanziali del licenziamento economico non può essere declinato negli invasivi termini di un controllo di ragionevolezza, ma solo nel senso, più circoscritto, di un giudizio di sussistenza dei presupposti legali, fermo restando il differente giudizio di illiceità (frode alla legge) dell'operazione economica posta in essere dal datore di lavoro⁹³.

Il fatto che M. colse *ab origine* queste barriere sistematiche non autorizza ad inquadrarlo come conservatore o, comunque, a non considerarlo un progressista. Il punto è che egli si riprometteva di essere metodologicamente coerente con il principio d'uguaglianza e, quindi, nella misura in cui non esistesse una norma speciale, con il diritto primo e cioè la disciplina generale del contratto e delle obbligazioni. D'altronde, la visione retrospettiva odierna ci consente di avvalorare la fecondità della direttiva metodologica contrattualista di M.⁹⁴ la quale ha rappresentato

⁹² Da ultimo, in tema di licenziamenti, v. BVerfG 21.6.2006, in «NZA» 2006, 913 in cui si respinge esplicitamente la teoria dell'efficacia immediata dell'art. 12, 1° c., della *Grundgesetz*. La teoria dell'obbligo di protezione risale a W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in «AcP», 184, p. 201 ss.

⁹³ Cfr. ora G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Trento, 2011.

⁹⁴ Sulla quale cfr. M. Napoli, T. Treu, *Dalle ragioni del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di Luigi M.*, in «LD», 1995, pp. 593 ss.

«un filtro di razionalità alle incontrollate strumentalizzazioni a cui è esposto l'oggetto del diritto del lavoro»⁹⁵.

6. Segue. I fraintendimenti giuslavoristici del saggio del 1976: l'orientamento neo-dogmatico.

Il discorso sulle interazioni tra il saggio di M. del 1976 ed il pensiero giuslavoristico si arricchì poi, a partire dalla metà degli anni Novanta dello scorso secolo, di una nuova dimensione: il tentativo di piegare la teoria metodologica mengoniana in senso neo-pandettistico o, come ripeto da tempo, «neo-dogmatico»⁹⁶. Si è giunti al paradosso di far dire a M. ciò che, in realtà, egli aveva criticato e cioè gli assunti tipici dell'ermeneutica giuridica di Betti, anche se non si è trattato di un dibattito intenso e approfondito, come esigevano le questioni in discussione.

Alludo, da un lato, ad una serie di saggi di Mattia Persiani⁹⁷ in cui M. viene riduttivamente frainteso come un neo-dogmatico (v. *infra* § 6.1) e, dall'altro, al metodo (sussuntorio) di qualificazione dei rapporti di lavoro teorizzato, tra gli altri, da Ichino e Pessi (v. *infra* § 6.2).

6.1 Mattia Persiani e la giurisprudenza in materia di licenziamenti economici.

In un noto saggio del 1995, Mattia Persiani denunciò una presunta tendenza giuslavoristica a privilegiare la razionalità topica, riconoscendo che il ragionamento del giudice deve prendere le mosse da un ragionamento problematico ma precisando, al contempo, che i risultati ipotizzati «devono essere assoggettati al vaglio del punto di vista giuridico confrontando la fattispecie concreta con quella astratta prevista dalla norma e, soprattutto, verificandoli con la disciplina che per essa è stata dettata»⁹⁸.

In sostanza, volendo descrivere l'operazione con il lessico mengoniano, Persiani abbina il metodo topico e quello sistematico in un *ordo successivus*⁹⁹. La fase del controllo sistematico è pertanto svolta

⁹⁵ Così lo stesso M. Pedrazzoli, *Luigi Mengoni e il diritto del lavoro*, in L. Nogler, A. Nicolussi (a cura di), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, p. 97.

⁹⁶ Riprendo l'espressione da L. Nogler, *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in «DLRI», 1991, p. 117 ss.

⁹⁷ Da *Diritto del lavoro e razionalità*, in «ADL», 1995 p. 1 ss. a *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in «ADL», 2000, p. 1 ss. Id., *Ricordando Massimo D'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro*, *ivi*, 2004, p. 917 ss.

⁹⁸ Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, p. 7.

⁹⁹ Mengoni, *Problema e sistema*, p. 55.

sulla base di un sistema chiuso, concettualmente irrigidito, utilizzato nell'illusione della possibilità della «fedeltà alla legge»¹⁰⁰.

Proprio nel saggio del 1976, M. teorizzò, al contrario di quest'ultima impostazione, che la dogmatica giuridica deve far ricorso sia ad argomenti giuridici che a quelli pratici; egli fu, quindi, fautore di teoria dell'integrazione (*Integrationsthese*)¹⁰¹, che ritroverà poi anche negli studi di Alexy. Si rileggano le chiarissime pagine del saggio del 1976 dove M. esordisce proprio affermando che «i due tipi di pensiero» non sono «antitetici»¹⁰². Vero è che, siccome la vita scorre, l'interprete non deve risolvere necessariamente sempre lo stesso problema sicché la normativa per incidere sulla realtà necessita anche della creatività¹⁰³ del giudicante. La teoria della secondarietà (*Sekundaritätsthese*) universalizza, invece, la nozione pandettistica della dogmatica giuridica, condannando, tra l'altro, il diritto del lavoro al ruolo secondario di settore speciale rispetto al diritto comune delle obbligazioni.

In conclusione M. respinse la difensiva «teoria della secondarietà», che Persiani gli ascrive fraintendendo i suoi saggi metodologici, ad iniziare da quello che è oggetto di questa rilettura, che superano piuttosto «la separazione tra teoria e prassi postulata dalla dottrina pandettistica sotto l'influsso della filosofia kantiana»¹⁰⁴.

E' probabile che l'opzione per la teoria della secondarietà sia collegata alla formazione bettiana di Persiani come dimostra il ricorso alla vecchia ermeneutica giuridica pre-gadameriana, incentrata sulla distinzione tra la fase iniziale degli argomenti pratici (*inventio*), aperta a tutte le soluzioni e quella, successiva, degli argomenti giuridici o dogmatici (*demonstratio*)¹⁰⁵ che «seleziona»¹⁰⁶ le ipotesi decisionali scartando quelle che non rispettano l'ordinamento giuridico. Questa impostazione ritiene, sulla scorta appunto di Betti, che il giurista debba, semplicemente, (sono parole espresse da M. proprio in relazione all'ermeneutica bettiana) «ripensare un già pensato». Infatti, distinguendo le due fasi, dei pensieri problematico e sistematico, l'una

¹⁰⁰ Così di nuovo Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, p. 7 citando proprio M.

¹⁰¹ Mengoni, *Problema e sistema*, pp. 55-56: «i due metodi non si abbinano in un *ordo successivus*, ma si integrano in un rapporto di interdipendenza o interazione».

¹⁰² Mengoni, *Problema e sistema*, pp. 34-35.

¹⁰³ Per l'accostamento tra diritto ed arte, cfr. J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, p. 105.

¹⁰⁴ Mengoni, *Problema e sistema*, p. 35.

¹⁰⁵ L. Mengoni, *Presentazione*, in R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, p. X.

¹⁰⁶ Sulla funzione selettiva del sistema cfr. J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens*, pp. 103-104 che pure aderisce all'impostazione luhmanniana (cfr. il classico testo di N. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978).

governata (anche) da argomenti pratici e l'altra (solo) da argomenti sistematici, essa universalizza la nozione pandettistica della dogmatica giuridica chiusa¹⁰⁷.

Non essendo il discorso giuridico mai neutro anche dietro a questa impostazione si nasconde poi una precisa scelta di valore che consiste nel considerare pienamente parificati tra loro la libertà d'impresa e *tutti* i valori inerenti alla persona del lavoratore¹⁰⁸.

Ma focalizziamo ora il punto di dissidio con Persiani partendo, «mengonianamente», da un problema.

In analogia con (tra gli altri) i sistemi francese e tedesco, il nostro diritto vivente prevede che le evenienze oggettive richiamate dall'art. 3, l. n. 604 del 1966 possono essere considerate valide ragioni di licenziamento solo se sono tali da precludere effettivamente all'imprenditore d'adempiere – all'interno del nuovo assetto organizzativo da lui concretamente predisposto – all'obbligo di utilizzare altrimenti la professionalità del prestatore di lavoro convenuta nel contratto (regola definita con terminologia infelice, ma fortunata, del *repêchage*).

Tale limite è esterno¹⁰⁹ alla causa del potere di licenziamento (il porre fine al rapporto) e, pur essendo imposto dallo stesso art. 3 della l. n. 604 del 1966 che definisce il giustificato motivo oggettivo, è distinto dalla sussistenza della modifica organizzativa che può portare alla soppressione del posto di lavoro.

In un sistema ispirato, e vivificato, dai «principi» costituzionali il problema posto da tale regola giurisprudenziale del ripescaggio non è (più) quello di stabilire se la *ratio* iniziale dell'art. 3, l. n. 604 del 1966 includesse o no la regola del licenziamento come rimedio estremo¹¹⁰. Il vero quesito è se la regola di diritto vivente sia o meno riconducibile ad un'interpretazione conforme al quadro costituzionale e integrabile nel sistema. A tal fine è, peraltro, sufficiente sostenere che l'obbligo di ripescaggio è ancorato allo stesso art. 3 della l. n. 604 del 1966 il quale allarga l'obbligo (e, non semplicemente, l'onere) creditorio di adibire il lavoratore a tutte le mansioni impresse nel programma contrattuale dall'art. 2103 c.c.¹¹¹.

¹⁰⁷ Mengoni, *Problema e sistema*, p. 19.

¹⁰⁸ Così, invero negando l'autorità del punto di vista costituzionale, M. Persiani *Diritto del lavoro e razionalità*, in «ADL», 2005, p. 28 ss.

¹⁰⁹ F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 72 ss.

¹¹⁰ Per la risposta negativa cfr. M. T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005, pp. 105 ss. nonché P. Ichino, *Recensione*, in «RIDL», 2005, III, p. 143 che prospetta, addirittura, un'incompatibilità logica.

¹¹¹ M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1995, pp. 1124-1125.

Un sistema, come si vede, che «respira», mobile ed aperto ad innovarsi in linea con ciò che avviene in altri sistemi progressisti. Il nostro ordinamento, avallando la soluzione positiva ¹¹², non fa, infatti, altro che allinearsi ad altri sistemi giuridici, in alcuni dei quali la materia è *ab antiquo* disciplinata dalla legge (v. ad esempio il § 1, 2° comma della *Kündigungsschutzgesetz*). Qui interessa registrare che chi, come Persiani, ma anche altri neo-dogmatici (Pietro Ichino) sostengono, da un lustro in qua, che la regola giurisprudenziale del ripescaggio è *praeter legem* ¹¹³, non può farlo richiamandosi agli studi metodologici di M. il quale non fu portatore di una visione puramente neo-dogmatica ispirata all'ideologia del liberalismo economico.

6.2 La diatriba sul metodo di qualificazione dei rapporti di lavoro.

Veniamo al tema della qualificazione dei rapporti di lavoro come subordinati o autonomi che, a cavallo degli anni ottanta e novanta dello scorso secolo, fu monopolizzato dai fautori del metodo tipologico classico. Un metodo che era stato teorizzato da Larenz, e dalla sua scuola, e che fu importato in Italia da Giorgio De Nova e Luciano Spagnuolo Vigorita per essere, quindi, professato, tra gli altri, da Paolo Tosi e Marcello Pedrazzoli ¹¹⁴.

Ora, nel 1986, M. rimproverò a questi ultimi di costruire lo schema qualificatorio di riferimento in virtù di una serie aperta di indici della subordinazione ricavati direttamente dall'osservazione della realtà socio-economica e produttiva e, quindi, in via induttiva ¹¹⁵.

Senonché la critica mengoniana al metodo tipologico classico del 1986 è stata successivamente strumentalizzata dall'orientamento neo-dogmatico. Si è, infatti, sostenuto che M. si fosse pronunciato, non solo contro il metodo induttivo, ma anche a favore di un giudizio puramente sussuntorio. Come anticipato, tale circostanza ha indotto non pochi sostenitori del metodo puramente sussuntorio, a liquidare erroneamente come superfluo, non solo il metodo tipologico classico, ma anche la necessità di razionalizzare, in termini di oneri argomentativi, il giudizio

¹¹² M. Napoli, voce *Licenziamenti*, *Digesto comm.*, Torino, 1993, IX.

¹¹³ M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in «ADL», 2000, p. 34 con un'evidente palinodia rispetto a quanto lo stesso scrisse in *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, (diretto da) *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, 1971, Padova, 1971, p. 688.

¹¹⁴ Riprendo nel testo osservazioni già formulate in L. Nogler, *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in «ADL», 2002, 1, pp.109 ss. a cui rinvio per ulteriori indicazioni e rilievi.

¹¹⁵ L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in «RIDL», 1986, I, pp. 16-17.

qualificatorio del quale i sostenitori del metodo tipologico classico stesso hanno avuto l'indubbio merito di segnalare la natura valutativa ¹¹⁶.

Il metodo puramente sussuntorio afferma che la definizione deve rigorosamente predeterminare le singole caratteristiche che si ritengono necessarie (cosiddetto «concetto generale-astratto») per identificare la fattispecie, ad esempio, del lavoro subordinato (nell'impresa), e che la qualificazione consiste nel riscontro analitico tra tutti questi elementi contenuti nella definizione e quelli presenti nel caso concreto (cosiddetto criterio d'identità ¹¹⁷). Pertanto tale impostazione nega che il caso concreto possa interferire sul modo di intendere (interpretare) la fattispecie legale di riferimento. Da ciò conseguono due corollari.

Anzitutto, che l'interpretazione del dato legislativo ha luogo deterministicamente in modo indipendente dalle «sollecitazioni» del caso concreto. Le scelte interpretative relative all'individuazione della premessa maggiore possono cioè essere operate solo nel ristretto contesto di un sistema dogmatico chiuso che non è dinamicamente aperto alle sollecitazioni della realtà ¹¹⁸. L'impostazione è, ancora una volta, come quella di Persiani, di stampo «neo-dogmatico» e, quindi, d'impronta decisamente neoliberista.

In secondo luogo, in relazione all'individuazione della premessa minore (che non si identifica con il «semplice» accertamento dei fatti), come già visto, si presuppone, invece, secondo un assunto tipicamente empirista, che le situazioni siano già presenti *in rerum natura* con la loro configurazione caratteristica (le cosiddette «fattispecie concrete»); non resterebbe, dunque, che sussumerle deterministicamente nello schema preso, di volta in volta, a riferimento (cosiddetta «fattispecie astratta»).

Ora, il vero pensiero di M. è chiaramente illustrato fin dal saggio sul metodo del 1976.

Il vincolo della legge «non può essere garantito dallo schema positivista della sussunzione, improntato alla tecnica del sillogismo dimostrativo e quindi all'ideale di un controllo delle decisioni applicative del diritto con mezzi puramente logici. Una deduzione logica è vincolante solo se le premesse sono vere, e la logica non è in grado di controllare la verità delle premesse. La determinazione della premessa minore, ossia

¹¹⁶ T. Treu, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in «ADL», 2000, 3, p. 473.

¹¹⁷ Quest'ultimo può andare bene per rappresentare la decisione ma non per argomentare la valutazione retrostante, di ciò non tiene conto R. Pessi, *Valori e "regole" costituzionali*, Roma, 2009, p. 133 che si occupa solo della forma della decisione.

¹¹⁸ R. Pessi, *Valori e "regole" costituzionali*, pp. 114 ss. secondo il quale l'intreccio tra diritto e scelte politiche «non può in nessun caso investire il giudice, chiamato esclusivamente ad applicare la disciplina esistente».

degli elementi di fatto giuridicamente rilevanti del caso da decidere, e della premessa maggiore, ossia della norma o del principio normativo cui la fattispecie concreta deve essere collegata, dipende (...) da una scelta del giudice, e dunque non è materia di attività logica, bensì di attività valutativa».

M. soggiunge, poi, sempre, nel saggio che è oggetto di questa rilettura, che :

«l'interprete non può accedere al significato della legge se non elabora il suo orizzonte ermeneutico assumendo i punti di vista valutativi di politica del diritto che il modello positivistico della sussunzione vorrebbero escludere siccome pertinenti alla competenza esclusiva del legislatore e non suscettibili di analisi scientifica»¹¹⁹.

In senso costruttivo, come ha sottolineato recentemente Nicolussi¹²⁰, M. accolse «senza esitazione» la versione funzionale del metodo tipologico come emerge molto chiaramente dalla relazione su *Il contratto di lavoro nel XX secolo* che tenne al convegno annuale dell'AIDLASS dell'anno 2000.

Tale teoria parte dal presupposto che la funzione del singolo tipo contrattuale è espressa dall'ordinamento e che sia attingibile, per così dire, *a priori* da un confronto tra i vari tipi contemplati dall'ordinamento. Ma il metodo tipologico funzionale ribalta, al contempo, *in toto* la presunta incomunicabilità tra caso e schema giuridico postulata, invece, dai fautori del riscontro puramente sussuntorio. Infatti, nell'individuazione di quella che viene presentata come la cosiddetta «premesse maggiore» del sillogismo decisionale, il caso rileva per individuare, come già anticipato in precedenza, le cosiddette, sono parole

¹¹⁹ Mengoni, *Problema e sistema*, pp. 26 ss. e p. 39. Il saggio mengoniano metodologicamente più raffinato, successivamente a quello riletto nel testo, fu quello dedicato a *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in «RTDPC», 1999, pp. 353 ss.

¹²⁰ Luigi Mengoni, in *Enciclopedia Treccani*, in corso di stampa. L'adesione al metodo tipologico funzionale è ormai diffusa cfr., tra gli altri, M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in «ADL», 1995, 1, p. 79 ff.; E. Ghera, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, in Aa. Vv., *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Bari, 2003, p. 64; R. Romei, *Tra politica e diritto: rileggendo „Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro“*, in «DLRI», 2009, p. 81 ss.; A. Perulli, *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato* a cura di F. Carinci, II, Torino, 2007, pp. 20-21; V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in «DLRI», 2010, p. 51.

di M., «varianti di senso» della funzione del tipo¹²¹, che sono governate dalla logica dell'equivalenza. Ciò risponde all'esigenza che il significato delle parole utilizzate dal legislatore sia costantemente filtrato dal contesto¹²².

Inoltre, la qualificazione del caso, e cioè l'individuazione della cosiddetta «premessa minore», è teorizzata proprio dal punto di vista della possibilità di rendere razionalmente comunicabile la fase qualificatoria che «traduce» il caso in categorie giuridiche. Ma quello tipologico funzionale non intende essere un metodo sulla «sola» fase valutativa della decisione¹²³, la quale risponde a «logiche» che risultano, in una certa misura, comunque, inafferrabili perché costitutivamente soggettive¹²⁴. Esso si ripromette, piuttosto, di rappresentare la base teoretica per impostare il problema dell'*argomentazione* della decisione qualificatoria. La valutazione deve, infatti, essere tradotta in una convincente trama argomentativa ed - ecco il punto decisivo - controllabile razionalmente e cioè espressa in virtù di categorie intersoggettive. Non essendo lo schema, interpretato in senso tipologico-funzionale, contrassegnato dalla semplice presenza dei singoli elementi, ma dallo specifico ruolo che essi svolgono rispetto al contesto (giudizio di sintesi), al metodo propugnato consegue che anche elementi diversi possono svolgere la medesima funzione o, viceversa, che elementi identici possono svolgere funzioni diverse, a seconda del modo in cui sono correlati tra loro (cosiddetto principio d'equivalenza da tener distinto da quello d'identità). Come si vede, si parte dal presupposto che sussista «un nucleo comune a tutte le situazioni applicative», ma si lascia aperta la possibilità di individuare delle «varianti di senso adeguate ai vari contesti»¹²⁵.

Non ignoro, infine, che la decisione giudiziale deve essere rappresentata in una determinata forma. Windscheid accostò perspicacemente questo profilo del discorso giuridico al ragionamento matematico raffigurando la decisione «come il risultato di un'operazione nella quale i concetti giuridici rappresentano i fattori»¹²⁶.

¹²¹ Giustamente M. D'Antona, *Limiti alla disponibilità del tipo*, p. 79 parla del metodo tipologico come un metodo «aperto».

¹²² Così Mengoni, *Le aporie decostruttive*, p. 32 citando P. Ricoeur, *Du texte à l'action*, Paris, 1986 trad. it., Id., *Dal testo all'azione*, Milano, 1989, p. 45.

¹²³ Sulla distinzione esseriana tra *Motivation* e *Argumentation* cfr. J. Esser, *Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen*, in C. Perelman, P. Fofiers (a cura di), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, pp. 137 ss.

¹²⁴ Punto di vista che fu privilegiato, invece, nel noto testo di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937.

¹²⁵ L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in «DLRI», 2000, p. 193.

¹²⁶ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, F.a.M., I, 1900⁸, pp. 93-94.

Prescindendo qui da qualsiasi discorso sul "diritto giudiziale materiale", si deve riconoscere proprio a James Goldschmidt il merito di aver chiarito che il moderno processo civile è tutto, dalla fase iniziale a quella decisionale, prefigurato da norme di diritto pubblico: «tutte le attività del giudice» vengono, insomma, concepite «come applicazioni di regole giuridiche»¹²⁷. Ne consegue che il *decisum* della sentenza deve riprodurre, dal punto di vista almeno formale, ed in via assertiva rispetto ai protagonisti concreti del processo, una disposizione preesistente. E' questa la ragione del fatto che la decisione del giudice deve essere presentata in forma sillogistica, attribuendo alla fattispecie legale il ruolo di premessa maggiore ed al comportamento qualificato delle parti la funzione di premessa minore (fattispecie concreta). Il tutto risponde all'esigenza dello Stato moderno di attribuirsi formalmente il monopolio, se non della produzione, almeno del riconoscimento delle norme.

Ma si tratta di comprendere fino in fondo (da noi pochi altri, oltre a M., ci aiutano a farlo) che, dietro alla rappresentazione formale della decisione della controversia¹²⁸, c'è la sostanza della qualificazione valutativa dei fatti e dei comportamenti umani¹²⁹ di cui il giudice deve dare convincentemente conto nella argomentazione della decisione qualificatoria (un profilo che è troppo spesso disinvoltamente dimenticato dai neo-dogmatici). Il divieto di farsi giustizia da sé, che costituisce una delle molteplici conseguenze dell'inclusione nella complessa configurazione della sovranità statale anche della capacità, da parte dello stato, di dar risposte alle controversie che insorgono tra i cittadini, è non solo formalmente ma anche, «efficacemente realizzabile unicamente allorchè le parti ricevono determinate garanzie di ottenere una decisione corretta»¹³⁰.

7. Conclusione: il punto d'incontro tra Luigi Mengoni, James Goldschmidt e Hugo Sinzheimer..

Oltre all'orientamento neo-dogmatico, nella dottrina giuslavoristica contemporanea emergono ciclicamente atteggiamenti che, in linea con il

¹²⁷ Cfr. J. Goldschmidt, *Der Prozeß als Rechtslage*, Berlin, 1925², p. 496. sul "diritto giudiziale materiale" cfr. Id., *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)*, in *Festgabe für Hübler*, Berlin, 1905, p. 85 ss; Id., *Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht*, in *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Brenner*, München-Leipzig, 1914, p. 109 ss.

¹²⁸ Sulla distinzione tra rappresentazione e decisione cfr. R. Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in «ARSP», 2006, 92, p. 166.

¹²⁹ E' paradossale che sia il filosofo a dover ricordare al giurista di operare con la ragione pratica cfr. M. Nicoletti, *Diritto e morale in Luigi Mengoni*, in L. Nogler, A. Nicolussi, *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, p. 251.

¹³⁰ Così J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1993³, p. 290.

lessico precedete, potremmo definire «neo-antidogmatici». Ad esempio, Romagnoli, nel contrastare, dalle pagine della Trimestrale, Persiani¹³¹ ha richiamato (impropriamente) Sinzheimer del quale ha ripreso un passo metodologico che quest'ultimo scrisse nel contesto di un intrigante *Methodenstreit* che si sprigionò nella dottrina giuslavoristica weimariana.

In quell'occasione Sinzheimer ribatté a Kaskel, il quale gli aveva addebitato di adottare un metodo sociologico-giuridico, «di propugnare il dominio assoluto della trattazione dogmatico-giuridica»¹³²:

la «dogmatica giuridica possiede un alto valore scientifico. Essa rappresenta il presupposto di qualsiasi conoscenza giuridica (...) offre un'ineguagliata formazione per il giurista ed è anzi una parte della nostra cultura dello spirito. (...) La dogmatica diventa però pericolosa allorché, come nelle affermazioni prima citate, pretende di aspirare al monopolio» del profilo decisionale. «Il diritto del lavoro non è stato elevato a disciplina autonoma dalla trattazione giuridico-dogmatica, come ritiene modestamente Kaskel, bensì prima, in virtù della rottura, più o meno, esplicita del suo dominio. (...) La rilevanza dell'opera di Lotmar consiste nel fatto che egli prese le mosse non solo dal contenuto delle leggi ma anche sistematicamente delle fattispecie della vita»¹³³.

Ora, anche M. richiamò il passaggio iniziale di questa riflessione metodologica di Sinzheimer. Erra però Romagnoli quando legge in tale citazione un cedimento da parte di M., alla logica dei fatti normativi e, quindi, il suo riconoscimento, tardivo ma graditissimo, che il diritto del lavoro può operare con una metodologia, non solo arricchita da altre discipline di studio del comportamento umano ma, sostanzialmente, assistematica nel senso che può prescindere dal fare i conti con l'unità del sistema giuridico¹³⁴.

¹³¹ Sulla contrapposizione cfr. R. Del Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al decreto Biagi*, a pp. 267 ss. nel volume curato da P. Ichino, *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, Milano, 2008 che, peraltro, si segnala, complessivamente, più come rappresentazione della contemporanea «angoscia della quantità» (su questa formula cfr. G. Ferroni, *Dopo la fine*, Roma, 1996) che per la necessaria selezione qualitativa, come dimostra proprio l'esiguo spazio che gli autori hanno riservato alle opere di Luigi Mengoni.

¹³² Questa citazione, così come quelle successive, sempre ovviamente riportate tra virgolette, sono tratte da H. Sinzheimer, *Ueber soziologische und dogmatische Methode in der Arbeitsrechtswissenschaft*, in «*Arbeitsrecht*,» 1922, pp. 187-190.

¹³³ H. Sinzheimer, *Zur Kritik des bürgerlichen Rechtes*, in «*Zeitschrift für soziales Recht*», 1931, p. 94 nt. 1.

¹³⁴ Così U. Romagnoli, *La costituzione delegittimata*, in «*RTDPC*, 2003, p. 837 nt. 18.

In verità, nel citato convegno del 2000, M. non fece altro che riproporre, ancora una volta, la sua *Methodenlehre* così come essa era stata impostata proprio nel saggio su *Problema e sistema* del 1976.

Egli riconobbe, infatti, da un lato, che la problematicità insita nei rapporti sociali regolati da questo settore del diritto richiede una «dottrina dogmaticamente più elastica» anche perché «la pretesa di neutralità assiologica del metodo giuridico è più presto messa alla prova da urgenze ignote alle categorie tradizionali del diritto civile»¹³⁵. Già un quarto di secolo prima M. aveva riconosciuto che una dottrina così impostata contribuisce «ad arricchire culturalmente la scienza del diritto del lavoro, fornendole materiali interpretativi più vasti ed aggiornati»¹³⁶.

Ma, dall'altro lato, nella relazione del 2000, dopo aver svolto questa precisazione, M. buttò là, con ironica *nonchalance*, la citazione di Sinzheimer secondo cui risulta comunque sempre necessario eseguire «il controllo di integrabilità nel sistema dogmatico della regola (concreta) di decisione ipotizzata»¹³⁷. Insomma una sorta di «punzecchiatura» per richiamare l'attenzione, come aveva spiegato nel saggio del 1976, con un'analisi ampia e sottile, capace di mostrare i dettagli e, insieme, attenta ai grandi problemi teoretici, che occorreva rispettare l'«esigenza, tipicamente civilistica, di una corretta concettualizzazione sistematica dei propri risultati»¹³⁸ e, con essa, la consapevolezza dell'unità del pensiero giuridico.

Registriamo, infine, che nella relazione del 2000, M. si pose, ancora una volta, nella scia dei grandi protagonisti del moderno pensiero giuslavoristico europeo esponenti della straordinaria koinè giudaico-tedesca dei primi decenni del novecento.

M. dissentiva senz'altro dalla lettura marxista dei rapporti (fatti) sociali che Sinzheimer fece propria nel periodo imperiale così come in quello della Repubblica di Weimar. Un'impostazione che M. respingeva attraverso lo scomodo richiamo di Luhmann, al quale va riconosciuto il merito storico di aver contribuito in modo decisivo al tramonto dell'egemonia della dialettica marxista che tanto a lungo aveva dominato il panorama accademico italiano.

Ma Sinzheimer e Mengoni, studiosi di estrazione culturale e religiosa diversa tra loro, possono essere senz'altro accomunati, ed in ciò vanno significatamente accostati a James Goldschmidt, per il fatto che nella fase più matura della loro formazione furono entrambi attratti dal pensiero di Max Scheler. Tutti e tre gli autori citati partivano,

¹³⁵ L. Mengoni, *Ricordo di Francesco Santoro Passarelli*, in «RTDPC», 1996, p. 804.

¹³⁶ Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, p. 267.

¹³⁷ L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in «DLRI», 2000, p. 189.

¹³⁸ *Intervista a Luigi Mengoni*, p. 117.

evidentemente, dal presupposto che gli esseri umani, sospinti dalla loro loro insopprimibile aspirazione ad essere, possiedono un'innata esigenza di scopo che neppure la scienza moderna della mente autorizza a declinare in senso puramente deterministico ¹³⁹.

¹³⁹ Cfr. a tal proposito il bel saggio di un giurista aggiornato sui progressi delle scienze naturali, ed in particolare sui noti esperimenti di Benjamin Libet, A. Koch, *Kein Abschied von der Willensfreiheit*, in «ARSF», 2006, 2, pp. 123 ss.