



Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 307/2016

© Giuseppe Santoro Passarelli 2016
Università degli Studi di Roma "Sapienza"
pinosp@libero.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti^α

**Giuseppe Santoro-Passarelli
Università degli Studi di Roma "Sapienza"**

1. Le "epoche" della vita scientifica di Carnelutti.	3
2. Il lungo e complesso itinerario dell'a. nel diritto del lavoro.	8
3. Gli studi sul rapporto di lavoro.	9
3.1. Gli infortuni sul lavoro.	9
3.2. Un surrogato della legge sul contratto di impiego.	12
4. L'attenzione al metodo e la diversità della sua impostazione rispetto ai giuslavoristi precedenti a Barassi.	14
4.1. ...e a quella dello stesso Barassi.	17
5. La responsabilità dell'imprenditore senza colpa e il rischio professionale.	20
6. La disciplina del recesso.	20
7. La sostituzione dello schema della locazione con quello della vendita di energie.	21
8. Gli studi in materia di diritto sindacale.	21
8.1. Lo sciopero come diritto pubblico subbiettivo, come inesecuzione collettiva e come indamepimento nel diritto privato.	22
8.2. Intervento del terzo, arbitrato e contratto collettivo.	23
8.3. La "critica" di Romagnoli.	24

^α Di prossima pubblicazione in Giustizia civile

10. Il problema dell'inderogabilità del contratto collettivo come atto di autonomia privata e il potere sindacale dopo la caduta dell'ordinamento corporativo.....	28
11. La rifondazione costituzionale del diritto del lavoro e la "critica" di Carnelutti del sistema sindacale disegnato dalla Costituzione.	31
12. Il metodo delle origini " e "le variazioni " di politica del diritto di Carnelutti (ovvero da Sraffa a Capograssi incrociando Bottai). ...	35
13. Due ultime notazioni.	37
14. Congedo.....	39

1. Le "epoche" della vita scientifica di Carnelutti.

Mi sono reso conto che per descrivere il profilo giuslavoristico della complessa figura di Francesco Carnelutti, e cioè il contributo che egli ha dato al diritto del lavoro, risulterebbe incompleta un'indagine che si limitasse a esaminare soltanto i suoi scritti senza considerare i contesti, come si dice oggi, lungo i quali si sono dispiegate la lunga vita e l'opera scientifica del nostro autore.

Bisogna infatti tenere presente che l'operosità scientifica anche in materia di lavoro di Carnelutti dura un sessantennio circa e cioè dal 1904 al 1965, anno della sua morte, e attraversa tre epoche della nostra storia molto diverse in particolare rispetto alla regolazione del rapporto di lavoro e alle normative in materia di diritto sindacale¹.

La prima va dall'ultima decade del secolo XIX fino all'avvento del fascismo².

La seconda è quella del Corporativismo attuato in Italia dal Fascismo³ e la terza inizia con la libertà riconquistata e ha le sue basi nella Costituzione Repubblicana⁴.

¹ Cfr. in generale, Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, Feltrinelli, Roma, 1968 e ss.; si vedano, inoltre, Colarizi, *Storia del Novecento Italiano*, Bur, Milano, 2013, e Chabod, *L'Italia contemporanea (1918-1948)*, *Lezioni alla Sorbona*, Einaudi, Torino, 1961.

² In particolare, ex multis Gentile, *Le origini dell'Italia contemporanea. L'età giolittiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Id., *l'Italia giolittiana 1899-1914*, Il Mulino, Bologna, 1990; Id. (a cura di), *L'Italia giolittiana (la storia e la critica)*, Laterza, Roma-Bari, 1977; Cammarano, *Storia dell'Italia liberale. 1861-1901*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Seton Watson, *L'Italia dal liberalismo al fascismo*, Laterza, Roma-Bari, 1999; Gaeta, *La crisi di fine secolo e l'età Giolittiana*, Tea, Milano, 1996; Romanelli, *L'Italia liberale (1861-1900)*, Il Mulino, Bologna, 1990; Aquarone, *L'Italia giolittiana*, Il Mulino, Bologna, 1988; Id. *Alla ricerca dell'Italia liberale*, Mondadori, Milano, 2003; Romagnoli, *Le origini del pensiero giuridico sindacale, in Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 123 e ss.

³ Oltre agli Autori citati in nota 1 v. anche Gentile, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2015; G. Gentile, *Fascismo e cultura*, F.lli Treves, Milano, 1928, p. 58. Come è noto, la base normativa dell'ordinamento corporativo è la l. 3 aprile 1926 n. 563 dovuta ad Alfredo Rocco: v. il suo discorso a Perugia il 30 agosto 1925, *La dottrina politica del fascismo*, in *Scritti e discorsi politici*, vol. III, *La formazione dello Stato fascista*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 1103; tra i primi Carnelutti, *Sindacalismo*, in *Dir. lav.*, 1927, I, pp. 4 e ss.; Bottai, *L'ordinamento corporativo italiano*, in *Dir. lav.*, I, 1927, p. 371; v. successivamente Spirito, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*; Volpicelli, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi (Ferrara 5-8 maggio 1932)*, Tip. del Senato, Roma, 1932, Vol. I, Relazioni; Romagnoli, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in *Lavoratori e sindacati*, cit., pp. 187 ss.;

⁴ Cfr. Colarizi, *Storia politica della Repubblica. 1943 - 2006*, Laterza, Roma - Bari, 2007; Ginsborg, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi*, Einaudi, Torino, 2006; Lanaro, *Storia dell'Italia repubblicana. Dalla fine della guerra agli anni novanta*, Marsilio editori, Venezia, 1993; tra i lavoristi v. F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961 p. 177; Romagnoli, fino al 1969, *Il contratto collettivo difficile*, in *Lavoratori e sindacati*, cit., p. 213.

E' noto che agli inizi del secolo XX la diffusione dell'industria⁵ e il consolidamento del movimento operaio contribuirono a determinare i primi conflitti sociali, destinati ad inasprirsi anche a causa della grande depressione economica che aveva determinato un aumento dei prezzi del pane e dei generi di prima necessità. I tumulti e le insurrezioni popolari alimentate confusamente da idee socialistiche e anarchiche in diverse città italiane furono aspramente repressi e, in particolare, la cd. "rivolta dello stomaco" venne domata a cannonate a Milano dal gen. Bava Beccaris nel governo del generale Pelloux⁶.

I fatti di Milano suscitarono una vastissima eco nel Paese. E se da un lato radicali, democratici e i socialisti condannarono la repressione sanguinosa dei moti e la sommarietà dei processi istruiti dai tribunali militari, dall'altro lato, moderati, reazionari e anche vaste fasce di ceto medio, spaventate dall'esplosione della collera popolare, approvarono la repressione, auspicando una svolta conservatrice ancora più netta.

Anche la Chiesa era già intervenuta sulla questione sociale attraverso la nota enciclica di Leone XIII, *Rerum Novarum* del 1891, dando corpo e sostanza alla dottrina sociale della Chiesa il cui caposaldo è l'accordo e l'armonia delle parti.

D'altra parte dopo la caduta del governo Pelloux si registrò una rapida ascesa del movimento sindacale: le camere del lavoro nate a Milano nel 1891, si moltiplicarono in molte città italiane⁷ fino alla costituzione del 1906 della CGdL. Il partito socialista fondato nel 1892, si rafforzò diventando una componente rilevante del sistema politico italiano, certamente riformatrice.

Lo stesso Giolitti, nel 1903 nominato Presidente del Consiglio, se ne rese conto a tal punto che offrì a Turati, leader del partito socialista, di entrare nel Dicastero.

L'invito fu rifiutato perché Turati, pur essendo alla guida dell'ala riformista facente capo alla rivista *Critica sociale*, insieme con Anna

⁵V. anche per un quadro sintetico della situazione dell'impresa nell'Italia dell'epoca, Romeo, *La rivoluzione industriale dell'età giolittiana*, in Caracciolo (a cura di), *La formazione dell'Italia industriale (1969)*, Laterza, Roma-Bari, 1977; Musso (a cura di), *Storia del lavoro in Italia. Il Novecento. 1896-1945. Il lavoro nell'età industriale*, Castelvecchi Editore, Roma, 2015; Id. *Storia del lavoro in Italia dall'Unità ad oggi*, Marsilio Editori, Venezia, 2002; Castronovo, *L'industria italiana dall'800 a oggi*, Mondadori, Milano, 2003; Id. *Storia economica d'Italia, Dall'ottocento ai giorni nostri*, Einaudi, Torino, 2006; G. Pino, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *Pol. dir.*, 1984, p. 207.

⁶ V. per tutti Valera, *I cannoni di Bava Beccaris*, Giordano Editore, Milano, 1966.

⁷ Cfr., in generale Perna, *Breve storia del movimento sindacale*, Ediesse, Roma, 1994; A. Pepe, *Classe operaia e sindacato. Storia e problemi (1890-1948)*, Bulzoni, Roma, 1982; Ricci, *La struttura organizzativa del movimento sindacale dalle origini al 1940*, Franco Angeli, Milano, 1986; Craveri, voce *Sindacato dei lavoratori (storia)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, Giuffrè, Milano; Guidotti, voce *Camera del lavoro*, in *Enc. dir.*, V, 1959 Giuffrè, Milano;

Kuliscioff e Claudio Treves⁸, era fortemente condizionato alla sua sinistra da una schiera importante di massimalisti, brillanti oratori e pubblicisti come Arturo Labriola ed Enrico Ferri e alla sua destra da una piccola pattuglia di revisionisti favorevoli, sulle orme di Eduard Bernstein, ad una rilettura critica delle opere di Marx, adeguata alle mutate esigenze del capitalismo moderno.

E tuttavia Turati, pur non entrando nel governo, non rifiutò la collaborazione al Ministero nella politica di riforme su diverse questioni come le pensioni di invalidità, il riposo settimanale e festivo⁹, la regolazione del lavoro dei fanciulli e delle donne¹⁰, l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro¹¹, l'avvio della nazionalizzazione delle Ferrovie¹².

E in questo scenario caratterizzato da forti tensioni politiche ancor prima della mediazione riformatrice di Giolitti, si inseriscono gli interventi di molti giuristi che auspicavano l'intervento dello Stato per fare cessare lo stato di guerra tra capitale e lavoro¹³ e reclamavano l'esigenza di eliminare la conflittualità sociale attraverso la cd. legislazione sociale¹⁴.

In quel contesto, ovviamente, le opinioni erano diverse e in primo luogo i cd. "socialisti della cattedra" come Cimbali, Salvio, Gianturco,

⁸ Valiani, *Gli sviluppi ideologici del socialismo democratico in Italia*, Opere nuove, Roma, 1956; Vigezzi, *Giolitti e Turati. Un incontro mancato*, in collana *Opere di cultura storica e letteraria*, Ricciardi, Milano, 1976.

⁹ La legge sarà del 7 luglio 1907, n. 489.

¹⁰ legge "Orlando" dell' 8 luglio 1904, n. 407, anche se la principale è la legge del 19 giugno 1902, n. 242 e molto tempo dopo delle donne riorganizzata poi in testo unico RD. n. 818/1907.,

¹¹ Come è noto la legge è la 80/1898 ma ve ne sono diverse: sugli infortuni dei ferrovieri RD 7 maggio 1903, n. 209, sugli infortuni per la gente di mare l. 29 giugno 1903, n. 243 e per gli infortuni degli operai RD 31 gennaio 1904, n. 51 e RD 13 marzo 1904, n. 141, per il regolamento esecutivo.

¹² l. 22 aprile 1905, n. 137.

¹³ V. sul punto: Vivante, *I difetti sociali del codice di commercio.. prolusione romana 1898*, pubblicata nella sua stesura completa *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, in *Critica sociale*, 1902, pp. 345 e ss., la rivista diretta da Turati e ora in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 2012, pp. 11 e ss. e p. 19: "Anche in Italia sta per finire lo stato di guerra che si apriva ad ogni istante fra padroni e operai. Una legge che obbliga gli imprenditori ad assicurare i loro operai contro gli infortuni, pone a carico del profitto industriale l'onere di risarcire le vittime del lavoro e tutta dominata dalla sua funzione sociale passa sopra ai geniali ma insufficienti principi della libera concorrenza e della libera previdenza" e ancora *ivi*, pp. 25 e 35: "Il sindacato deve espellere senza misericordia gli operai non sindacati per non essere a sua volta espulso dall'opificio""Il sindacato costringendo l'operaio ribelle alla disciplina del Sindacato agisce nella sfera contrattuale"; "Grande è l'autorità del sindacato col mettere in opera le sole armi che il contratto collettivo gli porge. Ma un gran numero di socialisti in Italia respinge il riconoscimento giuridico delle Leghe o dei Sindacati per cui tanto progredi l'ordinamento fuori del nostro Paese..... Si rifiuta il dono per diffidenza del donatore, ma la diffidenza è fuori di posto".

¹⁴ Modica, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella giurisprudenza*, in *Il circolo giuridico*, XXVII, 1896, pp. 113, 119-120.

Vadalà Papale, sottolineavano la disarmonia esistente tra vita reale e diritto e richiedevano una revisione radicale del codice e, quindi, un "codice sociale"¹⁵.

Vi erano anche i cosiddetti riformisti o solidaristi come Vivante e, accanto a lui, Sraffa, Messina, Redenti e lo stesso Carnelutti, che dei primi si considerava allievo attraverso la Rivista del diritto commerciale, i quali non si spinsero a richiedere un nuovo codice, ma ritenevano che le cd. leggi sociali dovessero essere interpretate all'interno del sistema del codice civile. Secondo questo indirizzo metodologico, i fatti e i valori emergenti dalla nuova società non dovevano essere ignorati, ma dovevano essere inseriti nel sistema.

In quel coro non possono non essere ricordate le voci di Polacco e Chironi. Secondo Polacco¹⁶ "*La legislazione civile doveva intervenire sulle questioni sociali sia respingendo le tesi dei fautori di uno stato passivo e muto sia le oscure proposte della sociologia*", che Polacco considera "*nuova scienza caratterizzata da una babelica confusione di lingue*"

D'altra parte lo stesso Polacco¹⁷ aveva definito le clausole generali "organi respiratori del codice" perchè riconosceva ad esse la funzione di armonizzare con il sistema del codice le mutate condizioni sociali.

Sulla stessa linea si colloca Chironi¹⁸, e tra i cosiddetti *timidi*, così denominati da Tortori¹⁹, possono essere ricordati De Logu²⁰ e Brugi. Il primo critica il termine codice privato sociale perché confonde concetti privatistici e pubblicistici intrinsecamente diversi tra loro, e Brugi²¹, ritiene che una riforma parziale del diritto civile non poteva certo abbandonare istituti consolidati a scelte politiche contingenti tanto che, secondo questo autore, non erano prevedibili mutamenti radicali ma un nuovo adattamento del diritto romano alla nostra società²².

¹⁵ Cfr. in argomento Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, Giuffrè, Milano, p. 136.

¹⁶ *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile (prelezione letta a Camerino, il 22 gennaio 1885)*, Camerino, Savini, 1885.

¹⁷ Polacco, *Le cabale del mondo legale 1908*, in *Opere minori*, Modena Università degli Studi, 1928, vol. I, p. 60;

¹⁸ Chironi, *Della responsabilità dei padroni e rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, in *Studi senesi*, I, 1884, fasc. 3, pp. 231 e ss.

¹⁹ Tortori, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in *La scienza del diritto privato*, III, 1895, p. 573.

²⁰ De Logu, *Codice privato e codice sociale*, in *Antologia giuridica*, V, 1891, pp. 11 e ss.; Id., *Le riforme parziali del codice civile italiano e il diritto romano*, in *Antologia giuridica*, III, 1889; v. invece in senso contrario successivamente Gianturco, in note 55-58.

²¹ Brugi, *La riforma della nostra legislazione civile*, in *Antologia giuridica*, III, 1889, p. 194.

²² V. in argomento Cazzetta, *op. ult. cit.*, pp. 102, 103.

E sulla loro scia Barassi affermava che il sistema del codice derivante dal diritto romano era immutabile e intoccabile, mentre le cd. leggi sociali appartenevano al diritto pubblico e costituivano il transeunte.

In questo variegato panorama di opinioni, il giovane Carnelutti subì, per sua stessa ammissione (e lo ripeterà più volte), non l'influenza di Polacco, con il quale pure si era laureato, definendosi "allievo riconoscente ma infedele", bensì le suggestioni metodologiche della Rivista di diritto commerciale fondata da Vivante e Sraffa²³.

Tali influssi offrirono a Carnelutti l'opportunità di cimentarsi proprio sul tema dell'interpretazione della legge sugli infortuni sul lavoro²⁴, che sarà poi ripubblicato nei due volumi degli Studi sugli infortuni sul lavoro nel 1913, quando il nostro divenne professore di diritto commerciale a Catania, proprio con il sostegno determinante di Sraffa.

Come ricorda Ascarelli²⁵, *"la rivista di diritto commerciale era il punto di incontro di romanisti, civilisti, e commercialisti in uno sforzo comune di effettivo rinnovamento del nostro diritto delle obbligazioni. E l'aspirazione all'unificazione del diritto privato non era disgiunta dal desiderio di acquistare una maggiore consapevolezza dello svolgimento del nostro diritto commerciale e di ritrovare nell'intimità della storia il sistema del diritto vigente"*.

E per comprendere ancora meglio il metodo cui si ispira Carnelutti, mi sembra opportuno ricordare quanto scrive Vivante nella parte finale della sua mirabile prolusione romana, vera e propria requisitoria contro il Codice di commercio, in occasione della sua chiamata a Roma, rivolta agli studenti: *"In questa solenne occasione ho preferito far la critica del codice e vi ho svelato gli arcaismi del suo sistema.... Ma serbiamo la critica per i giorni solenni. Il compito nostro sarà più modesto perché io devo esporvi il diritto vigente.... Imparando sul serio il sistema del diritto vigente riuscirete a formarvi delle convinzioni giuridiche, una virtù che manca in genere agli avvocati e talvolta anche ai magistrati del nostro paese..... E quando vi sarete creati con lo studio un sistema di convinzioni giuridiche troverete un valido presidio alla vostra morale professionale.... Nei tecnicismi c'è una forza, purtroppo quasi vergine ancora, per rinvigorire il carattere morale del nostro paese"*²⁶.

²³ V. in particolare Grossi, *Scienza giuridica italiana, Un profilo storico, 1860-1950*, Giuffrè, Milano, che definisce la rivista *"un progetto, una officina, molteplici esperimenti"*, pp. 94 e ss.

²⁴ Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, in Riv. dir. comm. 1904, I, pp. 202-226.

²⁵ Ascarelli, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in *Problemi giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 987.

²⁶ In *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 2012, pp. 23, 24.

2. Il lungo e complesso itinerario dell'a. nel diritto del lavoro.

Come si è detto, il contributo di Francesco Carnelutti al diritto del lavoro è stato costante e rilevante.

Costante perché durante l'arco della sua lunga vita di studi il nostro a. si è interessato sempre a temi del diritto del lavoro.

Rilevante perché ha preso in esame materie importanti della nostra disciplina, dagli infortuni sul lavoro, al diritto di sciopero e il contratto di lavoro, alle massime delle camere di commercio definite dall'a. un surrogato della legge sul contratto di impiego, al licenziamento, ai numerosi contributi in materia di diritto corporativo e, infine, agli scritti del periodo repubblicano.

Come si tenterà di dimostrare, nei confronti della disciplina del contratto di lavoro allora nascente il nostro a. ha un atteggiamento di attenzione e di vero ricercatore²⁷ mentre nei confronti del diritto sindacale, anch'esso nascente, il nostro a. assume un atteggiamento didascalico, proprio di chi ha già pronta la soluzione dei problemi assai nuovi e complessi sollevati dall'emersione dei fenomeni dei gruppi e dei contratti collettivi.

In particolare Carnelutti manifesterà sempre un'avversione alla soluzione dei conflitti con forme di autotutela e cioè dello sciopero, che definisce "guerra", e per questa ragione preferisce la soluzione dell'arbitro o del giudice mentre colloca il contratto collettivo e lo sciopero nel dominio del diritto pubblico.

A questo proposito è agevole riscontrare una notevole continuità delle sue tesi con gli scritti del periodo corporativo e di sostanziale adesione alla legislazione corporativa tanto che egli può essere considerato quasi un precursore di quella esperienza.

E coerentemente con questa iniziale convinzione, nei suoi scritti del periodo repubblicano di forte e aspra critica al riconoscimento da parte della Costituzione del diritto di sciopero egli può essere considerato un nostalgico del corporativismo.

Ovviamente si tratta di contributi significativi che rispecchiano una personalità complessa e sempre incline a confrontarsi dialetticamente con la realtà presa in esame e con gli autori di opinione diversa dalla sua.

E al riguardo val la pena richiamare quanto ha scritto Rescigno di Carnelutti in età matura: "*Diritto civile e diritto commerciale passano attraverso un esame duro, tagliente dell'intera produzione scientifica:*

²⁷ V. sul punto Grossi, *Scienza giuridica italiana, cit.*, p. 139: "Carnelutti è un osservatore umile e disponibile di fatti e di norme, misurato ed equilibrato, non ancora il futuro autore di monologhi degli anni trenta in pagine prive di annotazioni quasi come le tavole mosaiche".

*rimane ammirevole la capacità di C. - attraverso letture che sicuramente non sono esaustive dell'intero contenuto dei libri, e spesso sono frammentarie se non approssimative- di cogliere di ciascun libro, la sostanza i pregi e i limiti"*²⁸.

Infine due note: ho ritenuto preferibile citare passi piuttosto lunghi dei suoi contributi, anzicchè limitarmi ad indicare due righe dei suoi scritti, per evitare il rischio di sovrapporre la mia valutazione al pensiero dell'a. Come accennato la personalità scientifica di C. è complessa e piena di sfumature e sfaccettature, non sempre univocamente interpretabili.

In secondo luogo va precisato che nel contesto normativo e culturale dell'Italia della fine del secolo XIX le leggi sul lavoro venivano definite tutte "sociali" e intervenivano per realizzare obiettivi circoscritti, anche di ordine pubblico, con tecniche diversificate e costituivano tasselli di quello che solo successivamente sarebbe divenuto un settore normativo a sè.

3. Gli studi sul rapporto di lavoro.

Se passiamo ad esaminare gli studi in tema di contratto di lavoro, spicca l'Introduzione agli studi sugli infortuni del 1913, dove l'a. scrive: "*La scienza giuridica, soprattutto in Italia è imperturbabilmente borghese; i problemi giuridici del lavoro la lasciano quasi indifferente*"²⁹.

L'affermazione ad una prima lettura sembra indicare un'inclinazione del nostro a. analoga a quella dei giuristi appartenenti al socialismo giuridico, come Cimbali, Salvioli, Gianturco, Vadalà Papale. Come si è detto, questi autori richiedevano qualche anno prima una nuova codificazione ispirata ai principi di socialità e di solidarietà perchè a loro avviso non erano sufficienti adeguamenti e modificazioni, ma era necessario sostituire al principio romano dell'individualismo il principio moderno della socialità.

3.1. Gli infortuni sul lavoro.

In realtà, se si prosegue nella lettura dell'introduzione, l'a. arriva a una conclusione non coincidente con quella degli autori prima citati.

Ma è bene rileggere quello che scrive l'a.: "*La verità dell'affermazione di Alberto Lotmar che il contratto di lavoro abbia oggi almeno tanta importanza quanto la vendita, trova facile conferma nella lettura di*

²⁸ Rescigno, *Carnelutti e il diritto civile del 900*, in *Studi in onore di Mario Talamanca*, Jovene, Napoli, 1997, p. 58 e precedentemente Id., *Francesco Carnelutti e il diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 593.

²⁹ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Athenaeum, Roma, 1913, I, *Introduzione*, p. XII.

qualunque repertorio di giurisprudenza o di legislazione. Questa massa informe di materiali giuridici nuovi bisogna elaborare; su questa nuova plaga di terreno ancora vergine bisogna che il giurista passi l'aratro e il sarchio. Tutte le leggi estravaganti, tutte le norme costituite o che stanno per costituirsi debbono essere coordinate fra loro, ricondotte ai principi, ricollegate ai presupposti; tutti i fenomeni giuridici venuti fuori in questo campo richiedono analisi e classificazione. Anche a tenere conto soltanto delle leggi ormai formate in Italia, non si può dire affatto che il rapporto di lavoro sia specialmente regolato da un solo articolo del codice civile, e per il resto non trovi disciplina fuori dai principi generali: la legge sui probiviri, la legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli, la legge sulla risicoltura, la legge sul riposo festivo, la legge sul lavoro notturno nei panifici, la legge sugli infortuni, i vari regolamenti per la prevenzione di questi, la legge sulle casse di maternità, il codice di commercio medesimo integrano il regolamento di quel rapporto disciplinando variamente la forma del contratto, la capacità dei soggetti, i requisiti dell'oggetto, il contenuto delle obbligazioni reciproche, il modo e il tempo e il luogo della prestazione di lavoro, le modalità della prestazione della mercede, la estinzione del rapporto e le conseguenze particolari di questa. Presto, dalla legge sul contratto di impiego altre norme saranno costituite, altre lacune saranno colmate³⁰."

E ancora: "Uno studio sistematico, su queste basi, del diritto del lavoro non risponde soltanto ad un'ideale estetico di sintesi e di armonia, giova alla migliore interpretazione delle norme speciali e al migliore svolgimento dei germi in queste contenuti per la formazione compiuta e moderna del diritto privato"³¹.

³⁰ Carnelutti, *ibidem*.

³¹ Carnelutti, *ult. op. cit.*, p. XIII: "Ciò che nocque, più di ogni altra cosa, al progresso di questa interpretazione, fu l'isolamento dell'istituto dal complesso organismo del diritto privato. Gli errori spesso grossolani, spesso disastrosi che io mi sono studiato di combattere sul concetto di operaio, di imprenditore, di apprendista, sulla revisione dell'inabilità, sulla funzione dei libri paga, sulla responsabilità dell'imprenditore che non ha assicurato, sulla prescrizione dell'azione contro di lui e tanti altri possono essere facilmente evitati con la semplice coordinazione della responsabilità per l'infortunio professionale ai principi del contratto di lavoro o a quelli del contratto di assicurazione".

D'altra parte Carnelutti mette in evidenza (*ult. op. cit.*, p. XIV) come la evoluzione degli istituti giuridici avvenga in gran parte per la pressione di istituti di diritto speciale su istituti di diritto comune; le nuove norme si affermano quasi sempre modestamente sotto forma di eccezioni di scarso rilievo: bisogna che il giurista, il quale vigila lo svolgersi progressivo dei principi..... frughi con pazienza in questi angoli reconditi, tra le pieghe delle leggi speciali per trovarvi i germi pieni di vigore. Sotto questo aspetto il diritto commerciale ha fornito e fornirà alla teoria del diritto privato generale elementi preziosi. E così io penso che giovi, sotto identico profilo la coordinazione al diritto comune di questi speciali istituti del diritto del lavoro

Vale la pena dunque di uno studio sistematico di queste norme singolari³².

Da queste pagine risulta evidente l'attenzione del nostro autore al sistema, ma emerge anche l'esigenza di non considerarlo immobile e impermeabile, bensì aperto all'apporto delle leggi speciali³³.

Non a caso Grossi esprime un giudizio di eccellenza sull'Introduzione di Carnelutti dove il "*sapere tecnico si eleva a momento di interpretazione di tutto un colossale processo storico*"³⁴. E sulla distinzione tra legge generale e legge speciale, Carnelutti chiarisce in modo esemplare in cosa si concreti veramente l'interpretazione del testo normativo: "*il suo rapporto con la coscienza giuridica contemporanea deve fornire i criteri per guidare l'interpretazione. E quando parlo di coscienza giuridica.....intendo riferirmi al diritto che vive nella coscienza collettiva, sia o non sia scritto sulle pagine dei codici e con essa si trasforma e si evolve, che si manifesta quotidianamente nelle ricerche degli studiosi e nelle aspirazioni della giurisprudenza, che si rivela nelle insufficienze della legge scritta e nei suoi contrasti coi bisogni sociali, al diritto latente (definizione di Brugi) che sta, indipendentemente dalle norme dei codici, nell'intimo della vita sociale*"³⁵.

E Carnelutti conclude: "*detto ciò in diritto costituendo riconosco che posta la questione di fronte alle parole dell'art. 4 la legge su gli infortuni è legge d'eccezione*"³⁶.

La distinzione tra diritto costituendo e *jus positum* a proposito della giurisprudenza dei probiviri, divulgata dal notissimo Massimario di Redenti³⁷ e rispetto alla quale, il nostro a., attento al diritto vivente e ai

³² Carnelutti, *ult. op. cit.*, p. XV: "*La legge degli infortuni vi è quasi tutta percorsa nelle sue vie maestre e nei suoi aspri sentieri : la teoria dei soggetti, attivo e passivo (operaio e imprenditore) la teoria del presupposto della responsabilità (lesione per causa violenta in occasione del lavoro) la teoria dell'oggetto della responsabilità (misura dell'indennità) la teoria della successione nel diritto all'indennizzo (diritto dei superstiti) la teoria dell'attuazione della responsabilità(assicurazione)*".

³³ Grossi valorizza questo profilo nell'analisi di Carnelutti quando sottolinea, in *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 126: "*la coscienza che l'esigua legge speciale non sia un miserabile e disprezzabile rimedio isolato improvvisato da un legislatore incolto, ma la tessera di un mosaico in via di composizione che unito ad altre tessere è capace di rivelare un paesaggio nuovo*".

³⁴ Grossi, *ult. op. cit.*, p. 125.

³⁵ Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, pp. 202 e ss., ora in *Infortuni su lavoro (studi)*, cit., p. 10 e aggiunge, p. 40 "*che il giudice incalzato dalla vis rerum non esita: cerca nell'analogia, nell'uso nell'equità, nella presunta volontà delle parti la regola che non esiste nel contratto e la applica: i massimari di giurisprudenza sono diventati veri codici del lavoro*".

³⁶ Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge*, cit., p. 11.

³⁷ Redenti, *Introduzione*, in *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Pubblicazione del Ministero dell'agricoltura, industria e commercio, Roma, 1906, ora ristampato a cura e con

fatti della vita, ha cura di precisare *"che quei giudici (ossia i probiviri), assai più che interpretare il diritto positivo attuale, vadano e debbano andar cercando e applicando il diritto nuovo, il diritto latente, che si forma di giorno in giorno nella vita industriale sempre più complessa e più evoluta"*, ma *" non è la stessa cosa di un interprete del diritto positivo, che non può precorrere le mutazioni della legge "*³⁸.

In ogni caso, pur riconoscendo che la legge sugli infortuni sia eccezionale, il nostro a. non esita ad escludere l'interpretazione restrittiva³⁹, non solo nel caso degli apprendisti o nel sistema dell'assicurazione operaia, ma in generale quando afferma nel saggio sull'interpretazione in materia di infortuni che *"l'interpretazione estensiva della legge non è un sentimentalismo. E' il corretto adempimento della funzione dell'interprete, il quale non deve arrestarsi alla sterile constatazione dell'indole derogatoria della legge di fronte al diritto comune ma deve indagarne più addentro l'intimo significato in rapporto alla tendenza del suo tempo"*⁴⁰.

Queste parole richiamano alla mente quanto ha scritto Natalino Irti in memoria di Francesco Carnelutti: *"il metodo di indagine - ragionato ed enunciato come naturalistica obbiettività - si stempera e si disperde in un'inesauribile fantasia costruttiva..... La fantasia carneluttiana è in una straordinaria capacità di combinazioni, di segreti rapporti, di audaci accostamenti, di inattese soluzioni"*⁴¹.

3.2. Un surrogato della legge sul contratto di impiego.

Un altro importante contributo dove rileva ugualmente l'attenzione del nostro a. per il metodo si ritrova in un saggio dal titolo significativo: "Un surrogato della legge sul contratto di impiego".

In questo articolo vengono prese in esame "le norme" raccolte dalle camere di commercio, che offrivano alle parti un contratto tipo, o meglio un regolamento parziale tipico, che certamente non aveva autorità di regolamento legale *"ma per la posizione dell'ente che lo suggerisce e per l'elaborazione di cui è frutto, può esercitare e ha esercitato influenza*

introduzione di Caprioli, *Redenti giurista empirico*, Giappichelli, Torino, 1992; Id., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, pp. 356 e ss.

³⁸ Carnelutti, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, p. 99.

³⁹ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, cit., vol. I, *Gli apprendisti nella legge sugli infortuni*, p. 102.

⁴⁰ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, cit., vol. I, *Criteri di interpretazione della legge sugli infortuni*, cit. p. 45.

⁴¹ Irti, *In memoria di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 476 ma vedi anche Id., *I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*, in Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 151 e ss e già in *Quadrimestre*, 1984, p. 223

*grande sui contraenti e serve di pungolo e di indirizzo alle parti nel regolamento del rapporto che stanno per contrarre*⁴². Carnelutti del resto considerava, sia pure dubitativamente, il suddetto processo surrogativo del regolamento "non solo sintomo del bisogno di un regolamento legale ma del bisogno che il regolamento procedesse in tutto o in parte da fonti che non fossero le fonti legislative vere e proprie"⁴³.

E' vero che lo stesso autore conclude dicendosi soddisfatto di avere illustrato la genesi del fenomeno, ma il richiamo a fonti diverse da quelle legislative manifesta un'attenzione al dato giurisprudenziale e a quello del contratto collettivo come fonti alternative alla legge.

Impostazione che sarà poi raccolta e sviluppata, molti decenni dopo, da una ricerca finanziata dal CNR e promossa da Giugni sulla formazione extra-legislativa del diritto del lavoro⁴⁴.

Scrive il nostro a. "il diritto tende a fissarsi anche prima e senza la sua espressione legislativa. Quando il congegno legislativo è troppo lento altri se ne sostituiscono liberi, agili e vivi"⁴⁵.

Per Carnelutti la regolazione del rapporto di lavoro non può essere una un'esercitazione di logica astratta, "ma deve tenere conto dei bisogni della vita. E l'espressione genuina di questi bisogni è data dalle reciproche aspirazioni degli interessati. Di fronte a questi fenomeni il compito del giurista è assai più quello di cogliere, dalle manifestazioni nuove, i principi di diritto che vanno maturando. In ciò sta anche la divisa più cara di questa Rivista (diritto commerciale): essa tiene più forse che a interpretare le leggi ad interpretare la vita"⁴⁶.

Questo può considerarsi il manifesto metodologico cui si ispira Carnelutti nei suoi primi studi che egli stesso denomina "di battaglia".

In altre parole, in questo periodo, per Carnelutti i principi di diritto devono essere tratti dalla realtà anzicchè da formule astratte scollegate dalla realtà dei fatti

⁴² Carnelutti, *Un surrogato della legge sull'impiego privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, pp. 275, 279.

⁴³ Carnelutti, *ult. op. cit.*, p. 281: "Forse da un lato quel che si continua a chiamare con frase discretamente efficace se non esatta il contratto collettivo, e dall'altro le forme di regolamenti anomali ibridi sul tipo di quello del quale ora discorriamo preludono a un vero e proprio decentramento legislativo della massima importanza"

⁴⁴ Aa. Vv., *La disciplina dei licenziamenti nell'industria italiana 1950-1964*, Gruppi di studio Università di Bari e Bologna; Aa. Vv., *Sulla formazione extralegislativa del diritto del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 1968.

⁴⁵ Carnelutti. *Un surrogato*, cit., p. 282. Non mi sembra condivisibile quindi il giudizio espresso da Tarello in *Riv. dir. proc.*, 1986, pp. 498 e ss., sul presunto metodo formalistico e dogmatico di Carnelutti, almeno con riferimento al periodo ed agli scritti in esame.

⁴⁶ Carnelutti, *Un surrogato*, cit., p. 283.

4. L'attenzione al metodo e la diversità della sua impostazione rispetto ai giuslavoristi precedenti a Barassi.

E' ora possibile trarre qualche rilievo, pur sempre provvisorio e mai definitivo, perché il pensiero di Carnelutti è complesso e pur essendo in taluni casi costante, risente moltissimo del contesto in cui l'a. scrive.

In primo luogo, va sottolineato un diverso approccio con il diritto privato del nostro a. rispetto ai giuristi del cd. socialismo giuridico prima citati, e cioè il recupero nel sistema del diritto privato delle leggi del lavoro, rispetto all'esigenza manifestata dai primi della redazione di un nuovo codice sociale.

E' opportuno però aprire una parentesi e chiarire che la letteratura prebarassiana sul contratto di lavoro si contraddistingue per l'eterogeneità culturale e scientifica dei contenuti, contrassegnati, talvolta, da un unico tratto comune e cioè la critica del diritto vigente, dei suoi ritardi e incongruenze rispetto ai mutamenti della realtà industriale, al quale contrapporre un intervento radicale, con la formulazione di discipline completamente nuove rispetto a quelle del codice.

Basta leggere gli scritti di Jannaccone⁴⁷, Modica⁴⁸, Betocchi⁴⁹, Salvioli⁵⁰, Cogliolo⁵¹, Tartufari⁵², Vadalà Papale⁵³ per rendersi conto dell'assoluta eterogeneità dei contributi, già rilevata da Gioele Solari nel 1906⁵⁴ e, più di recente, da Ungari⁵⁵.

⁴⁷ Jannaccone, *Contratto di lavoro*, voce in *Enc. giur. italiana*, vol. III, parte 3.

⁴⁸ Modica, *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione. Studio storico critico comparato*, in *Il circolo giuridico*, 1896, pp. 107, 125.

⁴⁹ Betocchi, *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Stab. Tip. N. Jovene & C., Napoli, 1897.

⁵⁰ Salvioli, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti e operaie*, Palermo, 1890; Id., *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il nuovo diritto*, Alberto Reber, Palermo, 1906.

⁵¹ Cogliolo, *Voti circa la costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Atti del IV congresso giuridico di Napoli*, , 1899.

⁵² Tartufari, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo* (discorso letto per l'inaugurazione dell'anno accademico nell'università di Macerata), Tip. Bianchini, Macerata, 1893, p. 39.

⁵³ Vadalà Papale, *Diritto privato e codice privato sociale*, in *La scienza del diritto privato*, 1893, I, pp. 7-39; Id., *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Relazione al IV congresso giuridico nazionale*, in *Atti*, Napoli, 1897, vol. II pp. 9 e ss.

⁵⁴ Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato*, ed. postuma Giuffrè, Milano, 1980, a cura di Paolo Ungari.

⁵⁵ Ungari, *In memoria del socialismo giuridico: la scuola del diritto privato sociale*, in *Pol. dir.*, 1970, I, pp. 241- 268 e II, *Crisi e tramonto del movimento*, pp. 241-268.

Qualche notazione particolare merita il contributo di Gianturco⁵⁶ il quale, pur avendo scritto molto poco di diritto del lavoro, dimostra una particolare sensibilità alla questione sociale e chiarisce nella sua prolusione napoletana che "*il diritto deve cercare nella solidarietà umana e non nella lotta di classe le regole della vita sociale allo scopo di ristabilire l'armonia per la grande strada del progresso e della fratellanza umana*"⁵⁷.

Discorso richiamato e apprezzato, dopo la morte di Gianturco, da Alfredo Rocco⁵⁸, forse in modo strumentale perchè, come ha chiarito Pietro Rescigno, il privato sociale di Gianturco non ha nulla a che spartire con l'ideologia corporativa⁵⁹. E tuttavia va ricordata, insieme a Treggiari⁶⁰ e Gaeta⁶¹, la contrarietà di Gianturco a risolvere il conflitto collettivo con lo sciopero, definito "*una vera iattura per gli operai in Italia, dove l'industria è ancora bambina*". Per Gianturco la soluzione era l'arbitrato, promosso e anzi imposto dallo Stato⁶².

I contrasti tra i giuristi cosiddetti novatori o neoterici o socialisti e gli ortodossi si acuirono fino alla presentazione e alla mancata approvazione del progetto di legge del 26 novembre 1902 sul contratto di lavoro Cocco-Ortu e Baccelli⁶³.

⁵⁶ Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale, Prolusione alla R. Università di Napoli*, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, La libreria dello Stato, Roma, 1947, pp. 262-269.

⁵⁷ Gianturco, *Sul contratto di lavoro*, Napoli, 1902, ora in *Opere giuridiche*, cit., p. 270.

⁵⁸ Gianturco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi 50 anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 297.

⁵⁹ Rescigno, *Due centenari*, e Treggiari, *Un profilo biografico*, ambedue in *Emanuele Gianturco, Nuovi studi per i centenari*, a cura di Ferdinando Treggiari, Pisani Teodosio Edizioni, Avigliano, 2013, pp. 9 e ss., spec. 13.

⁶⁰ Treggiari, *Un profilo biografico*, cit., p. 17.

⁶¹ Gaeta, *Sciopero e pacificazione sociale tra otto e novecento: un viaggio in compagnia di Emanuele Gianturco*, in *Emanuele Gianturco..cit.*, pp. 79.

⁶² E secondo Gaeta, dopo la prima guerra mondiale il tema dell'arbitrato obbligatorio diventa una comune invocazione, *op. ult. cit.*, p. 96.

⁶³ Nel 1901 fu istituita la Commissione Chimirri con il compito di predisporre un disegno di legge sul contratto di lavoro ma non conseguì alcun risultato e il disegno di legge Cocco Ortu-Baccelli del 1902 sul contratto di lavoro non fu neppure discusso in Parlamento. Solo nel 1905 il Consiglio superiore del lavoro,, a seguito della mancata approvazione del progetto di legge Cocco Ortu-Baccelli, fu dell'opinione che sarebbe stato più produttivo affrontare il problema, anzicchè nel suo complesso, per categorie e così fu presentata alla Camera una proposta di legge per regolare solo il rapporto di impiego privato dall'on. Luzzatti il 12 dicembre 1912 e su di essa Orlando presentava il 24 aprile 1913 la nota relazione nella quale opportunamente sottolineava come il progetto, per la natura inderogabile di alcune norme, ovviamente poste a tutela della parte debole e cioè dell'operaio, costituisse una novità assoluta nel diritto privato dell'epoca, dominato dal principio dell'uguaglianza delle parti, e costituisse perciò un *vulnus "alla libertà, intesa nel*

Emblematico, fra i critici delle lacune del codice sulla disciplina del contratto di lavoro è Tartufari⁶⁴ che, nello scritto del 1893 paradossalmente, ripropose almeno in parte le critiche di Polacco del 1887⁶⁵ "alla ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta delle opere". Dico paradossalmente perché la critica dei due autori, pur essendo simile, ha origini profondamente diverse.

Nel contributo di Polacco si avverte l'ansia del sistema e l'istanza di una teorizzazione più raffinata, contraria ad assimilazioni improprie tra locazione di cose e locazioni di opere. In Tartufari, che scrive sei anni dopo, si coglie la contrarietà all'interpretazione estensiva delle norme della locazione di cose alla persona del lavoratore, perché questo a. sottolinea la peculiarità del contratto di lavoro: "*in nessun altro caso la prestazione oggetto del contratto si presenta così strettamente connessa alla persona che ne è il subbietto, e in nessun altro caso la persona medesima entra in modo così diretto nell'adempimento degli obblighi contrattuali onde (si riscontra) fra locatore e conduttore una personale dipendenza del primo verso il secondo congiunta ad una morale ed economica padronanza di questo su quello che negli altri contratti è affatto sconosciuta*"⁶⁶.

suo triplice senso di libertà giuridica, economica, e politica": cfr. Orlando, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 151.

Anche Turati presentava una relazione al consiglio superiore del lavoro, pubblicata in *Ministero agricoltura, Atti consiglio superiore del lavoro XVIII sess. nov. 1912*, Roma, 1913, p. 166, assolutamente favorevole all'approvazione di questa legge perché, coerentemente con una logica ed un disegno riformatore, si rendeva conto che in quel contesto l'alternativa era il nulla e non una legge sul contratto di lavoro.

Turati aveva ben presente la diversa capacità di aggregazione degli operai e parimenti lo stato di disorganizzazione e di frammentazione del ceto impiegatizio: "*I commessi di negozio sono sparpagliati in mille botteghe e subiscono più facilmente le rappresaglie dei padroni, difficilmente possono fare con successo uno sciopero che sarebbe pure un'arma difensiva non indifferente*" (replica alla relazione, p. 16).

Secondo Turati (*ibidem*), questa legge doveva assolvere ad una funzione di uniformità della disciplina simile a quella che avevano avuto le norme proposte dalle camere di commercio rispetto agli usi e alle consuetudini e all'equità del giudice, ma si rendeva conto dell'impossibilità di disciplinare nella legge il contratto di lavoro di tutte le categorie di impiegati privati e di coagulare una materia così mobile entro la formula ferrea di un articolo di legge. Non a caso, nel progetto di legge sul contratto di impiego privato, modificato secondo i voti del consiglio superiore, non compare la definizione di impiegato. V. invece, in senso fortemente critico, Romagnoli, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 189 e ora in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 77, considera questa legge classista.

⁶⁴ Tartufari, *op. cit.*, pp. 26, 27.

⁶⁵ Polacco, *Appunti sulle locazioni*, in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 1887, p. 409.

⁶⁶ Tartufari, *op. cit.*, p. 11. V. il particolare apprezzamento di Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit. p. 58

E tuttavia la lucida e anticipatrice analisi di Tartufari non risultò vincente, perché non riuscì ad individuare nel sistema principi unitari, ma concluse la sua denuncia con la richiesta di un intervento legislativo che non sarà approvato nel 1902, ma vedrà la luce solo molti anni dopo e limitato solo agli impiegati.

E questo aiuta a comprendere perché i più convinti sostenitori della riforma del codice civile, dopo la mancata approvazione del progetto di legge Cocco Ortu-Baccelli, si convertirono gradualmente all'impostazione proposta da Barassi.

Rispetto ai pre-barassiani, altro spessore presentano i contributi di Messina⁶⁷, di Redenti⁶⁸, in parte di Galizia⁶⁹ e, come si è visto, quelli di Carnelutti, che però sono successivi alla prima edizione dell'opera di Barassi del 1901 e si muovono secondo una lunghezza d'onda parzialmente diversa.

Infatti la tesi di questo a. e anche quella di Galizia⁷⁰ sulla funzione e la rilevanza del concordato di tariffe e poi del contratto collettivo sono sostanzialmente diverse da quella di Carnelutti.

Come è noto, Messina è cauto nel richiedere l'intervento del legislatore perché crede che sia più efficace per tutelare i diritti dei lavoratori l'organizzazione dei soggetti collettivi e la pressione di una coalizione nei confronti del datore di lavoro. In particolare il saggio di Messina riesce a superare la figura del contratto plurisoggettivo perché individua nel gruppo un contraente unico che ha un interesse collettivo e quindi risolve in qualche misura il problema dell'efficacia *ultra partes*, anche se è perfettamente consapevole dell'inidoneità del contratto collettivo a risolvere senza l'ausilio della legge il problema cruciale della sua efficacia reale e, conseguentemente, della sua inderogabilità da parte del contratto individuale.

4.1. ...e a quella dello stesso Barassi.

Dalle pagine dell'Introduzione agli studi sugli infortuni risulta evidente anche la diversità del metodo di Carnelutti, a mio avviso assai più

⁶⁷ Messina, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, e ora in *Scritti giuridici*. IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 3.

⁶⁸ Redenti, *Introduzione al Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., e Id., *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, p. 358

⁶⁹ Galizia, *Il contratto collettivo di lavoro*, Pierro, Napoli, 1907, p. 107, riproposto in versione anastatica con presentazione di Mario Napoli, Wolters Kluwer-Ipsoa, Milano, 2000.

⁷⁰ Messina, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Riv. dir. comm.* 1904, I, ora in *Scritti giuridici*, IV *Scritti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1948, 29 e Mengoni, *Il contributo di Giuseppe Messina allo sviluppo del contratto collettivo nel diritto italiano*, in *Scritti in onore di salvatore Pugliatti*, vol.II, *Diritto commerciale e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 445; Galizia, *Il contratto collettivo di lavoro*, cit.

moderno dell'approccio di Barassi, sul rapporto tra leggi speciali e diritto privato⁷¹.

Per Barassi, in particolare nella prima edizione della sua monografia del 1901 esiste una netta distinzione tra diritto privato e leggi sociali, perché, come si è già rilevato, il primo è immutabile mentre le leggi sociali costituiscono il transeunte e devono considerarsi norme di diritto pubblico

E nega la necessità di un dialogo tra giuristi economisti e sociologi.

Viceversa per Carnelutti le leggi sociali vanno collocate entro il sistema e il sistema non può essere più costruito senza fare riferimento ad esse perché solo se inserite nel sistema, servono a rimediare alla deficienza di regolamento espresso dal codice civile ed allo squilibrio tra la libertà del lavoratore e quella dell'imprenditore nel determinarsi al rapporto⁷².

E tuttavia, come ha sottolineato Mengoni⁷³, Barassi nella seconda edizione della sua opera (1915- 1917), sollecitato da una critica di Carnelutti⁷⁴, modifica in parte il suo pensiero sul rapporto di estraneità della legislazione sociale rispetto al diritto privato.

Barassi ammette che il sovrapporsi "*al concetto atomistico proprio del diritto privato di una considerazione d'ordine prettamente sociale non conferisce carattere di diritto pubblico alle norme imperative con cui essa si fa valere nel rapporto di lavoro*".

Ciò detto, va riaffermato che la monografia di Barassi sul contratto di lavoro nel diritto positivo italiano del 1901 (I ed.)⁷⁵ è risultata vincente rispetto agli apporti dei suoi predecessori perché ha utilizzato categorie esistenti nel sistema del codice come la *locatio operarum* e la *locatio operis* e ha messo in evidenza la grande elasticità e adattabilità di questi istituti, tale da renderli sempre accetti⁷⁶.

Barassi ha il merito, - o, a seconda dei punti di vista, il demerito - di avere individuato i criteri distintivi tra *locatio operarum* e *locatio operis*

⁷¹ In una prospettiva attuale e diversa, sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali v. Irti, *I frantumi del mondo*, in *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 151 e ss.

⁷² Carnelutti, *Sul contratto di lavoro relativo a pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, pp. 416 e ss.

⁷³ Mengoni, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione*, in *La nascita del diritto del lavoro*, a cura di Mario Napoli, Vita e pensiero, Milano, 2003, pp. 13 e ss.

⁷⁴ Carnelutti, *Criteri di interpretazione della legge su gli infortuni* pubblicato per la prima volta nella *Riv. dir. comm.* 1904, II, p. 98.

⁷⁵ Napoli, (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro, Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, Vita e Pensiero, Milano, 2003.

⁷⁶ V. in arg. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit. p. 140 e adesivamente Grossi, *op. ult. cit.*, p. 60.

nella subordinazione, e cioè nella direzione del lavoro da parte del conduttore d'opera, che è sicuramente un criterio elastico con le sue luci e le sue ombre, e nell'assunzione del rischio a carico dell'imprenditore.

Una critica serrata a questa impostazione è stata condotta da Spagnuolo Vigorita⁷⁷, che ha sottolineato "il vizio costruttivo non tanto delle singole soluzioni ma piuttosto dell'impostazione metodologica che accomuna (e confonde) tutte le soluzioni".

Si tratta di chiedersi, di fronte a queste esatte osservazioni, se la stratificazione di leggi successive per scopi specifici e diversi avrebbe comunque consentito la formazione di uno statuto epistemologico della nostra disciplina e se tale processo di formazione sarebbe stato più agevole o più veloce di quello storicamente ottenuto mediante l'individuazione di una fattispecie unitaria, pur con le inevitabili forzature.

D'altra parte la subordinazione sarà accolta dal codice civile del '42 come dato di qualificazione del tipo legale, anche se Barassi è rimasto del tutto estraneo alla redazione del libro V e il nuovo codice civile ha trasformato in archetipo quello che per Barassi era un sottotipo⁷⁸.

E al di là di questi rilievi sul tipo contrattuale, un interrogativo di maggior rilievo nell'interpretazione del diritto del lavoro, analogo a quello che Ascarelli⁷⁹ si poneva per il diritto commerciale, come singolare conseguenza dell'unificazione del diritto privato nel codice del 1942, riguarda il ruolo che la "civilisation" del diritto del lavoro in generale e del rapporto di lavoro in particolare, operata dal nuovo codice, ha avuto nell'interpretazione della dottrina lavoristica successiva alla caduta dell'ordinamento corporativo.

A questa domanda si potrebbe rispondere sinteticamente che, sul piano dell'interpretazione, la civilisation del diritto del lavoro ha dato forza e ragione a quella parte della dottrina secondo la quale "per il diritto del lavoro il problema è di correggere la logica tradizionale del contratto non di rifiutarla"⁸⁰.

⁷⁷ Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro: Problemi storico critici*, Morano editore, Napoli, 1967, p. 58.

⁷⁸ Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2 ed., 1915-17, I, p. 767. Sul punto v. anche Mengoni, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁷⁹ Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in Id., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 109.

⁸⁰ Mengoni. *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 6; critica questa impostazione Romagnoli, *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2009, p. 390.

5. La responsabilità dell'imprenditore senza colpa e il rischio professionale.

Non sarebbe completo il discorso sulle opere di Carnelutti in tema di contratto di lavoro se l'indagine si fermasse ad osservazioni sul metodo dei suoi studi sugli infortuni, senza segnalare il merito degli importanti, e a quell'epoca nuovissimi, istituti regolati dalla legge sugli infortuni e sistemati da Carnelutti come la responsabilità senza colpa e il correlativo rischio professionale.

Tali istituti per il giurista del lavoro attuale sono ormai acquisiti, ma al tempo di Carnelutti incontrarono forti resistenze, perché infrangevano il principio della responsabilità soggettiva per colpa⁸¹.

E, come si è visto, proprio in questa materia le *diversità di metodo* tra Barassi e Carnelutti si attenuano e non impediscono di segnalare talune convinzioni complementari tra i due autori.

La distinzione tra *locatio operarum* e *locatio operis* ha la sua importanza nel dialogo tra i due giuristi laddove Carnelutti giustamente rivendica alla legge sugli infortuni la funzione di integrare il deficiente regolamento del contratto di lavoro statuito dal codice⁸².

E sul titolo in base al quale deve essere prestata l'attività di lavoro per l'applicazione della legge sugli infortuni, dopo l'iniziale indifferenza si afferma la tesi, per merito di Carnelutti negli studi sul concetto di operaio e sui criteri di interpretazione della legge, che l'esistenza del contratto di lavoro e non la *locatio operis* sia il requisito dell'obbligo di assicurazione⁸³.

Barassi accetta tale impostazione quando afferma che l'obbligo di assicurare l'operaio, nei casi voluti dalla legge, "*penetra nel contenuto del contratto di lavoro, è cioè obbligazione contrattuale*"⁸⁴. E' questa un'acquisizione rilevantissima per un'epoca nella quale l'obbligo del padrone era solo quello di corrispondere la mercede.

Ovviamente il rapporto assicurativo presuppone un valido contratto di lavoro.

6. La disciplina del recesso.

Degno di menzione, a mio avviso è anche lo scritto sul licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato perché tiene conto del

⁸¹ Sul tema degli infortuni sul lavoro v. l'indagine storica di Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile alle origini del diritto del lavoro*, Esi, Napoli, 1986.

⁸² Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, cit., I, Introduzione, p. VIII.

⁸³ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, cit., I, Sul concetto di operaio nella legge degli infortuni, pp. 57 e in part. p. 61.

⁸⁴ Barassi, *Il contratto di lavoro nell'ordinamento positivo italiano*, II ed., 1915-17, p. 707.

contesto dell'epoca che, ai sensi dell'art. 1628 c.civ. 1865, vietava di obbligare la propria opera in perpetuo.

In altri termini, Carnelutti valorizza la temporaneità e (oggi diciamo) la natura di contratto di durata, della locazione delle opere e quindi, individua, per analogia a quanto previsto per la locazione delle cose dall'art. 1609 c.civ. del 1865, la disciplina del recesso che opera *ex nunc* ed è preceduta dall'obbligo del preavviso.

Non sembra quindi che il nostro a. tenga conto degli ammonimenti di Polacco (maestro ma non troppo di Carnelutti) che, si è già detto, criticava l'ibrida unione della locazione di cose con quella cosiddetta di opere. E non tiene conto neppure della proposta di Barassi che fondava sulla fiducia il potere di recesso del datore di lavoro. In realtà la proposta di Carnelutti ha il limite di porre sullo stesso piano il datore di lavoro e il prestatore di lavoro.

Ciononostante questa tesi segnerà per molto tempo la disciplina del recesso dal contratto di lavoro, e sarà accolta anche dall'art. 2118 del codice civile del 1942⁸⁵.

7. La sostituzione dello schema della locazione con quello della vendita di energie.

Per completezza, accanto alle luci che rifulgono negli Studi sugli infortuni non si può fare a meno di individuare qualche ombra come la tesi, rimasta invero isolata, secondo cui le energie umane prestate dal lavoratore nel contratto di lavoro fossero cose equiparabili all'energia elettrica.

Nell'ansia di superare il peso della tradizione che, a suo dire, rallentava lo svincolo del contratto di lavoro dalla locazione, Carnelutti sostituisce allo schema della locazione quello della vendita, senza avvedersi che questo schema, al pari della locazione, avrebbe separato il lavoro dal suo autore e certo non sarebbe risultato più favorevole per il lavoratore⁸⁶.

8. Gli studi in materia di diritto sindacale.

Nel campo del diritto sindacale i temi affrontati da Carnelutti sono ovviamente lo sciopero e il contratto collettivo . e, il nostro a., si

⁸⁵ V. in senso critico, Romagnoli, *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2009, pp. 373 e ss. e in part. 394, ove afferma: "la licenza di licenziare d'una volta è il bottino di uno scippo dottrinale legalizzato".

⁸⁶ Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, pp. 354 e ss. e in part. 388. V. anche la valutazione critica di Romagnoli, *Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, I, p. 424, e, più recentemente, Id., voce *Diritto del lavoro*, in *Enc. dir., Annali IV*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 428.

dimostra sin dall'inizio critico rispetto alla liceità civile dello sciopero mentre crede fermamente nell'intervento del terzo e dell'arbitrato obbligatorio come mezzo di composizione del conflitto .

8.1. Lo sciopero come diritto pubblico subbiettivo, come inesecuzione collettiva e come inadempimento nel diritto privato.

Già nel 1907 Carnelutti esprime con chiarezza il suo pensiero ⁸⁷: *"A proposito del diritto di sciopero, si può parlare come di un vero diritto pubblico subbiettivo, riconosciuto sulla stessa linea del diritto di riunione, di associazione di stampa, da quando lo sciopero cessò di essere considerato reato. Ma tutt'altra cosa è nell'orbita del diritto privato e contrattuale : qui esso è inconcepibile, non potendosi pensare, dato l'ordinamento atomistico del contratto di lavoro, se non a singole inesecuzioni dei singoli rapporti, mentre sciopero significa inesecuzione collettiva. Nè dal fatto che il diritto pubblico riconosca la liceità della inesecuzione collettiva può essere tratta la conclusione aberrante che cotesta sospensione sia sempre legittima di fronte al diritto privato.*

Siamo in pieno dominio delle norme ordinarie sull'esecuzione dei contratti : il debitore inadempiente non potrà invocare per esimersi dalla responsabilità che il caso fortuito o la forza maggiore da un lato o l'inadempimento del creditore dall'altro".

Nel primo caso, lo sciopero è legittimo perché la sua inesecuzione è involontaria per essere determinata dallo sciopero degli altri. Nel secondo caso, lo sciopero è ugualmente legittimo quando è determinato dall'inadempimento dell'imprenditore.

Al di là di questi due casi, per Carnelutti *"lo sciopero costituisce inadempimento dato l'ordinamento legislativo atomistico del contratto di lavoro.*

Si può anche non condividere il ragionamento di Carnelutti, ma secondo le norme del tempo non è infondato⁸⁸.

In altri termini e brevemente, lo sciopero non rientrava nell'area del diritto privato perché rilevava come libertà con il codice

⁸⁷ Carnelutti, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro in Riv. dir. comm.*, 1907, pp. 87, 94. Inoltre, per Carnelutti lo sciopero sospende e non estingue il rapporto di lavoro. In altri termini il datore di lavoro è costretto a riammettere gli scioperanti se nel corso dello sciopero non li abbia regolarmente licenziati, salvo che il licenziamento sia abusivo. E per Carnelutti lo sciopero deve considerarsi abusivo, qualora a fronte di uno sciopero legittimo, il padrone licenzi per puro spirito di rappresaglia. E in tal caso, il datore di lavoro è obbligato al risarcimento del danno.

⁸⁸ cfr Castelvètri, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 168, che richiama le opinioni diverse di Redenti, secondo il quale lo sciopero non poteva determinare il licenziamento ricorrendo alla clausola generale della buona fede, o di Messina, secondo il quale lo sciopero poteva considerarsi un rischio di impresa.

Zanardelli, che aveva depenalizzato lo sciopero, ma rimaneva inadempimento sul piano del contratto, e poi con l'ordinamento corporativo, cessa di essere anche una libertà e torna ad essere reato.

Come si vedrà, solo con la Costituzione, lo sciopero diventa diritto, e la dottrina in misura largamente prevalente lo qualifica come diritto a titolarità individuale⁸⁹ e ad esercizio collettivo e, conseguentemente cessa di essere inadempimento .

8.2. Intervento del terzo, arbitrato e contratto collettivo.

Ma tornando a Carnelutti bisogna sottolineare che il nostro a. compie nello scritto "sui criteri di interpretazione della legge" una diagnosi corretta del fenomeno sindacale e propone soluzioni tendenti a garantire l'ordine sociale piuttosto che la libertà e l'autonomia dei gruppi collettivi.

Infatti, egli prende atto che *"traverso la disparità economica delle parti la libertà contrattuale ha mutato il regolamento bilaterale in regolamento unilaterale del rapporto "* e tuttavia, a fronte di questa disparità, rileva che: *"il movimento professionale sorge, si allarga si afferma, il gruppo riassorbe l'individuo come soggetto contraente e si sostituisce a lui; il regolamento collettivo zampilla dalla duplice fonte dell'arbitrato e del contratto e disegna nell'avvenire lontano il nuovo equilibrio dei contraenti senza intervento della legge⁹⁰".*

E pur riconoscendo nel movimento associativo dei lavoratori l'unico rimedio per ristabilire l'equilibrio tra le parti, l'a. sottolinea che la sostituzione della volontà sociale alla volontà privata come fonte del regolamento del rapporto individuale è *"un ricostituente troppo energico della volontà dell'operaio e assomiglia assai al provvedimento di chi per sottrarre una persona alle violenze dell'altra, la piglia e la porta in prigione"⁹¹.*

⁸⁹ V. ad es. F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, pp. 177 e ss., Mengoni, *Lo sciopero nel diritto civile*, in AA.VV., *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 4; Viceversa qualifica lo sciopero come diritto a titolarità collettiva, Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, p. 221.

⁹⁰ Carnelutti, *Infortuni sul lavoro, Criteri di interpretazione della legge*, pp. 38-39 E sia pure con un interrogativo non considera utile in materia di lavoro l'astensione del legislatore *"chi si sente nell'attesa del nuovo equilibrio di lasciar correre l'acqua per la china omettendo quella progressiva formazione di norme legali, a volte dispositive a volte imperative integranti il regolamento contrattuale singolare del rapporto di lavoro, che ottengono una ricostituzione artificiale, bensì, ma provvida dell'equilibrio tra i contraenti?"*

⁹¹ Carnelutti, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, p. 416 e ss e in part. 418

E "davvero il regolamento legale imperativo del rapporto è legittimo solo per quei punti che impegnano un vero interesse sociale, per il resto almeno nella genesi è eccessivo" e conclude "tra le altre forme di ricostituzione, che direi artificiale, dell'equilibrio tra i contraenti la più importante forse, certo logicamente e storicamente la più spontanea, è l'intervento nel regolamento del rapporto di un terzo il quale si trovi in condizioni favorevoli da poter premere sull'imprenditore per ottenere migliori condizioni al lavoratore"⁹².

Nel ragionamento di Carnelutti i migliori rimedi per superare il conflitto sono il conciliatore e l'arbitro, ossia, come egli stesso afferma, "vietare il dibattito spontaneo e diretto tra le parti e con ciò le forme di coazione di cui tale dibattito si giova. Cioè vietare lo sciopero. Ecco come l'istituto della conciliazione e dell'arbitrato obbligatorio abbiano come rovescio della medaglia il divieto più o meno netto dello sciopero"⁹³.

Il nostro a., con notevole espediente dialettico, considera l'arbitrato obbligatorio un male, ma un male minore dello sciopero⁹⁴.

E poi seguono una serie di osservazioni "pedagogiche" che si concludono con queste parole: "Quando i gruppi professionali saranno così consolidati ed evoluti da misurare le conseguenze del conflitto e da stabilire subito il risultato di esso, la lotta per la formazione del contratto, lo sciopero e la serrata diventeranno un ricordo.....

*I contraenti non avranno più bisogno delle stampelle perché cammineranno da soli. La contrattazione collettiva diventerà seria e quieta come la contrattazione di borsa. Questo è l'avvenire"*⁹⁵.

8.3. La "critica" di Romagnoli.

Secondo Romagnoli " l'uso insistito di queste metafore esprime la divisa mentale di chi guarda la realtà non come un processo in evoluzione con il quale interagire per aiutarlo a svilupparsi, ma come una devianza da correggere, come la rottura di un equilibrio preesistente che con la cura si può ricostituire"⁹⁶.

Osserva ancora come per Carnelutti il pluralismo sociale debba essere istituzionalizzato e non debba essere competitivo.

⁹² Carnelutti, op. ult. cit., pp. 418,419

⁹³ Carnelutti, *Le nuove forme di intervento dello Stato nei conflitti collettivi di lavoro in Riv. dir. pubbl.*,1911, I, p. 412.

⁹⁴ Carnelutti, op. ult. cit. p. 412

⁹⁵ Carnelutti, *op. ult. cit.*, p. 413 e nello stesso ordine di idee precedentemente Id., *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private in Riv. dir.comm.*, 1909, pp. 416 e ss. e in part. 424.

⁹⁶ Romagnoli, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.* 1996, p. 429.

Ed infine censura Carnelutti per la sua visione statica e non dinamica della contrattazione collettiva⁹⁷.

Considerando il contesto storico in cui si muoveva Carnelutti la critica di Romagnoli appare troppo severa. Infatti la valorizzazione del contratto collettivo come fonte regolativa diversa dalla legge (da preferire al comando legislativo, perchè pur condividendone i caratteri della generalità e dell'astrattezza non ne ha la rigidità⁹⁸) deve essere considerata sicuramente un passo avanti nella diversificazione e nella pluralità delle fonti.

E' vero, come si è già rilevato, che si riscontra una notevole continuità tra il pensiero di Carnelutti e l'ideologia corporativa ma sarei cauto nel generalizzare la tesi della continuità tra pensiero tardo liberista del periodo precorporativo e ideologia corporativa⁹⁹. La legge del 1926 ha stabilito una vera e propria cesura con l'ordinamento del lavoro del periodo liberista perchè ha modificato il dna del diritto del lavoro: ha inciso profondamente nella regolazione delle relazioni industriali; ha privato i sindacati della libertà e dell'autonomia considerandoli struttura dello Stato e ha modificato addirittura il nome del diritto del lavoro in diritto corporativo¹⁰⁰. Come del resto la Costituzione e prima ancora il decreto legislativo luogotenenziale del 1944 segneranno una cesura dell'ordinamento democratico rispetto a quello corporativo anche in materia di lavoro.

⁹⁷ Romagnoli, *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, cit., p. 431. Come lo stesso Romagnoli riconosce in nota 42, a quell'epoca in Italia, prima della mediazione di Giugni, non era conosciuta l'opera di Kahn-Freund e, quindi, non può essere imputata a Carnelutti la mancata conoscenza di questo autore.

⁹⁸ Carnelutti, *Sul contratto di lavoro*, cit. p. 418

⁹⁹ Romagnoli, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, ora in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, sottolinea una certa continuità tra l'ideologia del tardo liberismo e l'ideologia giuridica corporativa. Diversamente Giugni, nell'*Introduzione* alla sua raccolta di saggi *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 12, evidenzia come il recupero del passato, obliterato dal ventennio corporativo, fosse ricco di speculazioni ed intuizioni. E aggiunge che non si trattava di un diritto che nasce ma di un diritto pervenuto a giovinezza se non a maturità, negli anni che corrispondevano all'età giolittiana e alla breve ma intensa stagione di libertà sindacale che ad essa si era accompagnata.

¹⁰⁰ Nell'ordinamento corporativo i sindacati cessano di essere associazioni volontarie e private ma diventano soggetti pubblici. Parimenti, il contratto collettivo è ormai dominio definitivo del diritto pubblico perché è diventato un atto normativo, sia pure *sui generis*. Come è noto, sarà inserito tra le fonti del diritto del codice del 1942 dopo la legge e i regolamenti, e per le norme corporative l'art. 13 delle preleggi vieta l'applicazione analogica. Lo sciopero la serrata tornano ad essere reati. Il conflitto è giudicato dalla magistratura del lavoro.

Può invece essere condiviso il giudizio di Romagnoli quando afferma che Carnelutti perfeziona un modello che anticipa, a mio avviso, in parte, la legificazione "cingolata", di Alfredo Rocco¹⁰¹.

9. L'esperienza corporativa: il contratto collettivo come atto normativo e la negazione del conflitto collettivo.

Nel 1927 dopo la promulgazione della legge del 1926 Carnelutti invia alla rivista "Il diritto del lavoro" fondata da Giuseppe Bottai un articolo dal titolo "Sindacalismo" che inizia così: "*In linea di massima non ci sono cose nuove da dire*".

In questo articolo, l'a. tiene a sottolineare che le idee che ora manifesta sono risalenti e "*non procurate oggi per comodità*"¹⁰² e afferma "*dopo un'evoluzione ultrasecolare attraverso una guerra e due rivoluzioni, il processo di depurazione del sindacalismo è compiuto. Noi abbiamo oggi, in Italia del sindacalismo puro*"¹⁰³.

E per Carnelutti "*la logica del sistema porta inevitabilmente il contratto collettivo a spiegare la sua efficacia rispetto a tutti gli appartenenti alla categoria e così i sindacati a comandare veramente ai terzi*"¹⁰⁴,

E ancora: "*il diritto del lavoro oggi, in Italia è una cosa assai più vasta e complessa che non fosse ieri o che non sia in altri paesi. Una volta il diritto del lavoro era soltanto una parte del diritto privato : riguardava quella che noi giuristi chiamiamo ancora la locazione delle opere..... Oggi il diritto del lavoro è penetrato nel cuore del diritto pubblico cioè nel diritto costituzionale. Ora ci siamo accorti che occupa una nuova forma o terza dimensione del diritto..... che regola i rapporti tra le classi : così accanto al diritto interindividuale e al diritto internazionale si mostra un terzo piano del diritto, il diritto intersindacale. Or questo è, almeno in gran parte diritto del lavoro" e "queste nuove formazioni della storia integrano ma non distruggono i due monumenti più insigni della nostra civiltà giuridica, che sono la proprietà e il contratto"*¹⁰⁵.

E in questo modo il nostro a. distingue un diritto del lavoro privato, riferito al contratto individuale di lavoro e alle sue trasformazioni, e un diritto del lavoro pubblico, legato alla conflittualità dei gruppi e all'intervento ordinante dello Stato.

¹⁰¹ Romagnoli, Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro, cit. p. 431

¹⁰² Carnelutti, *Sindacalismo*, in *Dir. lav.*, 1927, I, p. 4.

¹⁰³ Carnelutti, *Sindacalismo . cit.*, p. 7.

¹⁰⁴ Carnelutti, *Sindacalismo cit.*, p. 8.

¹⁰⁵ Carnelutti, *Sindacalismo cit.*, p. 9

D'altra parte Carnelutti cessa di essere un anticipatore ma diventa un sostenitore del sistema corporativo quando afferma che la legge 3 aprile 1926, avendo vietato il pluralismo sindacale e lo sciopero, ha fatto cessare il disordine e ha instaurato il regno del diritto¹⁰⁶.

E tuttavia le tesi sostenute da Carnelutti non bastano ai cd. "Puri del regime" come Volpicelli o Costamagna.

Il primo considera il corporativismo di Carnelutti uno strumento di difesa della costruzione privatistica che ha le sue fondamenta nella proprietà e nel contratto¹⁰⁷, inficiata dal dualismo tra individuo e società¹⁰⁸.

Il secondo¹⁰⁹ denuncia la insufficienza rivoluzionaria di parecchi giuristi – come il nostro a. – che insistono nell'interpretare la legislazione corporativa partendo dal diritto privato¹¹⁰.

In realtà come ricorda Romagnoli, Giuseppe Bottai, promotore culturale del corporativismo, era ben consapevole della debolezza scientifica dei suoi interpreti e giudicava controproducenti gli estremismi dei cd. giuristi politici nel pretendere la fascistizzazione della scienza giuridica senza che essa fosse ancora completata a livello legislativo¹¹¹.

Certo il corporativismo di Carnelutti non esclude la rilevanza del contratto di lavoro individuale ma è incompatibile con la presenza e autonomia dei gruppi e con il conflitto sociale, necessariamente sterilizzato dall'intervento dello Stato. E come il nostro autore ha affermato, questo è il vero diritto del lavoro.

¹⁰⁶ Carnelutti, *Il diritto corporativo nel sistema del diritto pubblico italiano*, in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, Edizioni Diritto del lavoro, Roma, 1930, vol. I, pp. 35 e ss.

¹⁰⁷ Volpicelli, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del secondo convegno di studi sindacali e corporativi (Ferrara 5-8 maggio 1932)*, Tip. del senato, Roma, 1932, Vol. I, Relazioni.

¹⁰⁸ Volpicelli, *Intervento*, in *Atti del secondo convegno*, cit., Vol. III, Discussioni, pp. 86-88.

¹⁰⁹ Costamagna, *Il valore del contratto collettivo e la dogmatica giuridica tradizionale*, in *Mass. giur. lav.*, 1935, p. 71.

¹¹⁰ V. sul convegno ferrarese del 1932 le opportune precisazioni di Irti, *Un inquieto dialogo sul corporativismo*, in *La cultura del diritto civile*, Utet, Torino, 1990, in cui l'a. esamina il dialogo critico di Cesarini-Sforza alle relazioni di Volpicelli, già citata, e di U. Spirito, *Individuo e Stato nella concezione corporativa*, a proposito di proprietà e impresa.

Di recente Gaeta, «*La terza dimensione del diritto: legge e contratto collettivo nel novecento italiano*», Atti delle Giornate di Studio AIDLASS di Napoli, 16-17 giugno 2016, dattiloscritto, pp. 12-13

¹¹¹ Così Romagnoli, *op. ult. cit.*, p. 195 e nota 19, dove opportunamente riporta il pensiero di Lorenzo Mossa, "mai come oggi, col crescente monopolio della vita sociale da parte dello Stato l'opera del giurista è stata necessaria.... La necessità di rinnovare la sua funzione non si raggiunge con la critica ignorante o l'accusa sterile": Mossa, *Modernismo giuridico e diritto privato*, in *Arch. st. corp.*, 1930, p. 259.

Nella Teoria del Regolamento collettivo, cui antepone il titolo di Lezioni di diritto industriale, Carnelutti chiarisce due punti importanti, che poi continueranno a costituire croce e delizia per il contratto collettivo di diritto comune.

Il contratto collettivo che l'a. denomina "proprio" può avere effetti reali e non solo obbligatori come il concordato di tariffe, solo per effetto di una disposizione di legge che regoli il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale.

Per Carnelutti *"senza una nuova disposizione di legge il regolamento collettivo non può essere costituito nè possono essere raggiunti gli effetti essenziali che consistono nella subbiezione dei singoli alle sue norme sebbene non siano concorsi affatto alla sua formazione e nonostante la loro contraria volontà"*. E la nuova norma in Italia è stata emanata con la legge 3 aprile 1926¹¹².

In secondo luogo Carnelutti, pur riconoscendo che *"il contratto collettivo è un accordo fra portatori di opposti interessi diretto alla composizione del conflitto"*, afferma che *"la dinamica del contratto collettivo è diversa da quella del contratto individuale perché i sindacati non contrattano in forza di diritti soggettivi ma di pubblici poteri; il contratto non genera la modificazione di un rapporto giuridico tra loro esistente, ma il regolamento di rapporti tra soggetti diversi da quelli che lo hanno concluso. Il contratto collettivo è precisamente l'accordo di due o più sindacati opposti per regolare i rapporti di lavoro della categoria alla quale i sindacati appartengono"*. E segue la frase rimasta scolpita nel tempo: *"Pertanto il contratto collettivo è un ibrido che ha il corpo del contratto e l'anima della legge; attraverso il meccanismo contrattuale gioca una forza che trascende il diritto soggettivo e si sprigiona in un movimento che va oltre il rapporto giuridico tra le parti"*¹¹³.

10. Il problema dell'inderogabilità del contratto collettivo come atto di autonomia privata e il potere sindacale dopo la caduta dell'ordinamento corporativo.

Come si è già rilevato queste affermazioni consentono di misurare la distanza della concezione del contratto collettivo di Carnelutti dal primo e organico studio di Messina del 1904 che non a caso si chiama di tariffe, per la derivazione germanica del termine tariffa, e perché la determinazione dei minimi di tariffa era il principale obiettivo di quel contratto.

¹¹² Carnelutti, *Teoria del regolamento collettivo*, cit., p. 52.

¹¹³ Carnelutti, *ivi*, p. 108.

Per Messina diversamente da Carnelutti questo istituto gravitava completamente nell'area del diritto privato e coerentemente con questa impostazione¹¹⁴ non riesce a superare il limite dell'efficacia obbligatoria del contratto collettivo e conseguentemente non può affermare l'invalidità delle clausole del contratto individuale difformi, ma soprattutto non riesce a fondare l'efficacia sostituiva delle clausole del contratto collettivo: invece entrambi gli effetti saranno riconosciuti dall'art. 2077 c.c. al contratto collettivo corporativo.

Del resto, pur nella cornice completamente diversa della libertà di organizzazione sindacale e del diritto di sciopero, sono note le difficoltà che hanno accompagnato i tentativi di fondare l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune da parte del contratto individuale.

Non sono valsi i riferimenti all'irrevocabilità del mandato collettivo (artt. 1723 e 1726)¹¹⁵, nè il richiamo all'art. 1374 c.c.¹¹⁶. Come è noto, la giurisprudenza ha risolto il problema empiricamente, perché ha continuato ad applicare l'art. 2077 c.c., che pure regola il rapporto tra il contratto collettivo corporativo, atto normativo, e il contratto individuale. E da ultimo Mengoni¹¹⁷ ha ritenuto di fondare l'inderogabilità delle clausole del contratto collettivo sul testo del nuovo art. 2113 c.c.

Liberato dai vincoli del corporativismo, il potere sindacale, attraverso l'unità di azione fra le associazioni sindacali storiche e il doppio livello di contrattazione, ha garantito alla classe lavoratrice un grado di benessere crescente e, in certi periodi storici, ha svolto anche una funzione di supplenza sindacale.

Inoltre, con l'esperienza della concertazione il sindacato non ha svolto soltanto una funzione di tutela degli interessi collettivi in una sfera di diritto privato ma, pur rimanendo soggetto privato, ha partecipato alla funzione pubblica nella cura dell'interesse generale, con pari dignità del Governo e delle associazioni degli imprenditori¹¹⁸.

Certamente non è agevole assolvere nel lungo periodo, in un regime di anomia, alla funzione pubblica da parte di un soggetto che vuole

¹¹⁴ Giugni, Intervista in RIDL, 1992, I, p. 423 ha definito il concordato di tariffe duramente dogmatico ma con tutto un retroterra di rilevazione empirica e quindi di conoscenza precisa della realtà fattuale.

¹¹⁵ F. Santoro-Passarelli, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, in *Dir. e giurisprudenza*, 1950, p. 299 e ora in *Saggi di diritto civile*, cit., pp. 217 e ss.

¹¹⁶ Giugni, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in AA.VV., *Il contratto collettivo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, ora in *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 151.

¹¹⁷ Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e Valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 247.

¹¹⁸ AA.VV., *Parlamento e concertazione*, in *Quaderni di Arg. Dir. Lav.*, Cedam, Padova, 1999, e vedi in particolare l'introduzione di Franco Carinci, pp. 7 e ss.

rimanere privato, per il semplice motivo che non esiste svolgimento di funzione e quindi esercizio di potere senza assunzione di responsabilità.

E, d'altra parte, l'auspicata verifica elettorale della rappresentanza sindacale, regolata dalla legge può assolvere alla funzione di rappresentare tutti i lavoratori di un determinato gruppo individuato dallo stesso contratto soltanto in presenza di una divisione netta di competenze tra sindacato e soggetto politico.

In caso contrario, a mio avviso, l'esito naturale è il sistema corporativo della Camera delle Corporazioni, cui implicitamente allude Carnelutti nel suo articolo sul Sindacalismo¹¹⁹: *"Il Parlamento deve radunare i portatori di tutti gli interessi e questi portatori devono essere capaci di difenderli. Non si può ottenere questa scelta finchè i cittadini non si ripartiscono in gruppi secondo la omogeneità degli interessi. Finora invece, allo scopo di fare la scelta, noi li abbiamo divisi per ragione di territorio. Il collegio elettorale e per nove decimi un raggruppamento illogico ed inerte. Il gruppo dinamico, atto a operare la selezione dei capaci e a combinare la rappresentanza degli interessi non può che essere il sindacato"*.

L'alternativa tra le due risposte alla crisi della società capitalistica, e cioè il corporativismo e il pluralismo liberale, è delineata anche dalla dottrina anglosassone¹²⁰.

Nel sistema del pluralismo liberale la rappresentanza di interessi non sostituisce ma si affianca alla tradizionale rappresentanza politica generale: *"La coesistenza tra le due forme di rappresentanza è garantita dalla mancata istituzionalizzazione dei gruppi di interessi e quindi dalla reciproca autonomia degli stessi dallo Stato e viceversa. La conflittualità tra i diversi interessi e i diversi gruppi che ne sono portatori e tra gli stessi e lo Stato non è dirompente per la connessione sociale, da un lato, perché nessuno dei gruppi è autorizzato ad interpretare la volontà generale..... dall'altro perché il ruolo di interprete della volontà generale, proprio per il permanere della rappresentanza politica rimane comunque affidato all'insieme delle istituzioni pubbliche"*¹²¹.

Ciò non significa affatto che il legislatore non possa regolare con legge la rappresentanza sindacale in conformità a quanto disposto dall'art. 39 Cost., o che ogni regolamentazione del fenomeno sindacale presenti rischi di corporativismo.

¹¹⁹ Carnelutti, *Sindacalismo*, in *Il diritto del lavoro*, 1927, I, p. 4 e in part. p. 8.

¹²⁰ Kahn-Freund, *Labour and the law*, Stevens & Sons, London, 1972; Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, 1924, tr. it. Il Mulino, Bologna, 1981.

¹²¹ Così M. G. Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 16.

Esemplari in questo caso sono state la genesi e la funzione dello Statuto dei lavoratori, nato non per regolare i soggetti del sistema di relazioni industriali bensì il funzionamento di quest'ultimo e, in particolare, per sostenere l'attività del sindacato in azienda. Come è noto, lo Statuto ha rafforzato il sindacato maggiormente rappresentativo per rendere effettivo l'esercizio dei diritti sindacali e non anche per garantire l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi e, per questa ragione, non ha certamente istituzionalizzato la rappresentanza sindacale.

11. La rifondazione costituzionale del diritto del lavoro e la "critica" di Carnelutti del sistema sindacale disegnato dalla Costituzione.

Negli ultimi scritti¹²² in materia di lavoro, Carnelutti in più occasioni assume un atteggiamento fortemente critico nei confronti del nuovo assetto regolativo dello sciopero contenuto nella Carta costituzionale. Presupposto del pensiero dell'a. è che il riconoscimento del diritto di sciopero significa guerra e la guerra, sia pure economica, non può essere consentita all'interno dello Stato perché altrimenti si configurerebbe addirittura una rinuncia della sovranità dello Stato:

*"Un ordinamento giuridico, il quale, come l'ordinamento italiano, riconosce il diritto di sciopero, confessa la sua impotenza a regolare i conflitti di lavoro, posto che regolare un conflitto significa anzitutto evitare e pertanto proibire la guerra tra gli uomini..... La proclamazione del diritto di sciopero implica la tolleranza della guerra entro le frontiere dello Stato e pertanto l'incompiutezza del suo apparato giuridico"*¹²³ Ma il nostro a., in luogo dello sciopero, continua a prospettare la soluzione dell'arbitrato obbligatorio.

¹²² Carnelutti, *Stato moderno: stato corporativo*, in *Pagine libere*, editrice Gismondi, Roma, 1949, p. 213: questo titolo si modifica in *Stato democratico: Stato corporativo*, in Canaletti Gaudenti, De Simone (a cura di), *Verso il corporativismo democratico*, Cacucci, Bari, 1951, p. 247 e ss., ma il testo rimane identico dove il nostro a. afferma, a p. 214: "Lo Stato moderno, e propriamente lo Stato democratico, o è corporativo e non è". E ancora "se si riconosce il diritto di sciopero e cioè di guerra agli operai deve essere riconosciuto il diritto di serrata e cioè di difendersi agli imprenditori" (p. 219), "Peggio.....si disconosce all'imprenditore il diritto di difendersi cercando di sostituire gli scioperanti"; Id., *Diritto o delitto di sciopero*, *Pagine libere*, 1946, pp. 237 e ss. e in *Sciopero e giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pp. 1 e ss. e ancora Id. *Sindacalismo nazionale. La concezione sindacalista di Sergio Panunzio*, *Pagine libere*, 1950, pp. 24-26: "stiamo scontando le conseguenze di uno Stato che consente anzi consacra nel suo atto costitutivo il diritto di sciopero e con esso il sindacato non tanto fuori dallo Stato quanto contro lo Stato" e ancora Id., *Discussione sul Corporativismo in Pagine libere*, 1951, pp. 80-82 dove, in polemica con Mortati, afferma che il corporativismo è un metodo, non un programma.

¹²³ Carnelutti, *Sciopero e giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, pp. 1 e ss. e in part. p. 12.

Come forse è noto, queste tesi erano sostenute dall'a. in forte polemica con quelle di Francesco Santoro-Passarelli e tale confronto è richiamato in una nota del saggio *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*¹²⁴, che può considerarsi il manifesto della rifondazione del diritto del lavoro del primo periodo post-costituzionale.

E può destare meraviglia che Carnelutti sia arrivato a conclusioni così estreme, di esclusione del diritto di sciopero dal nostro ordinamento, avendo egli affermato, alle origini, *"che un regolamento giuridico soddisfacente dello sciopero e dei suoi effetti sul contratto di lavoro non si potrà avere se non lo si cerchi fuori dal campo individualista attuale, con la creazione di norme di diritto materiale e di diritto formale adatte a codesto fenomeno essenzialmente collettivo"*¹²⁵.

Tuttavia, è anche vero che Carnelutti ha sempre sostenuto l'opportunità dell'arbitrato obbligatorio in luogo dello sciopero, precedendo e assecondando la legislazione corporativa e rinsaldando in essa le sue convinzioni.

E da quella posizione non si è mai distaccato, anche quando la Costituzione aveva creato le norme di diritto materiale e formale atte a regolare codesto fenomeno essenzialmente collettivo e cioè lo sciopero.

La resistenza di Carnelutti a prendere atto delle rilevanti novità normative introdotte dalla Costituzione mi ha indotto a riflettere, in ciò stimolato dal vibrante e affettuoso ricordo di Claudio Consolo¹²⁶ (probabilmente al di là delle sue intenzioni), sulle implicazioni sottostanti di politica del diritto che hanno segnato la vita di Carnelutti come giurista del lavoro teorico e pratico.

E' vero che la "Processuale" fondata nel 1924 da Carnelutti, conservava l'*imprinting* e il programma iniziale della Commerciale, ed è vero che la materia trattata, estremamente tecnica, come il processo, costituiva di per sé sicuramente un filtro rispetto agli influssi dell'ideologia in quel momento imperante, ma non si può negare la diversità del "clima socio politico " di quegli anni rispetto a quello dei primi anni del secolo¹²⁷.

¹²⁴ F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, ora in *Saggi di diritto civile, Jovene, Napoli, 1961* p.177

¹²⁵ Carnelutti, *Il diritto di sciopero e il contratto di lavoro*, cit., p. 87 e in part. p. 100.

¹²⁶ Consolo, *Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Carnelutti dalla "commerciale" alla "processuale"*, in *Studi Libertini, Impresa e mercato*, Tomo III, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1807 e ss.

¹²⁷ Non è il caso in questa sede di allargare il discorso al processo civile, ma non si può non ricordare che il nostro a. fu in diverse circostanze chiamato a collaborare dal Regime, prima da Alfredo Rocco per la redazione del progetto del codice di procedura civile del 1926 (anche a seguito delle dimissioni di Chiovenda dalla Commissione Reale), non andato in porto per una serie di resistenze di vario tipo. Come ha ben spiegato Tarello, questo progetto

E, come si è detto precedentemente, negli anni che vanno dal 1927 al 1932 gli scritti di Carnelutti in materia di diritto del lavoro e corporativo e gli interventi ai convegni di studi sindacali e corporativi hanno sicuramente contribuito a rafforzare le sue convinzioni, maturate precedentemente, in materia di contratto collettivo e di sciopero.

Se si ha riguardo alla meta finale del percorso di Carnelutti nella materia del lavoro e al suo inizio di giurista del lavoro alla scuola della Commerciale di Vivante e Sraffa, ho l'impressione che il distacco dall'impostazione "politico sociale di quella Rivista"¹²⁸ si fosse consumato già prima dell'avvento della Costituzione e cioè nel periodo corporativo¹²⁹.

Con molta coerenza rispetto alle tesi da lui affermate nel periodo corporativo, Carnelutti afferma nel 1949 che la legge Rocco del 1926 aveva nella sua origine *"una linea che fa onore a qualsiasi Stato e a qualsiasi legislazione"*¹³⁰.

Per Carnelutti *"lo sciopero come la serrata è un vero atto di guerra sociale e la Costituzione riconoscendo il diritto di sciopero ha riconosciuto agli operai il diritto di guerra e la questione è se la guerra, sia pure economica tra gruppi sociali possa essere consentita. Se questa fosse una conseguenza del carattere democratico dello Stato, povera democrazia!"*¹³¹.

temperava la sua vocazione all'autoritarismo nel processo civile con le ragioni, sempre varie e liberali, della vocazione professionale dell'avvocato e comunque divergeva dall'impostazione di Chiovenda, perché identificava il fine del processo nella composizione della lite piuttosto che nell'attuazione del diritto. Ancora Carnelutti, nel 1942, fu chiamato dal Guardasigilli Dino Grandi per la predisposizione del codice di procedura civile insieme a Calamandrei e a Redenti: cfr. Tarello, *Materiali per una storia della cultura giuridica, Profili di giuristi italiani contemporanei: Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 499 e ss. e in part. pp. 503 e 512 e ss.

¹²⁸ Consolo, *op. cit.*, p. 1814.

¹²⁹ Come si desume indirettamente da quanto rileva ripetutamente Consolo *"la lunghezza d'onda della Commerciale nella sua prima stagione, p. 11 pur senza monofonie, appariva ben coesa"*, *op. cit.*, p. 1809, nota 2, all'epoca *"recante non piccole venature del tendenziale socialismo giuridico dei fondatori, sotto questo aspetto critici degli asimmetrici vantaggi corporativistici che il codice di commercio riservava ai commercianti"*: Consolo, *op. cit.*, p. 1810 e infine p. 1814.

¹³⁰ Carnelutti, *Stato moderno: Stato Corporativo*, cit., p. 215.

¹³¹ Carnelutti, *Stato moderno: Stato Corporativo*, cit., p. 219 e Id. in *Sciopero e giudizio*, in *Riv.dir. proc.*, 1949, I pp. 1 ss e in part. p. 12. E sulla base di tali convinzioni, Carnelutti al convegno di studi sindacali del 29 ottobre del 1949 critica polemicamente la visione angusta e microscopica offerta da Santoro-Passarelli dei fenomeni sindacali, definendo il sindacalismo tratteggiato da Santoro *sindacalismo in scatola*.

Cito dagli atti una parte della replica di F. Santoro-Passarelli *"Carnelutti ha parlato di una visione angusta e microscopica dei fenomeni di cui abbiamo parlato tanto Mazzoni che io ed ha affermato che il sindacalismo di cui avevamo tratteggiato alcuni aspetti era sindacalismo in scatola. Ora io penso che abbia avuto ragione di parlare di sindacalismo in scatola perché il sindacalismo di cui ci siamo occupati è precisamente contenuto in quella scatola buona o*

Come si è detto, il riferimento all'arbitrato obbligatorio diventa l'argomento principe e ricorrente usato dal nostro a. contro l'opportunità di riconoscere il diritto di sciopero, invece accolto dalla Costituzione.

Al contempo Carnelutti ammette l'estrema difficoltà di trovare il giudice e riconosce fondate le osservazioni di Santoro-Passarelli intorno alla difficoltà di costruire l'arbitrato obbligatorio¹³².

Osserva Cazzetta: "*Carnelutti non cessa di guardare ai nuovi fenomeni con lenti vecchissime: c'è infatti un fitto intreccio nelle pagine di Santoro Passarelli tra analisi di diritto positivo e rinvio al progetto costituzionale, tra confini invalicabili dell'assetto privatistico e rinvio ad un'unitarietà del diritto del lavoro che sta oltre lo stesso diritto privato in quel disegno buono o cattivo che sia tracciato nella Costituzione*"¹³³.

Non va dimenticato, infatti, che Santoro-Passarelli, passaggio del pensiero dell'a. sovente trascurato dalla dottrina successiva, aveva individuato nell'art. 39 "*una via ulteriore fra la soluzione contrattualistica e la soluzione statualistica e cioè la nostra soluzione costituzionale che mi sembra organica e destinata ad avere per se l'avvenire, superate che siano le difficoltà applicative*" .che non furono superate(nota mia)

In altre parole Santoro riconoscendo alla "scatola" dell'art. 39 Cost., la funzione di comporre libertà sindacale e l'autonomia privata dei sindacati con l'efficacia generale dei contratti collettivi aveva tentato di ricomporre la frattura tra la ricostruzione privatistica e quella pubblicistica della rappresentanza sindacale¹³⁴, la quale ha sempre caratterizzato e continua a caratterizzare il nostro sistema sindacale.

E solo dopo avere constatato l'inagibilità politica di una legge di attuazione dell'art. 39 comma 4 cost., Santoro-Passarelli si convinse della necessità di ricostruire l'autonomia collettiva in termini esclusivamente

cattiva, capace o angusta che è la Costituzione", v. in *Convegno Nazionale di studi sindacali 28, 29 e 30 ottobre 1949*, Atti ufficiali, Tip. Pinto, Roma, 1949, p. 168.

¹³² Carnelutti, *Stato moderno: Stato Corporativo*, cit., p. 220.

¹³³ Cazzetta, *op. cit.*, p. 270.

¹³⁴ F. Santoro-Passarelli (congresso internazionale di diritto del lavoro di Trieste del 1951, promosso da Renato Balzarini). Difficoltà applicative che invece non furono e non sono tutt'ora superate: cfr. il progetto di legge sull'attuazione dell'art. 39 di iniziativa del Cnel rimasto inattuato dovuto a Santoro-Passarelli.

Sull'alternativa pubblico privato che ha contrassegnato il dibattito sulla collocazione del diritto del lavoro dopo la caduta dell'ordinamento corporativo cfr. anche Giugni, *Introduzione a Lavoro Legge contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 10 e anche Grandi, *I problemi del lavoro negli orientamenti della dottrina giuridica: organizzazione sindacale, contratto collettivo, sciopero* in S. Zaninelli (a cura di), *Il sindacato nuovo: Politica e organizzazione del movimento sindacale in Italia negli anni 1943-1955*, Franco Angeli, Milano, pp. 185 e ss

privatistici¹³⁵, per far funzionare il sistema sindacale, suscettibile altrimenti di rimanere bloccato nell'attesa e per l'assenza della legge sindacale¹³⁶.

Come è stato sottolineato "nella permanente transitorietà del diritto del lavoro, l'autonomia privata collettiva da strumento di supporto del disegno costituzionale diverrà invece il tassello essenziale per affermare la teoria del contratto collettivo di diritto comune"¹³⁷.

D'altra parte lo stesso Santoro Passarelli riconosce¹³⁸ di avere modificato il concetto di autonomia collettiva nella nota relazione ai Lincei del 1954 sui rapporti tra sindacati e lo Stato¹³⁹.

12. Il metodo delle origini " e "le variazioni " di politica del diritto di Carnelutti (ovvero da Sraffa a Capograssi incrociando Bottai).

Il Carnelutti lavorista può essere considerato un interprete riformatore e innovatore all'inizio, mentre già nel 1930 egli stesso afferma che il giurista deve essere conservatore¹⁴⁰.

Ma al di là di questi giudizi, che possono risultare parziali e non esaustivi, mi sembra doveroso, in conclusione di questo profilo, richiamare quanto lo stesso Carnelutti ricorda nella sua autobiografia del suo itinerario di giurista:

¹³⁵ V. F. Santoro-Passarelli, *Esperienze e prospettive dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in *Accademia dei Lincei*, 1956, n. 37, p. 20 e ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, p. 139 e successivamente in *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 369 e ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, p. 258. V. anche la lettura di P. Rescigno, *Introduzione a Persona e comunità*, *Saggi di diritto privato II (1967-1987)*, Cedam, Padova, 1988, pp. XXI e XXII.

¹³⁶ Sul punto v. anche Cazzetta, *op. cit.*, pp. 284, 285.

¹³⁷ Cazzetta, *op. cit.*, p. 275.

¹³⁸ F. Santoro-Passarelli, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, Relazione e replica al Convegno degli amici del diritto dell'economia ne *Il diritto dell'economia*, 1956, pp. 1213 e in part. 1235 ss., 1325 e ss., ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, I, pp. 227 e ss.

¹³⁹ F. Santoro-Passarelli, *Esperienze e prospettive dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in *Accademia dei Lincei*, 1956, quaderno n. 37, p. 20 e ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, p. 139.

¹⁴⁰ Intervento in *Atti del primo convegno di studi sindacali e corporativi*, Roma, 1930, vol. II, p. 215; a proposito delle convinzioni politiche di Carnelutti, Consolo, *op. cit.*, p. 1817 le declina, forse per affinità elettiva, in negativo: "non era nè giolittiano, nè popolare solidarista, nè socialista, nè tanto meno fascista, solo blandamente liberale"; Romagnoli, in *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, cit., p. 435, lo colloca in una posizione di "destra convergente ad intermittenza sul centro".

*"Ho iniziato questo percorso, come modesto operatore del diritto e cioè come osservatore di fatti concreti e di esperienza che costituiscono la radice della costruzione scientifica"*¹⁴¹.

E questa, secondo l'a., non può stare senza l'esperienza e viceversa¹⁴².

Carnelutti, per chiarire meglio il suo pensiero, porta esempi di scienziati che non avevano mai osservato la realtà del diritto e cita Vittorio Polacco, con il quale il nostro, pure si era laureato, e, d'altra parte, critica i grandi pratici *"che non avevano alcun proprio sistema di concetti e per ciascuna causa si provvedevano con degli acquisti al minuto"*¹⁴³.

Insomma il ricambio che si operava tra la pratica e la scienza o tra la realtà e il pensiero si chiama per Carnelutti *"clinica del diritto"*¹⁴⁴.

E non possono considerarsi clinici nè il primo nè il secondo esemplare, ma coloro che non sono impantanati nella routine e non hanno trascurato la scienza *"e così si è formato quel tipo di perfetto giurista italiano che ha toccato fra altri con Vittorio Scialoja, con Paolo Emilio Bensa, con Federico Cammeo la sua perfezione"*.¹⁴⁵

Queste osservazioni richiamano alla mente quanto il nostro a. già scriveva nel 1909¹⁴⁶, ricordando il magistero della Rivista di diritto commerciale, e sono confermate nella sostanza da Carnelutti nello scritto del 1962¹⁴⁷, dove egli riconosce a Capograssi il merito di avergli fornito *"la chiave di lettura della sua avventura intellettuale e cioè la scoperta dell'esperienza giuridica"*¹⁴⁸.

Certo il metodo appreso da Sraffa non era poi così distante dall'esperienza giuridica di Capograssi, ma i due personaggi sono diversi per origine e formazione.

¹⁴¹ Carnelutti, *Mio fratello Daniele, Avviamento alla clinica*, p. 69.

¹⁴² Carnelutti, in *Metodologia del diritto*, Cedam, Padova, 1939, p. 31, tenta di salire più su nella ricerca ma si ferma e avverte l'ostacolo: *"La luce della giustizia è difficile e forse impossibile da scomporre sullo spettro come si fa per la luce solare"* sul punto cfr., Irti, *Introduzione a Metodologia del diritto di Francesco Carnelutti*, ristampa *I classici del diritto*, Cedam, Padova, 1990, p. XVIII.

¹⁴³ Carnelutti, *Mio fratello Daniele, Avviamento alla clinica*, p. 72.

¹⁴⁴ Carnelutti, *op. ult. cit.*, p. 71.

¹⁴⁵ Carnelutti, *op. ult. cit.*, p. 73. Non bisogna dimenticare che, dapprima, Sraffa pp. 66, 67, lo spinse verso il diritto commerciale e, poi, Cammeo verso la procedura civile pp. 84 ss., come Carnelutti ci racconta nella sua autobiografia.

¹⁴⁶ Carnelutti, *Un surrogato della legge sul contratto di impiego*, cit., p. 275.

¹⁴⁷ Carnelutti, *Meditazione intorno al problema della scienza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, pp. 373, 388.

¹⁴⁸ V. sul punto Rescigno, *op. cit.*, pp. 51-52. Bisogna comunque ricordare che Capograssi aveva recensito nel 1940 la metodologia del diritto di Carnelutti.

Carnelutti ha cura di precisare "*Mi accadde così di fare (nei primi anni del secolo) dell'analisi dell'esperienza giuridica avanti lettera, senza sapere chiaramente quello che facevo*"¹⁴⁹.

Sarebbe comunque riduttivo ritenere che l'avvicinamento a Capograssi non abbia influito sulle riflessioni di Carnelutti sul problema del diritto naturale, come risulta nel suo scritto sulla meditazione del problema della scienza del diritto.

Non a caso come osserva condivisibilmente Ascarelli¹⁵⁰, il giusnaturalismo di Carnelutti può essere risolto storicamente e rivelarsi come frutto della crisi del concettualismo e come strumento di difesa dei valori e interessi ai quali era inteso il concettualismo.

Ma al di là di questi doverosi richiami necessari a definire l'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico del nostro a., a mio avviso ciò che conta in questa rievocazione della sua esperienza giovanile e al di là della valutazione dell'opera di grandi giuristi è la rivendicazione delle sue origini scientifiche.

Carnelutti infatti rivendica di essere stato un allievo riconoscente, ma....infedele di Polacco, "*perché per Polacco bastava la biblioteca: anzi a rigore bastava il codice civile: tutto ciò che era di là della norma giuridica non tanto non contava quanto non doveva contare*"¹⁵¹, mentre il nostro a. dichiara che a quel tempo aveva un interesse sempre crescente... per le avventure del diritto e non gli bastava soltanto la biblioteca.

E per l'ennesima volta gli piace riconoscere, non a Polacco il merito di averlo trattenuto agli studi, bensì all'intervento di Sraffa e al richiamo della Rivista di diritto commerciale, la cui influenza sullo sviluppo della scienza italiana del diritto, al principio del secolo - afferma lo stesso Carnelutti- fu addirittura decisiva.

13. Due ultime notazioni.

E tuttavia, a cagione del richiamo insistito a Sraffa e alla Rivista di diritto commerciale, vale la pena formulare due ultime notazioni.

A cinquanta anni dalla scomparsa di Carnelutti si può condividere quanto ha affermato Consolo e cioè che egli non ha avuto dopo la morte un seguito pari alla "risonanza" del suo magistero in vita. E secondo

¹⁴⁹ Carnelutti, *Meditazione intorno al problema*, cit., p. 388.

¹⁵⁰ Ascarelli, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, cit., p. 999.

¹⁵¹ Carnelutti, *Meditazione*, cit., p. 388. Come ricorda Caprioli *L'incognita Carnelutti, ovvero il Professor X e le sue albe*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2016, 2, pp. 387-88, l'a. era giunto a riconoscere nel 1925, già "in una sorta di autoritratto" (usando le parole di Caprioli), l'insufficienza dei libri, e cioè della stessa dottrina in sé e per sé considerata, per operare con i concetti ("i libri non bastano", in Le

Consolo le inesorabili ragioni vanno ricercate nel fatto che *"la dogmatica di Carnelutti.....senza quel ripieno di vita sarebbe divenuta stucchevole"*¹⁵². *Ma la reale congiunzione così sperimentata era fuori della comune portata: non ebbe eredi o quasi"*.

A questa valutazione, che sconta l'affetto e la comprensibile ammirazione di Consolo per Carnelutti¹⁵³, si potrebbe forse obiettare che il "ripieno di vita" non basta a spiegare la sua conclusione.

Infatti, bisogna chiedersi perché Sraffa e soprattutto Vivante, considerati dal nostro a. suoi maestri, per non parlare di Ascarelli che di Vivante è stato il vero allievo, (e secondo Consolo anche del nostro a.) sono invece ancora oggi celebrati e ricordati proprio a cagione del metodo da loro professato e praticato¹⁵⁴?

A mio avviso la risposta a questo interrogativo sta nella seconda notazione: perché i primi hanno conservato e osservato il metodo originario senza variazioni e con coerenza con il manifesto della Rivista di diritto commerciale, seguito all'inizio anche dal nostro a.

Carnelutti, viceversa, nella sua lunga esistenza è arrivato a tutti gli appuntamenti importanti fissati dalla storia per il diritto del lavoro, dominando sempre la scena da protagonista ma, proprio per questo, venendo condizionato in positivo e in negativo dai diversi contesti.

E infatti per quanto riguarda il diritto del lavoro si può dubitare che il nostro sia stato sempre coerente con il metodo appreso alla Commerciale dell'interpretazione della vita.

Come si è detto Carnelutti, pur affermando che nulla era cambiato – e, quindi, ribadendo le sue prime convinzioni – non ha avuto difficoltà ad aderire all'esperienza corporativa perché le soluzioni proposte dalla legge del 1926 convergevano con le sue.

Viceversa, a mio avviso, il nostro ha abbandonato il metodo professato e cioè di interprete della realtà giuridica, quando ha continuato

¹⁵² Consolo, *Le opere e i giorni*, cit., p. 1815.

¹⁵³ E il parallelo proposto da Consolo tra l'isolamento prima della morte di Carnelutti e quello di Vivante in nota 17 p. 1815 non mi sembra persuasivo perché le ragioni sono molto diverse. La posizione defilata di Vivante nell'ultima parte della sua vita deriva anche dalla sua confessione religiosa e dalla sostanziale contrarietà al regime e, ciononostante, come risulta da un resoconto di Dino Grandi, fu ancora consultato nel suo ritiro toscano da Vassalli nel 1942 prima della promulgazione del codice civile: Vivante era prima favorevole all'unificazione e poi contrario, come risulta dai numerosi scritti celebrativi in occasione del suo pensionamento di commercialisti vicini al regime come Alfredo Rocco e Alberto Asquini (v. Libertini, *op. cit.*, bibliografia).

¹⁵⁴ A proposito dell'eredità vivantiana v. Libertini, *Il contributo di Cesare Vivante alla scienza commercialistica*, in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, 2012 p. 10, sottolinea come sia rimasta viva per l'impegno di Ascarelli e di Mossa sia nel programma metodologico, sia nell'aver affermato un modello di studio del diritto commerciale ambizioso anche nei pors sul terreno delle costruzioni dogmatiche.

a sostenere tali tesi, direi nostalgicamente, senza tener nel minimo conto il rovesciamento di valori e di diritti attuato dalla Costituzione, in particolare in materia di libertà sindacale e di sciopero, e ancor più quando non ha preso in considerazione il sistema sindacale reale sviluppatosi post e praeter Costituzione.

Basta rileggere quanto scriveva nel 1913: *"il compito del giurista è assai più quello di cogliere, dalle manifestazioni nuove, i principi di diritto che vanno maturando. In ciò sta anche la divisa più cara di questa Rivista(diritto commerciale): essa tiene più forse che a interpretare le leggi ad interpretare la vita"*¹⁵⁵, per misurare la notevole distanza che intercorre tra quelle affermazioni e la critica serrata che il nostro ha rivolto all'art. 40 della Costituzione.

E ciononostante è riuscito, insieme a Barassi, che rimane il nostro padre fondatore, a percorrere il lungo itinerario fino alla Repubblica, e a convivere con le diverse esperienze che hanno attraversato la nostra disciplina senza osservare mai il silenzio.

Altri, pur autorevoli giuristi come Redenti e Messina, pur essendo approdati nello stesso periodo *"nell'insula in flumine nata"* del diritto del lavoro, e pur avendo svolto funzioni non secondarie, uno come annotatore della giurisprudenza dei probiviri¹⁵⁶, l'altro come esperto del Consiglio superiore¹⁵⁷ del lavoro, ad un certo punto si defilarono per non tornarvi più, probabilmente perché la nostra materia si era trasformata nel diritto corporativo¹⁵⁸.

14. Congedo.

Si può concludere questa rievocazione di Carnelutti, richiamando un passo dei Colloqui della sera, ripreso anche da Irti, dove il tono non è più quello aspro di critica al riconoscimento del diritto di sciopero, ma sembra quello più distaccato del congedo: *"Luce della notte è il silenzio. In queste brevi pause della nostra vita turbinosa, vorrei che imparassimo ad ascoltare. Anch'io come voi starò in ascolto.....Io non sono che un*

¹⁵⁵ Carnelutti, *Un surrogato*, cit., p. 283.

¹⁵⁶ V. in particolare l'introduzione al Massimario della giurisprudenza dei probiviri di Redenti, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, p. 3, Pubblicazione del Ministero dell'agricoltura, industria e commercio, Roma, 1906, ora ristampato a cura e con introduzione di Caprioli, *Redenti giurista empirico*, Giappichelli, Torino, 1992;

¹⁵⁷ Relazione svolta alla IX sessione del Consiglio superiore del lavoro (1907) ora in *Giorn. dir. lav., rel.ind.*, 1986, con nota di Romagnoli, pp. 107-8.

¹⁵⁸ V. sul punto Romagnoli, *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2009 p. 373 e ss e in part. p. 398 ma v. anche Pera, *Francesco Carnelutti Giuslavorista*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 107 riferisce l'elogio sperticato di Allara a Carnelutti al convegno sulla certezza del diritto del 1956 promosso dalla rivista il diritto dell'economia, *"non è processualista, nè privatista, nè commercialista, è tutto"*.

interprete. L'interprete, se sa interpretare, rende trasparenti le parole altrui"¹⁵⁹.

E ancora il tono del disincanto: *"Credo che pochi uomini come me hanno amato il diritto. Se ho avuto un torto è quello di amarlo di un amore esclusivo. Una delle mie deficienze, che era la limitazione della mia cultura, è derivata proprio da questo. Non dico che il diritto non mi abbia ricompensato; ma è stata una strana ricompensa quella di rivelarmi, al fine, la sua miseria. Io non l'ho amato meno per questo.....ma ho perduto sul suo conto le illusioni*"¹⁶⁰.

E da questa confessione contenuta nella lettera agli amici, sembra che Carnelutti sia approdato alla libertà del Paese, un po' frastornato e senza molta fiducia nel nuovo mondo.

Perché Carnelutti, pur dichiarando di avere molto amato il diritto, afferma che, al fine, il diritto gli ha rivelato la sua miseria ?

L'interrogativo sorge spontaneo ma è destinato a rimanere senza risposta, anche se non nasconde un forte scetticismo nel diritto, che richiama alla mente il suo scritto sulla morte del diritto del 1953¹⁶¹: *"Il diritto morrà perché è mortale"*. Ancor più amara è un'altra considerazione: *"Il diritto non è fatto che per i mediocri; i buoni non ne hanno bisogno, i cattivi non ne hanno paura"*.

Di fronte a questo scetticismo che si tramuta in pessimismo quasi senza speranza, credo che per i giuslavoristi possa condividersi la valutazione molto semplice ma chiara di Pera¹⁶², pronunciata al convegno promosso in Udine il 18 novembre 1995 a trenta anni dalla sua scomparsa, e cioè *"che Carnelutti resta vivo e attuale nella nostra storia per quanto costruì agli albori"*.

¹⁵⁹ Carnelutti, *I colloqui della sera*, Edizioni Radio italiana, Torino, 1954, (queste conversazioni vorrebbero essere una pausa nella corsa quotidiana), p. 14.

¹⁶⁰ Carnelutti, *Lettera agli amici*, scritta molti anni prima di quando apparve in *Riv.dir. proc.*, 1965, pp. 1-3.

¹⁶¹ Carnelutti, *Morte del diritto*, in AAVV, *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953.

¹⁶² Pera, *Francesco Carnelutti giuslavorista*, cit. p. 111.