

coesistenti e, infine, dagli ordinamenti giuridici del remoto o del prossimo passato: sono tutte operazioni, che stanno al di fuori delle possibilità della scienza giuridica e spettano, se non erro, alla storiografia del diritto, la quale rivela, pertanto, un primo aspetto della sua essenzialità per gli studi giuridici.

Un secondo aspetto della importanza addirittura decisiva della storiografia per gli altri studi giuridici lo si scorge, a mio avviso, guardando alla « teoria generale del diritto ». Io non so davvero convincermi che questa scienza possa essere costruita così come la vuole il Bobbio, forse anche perché non sono affatto persuaso della esattezza e della bontà della teoria normativa pura formulata dal Kelsen e seguita dall'a. Da un punto di vista logico, io penso, tanto la teoria normativa pura quanto la opposta teoria istituzionistica del diritto sono pienamente legittime, così come può esserlo una terza, che sia nettamente diversa dall'una e dall'altra. Bisogna scegliere tra le possibilità costruttive, che la logica ci offre, e la scelta non può che basarsi sull'esperienza, cioè sulla storia. Ragion per cui la « teoria generale del diritto » è, a mio avviso, precisamente quella « scienza metastorica » di cui il De Francisci auspica la fondazione: e si rivela, così, luminosamente come e quanto la storiografia sia, sotto quest'altro profilo, essenziale allo studio del diritto. La storiografia giuridica è, infatti, il mezzo indispensabile al fine della costruzione (e della continua correzione) di una teoria generale del diritto, la quale sia, a sua volta, garanzia di unità del pensiero giuridico moderno, e quindi impulso ad un conforme evolversi e progredire dell'agire giuridico, cioè della legislazione, nei vari paesi del mondo.

### 3. I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO.

Ho volutamente riservato un cenno speciale, stralciandolo dal capoverso inteso alla segnalazione di un volume a lui offerto dagli amici fiorentini, al denso e attentissimo articolo dedicato da Paolo Grossi alla rivalutazione (e per molti di noi alla rivelazione) dell'opera di François Gény (*François Gény e la scienza giuridica del Novecento* [1991], in *Pagine introduttive* [Milano, Giuffrè, 1992] 105 ss.).

Sono pagine tutte da leggere, che ruotano intorno all'idea secondo

\* In *Labeo* 39 (1993) 126 ss.

cui « le droit ne domine pas la société, il l'exprime » e che illustrano come meglio non si potrebbe la persuasiva convinzione per cui, se vi fu in passato del « simplisme » nella credenza di tutto poter risolvere alla luce della ragione giusnaturalistica, altrettanto semplicismo alligna al giorno d'oggi nella convinzione che tutto possa essere risolto facendo capo alla legge scritta, o anche alla norma giuridica certa e incontestabile, pur se non scritta. Nei modi suoi propri, non tutti egualmente da accogliere, e negli estremismi suoi caratteristici, non tutti egualmente da respingere, il Géný ha avuto il merito di richiamare la nostra attenzione, la nostra coscienza di giuristi alla verità non nuova, ma spesso dimenticata, della « *viva vox* » dell'interprete, e in particolare del giudicante, in cui il diritto, in ultima analisi, si incarna: « *viva vox* » di un interprete che non può, anzi non deve, fare a meno di guardarsi intorno, nell'ambiente sociale in cui opera, quando è chiamato a tradurre l'astratto della norma nel concreto della sua applicazione.

Forse scusabilmente trascinato dal fascino di questa suggestiva visione, il Grossi chiude peraltro il suo saggio con un'affermazione (cfr. p. 156 s.) che lascia, almeno « allo stato degli atti » (siamo storici, no?), piuttosto dubbiosi. Secondo lui, avrebbe peccato di autoritarismo, di assolutismo, addirittura (« verrebbe voglia ») di « fascismo », la disposizione dell'art. 12 co. 2 delle « preleggi » italiane (entrate in vigore nel 1942), là dove dice che, nell'interpretazione delle leggi non penali e non eccezionali (cfr. per queste l'art. 14), l'interprete, quando tutto manchi e quando anche l'integrazione analogica non sia sufficiente, deve far capo ai « principî generali dell'ordinamento giuridico dello stato », e ciò quando invece l'art. 3 del codice civile del 1865 parlava piú genericamente di « principî generali del diritto ».

A prescindere dalla retorica accesa nazionalistica e fascistica cui il Guardasigilli dell'epoca ha fatto ampio ricorso nello stendere la « relazione al re », io non saprei dire se il legislatore del 1942, quanto meno riguardo alla disposizione considerata, sia stato realmente affetto da « statolatria » nel limitare l'utilizzazione dei principî generali a quelli relativi all'ordinamento giuridico « dello stato ». Mi sentirei invece di osservare che egli, aderendo ad una diffusissima linea interpretativa affermatasi ben prima del sopraggiungere (nel 1922) del « regime fascista », ha reso omaggio ad un criterio di sano realismo e di apprezzabile sensibilità storicistica.

Nessuno ha mai contestato e ragionevolmente contesta che la giurisprudenza (o, per meglio intenderci, quella che oggi si suole chiamare la « dottrina ») sia pienamente libera di varcare i confini dello stato

(e, dentro o fuori di quei limiti, i confini piú incerti della « nazione ») nel ricercare e nel fissare i cosí detti « orientamenti generali del diritto » (valevoli anche per la materia penalistica e per ogni altra materia). Tanto meno è dato contestare che i poteri statali, a ciò indotti dai rilievi dei giuristi e dei cosí detti « teorici generali » del diritto, possano introdurre nel nostro paese, mediante trattati o convenzioni internazionali, sia in formula esplicita e sia in segnalazione implicita, altri principî orientativi, sopra tutto se comuni alle nazioni civili (o almeno largamente diffusi nelle stesse). Tutto questo è talmente indiscutibile ed indiscusso, che è stato solennemente proclamato anche di recente in un autorevole incontro di superiori cervelli verificatosi in seno all'Accademia italiana dei Lincei (27-29 maggio 1991: v. la relazione introduttiva di A. Falzea, in *Panorami* 3 [1991] 1 ss.). Ma a che cosa si riferiscono gli artt. 12-14 delle nostre preleggi? Essi si riferiscono, si limitano a riferirsi all'interpretazione giurisdizionale del diritto, cioè, per meglio intenderci, all'attività di quella che oggi si suole chiamare impropriamente la « giurisprudenza ».

Con tutto il rispetto per la suprema Corte di cassazione italiana, che in me supera ogni altro sentimento, temo forte che anche le sezioni unite della Cassazione, se non fossero vincolate per ora (sin quando cioè non vi saranno gli Stati uniti dell'Europa o del Mondo) a « giudicare italiano » (cosí come è, del resto, in relazione al diritto vigente nel proprio paese, per ogni altra magistratura giudicante straniera), persino le sezioni unite, dicevo, potrebbero facilmente abborracciare tanto indigesti, quanto inammissibili pasticci, ove facessero capo, che so, ad istituzioni e principî fondamentali di altri ordinamenti giuridici e di altre strutture sociali, pur se altamente persuasive e pur se al momento affascinanti o comunque di moda, come è per tutto ciò che vige nel mondo anglosassone. Il che, sia detto con tutta la necessaria e addolorata franchezza, vale anche per i vetusti principî dell'antico romano, ai quali vi è oggi qualche autore che leva piuttosto fumosi turiboli (v. F. Reinoso Barbero, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* [1987] 27 ss. e *passim*, su cui seri dubbi ha giustamente espresso M. Balzarini, *Principi generali del diritto: nuove frontiere di un annoso problema*, in *Riv. dir. civ.* 35 [1989] 301 ss.).

Sia lode in conclusione, almeno da parte mia, al cosí detto « legislatore fascista » per aver precisato, nell'art. 12 delle preleggi, a scanso di ogni equivoco (e quasi in previsione delle sciocaggini che sarebbero state proclamate da alcuni giudici e giuristi nei successivi anni

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 Carnelutti<sup>1</sup> ha mosso alle concezioni correnti in ordine alla configurazione giuridica del contratto di lavoro<sup>2</sup>. 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'uomo<sup>3</sup>.

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.

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Per le concezioni tradizionali v. per tutti SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*<sup>4</sup> (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.

<sup>3</sup> Sulla opportunità di distinguere, a questo proposito, tra « persona » e « uomo », v. le considerazioni del CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*<sup>2</sup> (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.