

1968 e dintorni), un punto che dovrebbe essere, io penso, assolutamente ovvio.

4. SPIRITO DEL DIRITTO DEL LAVORO E MATERIA DEL CONTRATTO INDIVIDUALE.

1. È relativamente recente un vibrato e clamoroso attacco, che il Carnelutti¹ ha mosso alle concezioni correnti in ordine alla configurazione giuridica del contratto di lavoro². È assurdo secondo il Carnelutti separare, come s'usa, le energie lavorative o, se si vuole, il lavoro in cui esse si trasfondono, dall'entità psico-fisica del lavoratore subordinato, sì da farne oggetto autonomo e astratto del contratto di lavoro. In realtà, nel contratto di lavoro, è se stesso che il lavoratore subordina, nei limiti fissati dall'ordinamento, al datore di lavoro. Oggetto di esso, e quindi oggetto del diritto dell'imprenditore, va ritenuto, dunque, secondo il Carnelutti, l'uomo³.

Della teoria corrente, per lui così gravemente inesatta, il Carnelutti fa carico all'influenza tuttora esercitata sui giuristi moderni dal diritto romano. Dal fatto che i Romani parlavano di *locatio operarum* egli trae, invero, la conseguenza che, dunque, essi furono i primi a dar parvenza di oggetto giuridico alla vaga astrazione del lavoro o delle

* In *Diritto e Giurisprudenza* 65 (1950) 3 ss.

¹ Cfr. particolarmente *Legittimazione al contratto di lavoro*, in *Foro it.* 63 (1938) 4, 75 ss. (= *Studi Pacchioni* [1939] 109 ss., spec. 114 ss.): tesi ribadita ultimamente nel Congresso di Palermo sugli infortuni e malattie professionali (ottobre 1947: cfr. *Riv. infortuni e mal. profess.* 1947, 1, 740 s.) e nell'articolo *Contratto de trabajo*, in *Derecho del trabajo* 1948, n. 5 (da me non potuto consultare direttamente).

² Per le concezioni tradizionali v. per tutti SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*⁴ (1948) 20 s., 67 s., il quale, peraltro, allontanandosi a sua volta dall'opinione più diffusa, identifica l'oggetto del contratto di lavoro nel « lavoro », e non nelle energie del lavoratore, le quali sono inseparabili dalla persona di questo. Sui problemi qui delibati, v. anche, da ultimo, BARASSI, *Il diritto del lavoro* (1949) voll. I e II.

³ Sulla opportunità di distinguere, a questo proposito, tra « persona » e « uomo », v. le considerazioni del CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*² (1946) 122 ss. È appena necessario ricordare che la tesi carneluttiana, secondo cui l'uomo può essere oggetto di limitati diritti propri o altrui, non si limita alla fattispecie del rapporto di lavoro subordinato. In senso adesivo v., di recente, AULETTA, *Istituzioni di diritto privato, Parte generale* (1946) 54 s.

energie di lavoro. Digiuni com'erano di « teoria generale », i giuristi romani furono incapaci di intendere come e qualmente anche l'uomo libero, oltre che lo schiavo, potesse essere oggetto di sia pur limitati diritti.

Contro la tesi del Carnelutti si è autorevolmente levato il Santoro-Passarelli⁴, opponendo ai suoi argomenti la inconcepibilità che l'uomo, uno e indivisibile, soggetto giuridico per definizione, sia anche in parte oggetto di diritti propri o altrui. L'uomo può limitare la propria libertà, ma « non può rendersi schiavo »; la sua partecipazione personale alla organizzazione dell'impresa, la sua subordinazione all'imprenditore sono elementi, che trovano il loro compenso nella sua qualifica di collaboratore dell'imprenditore, nonché in tutto il sistema di garanzie, che l'ordinamento dispone a sua tutela; né il salario, collegato com'è alle sue necessità familiari e previdenziali, può concepirsi oggi-giorno come la pura e semplice mercede della *locatio hominis*, di cui egli sarebbe oggetto.

In una parola, secondo il Santoro-Passarelli, la concezione materialistica, che del contratto di lavoro avanza il Carnelutti, sarebbe contraddetta in pieno da una piú acuta penetrazione nello « spirito » del diritto del lavoro, di questa peculiare disciplina giuridica, che si ribella financo alla tradizionale partizione del diritto in pubblico e privato. Ben lo avrebbero intuito i Romani, i quali, « a parte la conservazione del vecchio schema della locazione, che è un residuo della *locatio servi* », ebbero « il merito di superare l'espedito di porre il lavoratore libero sullo stesso piano del *servus*, di concepire il contratto di lavoro come uno strumento di assoggettamento del corpo umano al diritto altrui »⁵.

2. Chi ben guardi, è piuttosto difficile, sia sul piano esegetico che su quello dogmatico, accogliere l'una, piuttosto che l'altra, tra le due tesi dianzi riassunte.

Gli argomenti contrapposti son tutti degni di molto rilievo. Il Carnelutti fa presente la inscindibilità delle energie di lavoro o della stessa attività lavorativa dal corpo vivente del lavoratore; il Santoro-Passarelli fa presente la irriducibilità del soggetto giuridico ad oggetto di diritti. Il primo fa leva sulla subordinazione del lavoratore al datore

⁴ *Spirito del diritto del lavoro*, in *Ann. Sem. giur. Catania* 2 (1948) 1 ss. V. anche *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Riv. it. prev. soc.* 1 (1948) 193 nt. 57.

⁵ Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.* 5.

di lavoro; il secondo fa leva sulla collaborazione del prestatore d'opera con l'imprenditore. L'uno si appella alla fredda materialità del fenomeno contrattuale; l'altro fa appello alla calda spiritualità del sistema in cui questo si inquadra. Ambo concorrono, insomma, ad illuminare, con magistrale rigore, i termini di una antitesi, che forse non ammette, *de iure condito*, il superamento della sintesi.

Se io non sbaglio, il nostro tema è di quelli che meglio mostrano come anche la cd. teoria generale, « ai trionfi avvezza », possa incontrare i suoi limiti nelle imperfezioni del diritto costituito⁶. Ma il tema, se non mi inganno, è anche di quelli che più chiaramente pongono in luce la utilità, per non dire la indispensabilità, della conoscenza e del ripensamento della storia ai fini della precisazione delle visuali dogmatiche moderne⁷.

⁶ L'affermazione vale, si intende, sempre che per « teoria generale del diritto » si concepisca la formulazione dei principi giuridici supremi desunti, attraverso procedimenti di analogia e di astrazione, dall'esame di uno o più ordinamenti giuridici positivi. Che se, invece, si confonda la teoria generale con la cd. « scienza del diritto » e questa si concepisca, come alcuni fanno, nel senso di dottrina giuridica assoluta, valevole per tutti i tempi e per tutti i luoghi, è chiaro che non vi sono antitesi positive che non siano superabili (o, per meglio dire, trascurabili...). Sul punto, variamente, BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto* (1934); CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937); LEONI, *Il problema della scienza giuridica* (1941); GUELI, *Diritto singolare e sistema giuridico* (1942) 13 s.

⁷ *Pro domo mea*. La piega decisamente storiografica che la scienza romanistica ha preso nel nostro secolo, attraverso l'impiego di procedimenti critici di indagine indubbiamente complessi e delicati (si pensi, ad esempio, alla così detta esegesi interpolazionistica), ha determinato un allontanamento quasi completo degli studiosi del diritto moderno e della teoria generale dal diritto romano, o almeno dal diritto romano nelle ricostruzioni moderne. Il CARNELUTTI (*Metodologia del diritto* [1939] 43) ha tentato di giustificare e, nel contempo, di minimizzare il fenomeno, dichiarando che « adesso, con i loro scavi, i romanisti hanno sconvolto una delle zone più interessanti per la nostra osservazione e, purtroppo, il meno che costino questi stupendi lavori è che la zona diventi impraticabile agli altri finché non siano finiti »: ma siccome è evidente che i « lavori di scavo » dei romanisti non finiranno mai, dato che i ripensamenti e le rivalutazioni storiografiche sono, come tutte le attività del pensiero, inesauribili, è evidente, altresì, che i non romanisti, ove la pensino come il Carnelutti, non si avvicineranno mai più al diritto romano o, peggio, non finiranno mai più di considerare « diritto romano » le trattazioni (per i loro tempi pregevolissime) del Windscheid o del Serafini. Contro questa pigra tendenza astensionistica, noi romanisti non ci stancheremo mai di affermare quanto immensamente opportuna, e talvolta necessaria, sia per lo studio dei diritti moderni una conoscenza approfondita dell'evoluzione giuridica romana: v., per quel che mi riguarda, GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare*, in *Ann. dir. comp.* 18 (1946) 1 ss.

