

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

46

(2017)

Giuristi e Stato sociale

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

GIOVANNI CAZZETTA

LEGGE E STATO SOCIALE.
DALLA LEGISLAZIONE OPERAIA
AI DILEMMI DEL WELFARE 'SENZA LEGGE'

1. Leggi sociali e Stato sociale: un binomio inscindibile? — 2. Oltre lo Stato: i dilemmi del *welfare* 'senza legge'. — 3. Lo Stato interventista fra collaborazione e conflitti. — 4. Sui confini fra Società civile e Stato: i probiviri e la « funzione sociale » nel diritto comune civilistico. — 5. Legislazione sociale e « diritto dello Stato »: le regole dell'eccezione. — 6. Il diritto comune civilistico e 'la società che lavora'. — 7. Dalla legislazione operaia a un nuovo diritto comune?

1. *Leggi sociali e Stato sociale: un binomio inscindibile?*

La legislazione sociale caratterizza origini, evoluzione e pieno affermarsi dello Stato sociale. Il nesso si presenta strettissimo: con riferimento alle leggi e alle politiche sociali, al loro accrescersi quantitativo e qualitativo, misuriamo discontinuità con il passato e origine dello Stato sociale, ne individuiamo diversi modelli, fissiamo progressioni e battute di arresto nel moto che ne segna ascese e cadute (1). Le ragioni dell'intervento legislativo — paternalistico o autoritario, concesso/imposto dall'alto o conquistato dal basso — non alterano la tenuta del nesso, se non colorando diversamente le politiche sociali, i modi e i tempi di una sequenza causale che resta

(1) Cfr., ad esempio, J. ALBER, *Dalla carità allo Stato sociale* (1982), Bologna, il Mulino, 1987; G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale* (1991), Roma-Bari, Laterza, 1996; G. SILEI, *Lo Stato sociale in Italia — Storia e documenti*, vol. I-II, Manduria, Lacaita, 2003-2004; F. CONTI, G. SILEI, *Breve storia dello Stato sociale*, Roma, Carocci, 2005; M. FERRERA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, il Mulino, 1993. Con riferimento alla difficoltà/impossibilità di svincolare la storia delle leggi sociali dagli studi di *social policy* cfr. P. COLLIN, *State and Perspective of the History of Social Law — A Few Preliminary Remarks*, in « *Rechtsgeschichte* », 24 (2016), p. 365; ID. *State and Perspective of the History of Social Law in Germany*, ivi, pp. 393-401.

inalterata: industrializzazione, questione sociale, intervento statale/leggi sociali-speciali, affermazione dello Stato sociale. Esaltando l'interesse a un complessivo governo del sociale, a una sua 'pubblicizzazione', è del resto la stessa dizione 'Stato sociale' a proporre la centralità di un intervento 'speciale' che, andando oltre il diritto comune indifferente a situazioni sociali particolari, soccorre protegge aiuta sostiene indirizza assorbe governa la società.

Fra Otto e Novecento l'azione sociale dello Stato rende sempre più difficile distinguere diritto comune e speciale, privato e pubblico: strumento sempre più flessibile e pervasivo nelle mani del potere politico, le leggi sociali pongono in discussione consolidate distinzioni, frammentano l'assetto del diritto comune civilistico, avviano nuove costruzioni disciplinari. Il mutamento è evidente — anche agli occhi scettici dei giuristi fermi a contemplare la centralità ottocentesca del diritto uguale e le tradizionali ripartizioni del giuridico — con la prima guerra mondiale, quando la legislazione 'eccezionale' ridisegna l'ordine, compenetra tradizioni diverse d'intervento statale, ingigantisce l'intreccio « tra pratiche di coercizione e d'integrazione » (2).

L'assunzione dei diritti sociali nelle costituzioni rigide del secondo dopoguerra complica enormemente il quadro ma non allenta il nesso.

La discontinuità con il passato è netta e incide sul modo di considerare sia lo Stato sia l'intervento sociale: si democratizzano i processi decisionali, si fissano diritti garantiti anche contro le maggioranze parlamentari, si afferma il pluralismo e la partecipazione. Il riconoscimento dei diritti (civili, politici e sociali) mette in discussione la visione legicentrica e statocentrica, rendendo difficile appiattare la rappresentazione del sociale sul solo intervento statale. Nelle democrazie costituzionali il progetto sociale per il futuro è

(2) G. PROCACCI, *Le politiche di intervento sociale in Italia tra fine Ottocento e prima guerra mondiale. Alcune considerazioni comparative*, in «Economia & Lavoro», XLII (2008), pp. 17-43, p. 19; EAD., *Warfare-Welfare. Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918)*, Roma, Carocci, 2013. Si cfr. anche I. PAVAN, «Nelle trincee e sui campi». *Guerra, dopoguerra e Stato sociale in Italia (1917-1921)*, in *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, a cura di Laura Cerasi, Palermo, Edizioni Sislav-New Digital Frontiers, 2016, pp. 156-190.

iscritto nella fonte primaria che, da un lato, indirizza l'azione della legge e, dall'altro, riconoscendo la priorità della persona e della società, affida la trasformazione del presente anche alla dinamica dei conflitti entro una società pluralistica.

Se il legame si complica, non per questo però diviene meno forte. La storia dello Stato sociale è impossibile da scrivere — soprattutto nel 'trentennio glorioso' — ignorando il protagonismo dell'azione legislativa e amministrativa, la centralità 'gerarchica' dello Stato e della legge. La stessa analisi delle trasformazioni (e delle crisi) dei modelli di *welfare state* pone, del resto, costantemente in primo piano l'esplosione (e il declino) degli interventi pubblici, l'ipertrofia legislativa e la ricerca di vie di fuga dalla centralità della legge. A metà degli anni ottanta del secolo scorso, il dibattito su *de-regulation* e *juridification* affronta direttamente il dilemma della legge nel *welfare state*, considera i mutamenti quantitativi e qualitativi del suo ruolo e delle sue funzioni, ricercando alternative, nuove forme di 'autoregolazione' ⁽³⁾. Appare chiaro che il processo di giuridificazione non si lega soltanto alla legge (non va dimenticato, infatti, che la 'giuridificazione' principale del Novecento resta pur sempre quella costituzionale), eppure le vie di fuga dal nesso biunivoco Stato-sovrano/*welfare* e le effettive alternative alla « azione politica basata su una decisione parlamentare ed esercitata mediante un intervento statale » ⁽⁴⁾ non appaiono evidenti. E, del resto, è proprio con riferimento al declino, all'impotenza o allo stravolgimento, dell'intervento pubblico a fronte della 'legge' imposta dal mercato — o da organismi sovranazionali poco o per niente rappre-

⁽³⁾ Cfr. *Juridification of social spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and social welfare law*, ed. G. Teubner, Berlin-New York, de Gruyter, 1987; *Dilemmas of law in the Welfare State*, ed. G. Teubner, Berlin-New York, de Gruyter, 1986; G. TEUBNER, *Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle*, in « Quaderni fiorentini », 13 (1984), p. 122 e ss., con richiami alla *Selbstregulierung*; ID., *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, Milano, FrancoAngeli, 1985.

⁽⁴⁾ Lo fa notare nel dibattito di quegli anni Spiros Simitis con particolare riferimento al diritto del lavoro come « paradigma classico della giuridificazione ». S. SIMITIS, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in « Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali », 1986, pp. 215-276, p. 271 (è la traduzione del saggio presente in *Juridification of Social Spheres*, cit.).

sentativi — che misuriamo negli ultimi decenni capovolgimenti e decostituzionalizzazione delle protezioni del *welfare*: la reazione all'ondata neoliberale e alla provvidenziale centralità del mercato è attraversata non a caso da contrastanti impulsi nostalgici della forza della legge (statale e democratica) e scettici nei confronti di una *social law* sovranazionale in grado di contrastare effettivamente *the shift from legislation to contract* ⁽⁵⁾.

Se è difficile immaginare lo Stato sociale senza la legge, la pura messa a fuoco del profilo formale di un matrimonio indissolubile non aiuta però a individuare perimetro e contenuti di ciò che indichiamo con l'uno e l'altro termine, né a scorgere le molteplici tensioni che caratterizzano l'unione. All'impossibilità di racchiudere tutto 'il sociale' nella legge (o, se si preferisce, all'impossibilità di governare la società soltanto con la legge) vanno aggiunte le rivendicazioni di autonomia del sociale, le interpretazioni dei giuristi (della dottrina e della giurisprudenza), la tensione dei diritti, della 'lotta per i diritti', a protendersi oltre la legge e l'azione dello Stato. Considerando questi aspetti, la rappresentazione di un ruolo necessariamente incombente e fondante della legge dello Stato-sovrano è sicuramente ridimensionata, anche se la 'cosa' stenta comunque a sfuggire dalla gabbia imposta dal 'nome' ⁽⁶⁾.

2. *Oltre lo Stato: i dilemmi del welfare 'senza legge'.*

Le correnti di pensiero che fra Otto e Novecento teorizzano il diritto sociale come espressione autonoma della società, dello spazio

⁽⁵⁾ S. SCIARRA, *Social law in the wake of the crisis*, in WP CSDLE « Massimo D'Antona ». INT-108/2014, in particolare p. 3-4 e 17. Si cfr. EAD., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitti in tempo di crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2013; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, il Mulino, 2012. Si cfr. anche i saggi in « European journal of social law », 2014, 1, in particolare, L. NOGLER, *European Journal of Social Law: Pleading the cause for a social needs approach*, pp. 20-30.

⁽⁶⁾ Riguardo alla dizione 'welfare state' sono forti le perplessità dei suoi stessi 'padri', William Beveridge, Thomas Humphrey Marshall e Richard Titmuss, convinti che « welfare state phrase tends to evoke images of a mendicant clientele receiving undeserved benefits from an overbearing state ». D. GARLAND, *The Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 5.

‘intermedio’ fra Stato e individui, hanno un rapporto ambiguo con le leggi sociali, ora considerate un’espressione del « nuovo diritto », ora al contrario semplice manifestazione autoritaria e paternalistica dello Stato. La mediazione della legge appare in ogni caso inadeguata a ricucire in solitudine il divario tra Stato e società: chi esalta le nuove leggi le considera espressione di un diritto scaturente dai fatti, dalla nuova società che s’impone al legislatore; chi si oppone vede l’intervento ‘dall’alto’ come una semplice conferma del divario fra Stato e società.

Nonostante le celebrazioni retoriche dell’abbattimento del dualismo fra società e Stato, il corporativismo fascista non risolve ma esalta tale ambiguità. Presentata come « la più avanzata del mondo » (7), la legislazione sociale del fascismo non nasconde elementi di continuità con l’interventismo sociale dello Stato liberale ma rivendica nello stesso tempo una radicale differenza: « la differenza consiste nel carattere autoritario e di vera intromissione e coercizione statale che è proprio della legislazione sociale, in confronto al carattere di autonomia e libertà che domina l’ordinamento sindacale » (8). Protesa ad andar oltre la « torbida ed equivoca legislazione sociale » (9), a risolvere la crisi dello Stato moderno fissando unità, la politica sociale fascista diventa sempre più assorbente, sempre più protesa a stringere in un abbraccio ‘totale’ la società sottomettendola agli interessi dello Stato. Avendo sotto gli occhi l’esperienza degli Stati fascisti, Georges Gurvitch ripropone la differenza tra un *Droit social* dai contenuti autonomi e la legislazione sociale: l’ordine giuridico dei gruppi nulla ha a che fare con la legge sociale imposta da uno Stato preoccupato del benessere materiale di produttori e consumatori « resi schiavi », con una legge autoritaria che considera i soggetti deboli e oppressi soltanto come beneficiari passivi di provvedimenti imposti dall’alto. È la valorizzazione dei

(7) La frase di Mussolini (« La legislazione sociale del fascismo è la più avanzata del mondo ») campeggia sul frontespizio della rivista « Politica sociale » che avvia le sue pubblicazioni nel 1929.

(8) G. ZANOBINI, *La legislazione sociale*, in « Archivio di studi corporativi », II (1931), p. 197.

(9) Così Volpicelli (*Politica sociale e Stato corporativo*, in « Le assicurazioni sociali », XI, 1935) citato in I. STOLZI, *Politica sociale e regime fascista. Un’ipotesi di lettura*, in questo volume.

diritti sociali — che rivendicano uno spazio autonomo con una storia sociale parallela rispetto a quella dello Stato — a marginalizzare l'intervento statale, a opporsi alla politica sociale autoritaria: la *Dichiarazione dei diritti sociali* di Gurvitch è tutta attraversata da diffidenza e ostilità nei confronti della legge sociale 'totalitaria' ⁽¹⁰⁾.

La costituzionalizzazione dei diritti sociali non elimina però la tensione fra autonomia del sociale e interventismo statale. Ben presente nella breve stagione di Weimar in cui la mediazione statale, originariamente intesa come un'eccezione a fronte dell'autonomia del sociale, diviene sempre più rilevante ⁽¹¹⁾, tale tensione si ripresenta negli Stati costituzionali e pluralisti del secondo dopoguerra che pongono in relazione libertà e rimozione degli ostacoli economico-sociali all'uguaglianza, garanzia delle libertà fondamentali negate dagli Stati fascisti e affermazione dei diritti sociali. Più che la disputa teorica sulla compatibilità fra Stato sociale e Stato di diritto ⁽¹²⁾, sono le controversie circa le modalità di attuazione della Costituzione a proporre nel nuovo contesto il problema dell'equilibrio (ma la questione è spesso posta in termini di alternativa) fra necessario intervento della legge e concretizzazione dei diritti realizzata nel (e dal) pluralismo sociale, antepo-
nendo i diritti all'intervento dello Stato, parificando attuazione giurisdizionale e legislativa.

⁽¹⁰⁾ G. GURVITCH, *La Dichiarazione dei diritti sociali*, con prefazione di Norberto Bobbio, Milano, Ed. di Comunità, 1949; nuova edizione, a cura di A. Scerbo, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, in particolare p. 70 e ss. L'autonomia di contenuto del diritto sociale si lega nelle ricostruzioni di Gurvitch a una lunga e specifica « storia dottrinale » del concetto. Cfr. G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1931; ID., *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le 17^e siècle jusqu'à la fin du 19^e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

⁽¹¹⁾ Cfr. M. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State. Social Policy in Germany to 1945*, Berlin, Springer, 2013, p. 127. Nel 1932 Otto Kahn Freund rileva che la politica sociale si sta affermando « come pura assistenza e non anche come autotutela organizzata degli interessi » e che la tendenza a « subordinare le organizzazioni collettive ai fini dello Stato » è sempre più forte. O. KAHN FREUND, *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro*, ora in *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, a cura di G. Arrigo e G. Vardaro, Roma, Ed. lavoro, 1982, p. 221 e ss.

⁽¹²⁾ E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello Stato sociale e di diritto* (1954), in ID., *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973. Ma si cfr. M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 141-165.

La questione riaffiora nel costante ritorno degli scontri sulla qualificazione dei diritti sociali come veri diritti, come diritti fondamentali ⁽¹³⁾; uno scontro in cui la messa a fuoco dei luoghi comuni e dei fraintendimenti utilizzati per segnare il divario fra diritti di libertà e diritti dallo ‘statuto difficile’ (condizionati, esigenti, costosi, effettivamente azionabili soltanto dal legislatore e dall’amministrazione) ⁽¹⁴⁾, stenta comunque a eliminare le differenze, a rendere effettive le promesse del *welfare* e a estenderle « al di là del perimetro specifico dello Stato sociale » ⁽¹⁵⁾.

Con la crisi del *welfare state* il ruolo egemone della ‘legge sociale’ brilla per la sua assenza con effetti contrastanti. Le ricostruzioni che mirano a controbilanciare l’arretramento dell’intervento pubblico guardano sempre più a una società civile in grado di darsi un *welfare* senza Stato, riscoprono e recuperano forme di *welfare* comunitario, plurale, societario, mettendo a fuoco fonti regolative capaci di promuovere, oltre la legge, oltre lo Stato, forme di solidarietà generale. Il ‘welfare civile’ si aggiunge al binomio pubblico/privato, Stato/mercato ⁽¹⁶⁾; più radicalmente il costituzionalismo societario lega, oltre le forme di *welfare mix*, auto-regolamentazione e auto-costituzionalizzazione ⁽¹⁷⁾ per destrutturare completamente

⁽¹³⁾ Cfr., da ultimo, i diversi approcci al tema « Diritti sociali veri diritti? », in « Ragion pratica », 2016, 2, p. 471 e ss. Si cfr. in particolare M. FERRERA, *Teoria empirica della politica e diritti sociali*, pp. 475-494 e G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, pp. 495-518.

⁽¹⁴⁾ Cfr. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, cit., p. 495 e ss.; G. BONGIOVANNI, *Diritti dallo “statuto” difficile. Aspetti del dibattito italiano sui diritti sociali nel secondo dopoguerra*, in « Scienza e Politica », 24 (2001), p. 75 e ss.; Th. CASADEI, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, Firenze University Press, 2012.

⁽¹⁵⁾ S. RODOTÀ, *Solidarietà, un’utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 117. Sulle promesse mancate del *welfare* e sul ritorno della povertà si cfr. C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Milano, Feltrinelli, 2015.

⁽¹⁶⁾ Si cfr. almeno S. ZAMAGNI, *Slegare il Terzo settore* (Introduzione), in *Libro bianco del Terzo settore*, a cura di Id., Bologna, il Mulino, 2011; S. ZAMAGNI, L. BRUNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, il Mulino, 2004; C. RANCI, *Oltre il Welfare State. Terzo settore, nuove solidarietà e trasformazione del welfare*, Bologna, il Mulino, 1999.

⁽¹⁷⁾ Si vedano i contributi presenti in « Sociologia e politiche sociali », 14 (2011), 2: *Costituzioni societarie: politica e diritto oltre lo Stato*, a cura di R. Prandini e

la distinzione pubblico/privato e proporre sinergie fra solidarietà-uguaglianza, beni comuni e nuovi diritti sociali (18).

Insomma, mentre il *welfare* statale è morente, il *welfare* rinasce nel vivo delle relazioni sociali, oltre lo Stato, oltre (e contro) il 'riformismo neoliberale'. La legge, certo, non scompare (19), ma è come spostata sullo sfondo di una scena che ha in primo piano il confronto-scontro fra diritto/diritti e mercato in una società che pare rinunciare alla visione politica del *welfare* « come insieme di interventi pubblici » che offrono protezione (20) e, persino, in talune ricostruzioni, al ruolo ordinante e unificante del potere politico-costituzionale (21). In questa contrapposizione frontale è da inqua-

G. Teubner; nonché G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergenza delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005; Id., *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012; R. PRANDINI, *Culture e processi costituenti della società riflessiva. Globalizzazione, accelerazione e autoregolazione sociale*, Bologna, Bononia University Press, 2012.

(18) Cfr. *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, a cura di S. Chignola, Verona, Ombre Corte, 2012; in cui si veda in particolare, S. CHIGNOLA, *Introduzione*, e G. TEUBNER, *Istituzioni in frammenti. Il costituzionalismo sociale al di là dello Stato-nazione*.

(19) Anche in questa prospettiva resta infatti il problema della coercizione necessaria a sostenere le forme *obbligatorie* di sostegno del *welfare*, quelle forme giuridiche fissate storicamente dalle prime leggi sociali e dalle assicurazioni sociali — appunto 'obbligatorie' — per gli infortuni, la malattia, la vecchiaia, la disoccupazione; così come, del resto, resta rilevante il ruolo della legge anche nella promozione e l'organizzazione della solidarietà orizzontale.

(20) FERRERA, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, cit., p. 49.

(21) Si veda, in tal senso, la critica alla teorizzazione delle 'costituzioni civili', portatrici del rischio di una frammentazione settoriale, del rischio di far perdere allo stesso costituzionalismo « il suo valore universale e unificante », riportando in primo piano la logica economica e favorendo così semplicemente diritti compatibili con « una realtà nella quale la comunità degli affari sta producendo un suo diritto comune ». S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 420-421 e p. 114, riguardo alla difficoltà di « una fondazione unitaria del 'comune' » movendo da una « ricostruzione delle dinamiche della globalizzazione in termini di 'costituzioni civili' ». Cfr. anche R. CAR, *Via giuridica e via sociologica al global constitutionalism: una critica politica costituzionale*, in « *Giornale di Storia Costituzionale* », 32 (2016), pp. 183-204. Nello stesso numero si veda, in altra direzione, G. TEUBNER, *Autocostruzione esogena: come i sistemi sociali esternalizzano i loro paradossi fondativi nel processo costituzionale*, ivi, p. 51 e ss.

drare la « trasformazione semantica » del concetto stesso di riforma che — in una sorta d'inversione del percorso normalmente posto alla base dell'affermarsi dello Stato sociale — si presenta come legge sociale capovolta, come « distruzione della giuridicità » imposta dalla costituzione economica neoliberale (22).

Particolarmente indicativo è in tal senso il convulso dibattito identitario presente nel diritto del lavoro, uno specialismo disciplinare sempre più stretto tra proiezione universalistica dei diritti e riduzioni di tutele imposte dalla globalizzazione e dal diritto comune del mercato. L'eclisse del diritto fondato sui pilastri di Stato, legge e territorio, il prevalere dell'effettività sull'astratta validità, del pluralismo sulla monolitica gerarchia delle fonti (23), esalta aspetti iscritti nel codice genetico di una disciplina nata dal sociale, attenta al diritto vivente, al diritto radicato in una società che si auto-ordina; nello stesso tempo, però, il venir meno del 'sostegno' della legge disorienta, facendo emergere contrapposizioni che sembravano superate, mettendo in discussione le stesse ragioni del diritto del lavoro nato dalla crisi dell'uguaglianza del diritto comune ottocentesco e protagonista della complessiva tensione a subordinare — come sosteneva Marshall — il mercato alla giustizia sociale, la libera contrattazione alla dichiarazione dei diritti (24). L'idea del diritto del lavoro si presenta così in frammenti, scissa fra letture opposte della cittadinanza sociale, dell'intervento di regolamentazione autoritativa statale, dell'incidenza dei principi costituzionali, della proiezione universalistica delle tutele. Da un lato, il capovolgimento del para-

(22) U. MATTEI, *Contro riforme*, Torino, Einaudi, 2013, p. 18, 53, 65 e ss.; una critica al « riformismo neoliberale » che è da leggere nelle pagine di Mattei in stretta connessione al tema dei beni comuni: « I beni comuni non sono un mero terzo settore fra Stato e mercato ma sono un'intera visione politica, una pratica indispensabile per arginare la deriva estrattiva dell'uno e dell'altro » (p. 100). Si cfr. anche ID., *Beni comuni. Un Manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

(23) Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015; ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, in particolare pp. 284-287; ID., *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 29 (2000) p. 551 e ss.

(24) T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1949), Roma-Bari, Laterza, 2002.

digma costituzionale ⁽²⁵⁾ appare promosso dallo stesso intervento legislativo che rende l'inderogabilità della disciplina legale e collettiva sempre più evanescente, presenta al ribasso la solidarietà, riducendola nella dimensione della 'prossimità' e appiattendolo il diritto del lavoro sul mercato ⁽²⁶⁾. Dall'altro, il progressivo abbattimento dei vincoli e delle tutele è visto come restituzione ai lavoratori della prerogativa essenziale della libertà: la legislazione sociale, l'azione del sindacato e la normativa costituzionale hanno, in quest'ottica, la « missione storica » di emancipare la persona dalla condizione di debolezza contrattuale nel mercato per ricondurli al diritto civile ⁽²⁷⁾; a un diritto comune dei contratti 'uguale' che propone per tutti una piena autonomia negoziale che molto ricorda le mitologie del diritto comune ottocentesco e la troppo netta distinzione fra transitorio intervento pubblico e immutabile diritto comune civilistico.

3. *Lo Stato interventista fra collaborazione e conflitti.*

In connessione con la tensione ad affermare un *welfare* 'oltre lo Stato', è cresciuta l'attenzione degli studi storici nei confronti di percorsi posti accanto alla legge, di forme solidaristiche autonome, di collaborazioni tra società civile e Stato, 'ibridazioni' fra pubblico e privato.

La presenza dello Stato non scompare ma leggi e politiche sociali non sono più poste al centro della rappresentazione: l'affermarsi del monopolio statale sul sociale si stempera nel confronto con l'azione di gruppi 'terzi', nella collaborazione fra associazioni e

⁽²⁵⁾ Cfr., per tutti, A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in « Lavoro e diritto », XXX (2016), 1, pp. 17-34. Sul « capovolgimento » del valore inclusivo della Costituzione, si cfr. G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, Einaudi, 2013.

⁽²⁶⁾ Il riferimento va in particolare all'art. 8 della legge italiana n. 158 del 2011 che, a certe condizioni, consente al 'contratto di prossimità', al contratto collettivo aziendale, di derogare al contratto collettivo nazionale e di far cadere anche il predicato della inderogabilità *in peius*.

⁽²⁷⁾ P. ICHINO, *Il tortuoso percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Il diritto civile e gli altri*, a cura di V. Roppo e P. Sirena, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 39-89.

organismi politici. Fondandosi su legami sociali non riducibili né a uno spietato individualismo né alla solidarietà ‘imposta per legge’, confraternite religiose, corporazioni, associazioni, mutualismo, affermano ‘forme di welfare’ irriducibili all’accentramento statale, formano una vasta zona intermedia di pratiche solidali (caritatevoli, assistenziali, mutualistiche) antecedenti e successive alla svolta impressa dalle leggi sociali (28).

Il discorso pone in rilievo la continuità, la persistenza di forme associative autonome e l’affermarsi di forme di collaborazione con lo Stato ma lascia ai margini le discontinuità e i conflitti suscitati dall’intervento autoritativo dello Stato sulla società per controllare spazi di autonomia, per assorbire mutualità e cooperazione. Si pensi, ad esempio, al ruolo svolto in Italia, in tema di alfabetizzazione, di formazione, di assistenza e previdenza volontaria, di sussidi e assicurazione per casi di malattia e di disoccupazione, dal tessuto di forme associative a carattere mutualistico di diversa ispirazione — socialista, cattolica, mazziniana; una rete che spesso affianca o sostituisce l’attività di protezione sociale di organizzazioni religiose, opere pie, parrocchie, conventi. L’incontro con ‘l’ingerenza’ dello Stato non fu semplice e non sempre si svolse in termini di pacifica collaborazione (29): la regolamentazione legislativa delle società di mutuo soccorso divise il mondo delle associazioni, sia prima che dopo il faticoso approdo alla legge del 1886 sulla loro costituzione

(28) Cfr., ad esempio, S. ANTONIAZZI, M. CARCANO, S. ZANINELLI, *Il mutualismo. Per il nuovo Stato sociale*, con prefazione di T. Treu, Milano, Jaca Book, 2016; *Il Terzo settore nell’Unità d’Italia*, a cura di Emanuele Rossi e Stefano Zamagni, Bologna, il Mulino, 2011; M. STRONATI, *The History of Social Law in Italy: Some Considerations*, in « Rechtsgeschichte », 24 (2016), pp. 380-386; EAD., *Il paradigma del self-help: il rapporto tra capitale e lavoro nell’associazionismo mutualistico dell’Ottocento*, in *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, cit., pp. 53-73; EAD., *Una strategia della resilienza: la solidarietà nel mutuo soccorso*, in « Scienza & Politica », XXVI (2014), 51, pp. 87-100; A. VITTORIA, *Il Welfare oltre lo Stato. Profili di storia dello Stato sociale in Italia tra istituzioni e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2014.

(29) Lo stesso Luigi Luzzatti, proteso a porre assieme *self-help* e intervento sussidiario dello Stato, è critico nei confronti dei disegni di legge sul riconoscimento delle società di mutuo soccorso « tesi a determinare a priori, e dall’alto, i fini del mutualismo ». M. STRONATI, *L’idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza “minorile” nel primo Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), p. 858 e ss.

legale ⁽³⁰⁾; le tensioni divennero più consistenti con la crescita della politicizzazione dell'associazionismo operaio, con la scelta di privilegiare la lotta di classe, il conflitto sociale e lo sciopero, piuttosto che la collaborazione con l'intervento sociale governativo. Al di là dell'enfasi posta sull'ineluttabile avanzare della solidarietà, l'intervento statale creava contrasti, non mancava di essere avvertito come lesivo di spazi di libertà della società civile, come controllo autoritario. Con la crescita della fiducia nella possibilità di promuovere una trasformazione sociale attraverso il conflitto e la rivendicazione di diritti, a questi timori si aggiunsero presto nuove forme di diffidenza nei confronti di un intervento sociale-speciale che appariva indirizzato ad aumentare piuttosto che a ridurre i privilegi. Nel dibattito parlamentare della legge sugli infortuni sul lavoro i socialisti oppongono alla 'elemosina' dell'indennizzo offerto attraverso l'assicurazione obbligatoria, il risarcimento pieno del danno ottenibile stando alle nuove interpretazioni giurisprudenziali del rischio professionale: contrappongono l'allargamento del diritto comune civilistico alla legge speciale intesa, seguendo il modello delle assicurazioni sociali tedesche sostenuto da Carlo Francesco Ferraris, come fuoriuscita dal diritto civile ⁽³¹⁾. Modelli diversi di tutela si contrapponevano, intrecciando questioni giuridiche e politiche, distinzioni tra pubblico e privato, tra 'carità legale' e rivendicazione di diritti, con vecchie e nuove diffidenze nei confronti dell'interventismo statale.

L'individuazione di un 'nucleo originario' dello Stato sociale ⁽³²⁾ basato su convergenze e collaborazione fra diverse forme di solidarietà rischia, insomma, di sottovalutare le tensioni sottese al

⁽³⁰⁾ Nel 1862 le società di mutuo soccorso erano 443; divengono 1447 nel 1873, 2091 nel 1878; 4896 nel 1885. Nel 1904 erano 6535, solo un quarto di queste però erano legalmente riconosciute. Cfr. F. TAROZZI, *Le radici storiche del mutualismo e della cooperazione*, in *Dalle società di mutuo soccorso alle conquiste del welfare state*, a cura di A. Salfi e F. Tarozzi, Roma, Ediesse, 2014, p. 41 e ss.; pp. 47 e 67.

⁽³¹⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 409 e ss.

⁽³²⁾ Cfr. E. BARTOCCI, *Liberale, socialisti e cattolici nella formazione del nucleo originario dello Stato sociale in italiano: 1898-1919*, in *Povertà e innovazioni istituzionali in Italia: dal Medioevo ad oggi*, a cura di V. Zamagni, Bologna, il Mulino, 2000, pp. 671-709.

passaggio dalla libertà all'obbligo⁽³³⁾, di minimizzare l'impatto della pubblicizzazione sul diritto comune civilistico, la svolta poste in essere dalla nuova forma di ingerenza dello Stato sulla società.

Nella modernità ogni Stato si pone come 'Stato interventista' perché non cessa di limitare, stimolare, reprimere i processi sociali, imponendo norme, regolando amministrativamente casi singoli, assicurando « il governo della sicurezza »⁽³⁴⁾. Con lo sviluppo industriale e con l'emersione della questione sociale — legata, in modo pressoché esclusivo, al nuovo mercato del lavoro e alla questione operaia — l'azione statale si accresce, fissa nuovi confini fra società civile e Stato, sottrae spazi all'autonomia dei privati, crea nuovi saperi disciplinari⁽³⁵⁾. Il passato, certo, non si dissolve in un nuovo assetto istituzionale: risalendo oltre le leggi sociali, oltre la società industriale e la questione operaia, si possono scorgere protezioni offerte dal reticolo di comunità e corporazioni della società di antico regime, forme di autoorganizzazione in grado di assumere responsabilità comunitarie, oppure è possibile cogliere continuità con l'interventismo dello Stato di polizia, o ancora lasciati delle forme di cooperazione tra associazioni, corporazioni, comunità politiche e Stato poste in essere nella crescente sovrapposizione di « nuovi protagonisti e vecchi linguaggi » che caratterizza la « fine dell'ordine

(33) A. CHERUBINI, I. PIVA, *Dalla libertà all'obbligo. La previdenza sociale fra Giolitti e Mussolini*, Milano, FrancoAngeli, 1998.

(34) Sulle diverse declinazioni della sicurezza nella modernità — dalla sicurezza hobbesiana, come « precondizione per l'esistenza stessa della società » al « diritto alla sicurezza nella sicurezza dei diritti », dalla « sicurezza nello e dello Stato » alla « sicurezza nella società », al « governo della popolazione » posto in rilievo negli studi di Michel Foucault, si cfr. il numero di « Filosofia politica », XXIX (dicembre 2015), 3, dedicato a « Sicurezza », in cui si vedano in particolare i saggi M.L. LANZILLO, *Editoriale. Il governo della sicurezza*, pp. 385-394 (da cui sono tratte le citazioni riportate sopra); A. DEL VECCHIO, *Assicurare i soggetti. Sicurezza e dispositivi di governo della modernità*, pp. 405-420; A. ZANINI, *Sicurezza sociale. Un paradigma politico per il Welfare State*, pp. 421-432.

(35) Essenziale sul punto, con particolare riferimento all'intreccio fra leggi sociali e nascita della 'parte generale' nel diritto amministrativo, M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 11 (1989), pp. 129-147.

antico »⁽³⁶⁾. Le lontane radiazioni non risolvono, però, il problema posto dalle leggi sociali, percepite in discontinuità con il passato, considerate, ora con speranza ora con timore, dirompenti per l'assetto costituzionale della società ottocentesca, come momento di avvio di un nuovo assetto istituzionale dello Stato liberale.

Per quanto fosse stata caratterizzata da un'espansione tardiva e frammentaria, la legislazione sociale italiana all'inizio del Novecento si poneva come il motore dei mutamenti istituzionali: al progressivo abbandono del ruolo dello Stato caratterizzato esclusivamente dal carattere dell'autorità si congiungevano prime forme di coordinamento fra soggetti pubblici e privati, interventi tecnici necessari per la gestione delle nuove leggi sociali (così come accade con il Consiglio superiore del lavoro, il Consiglio della previdenza e delle assicurazioni sociali), sino a giungere poi — sempre sviluppando aperture presenti nell'amministrazione delle leggi sociali di inizio secolo — all'affidamento di « interi settori della nuova legislazione sociale a soggetti diversi dallo Stato »⁽³⁷⁾. Le forme di collaborazione che ridisegnano il volto dello Stato liberale e dell'amministrazione si muovono, però, lontano dal passato, gravitano entro l'orbita del diritto pubblico che assorbe e regola la 'gestione del sociale'.

Il nodo di tale mutamento è stato affrontato negli ultimi anni da una serie di studi che, utilizzando in chiave storica una (recente) categoria concettuale del diritto amministrativo tedesco, la *regulierte Selbstregulierung*, hanno per così dire sezionato il processo di pubblicizzazione, individuando una vasta zona di coordinamento fra interessi particolari e interessi comuni, di collaborazione fra pubblico e privato, d'ibridazione tra livelli normativi di origine statale e

⁽³⁶⁾ Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 138 e ss.

⁽³⁷⁾ « Lo Stato liberale, che nell'Ottocento si era presentato ai cittadini, nella veste dell'autorità, andò parzialmente caratterizzandosi come garante della corretta applicazione delle leggi sociali e anche — in parte — come soggetto attivo di nuove politiche pubbliche a esse immediatamente o indirettamente collegate ». G. MELIS, *Sistemi di tutela: previdenza, assistenza, legislazione sociale*, in *Il sindacalismo federale nella storia d'Italia*, a cura di F. Della Peruta, S. Misiani, A. Pepe, Milano, FrancoAngeli, 2000, p. 22 e ss.

non, tra dispositivi di regolazione statale e forme di autoregolamentazione sociale ⁽³⁸⁾.

L'autoregolamentazione regolata s'incunea tra intervento dello Stato e autonomia privata: il coordinamento tra privati interagisce con obiettivi pubblici, fissa e implementa norme, si pone come autoregolamentazione giudiziaria, assolve funzioni pubbliche grazie ad attori non statali, a comunità che agiscono per il bene comune con un'azione distinta da quella statale e da quella puramente privata ⁽³⁹⁾. Tale forma d'ibridazione si afferma sistematicamente con lo Stato interventista che piega (regola) l'autoregolamentazione) dei gruppi al raggiungimento di obiettivi ben determinati, al compimento di funzioni 'pubbliche' ⁽⁴⁰⁾. Rispetto alle forme antecedenti di collaborazione, impregnate da interessi puramente corporativi, l'autoregolamentazione regolata non realizza più fini particolari di gruppi *contro* e *senza* lo Stato ma, al contrario, è

⁽³⁸⁾ P. COLLIN, « *Gesellschaftliche Selbstregulierung* » und « *Regulierte Selbstregulierung* » — *ertragreiche Analysekatoren für eine (rechts-)historische Perspektive?*, in *Selbstregulierung im 19. Jahrhundert. Zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen*, ed. P. Collin, G. Bender, S. Ruppert, M. Seckelmann, M Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2011, pp. 3-31; P. COLLIN, S. RUDISCHHAUSER, *Autorégulation régulée. Analyses historique de structures de régulation hybrides*, in « Trivium », 21 (2016), qui si veda per un sintetico confronto circa l'uso della categoria della 'autoregolamentazione regolata' in Francia e in Germania.

⁽³⁹⁾ L'autoregolamentazione regolata si pone così come « Koordinierung gesellschaftlichen Interessen in Bezug auf ein gemeinsames Ziel mit (zumindest potentieller) Gemeinwohlrelevanz ». COLLIN, « *Gesellschaftliche Selbstregulierung* » und « *Regulierte Selbstregulierung* », cit., p. 9.

⁽⁴⁰⁾ *Regulierte Selbstregulierung im frühen Interventions- und Sozialstaat*, ed. P. Collin, G. Bender, S. Ruppert, M. Seckelmann, M Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012. Con particolare riferimento a norme di carattere tecnico che manifestano 'autonomia' rispetto alla centralità 'monocratica' della legge, cfr. M. VEC, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006, in particolare cap. III (p. 293 e ss.): « Rationalisierung durch Selbstorganisation: Überbetriebliche technische Normung »; si veda anche ID., *Reinsurance Law as an Autonomous Regulatory Regime? Resistance to Codification and Avoidance of State Jurisdiction in the Twentieth Century*, in *Managing Risk in Reinsurance. From City Fires to Global Warming*, eds. N.V. Haueter, G. Jones, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 206-229.

messa in opera *nello Stato, con e per lo Stato* ⁽⁴¹⁾. La via intermedia è collocata tra forma piena di statalizzazione (di monopolio statale della norma) e autonomia privata, assumendo diverse gradazioni di dipendenza e libertà determinate dalla vicinanza alla polarità statale o a quella puramente privata: l'associazione, in quanto forma ideale di autoorganizzazione privata, si presenta così come la forma più debole di autoregolazione regolata; al contrario, in prossimità del polo opposto, si collocano forme di autoregolazione quasi completamente assorbite nella sfera statale ⁽⁴²⁾.

Particolarmente fragile è il confine con il 'puro' diritto privato; un confine segnato dall'operare della *Gemeinwohlrelevanz* nel diritto comune dei privati 'soltanto' come limite alla loro autonomia, senza dunque assumere la diretta importanza per 'il bene comune' realizzata, in modo più o meno intenso, dalle diverse forme di *autoregolamentazione regolata*. La messa a fuoco della via intermedia minimizza così la contrapposizione tra pubblico e privato ma nello stesso tempo esaspera la distanza tra i poli estremi: l'autonomia privata, caratterizzata dal puro perseguimento d'interessi particolaristici (e da un ruolo assolutamente minimo dell'intervento pubblico); il polo statale, caratterizzato da pura imperatività. L'allontanarsi delle polarità apre inevitabilmente uno spazio ampio di normatività 'ibrida' configurabile come autoregolamentazione regolata, anche se il motore della trasformazione resta la pubblicizzazione, l'estensione dell'orbita del diritto pubblico che attrae spazi del diritto comune civilistico, assorbe e piega l'azione dei privati allo svolgimento di funzioni collocate in una zona di confine fra società civile e Stato sempre più difficili da ricondurre alla pura imperatività. Il campo di tensione determinato dall'ingerenza dello Stato sul diritto comune civilistico — il punto su cui più forti erano i contrasti nel dibattito giuridico sulle leggi sociali — è così temperato da forme di produzione normativa poste fra Stato e società civile, fra unità e pluralità.

Indirizzata soprattutto a cogliere il versante dell'amministrazione, la prospettiva d'indagine lascia ai margini del discorso i

⁽⁴¹⁾ COLLIN, « *Gesellschaftliche Selbstregulierung* » und « *Regulierte Selbstregulierung* », cit., p. 24 e 26.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 15 e ss.

conflitti interni al diritto comune civilistico: pur prescindendo dalle mitologie del *laissez-faire* di uno scontro tra privati sempre indirizzato al 'bene comune', restano comunque in ombra le rivendicazioni di diritti capaci di affermarsi *senza e contro* lo Stato, entro una sfera considerata 'autonoma' rispetto all'ingerenza statale; restano in ombra le interpretazioni del diritto comune civilistico capaci di promuovere una trasformazione giurisprudenziale del diritto vigente *au-delà du Code civil*.

4. *Sui confini fra Società civile e Stato: i proviviri e la « funzione sociale » nel diritto comune civilistico.*

Al di là delle forme di collaborazione poste in essere dal percorso di pubblicizzazione, la costruzione amministrativa dello 'Stato che lavora' ⁽⁴³⁾ si confrontava tra Otto e Novecento con modelli giuridici di governo del sociale che continuavano a scontrarsi in uno spazio in cui la crescente 'ibridazione' non si traduceva in una cordiale intesa fra Stato e società, in « funzioni sociali » convergenti per l'affermazione del 'bene comune'. Un profilo particolare attraverso cui considerare la questione può essere offerto dalle magistrature industriali, progressivamente regolamentate nel corso dell'Ottocento dagli Stati ma considerate come un modello di costruzione autonoma del 'diritto operaio' ⁽⁴⁴⁾, di affermazione nella prassi di un diritto vivente extralegislativo. Il fenomeno — inquadabile per molti aspetti come 'autoregolamentazione regolata giudiziaria' — fa emergere collaborazione e conflitti nella zona di confine fra azione sociale dello Stato e della società civile.

⁽⁴³⁾ Cfr. P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: 'Arbeitender Staat' e tradizione solidaristica*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, il Mulino, 1997, p. 277 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. A. COTTEREAU, *Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d'après les audiences prud'homal*, in « Le Mouvement social », 1987, p. 25 e ss.; ID., *Industrial tribunals and the establishment of a kind of common law of labour in nineteenth-century France*, in *Private law and social inequality in the industrial age*, ed. W. Steinmetz, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 203 e ss. Il « droit des ouvriers » affermato dai proviviri nella prassi è poi, nella ricostruzione di Cottereau, svilito e falsato da un « coup de force dogmatique », dalla creazione astratta della figura del contratto di lavoro. Cfr. ID., *Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France XIXe siècle)*, in « Annales HSS », 2002, p. 1521 e ss.

In Italia la legge istitutiva delle Giurie probivirali giunse tardivamente nel 1893. Enrico Redenti, uno fra i lettori più attenti della legge, ha la possibilità agli inizi del Novecento di considerare l'evoluzione storica delle Giurie e la trasformazione delle loro funzioni comparando diverse esperienze e presentando un primo articolato bilancio della loro attività nel *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (45). Lo scritto si inserisce nell'ambito delle Inchieste e ricerche statistiche promosse dall'Ufficio del lavoro diretto da Giovanni Montemartini che, subito dopo la nomina nel 1903 a direttore dell'Ufficio, aveva avviato studi e ricerche sulla trasformazione industriale, sull'andamento della legislazione sociale, sulle forme d'intesa fra industriali e lavoratori, all'interno di un complessivo progetto di gestione attiva del mercato del lavoro che mirava ad andar oltre lo scontro fra scelte protezionistiche e liberismo economico (46).

Redenti mira a cogliere le funzioni dei probiviri movendo dalla ricostruzione storica: affermatasi originariamente come « organi di pacificazione » legati all'assetto della società di antico regime, *prud'hommes* e arbitri municipali (47) non erano certo in grado — scrive — di contrastare la trionfante economia capitalistica che, « sotto l'egida del diritto privato », dei principi individualistici, dell'assolutezza proprietaria e della « santità del contratto », stava operando una « trasformazione della costituzione sociale », inasprendo i conflitti, moltiplicando disuguaglianze e povertà (48). Destinata a inevitabile fallimento, la « povera funzione » di pacificazione progressivamente muta e ai probiviri sono così sempre più attribuite funzioni giudiziarie. La conquista della « competenza giudiziaria » è da leg-

(45) E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* [Roma, 1906], ed. a cura e con Introduzione di S. Caprioli, Torino, Giappichelli, 1992. Cfr. Enrico Redenti, *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1995.

(46) V. GALLOTTA, *La committenza del Massimario: L'Ufficio del lavoro ed il suo Direttore, Giovanni Montemartini*, in Enrico Redenti, *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 81 e ss.

(47) I riferimenti vanno alla legge francese del 1806 e alla *Gewerbeordnung* prussiana del 1849 e ai successivi provvedimenti, ma il quadro comparato è particolarmente ampio e giunge sino alle esperienze dell'Australia e della Nuova Zelanda.

(48) REDENTI, *Massimario*, cit., p. [7] 83. Il numero tra parentesi si riferisce alla pagina dell'edizione del 1906.

gere nell'ambito della complessiva trasformazione della società e del diritto comune, s'inserisce nella « grande opera di rinnovamento » realizzatasi grazie alla « pressione della classe operaia » e al diffondersi della « coscienza dell'inutile iniquità di talune forme di sfruttamento », si lega alla fine della repressione dell'associazionismo, all'affermarsi dei conflitti collettivi e del « contrattar per gruppi », alle riforme adottate nei paesi più progrediti per creare « nuovi istituti di previdenza destinati a por riparo a certi momenti più stridenti della miseria operaia » (49).

Movendo da questo percorso, è possibile accostarsi alle funzioni attribuite dalla legge del 1893 ai probiviri (50). Redenti non ha dubbi nel classificare le Giurie operanti « in via giudiziaria » come « organi dello Stato » e la loro funzione come pienamente statale (51). Più complesso, invece, è l'inquadramento del nuovo ruolo assunto dalla 'primitiva' funzione di pacificazione posta « sui confini fra la Società civile e lo Stato » (52). I problemi nascono dalla difficoltà di classificare l'intervento sociale dello Stato: certo, la funzione statale implica l'esercizio di *imperium*, ma appare oramai chiaro (e il richiamo va tra gli altri a Lorenz von Stein) che esistono « funzioni statali subbiettive senza esercizio di *imperium* ». Come classificare allora l'attività di conciliazione che non è esercizio di

(49) Ivi, pp. [9-10] 85-86.

(50) Composte di giudici rappresentanti del mondo dell'impresa e del lavoro mediate da un presidente 'togato', le Giurie erano chiamate, in via generale, a svolgere le 'vecchie' funzioni di conciliazione e, in via giudiziaria (più ristretta per competenza) a comporre come Tribunali industriali le controversie individuali di lavoro sorte « per l'esercizio delle industrie » fra imprenditori, operai o apprendisti. L'ufficio di conciliazione (composto da un industriale, da un operaio e dal Presidente, nominato con decreto reale su proposta del Ministro dell'agricoltura, industria e commercio, fra i giudici togati e fra coloro che potevano essere nominati conciliatori) doveva espletare il tentativo di conciliazione anche per le controversie eccedenti la competenza per valore dei probiviri; in caso di fallimento del tentativo di conciliazione la Giuria (composta da due industriali, due operai e dal Presidente) poteva affrontare le controversie non eccedenti il valore di duecento lire, seguendo un 'rito speciale': il giudice disponeva di ampi poteri d'ufficio e le sentenze erano immediatamente esecutive (appellabili solo per incompetenza o eccesso di potere).

(51) REDENTI, *Massimario*, cit., pp. [3] 79 e [20] 96.

(52) « [...] là dove la distinzione fra organi e funzioni è fatta piuttosto di sfumature, di accentuazioni, anziché di caratteri tipici differenziali ». Ivi, p. [31] 107.

funzione sovrana (rispetto alle parti i probiviri agiscono « come fosse[ro] un gruppo od organo della società civile ») ma che, nello stesso tempo, è *officium* attribuito dalla legge? Redenti valorizza l'attribuzione: nell'esercizio della conciliazione i probiviri sono « emanazione della società civile » con una « missione » che « lo Stato ha consacrato in una legge [...] ed ha così, in certo modo attratto subbiettivamente entro la propria orbita »⁽⁵³⁾; l'originaria « funzione sociale » di « gruppi ed organi sociali » è attratta dallo Stato che « è intervenuto nel pubblico interesse a promuoverla e regolarla ». A trasformarla: per quanto si presenti apparentemente inalterata quell'azione sociale « non è più propria esclusivamente della società civile, ma è passata ad essere altresì funzione dello Stato »⁽⁵⁴⁾.

L'incertezza classificatoria (in cui affiora un uso ancora drammatizzato della distinzione tra diritto pubblico e privato) è risolta rinviando all'estensione dell'attività sociale dello Stato, all'allargamento dell'orbita del diritto pubblico ottenuta attraverso una forma di 'collaborazione' da cui, però, Redenti intende trarre conseguenze rilevanti sul piano del diritto civile. Movendo, infatti, da una visione unitaria dell'ordinamento sostanziale e processuale, egli deriva dalla modifica apportata all'ordinamento giudiziario una « *portata civilistica* (di diritto sostanziale) », « una influenza di merito sul diritto sostanziale considerato nella vita »: i probiviri possono e devono incidere nel diritto che « è, *deve* essere, una forza sempre vivente »⁽⁵⁵⁾. Pur essendo state originariamente pensate per una funzione di mera *pacificazione*, le giurie agiscono *con* il diritto e *sul* diritto, trasformano *il diritto vigente*, allargano l'orbita del diritto scritto, del diritto codificato⁽⁵⁶⁾. Redenti non crede che lo Stato di diritto possa rinnegare se stesso consentendo alle Giurie di applicare

⁽⁵³⁾ Ivi, p. [32] 108.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, pp. [32-33] 108-109.

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. [26] 102.

⁽⁵⁶⁾ « [Pur] rimanendo tuttora inalterato il loro ordinamento primitivo, essi falliscono il loro compito di pacificazione, ma come organi giurisdizionali (sia in 'via giudiziaria', sia in via di conciliazione *stricto sensu*) funzionano effettivamente e [...] con utili risultati » (ivi, p. [10] 86); « Pur tutelando il *diritto vigente* », i tribunali svolgono una « funzione che si esplica nella integrazione del diritto scritto, anzi [...] nel rendere attivo un meccanismo di integrazione del diritto codificato » (ivi, p. [26] 102).

il « diritto dell'avvenire », il « diritto proletario », il « diritto operaio », la trasformazione va operata interpretando sistematicamente il Codice e risolvendo i problemi di qualificazione giuridica delle leggi sociali, attingendo « alla natura dei fatti », per far emergere « un complesso di regole intermedie » fra le linee tracciate dal Codice e « la varietà dei casi concreti »⁽⁵⁷⁾. L'ingresso a pieno titolo nella giurisdizione consente insomma ai probiviri di trasformare situazioni di « mero fatto » « nella sfera di tutela e di garanzia del diritto »⁽⁵⁸⁾. L'attrazione della conciliazione tra le funzioni dello Stato (« non è più propria esclusivamente della società civile, ma è passata ad essere altresì funzione dello Stato ») indica invece la zona in cui, dopo l'abbandono della politica della repressione, lo Stato non può e non deve ingerirsi direttamente « con atto sovrano »⁽⁵⁹⁾, la zona in cui i probiviri agiscono da mediatori fra società e Stato, in attesa di un pieno ingresso nell'ambito della giurisdizione.

Le scelte del *Massimario* di Redenti furono ben accolte da Montemartini che fondava il suo progetto di regolamentazione giuridica del lavoro su tre pilasti da mantenere in equilibrio: contrattazione, probivirato, legislazione sociale⁽⁶⁰⁾. Posta al centro della tensione fra allargamento dell'orbita del diritto pubblico e trasformazione del diritto comune, la forma di collaborazione dei probiviri non mostrava una *pacifica* unione fra Stato e società, fra contrattazione e sviluppo razionale della legislazione sociale, fra crescita delle forme di tutela nel diritto civile e interventi di un'amministrazione che, con grande difficoltà, tendeva ad andar oltre la funzione di *imperium*⁽⁶¹⁾. L'equilibrio ricercato da Montemartini e proposto da Redenti con la sua lettura attenta a congiungere diritto vigente e diritto vivente riportava ai conflitti della società e agli scontri

(57) Interpretazioni queste — aggiunge — forse da respingere ma comunque derivanti da « un concetto che è del nostro diritto positivo ». Ivi, p. [68] 144.

(58) Ivi, p. [27] 103.

(59) È la zona sempre più estesa di 'autoregolamentazione' scaturente dai conflitti collettivi: qui il compito degli Uffici di conciliazione è di svolgere una « azione sociale diretta a facilitare e rendere più rapida la soluzione dei conflitti e cioè la desistenza dallo sciopero o dalla serrata, o la conclusione del contratto o dei contratti o del concordato, oggetto o causa del conflitto ». Ivi, pp. [15] 91.

(60) GALLOTTA, *La committenza del Massimario*, cit., p. 123.

(61) Cfr. MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 415 e ss.

riguardo alla possibilità di governare la questione sociale anche senza la legge.

Le letture e le ‘riscoperte’ del secondo dopoguerra dell’esperienza probivirale hanno teso, del resto, proprio a valorizzare l’esperienza dei « raddomanti di Stato alla ricerca del diritto vivente »⁽⁶²⁾ in contrapposizione, più che in collaborazione, con l’ingerenza statale, presentando i probiviri come « strumento di formazione extralegislativa del diritto », di formazione empirica di regole dirette a governare la questione sociale in « controcorrente » rispetto alle domande d’intervento della legge di matrice illuministica⁽⁶³⁾; come espressione di una « idea di giustizia che crea il diritto », « una produzione extralegislativa » che, « quando cerca[va] un aggancio nel sistema positivo delle fonti », lo trovava nel diritto privato, guardando al Codice civile e spingendosi al di là del diritto del Codice⁽⁶⁴⁾.

A fine Ottocento l’opposizione tra creazione giurisprudenziale del diritto e intervento legislativo è più che mai rilevante negli scontri riguardo alla ‘teoria del rischio’, una teoria nata nell’ambito del diritto privato ma destinata a divenire parte integrante dei sistemi di sicurezza sociale: la creazione giurisprudenziale, la « trasfigurazione giurisprudenziale » dei principi del Codice rappresentava un’alternativa alla legge speciale e alla collocazione della nuova teoria all’esterno del diritto comune. Certo, chiosa Raymond Saleilles, può essere necessaria « une loi sur la responsabilité industrielle. Il y a là un terrain nouveau qui demande une réglementation

(62) U. ROMAGNOLI, *Proviviri, brava gente*, in Enrico Redenti. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 23.

(63) G. GIUGNI, *La “giurisprudenza industriale” e l’esperienza dei probiviri*, in Enrico Redenti. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 151.

(64) P. RESCIGNO, *Conclusioni*, in Enrico Redenti. *Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, cit., p. 157-158. Nella lettura di Pietro Rescigno e Gino Giugni la formazione extralegislativa del diritto e l’estensione del diritto privato attuata dai probiviri erano, dunque, da porre in contrasto con l’ingerenza statale sul conflitto e l’autonomia collettiva, sul ‘contrattar per gruppi’. Il recupero di quella pagina di storia entrava in simbiosi nel secondo dopoguerra con le interpretazioni di quanti — e Rescigno e Giugni erano tra i principali protagonisti — avevano inteso « restituire » il diritto del lavoro al diritto privato dopo gli interventi autoritari del corporativismo, attuare la Costituzione e i diritti senza il necessario intervento statale, ‘senza la legge’.

nouvelle », resta però ferma la via della trasformazione giurisprudenziale del diritto civile:

Mais je crois qu'en attendant la loi, nous pouvons découvrir dans le Code civil lui-même, non seulement le principe, mais l'application même du risque industriel. C'est à la jurisprudence, qui d'ailleurs a déjà commencé à se faire là-dessus un système plus ou moins large et élastique, par voie d'interprétation. Je suis loin de dire que cela doit suffire à tout: mais je tiens que, comme principe, c'est excellent. Je suis d'une école qui tend de plus en plus à accorder beaucoup à la jurisprudence et à attendre beaucoup d'elle, beaucoup plus que la loi (65).

5. *Legislazione sociale e « diritto dello Stato »: le regole dell'eccezione.*

La possibilità di una complessiva trasformazione del diritto attraverso una produzione extralegislativa, di un'affermazione 'autonoma' del diritto capace di prescindere o di andare giudizialmente 'al di là' dall'intervento legislativo, resta un percorso posto ai margini rispetto alla centralità dell'intervento sociale dello Stato. Le leggi sociali si presentano come *diritto dello Stato* che afferma 'eccezioni' per ricomporre l'ordine attraverso meccanismi di esclusione e inclusione, coercizione e protezione. La 'specialità' dell'intervento, il suo porsi all'esterno del diritto comune della nazione, ai margini del vero diritto, caratterizza a lungo l'uso del termine legislazione sociale, costituendo poi un fardello nelle ricostruzioni giuridiche dello Stato sociale come dispensatore di diritti riferibili 'a tutti'.

A metà Novecento in due volumi fitti di dati sono raccolti e commentati *Cento anni di legislazione sociale italiana*: muovendo dagli Stati preunitari, passando per l'Italia liberale, il fascismo, la Repubblica sociale italiana, il Governo militare alleato, si giunge ai primi provvedimenti dell'Italia repubblicana (66). La raccolta ricomprende senza molte distinzioni interventi in tema di tutela del lavoro, di

(65) Cfr. M. SABBIONETI, *Le metamorfosi dell'illecito civile: interpretazione e creazione giurisprudenziale del diritto nella giurisprudenza della Cour de Cassation tra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), p. 397 e ss.; a pp. 442-443 la citazione di Saleilles.

(66) E. ROSELLI, *Cento anni di legislazione sociale — 1848-1950*, vol. I: *Titoli legislativi*; vol. II: *Commenti — Riproduzione atti legislativi*, Milano, Bernabò, 1951.

beneficenza, assistenza, mutualità, previdenza e assicurazioni sociali, pensioni, emigrazione, edilizia sociale; a questi si aggiungono provvedimenti in tema di 'sicurezza sociale' intesa nel senso di ordine pubblico. Interventi coattivi, mutualità e 'soccorso' si fondono nelle risposte a bisogni di « classi meno abbienti » popolate da domestici e operai, da oziosi e disoccupati, da vagabondi e accattoni ⁽⁶⁷⁾.

Intesa come insieme di provvedimenti indirizzati a far fronte al « bisogno umano », al « dolore », alla « pena umana », la legislazione sociale ha in queste pagine contorni indefiniti e carattere permanente: i provvedimenti, si scrive nella breve introduzione, « non mutano » perché non muta la necessità di fornire risposte al bisogno umano. In tanta continuità una trasformazione è comunque colta nel « progressivo salire dal piano privato formato dalle iniziative dei cittadini, al piano associativo, formato da gruppi di volontari, uomini che si raccolgono o per l'impulso del loro bisogno o per quello della loro volontà, al piano del diritto dello Stato che sostiene l'intervento di questa suprema autorità nell'interesse comune ». Seguendo tale movimento è così possibile individuare nei 'cento anni' un doppio passaggio: nel primo cinquantennio dal piano privato a quello *delle società*; nel secondo « dal piano delle società a quello statale » ⁽⁶⁸⁾.

Abbandonando il piano dell'azione privata e *delle società* per diventare « diritto dello Stato », la stessa dizione legislazione sociale diviene più specifica, mirata nell'interesse comune su obiettivi determinati. Povertà, malattia, disabilità, vecchiaia e morte 'non mutano' ma l'evoluzione dei provvedimenti indica un moto di avanzata del *diritto dello Stato*: dall'individuo alle associazioni, dalle associazioni allo Stato, dall'azione volontaria a quella statale. La legge guida, indirizza, monopolizza l'azione diretta a far fronte al *bisogno umano*, a contrastare il *dolore* e la *pena umana*. I commenti, per lo

⁽⁶⁷⁾ Particolarmente frequenti sono i riferimenti alle circolari. Così, ad esempio, vi rientra una circolare del Ministero dell'interno del 18 aprile del 1896 in tema di accattonaggio in cui i prefetti sono inviati, da un lato, a collaborare con autorità municipali, istituti pii, privati, per « promuovere tutte le istituzioni che mitigano le sofferenze delle classi meno abbienti » e, dall'altro, a far valere le misure penali necessarie, alternando spostamenti coatti con assistenza, indirizzo e 'consiglio al lavoro'. Cfr. ivi, vol. II, pp. 106-107.

⁽⁶⁸⁾ Ivi, vol. I, p. 14.

più descrittivi, ai vari provvedimenti mostrano la progressiva perdita della valenza onnicomprensiva della 'legislazione sociale' e il suo affinamento in senso moderno ⁽⁶⁹⁾, in relazione al 'farsi' dello Stato nazionale prescindendo però dai diversi assetti costituzionali. Colpisce, infatti, la presunta unitarietà del percorso, la continuità tra interventi disparati collocati tra i due « vertici » della repubblica romana e l'Italia repubblicana, dal libretto di lavoro al collocamento, dalla tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli alle assicurazioni sociali, dal lavoro industriale alle disposizioni per il contratto di mezzadria, dall'educazione morale, religiosa e professionale dei giovani 'oziosi' all'assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati; un'evoluzione il cui filo conduttore è l'assorbimento nell'area del 'diritto dello Stato' di tutele prima affidate al 'piano privato' e all'azione volontaria dei gruppi.

L'evoluzione legislativa si presenta nello stesso tempo come un processo di 'scoperta della società' e di differenziazione del diritto comune attraverso interventi circoscritti a categorie di soggetti ora da disciplinare e indirizzare, ora da tutelare e proteggere: « oziosi e persone sospette », « profughi », « famiglie indigenti di militari morti o resi inabili al lavoro combattendo per la Patria », fanciulli e donne lavoratrici, operai infortunati, malati, invalidi, disoccupati involontari. Ad accomunarli, a renderli meritevoli del sostegno della legge, più che la loro comune appartenenza alla nazione, è la loro impossibilità di esserne pienamente parte, di abitare in autonomia lo spazio della società civile, di esserne protagonisti. L'ingresso nell'area della protezione garantita dal 'diritto dello Stato' si presenta come esclusione dall'area del diritto comune, come eccezione al diritto di tutti. Ad accentuare l'impressione è, certo, l'elencazione 'senza storia' dei provvedimenti, la mancanza di distinzioni e di contestualizzazioni (dei bisogni, dei rischi, delle relazioni sociali, delle istituzioni, delle diverse forme d'intervento statale e dei tipi di Stato); l'arbitraria continuità segnala, però, un carattere fondamentale dell'affermarsi dello Stato sociale come 'diritto dello Stato' perennemente in bilico tra coercizione e integrazione, tra controllo

⁽⁶⁹⁾ Sui mutamenti del significato di legislazione sociale tra XIX e XX secolo cfr. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State*, cit., pp. 29-30.

e protezione, tra assorbimento della società e riconoscimento di diritti.

Bilanci antecedenti disegnano in maniera più circoscritta la legislazione sociale, precisando soggetti e momenti di svolta, mostrando la tensione dell'eccezione a porsi come diritto generale, ma la direzione complessiva del moto non cambia. All'inizio del Novecento, con richiami alla sociologia, all'organicismo e al solidarismo, a Comte e Fouillée, *trent'anni di leggi sociali* sono letti come espressione di un « nuovo concetto fondamentale del diritto che si impone al legislatore »: il « diritto proporzione » si impone sul « diritto uguaglianza », il « diritto integrazione » sul « diritto indifferenza ». A guidare l'espansione sociale è l'allargarsi delle competenze dello Stato sino « ai limiti della più cinica prepotenza » ma forte è la certezza che « le esigenze del tempo » imporranno il trionfo di una via intermedia tra « socialismo puro » e « individualismo puro »: « V'è un abisso tra il socialismo e lo Stato sociale a cui ci trascina l'evoluzione » (70).

I cinquant'anni di legislazione sociale considerati da Angiolo Cabrini alla vigilia del conflitto mondiale tracciano un percorso circoscritto alla « legislazione operaia », letta in connessione con l'allargarsi del suffragio e il processo di democratizzazione. Il filo conduttore è dato dall'inevitabile passaggio dalla « illusione » dell'assicurazione spontanea all'assicurazione obbligatoria: il fallimento della « previdenza spontanea » è segnato dall'approdo nel 1898 all'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro, una scelta destinata a porsi come modello anche in tema di assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia (l'inevitabilità dell'approdo è certificata dalla « conversione » all'obbligatorietà anche da parte del più intransigente dei sostenitori della previdenza spontanea, Luigi Luzzati). Leggi e progetti sociali d'inizio Novecento (71), sostenuti

(70) Bassano GABBA, *Trent'anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, p. 13 e ss.; 22; 121.

(71) Il riferimento va alla successione di interventi e progetti posti in essere tra il 1901 e il 1913 in tema di infortuni sul lavoro (testo unico del 1904), invalidità e vecchiaia (la 'conversione' di Luzzati è riferita al suo intervento all'VIII Congresso internazionale delle assicurazioni sociali), disoccupazione, protezione del lavoro nelle risaie, lavoro notturno nella panificazione, riposo settimanale e festivo, emigrazione,

dall'affermarsi dell'amministrazione caratterizzata da corpi consultivi (72), dall'azione del sindacato, accrescono l'azione statale, sviluppano la legislazione sociale (73). Il moto espansivo tende ad andar oltre il nesso tra legislazione sociale ed economia industriale (« si suole ripetere che quella segue questa come l'ombra il corpo »), « oltre i margini del proletariato manuale », per investire l'intera economia della nazione (74). La tendenza è propria della « società contemporanea », propria di tutti gli Stati moderni, coinvolge sotto la pressione del sindacato anche Inghilterra e Stati Uniti: « È dunque davvero tutto il mondo moderno che — sotto l'influenza delle correnti democratiche e man mano che il Codice civile si va allontanando dalle condizioni della vita reale — partecipa con moto sempre più accelerato alla preparazione del nuovo codice [...]: il Codice del Lavoro » (75). Legislazione sociale è avanzata di uno 'Stato sociale' che ha come protagonista il lavoro (76), è incontro tra il « riformismo cesareo di Bismarck » e la posizione di coloro che, erroneamente, rappresentavano « tutta la legislazione sociale come una conquista più o meno diretta del proletariato » (77); è « terreno della collaborazione di classe », campo di « confluenze politiche »

contratti e magistratura del lavoro, cooperazione e case popolari, provvedimenti « per la terra a chi la lavora » (piccola proprietà rustica, demani comunali), collocamento, ispettorato del lavoro. A. CABRINI, *La legislazione sociale (1859-1913)*, Roma, Bontempelli, 1913, p. 64 e ss., p. 137.

(72) Il Consiglio Superiore del Lavoro, il Consiglio della previdenza e delle assicurazioni sociali, la Commissione centrale delle cooperative, la Commissione centrale per le case popolari, il Consiglio dell'emigrazione, sono strumenti di democratizzazione e partecipazione che Cabrini valorizza sulla scia dei progetti di Giovanni Montemartini, cui peraltro il libro è dedicato. Ivi, p. 137 e ss.; 220 e ss., p. 236.

(73) « Quando la beneficenza privata e pubblica si mostra impotente a fronteggiare le miserie sociali, lo Stato — che vede più in là del singolo individuo o del gruppo, e si concede sempre più al processo di democratizzare — lo Stato si ispira a un interesse superiore — quello della collettività — e sviluppa la legislazione del lavoro ». Ivi, p. 209 e ss.; pp. 236-241.

(74) Ivi, pp. 241 e 230.

(75) Ivi, p. 235.

(76) Sullo stretto collegamento tra legislazione sociale e Stato sociale si cfr. L. GAETA, A. VISCOMI, *L'Italia e lo Stato sociale*, in RITTER, *Storia dello Stato sociale*, cit., p. 227 e ss.

(77) « [...] l'esame obiettivo dei fatti ci apprende che, in quasi tutti gli Stati, importantissime leggi sociali hanno preceduto di anni e qualche volta di decenni la

che opera una lenta trasformazione costituzionale del diritto comune, della società del Codice (78).

6. *Il diritto comune civilistico e 'la società che lavora'.*

In Italia il processo di costruzione del diritto nazionale e di 'scoperta della società' sono pressoché contemporanei: il Codice civile come espressione del diritto finalmente comune a tutti gli italiani, di un'identità giuridica nazionale avvertita come sottratta alla stessa onnipotenza del legislatore, si confronta presto con una società diversa da quella ipotizzata dagli entusiasmi risorgimentali e dalla 'società del Codice' (79). Il dibattito parlamentare e giuridico sulle leggi sociali, dagli anni ottanta, registra fedelmente l'incontro e lo scontro tra diverse rappresentazioni dei diritti e della società, dell'appartenenza dei soggetti alla nazione: il punto reale dello scontro non riguarda già più il dilemma intervento/non intervento bensì l'incidenza giuridica dell'azione dello Stato sul diritto comune, la possibilità di trasformare con una 'semplice legge' il diritto della nazione. Mentre mutano i parametri attraverso cui comprendere il soggetto e i suoi diritti — nella seconda metà del Ottocento « sono la società, la solidarietà, l'interazione fra le parti, la divisione del lavoro, la collaborazione, i parametri dai quali far dipendere la comprensione del soggetto e i suoi diritti » (80) —, nelle pagine dei giuristi si apre il confronto tra diritto generale e speciale, tra regole comuni al diritto della nazione che si fa Stato e le 'eccezioni' del sociale.

In che misura il *diritto dello Stato* può incidere sul diritto

formazione di una reale forza politica delle classi lavoratrici ». CABRINI, *La legislazione sociale*, cit., p. 236.

(78) Ivi, pp. 236, 241.

(79) Cfr. G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2012; P. COSTA, *Un diritto italiano? Il discorso giuridico nella formazione dello Stato nazionale*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 163-200, p. 184 e ss.

(80) P. COSTA, *Il discorso sulla cittadinanza in Europa: ipotesi di lettura*, in *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*, a cura di C. Sorba, Roma, Libreria dello Stato, 2002, p. 12 e ss.: p. 32.

comune? È possibile travolgere il diritto nazionale unitario, il diritto ‘di tutti’, con leggi sociali?

Le richieste di riforma non offrono una risposta unitaria: le reazioni solidaristiche contro la svolta impressa dalla rivoluzione industriale e dall’individualismo esasperato della Rivoluzione francese, contro il *laissez-faire* posto « sotto l’egida del diritto privato » e le ingiustizie connesse alla questione sociale, danno per acquisito l’ingresso in una società caratterizzata da una nuova forma di appartenenza tra i singoli e la comunità politica nazionale, si muovono allo stesso tempo *contro* e *dentro* il diritto comune a tutta la nazione.

Nel momento in cui in coincidenza con un’industrializzazione tardiva ma accelerata la questione sociale si precisa anche in Italia come questione operaia, il volto della legislazione sociale però lentamente muta, isolando una ‘eccezione’ particolarmente pericolosa *nel* diritto comune nazionale. Si susseguono, certo, invocazioni di leggi sociali per la soppressione del lotto, la riduzione della tassa sul sale, la limitazione dell’usura, il miglioramento del sistema carcerario e delle leggi di pubblica sicurezza, l’emigrazione, il miglioramento della pubblica istruzione, la revisione di leggi finanziarie, per disciplinare gli oziosi e ridurre il pauperismo, come strumento di ordine, come ‘valvola di sicurezza’ contro la ribellione, come educazione contro « l’ozio, la improvvidenza, la spensieratezza »⁽⁸¹⁾, ma è in riferimento al lavoro organizzato che il termine si precisa: la legislazione sociale diviene *legislazione operaia*, così come la questione sociale diviene *questione operaia*.

Non si tratta di fissare un obbligo di cura per il povero come dovere dello Stato⁽⁸²⁾, di interrogarsi sul principio della « carità

(81) L’ingerenza sociale dello Stato è richiesta e negata allo stesso tempo: « Io Stato — si afferma — non è mai riuscito a guarire la piaga del pauperismo, anzi, ne aggrava le condizioni, perché altro non fa che incoraggiare l’ozio, la improvvidenza, la spensieratezza ». Si cfr. sul punto G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 83 e ss.

(82) Previsto, ad esempio, nell’Allgemeine Landrecht (1794). Cfr. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State*, cit., p. 36; RITTER, *Storia dello Stato sociale*, cit., p. 44 e ss.

legale »⁽⁸³⁾, ma di confrontarsi con un « desiderio di emancipazione » giocato sul *piano del diritto*. A metà degli anni ottanta, di fronte alla « rivoluzione operaia », una pagina di Domenico Berti pone la questione oscillando tra necessità di una ridefinizione del diritto comune e specialità dell'intervento:

nei lavoratori comincia a fervere un vivo desiderio di emancipazione. La sottomissione spontanea ai comandi dell'imprenditore o del proprietario va diminuendo di giorno in giorno. *Il diritto è l'idea che prevale*, ed è quella con cui la rivoluzione operaia si va compiendo. Ove non si ponga mente a quest'*idea prevalente del diritto*, si corre il rischio di gettare le basi di un edificio che cederà ai primi colpi di martello dei lavoratori in moto. [...] Non si può tentare la risoluzione di siffatte questioni senza uscire dai termini del diritto antico. Noi non possiamo conferire personalità giuridica alle società di mutuo soccorso, se non applichiamo alle medesime la pienezza della libertà giuridica. Del pari non possiamo rimanere entro i confini del diritto comune, se vogliamo che sia sanzionato il progetto di legge per gli scioperi, quello sulla responsabilità civile dei padroni [...], quello sui probiviri, quello intorno al lavoro dei fanciulli e delle donne, e così molti altri [...]. *La legislazione operaia non sta, né può stare, nelle forme antiche* (84).

La necessità di approntare « provvedimenti speciali legislativi in favore della classe operaia »⁽⁸⁵⁾ modifica l'idea di legge sociale chiamando in causa il « diritto comune », le precedenti distinzioni, le « forme antiche ».

È sulla possibilità di 'produrre diritto' movendo dall'intervento sociale dello Stato che lo scontro si sposta. La strenua difesa del *laissez-faire* come fiera opposizione ai « socialisti della cattedra »

(83) È noto il riferimento di Cavour (articolo sul « Risorgimento » del 17 marzo 1848) alla « assoluta necessità di stabilire in tutti i paesi che hanno raggiunto un alto grado di ricchezza, sopra solide e prudenti basi, il principio della carità legale, affinché sia riconosciuto *quale uno stretto dovere sociale* il non lasciare nessuno esposto a cadere vittima delle estreme miserie ». Cfr. CABRINI, *La legislazione sociale*, cit., p. 18.

(84) Così Domenico Berti in un manifesto-bilancio delle proposte di riforma presentate come Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio del quarto e quinto governo Depretis (1881-1884). D. BERTI, *Le classi lavoratrici e il Parlamento*, Roma, tip. Voghera, 1885, p. 55 e 74.

(85) Ivi, p. 18. Per una più ampia contestualizzazione del testo cfr. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., p. 81 e ss.

e negazione della stessa questione sociale ⁽⁸⁶⁾ appare già lontana. L'apertura a una « ingerenza governativa » capace di *prevenire* e non solo *reprimere* ⁽⁸⁷⁾ resta accompagnata, certo, dal timore della fine dell'autonomia dei singoli e dell'avvento di un sistema dominato da un'autorità incaricata di regolare ogni cosa ⁽⁸⁸⁾, dalla convinzione — ben viva nelle proposte di Berti — che la presenza di un ente tutorio posto a « prevedere e provvedere » cancellasse l'impulso al risparmio, ingenerasse nelle « classi popolari falsi concetti attorno ai doveri dello Stato e speranze e pretese esagerate » ⁽⁸⁹⁾, lo scarto con il passato appare comunque dato dal porre una diretta relazione tra legge sociale-speciale e la libertà offerta 'a tutti' dal diritto comune, infrangendo il precedente tranquillizzante equilibrio tra interventi coattivi e limiti ammessi dal diritto comune, tra beneficenza e diritto.

L'intervento dello Stato, la legge speciale deve misurare 'l'eccezione' nel diritto comune, considerare la questione operaia oltre le « forme antiche » caratterizzate da controllo e soccorso, da interventi di polizia e « sottomissione spontanea », da « incentivi per gli oziosi ». La legge sociale ha a che fare con 'il diritto', non è estranea alla 'nuova società civile', all'ordine economico del mercato posto 'sotto l'egida del diritto privato'. L'utopia del *laissez-faire* è costretta a fare i conti con le contraddizioni dell'inclusione della 'società che lavora' nel diritto civile, oltre la logica dell'intervento assistenziale separato, inteso così come accadeva nella riforma della *Poor Law* del 1834 come incentivo a un lavoro sempre incompatibile con la

⁽⁸⁶⁾ Cfr. F. FERRARA, *Il germanesimo economico in Italia* (« Nuova Antologia » del 1874), ora in Id., *Opere complete*, vol. X, Roma, Istituto grafico tiberino, 1972, p. 565 e ss.

⁽⁸⁷⁾ G. BOCCARDO, *L'economia politica odierna come scienza e come istituzione* (1874), poi in Id., *L'economia politica moderna e la sociologia. Raccolta delle prefazioni dettate per la Biblioteca dell'economista*, Torino, Ute, 1883, p. 18 e 23.

⁽⁸⁸⁾ G. BOCCARDO, *Gli eretici dell'economia e la legislazione sociale* (1882), in Id., *L'economia politica moderna*, cit., p. IV e ss.

⁽⁸⁹⁾ Sono gli argomenti posti da Berti a sostegno della 'assicurazione spontanea', della 'previdenza libera, spontanea, fondata sulla privata iniziativa' posta in opposizione alla 'previdenza forzata'. Argomenti che Cabrini classifica come « lirismo » che accompagna « l'illusione della efficacia della assicurazione spontanea ». CABRINI, *La legislazione sociale*, cit., pp. 34 e 37.

povertà ⁽⁹⁰⁾, immaginando i disoccupati ‘volontari’ come unica classe separata dal resto della società ⁽⁹¹⁾; deve rileggere la distinzione tra vero diritto, diritto di tutti, e privilegio, benevolenza, soccorso, utilizzata in Francia, nel dibattito sul *diritto al lavoro*, per contrastare la richiesta di una prestazione positiva dello Stato. Certo, le parole di Thiers — « non bisogna fare di un soccorso, di un atto di benevolenza, un diritto »; « un diritto è di tutti; quando è un diritto di una sola classe, non è un diritto » ⁽⁹²⁾ — segnano ancora il confine tra giuridico e non giuridico, tra uguaglianza « possibile » e « ordine provvidenziale delle diseguaglianze di fatto » ⁽⁹³⁾, ma è il confronto *nel* diritto comune imposto dalla « rivoluzione operaia » a porre in termini nuovi la questione anche nell’Italia liberale.

Cos’è mai — si chiede ripetutamente nei dibattiti parlamentari

⁽⁹⁰⁾ L’assistenza resa ‘meno preferibile’ del più duro dei lavori disponibile sul mercato lega sostegni alla povertà e andamento del mercato del lavoro: il principio della *less eligibility* nella riforma del 1834 della *Poor Law* promuove coattivamente la ‘nuova società civile’ in cui la figura del ‘lavoratore povero’ si presenta come un ossimoro (G.G. BALANDI, *Mercato del lavoro (tutele nel)*, in *Enciclopedia del diritto*, Appendice, in corso di stampa, p. 3 delle bozze). Sulla fragilità del sistema si cfr. GARLAND, *The Welfare State*, cit., p. 20-25. Sul modificarsi dell’assetto delle tutele sino all’affermarsi dell’assicurazione sociale, cfr. E.P. HENNOCK, *The Origin of the Welfare State in England and Germany, 1850-1914. Social Policies Compared*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 26 e ss; 51 e ss.

⁽⁹¹⁾ La convinzione che la disoccupazione fosse fenomeno ‘volontario’ gioca un ruolo decisivo sino alla scoperta della disoccupazione ‘involontaria’ degli inizi del Novecento nell’ostacolare interventi di assistenza svincolati dal riferimento a una categoria di persone, i poveri, e rivolti invece a contrastare « diffusi bisogni sociali », per conferire ‘sicurezza’ a qualunque individuo caduto sotto « uno standard minimo nazionale di vita civilizzata ». L’argomento è alla base della relazione di minoranza presentato da Beatrice Webb alla fine dei lavori della *Royal Commission on the Poor Law* (1905-1908). Cfr. L. MARROCU, *Il contesto marshalliano: origini e sviluppo del Welfare State britannico*, in *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*, cit., pp. 143-144. Sull’Italia si cfr. M. ALBERTI, *La ‘scoperta’ dei disoccupati. Alle origini dell’indagine statistica sulla disoccupazione nell’Italia liberale*, Firenze, Firenze University Press, 2013.

⁽⁹²⁾ Il discorso di Thiers all’Assemblea Nazionale del 13 settembre 1848 — immediatamente tradotto (*Sulla proprietà e sul lavoro*, Milano, 1849) — ebbe vasta diffusione in Italia. Sul dibattito francese cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. II: *L’età delle rivoluzioni, 1789-1848*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 279 e ss.

⁽⁹³⁾ P. FIORENTINO, *Saggio di un esame critico dei Codici italiani*, Messina, Tip. del commercio, 1869, pp. 13-14.

— questo diritto comune opposto come insormontabile ostacolo alle riforme?

Anche l'istanza riformistica più cauta si scontra con la necessità di dimostrare che la legge sociale sta 'nei limiti' del diritto comune, non reintroduce *status* privilegiati, non modifica il diritto 'di tutti' con riferimento a una classe di persone, non si spinge, inseguendo ideali umanitari, sino al punto di « *proteggere i deboli e dirigere i forti* »⁽⁹⁴⁾, ma si limita semplicemente a *offrire* e non a *imporre* regole alle parti, a garantire previdenze facoltative e non obbligatorie. La ricerca di un nuovo punto di equilibrio è dominata, anche in queste posizioni, dall'affiancare *questione operaia* e (assetto costituzionale del) *Codice civile*⁽⁹⁵⁾, considerando la tenuta del modello Codice (« il codice civile francese, sul quale si modellarono in gran parte gli altri codici »), l'antagonismo tra il principio formale di uguaglianza civile e il « nudo fatto » della « più assoluta disuguaglianza di condizioni »⁽⁹⁶⁾.

Se la legge sociale-speciale interviene nel diritto comune, muta però l'intera logica del sistema giuridico che « si allarga », spingendo a nuovi compiti ricostruttivi la scienza giuridica e la giurisprudenza. Con enfasi, spesso poco proporzionata alla rilevanza degli interventi legislativi, si afferma che con le leggi sociali-speciali si va « *allargando ampiamente la sfera del diritto privato* »⁽⁹⁷⁾, comprendendo

⁽⁹⁴⁾ « È possibile stabilire a priori quali sono i *deboli* da proteggere e i *forti* da dirigere? [...] Lasciamo, adunque, che il dinamismo delle forze economiche determini la vittoria dei più previdenti, istruiti, solidali, senza proclamare sotto il velame di disposizioni di legge più o meno attuabili che gli uni sono deboli e vanno messi sotto tutela e gli altri sono forti e vanno trattenuti, frenati, vincolati nella loro azione ». Riccardo DELLA VOLTA, *Del contratto di lavoro nella legislazione civile*, in « La riforma sociale », IV, vol. VII (15 aprile 1897), 4, pp. 326-327 (corsivi nel testo).

⁽⁹⁵⁾ Cfr. Ernest Désiré GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, Cotillon, 1886.

⁽⁹⁶⁾ Badando sempre, però, a non cadere nella « critica distruttiva » proposta nell'« opera astrusa di un economista ed agitatore tedesco ». Così G. BEVILACQUA, *Saggio su la legislazione operaia in Italia*, Torino, Bocca, 1906, dalle p. 16-18 e 28 sono tratte le citazioni. Sul valore giuridico-politico del 'modello codice', si cfr. P. CAPPELLINI, *Codici, in Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 102 e ss.

⁽⁹⁷⁾ A. TORTORI, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, in « La scienza del diritto privato », III (1895), p. 595.

finalmente situazioni ignote ai principi individualistici, i gruppi, le associazioni, i nuovi soggetti⁽⁹⁸⁾. L'immagine particolarmente ricorrente nella civilistica 'neoterica'⁽⁹⁹⁾, indica una sorta di processo opposto rispetto all'allargamento del diritto pubblico, alla prospettiva, indicata da Anton Menger, pur citatissimo nel dibattito italiano, di un processo storico destinato a « sommergere con il diritto pubblico la proprietà e per conseguenza il diritto privato nella sua totalità »⁽¹⁰⁰⁾.

Le due prospettive paiono, in realtà, pericolosamente sovrapporsi: l'allargamento del diritto comune suscita timori ben più forti di un intervento legislativo confinato in una sfera sociale e politica separata e perciò meno pericolosa per l'unitarietà del giuridico. Garanzia, previdenza, prevenzione, norme inderogabili appaiono alla stragrande maggioranza dei giuristi come estranee alla sfera del giuridico: l'intervento dello Stato *non rende giuridici i rapporti sociali*, scrive Vittorio Emanuele Orlando per mantener ferma le distinzioni tra diritto e politica⁽¹⁰¹⁾; *non tocca l'essenza degli istituti giuridici*, aggiunge ancora all'inizio del Novecento Ludovico Barassi, pur intento a maneggiare la materia incandescente del contratto di lavoro⁽¹⁰²⁾. L'affermazione per cui le leggi sociali presentano « una impressionante trasformazione nei concetti fondamentali del diritto privato », che sono « espressione *giuridica* di necessità sociali », e non « legge di favore », appare ancora eretica all'inizio del Novecento⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁸⁾ C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in « La scienza del diritto privato », I (1893), p. 95 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* ». *Una Rivista progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 153 e ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, cit., p. 140.

⁽¹⁰¹⁾ V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione* (1887), in ID., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 159 e ss. Si cfr. ora sul punto I. STOLZI, *Le inchieste parlamentari. Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 119 e ss.

⁽¹⁰²⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, p. 2. Si cfr. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., p. 141 e ss.

⁽¹⁰³⁾ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro. Studi*, Roma Athenaeum, I-II, 1913-1914. Le citazioni sono tratte dai saggi *Criterii di interpretazione della legge sugli infortuni* e *Il diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni*, pp. 20, 31, 154.

Il dibattito sull'intervento « coattivo » dello Stato, sulla possibilità di introdurre norme inderogabili, fini sociali, propone un'immagine statica e contraddittoria del diritto comune; contraddittoria perché sorvola sulle coazioni esistenti, sui vincoli presenti nello stesso Codice civile pur enfatizzato come dominato da una 'libertà assoluta'. La 'coazione' imposta dall'intervento sociale si presenta così come ritorno allo *status*, regressivo attacco alla libertà del contratto e alla proprietà, come trasformazione obbligatoria della carità in diritto, come capovolgimento del privato in pubblico. Evitare « eccezioni al diritto comune », negare « privilegi », assoggettamenti senza limiti a doveri sociali incompatibili con la privata utilità, impedire una tirannica disciplina dei rapporti privati, uno smembramento delle figure civilistiche, restano parole d'ordine ricorrenti e fortunate: la legge sociale-speciale è inversione del moto dallo *status* al contratto, arbitraria instaurazione 'per legge' di un diritto privilegiato per una classe di persone ⁽¹⁰⁴⁾.

7. *Dalla legislazione operaia a un nuovo diritto comune?*

A fine Ottocento Tonio Bödiker annuncia che il sistema delle assicurazioni sociali tedesco rappresenta oramai l'ingresso in una

⁽¹⁰⁴⁾ Basti pensare alla fortuna di una pagina di Albert Venn Dicey scritta considerando la legge sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro: « This legislation bears all the marked characteristics of collectivism. Workmen are protected against the risks of their employment, not by their own care or foresight, or by contracts made with their employers, but by a system of insurance imposed by law upon employers of labour. The contractual capacity both of workmen and of master is cut down. [...]. The rights of workmen in regard to compensation for accidents have become a matter not of contract, but of status » A.V. DICEY, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*, London, Macmillan and Co., 1905, pp. 282-283. Per una critica alla pagina di Dicey si cfr. O. KAHN-FREUND, *A note on status and contract in British labour law*, in « The Modern Law Review », 30 (1967), p. 635 e ss. La tesi della 'inversione del moto' è sempre più diffusa negli anni del consolidarsi del *welfare state* per rappresentare la fuga dalla libertà di contratto, l'affermarsi di immunità e privilegi, un ritorno allo *status*, una fuga « away from individual will », « away from contract », « away from liberty ». Si cfr. G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 147 e ss.

nuova epoca ⁽¹⁰⁵⁾; pochi anni dopo Paul Pic scorge nella *législation industrielle* « un ordre légal moralement et pratiquement supérieur » ⁽¹⁰⁶⁾; le opposizioni tra liberisti e interventisti — scrive — sono scomparse quasi del tutto, sempre più ampia nei diversi paesi è la convergenza su protezioni concrete, la sostituzione delle astratte dottrine con un « mouvement historique de faits, des idées et des lois », l'affermarsi di « une sorte de droit commun européen en matière de protection ouvrière » ⁽¹⁰⁷⁾. Il volume reca, già in copertina, una citazione di Léon Bourgeois: « Je crois qu'il y a au dessus de nous, autour de nous, nous enserrant de toutes manières, une solidarité naturelle dont nous ne pouvons nous dégager. Nous naissons tous débiteurs les uns des autres ». La *législation ouvrière* — che Pic segue con la sua Rivista « Question pratique de législation ouvrière et d'économie sociale » ⁽¹⁰⁸⁾ — muove in Francia verso un « Code du travail », verso una « République du travail » ⁽¹⁰⁹⁾, in Europa verso il diritto comune della protezione operaia. Ne è convinto — come abbiamo visto — in Italia anche Angiolo Cabrini che, più generosamente, allarga lo sguardo a « tutto il mondo moderno ».

La legge sociale propone un diritto comune della protezione operaia che si allarga a tutto il mondo ma è come isolata e parallela rispetto al diritto di tutti; *non sta, né può stare, nelle forme antiche*, affermava Domenico Berti, ma continua ad essere percepita come se

⁽¹⁰⁵⁾ T. BÖDIKER, *Die Arbeiterversicherung in den Europäischen Staaten*, Leipzig, 1895, pp. III e IV. Sul ruolo rilevante svolto dell'alto funzionario nell'affermazione del sistema delle assicurazioni sociali cfr. STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State*, cit., pp. 64 e 73.

⁽¹⁰⁶⁾ P. PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Paris, A. Rousseau, 1903², p. 11.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 49.

⁽¹⁰⁸⁾ Obiettivo della rivista è di seguire i progressi e le fluttuazioni incessanti di « cette législation nouvelle, dont le but est, non de paralyser, mais de fortifier au contraire l'action individuelle par l'action législative, sage, mesurée et méthodique ». Così nel 'programma', I (febbraio 1900), 2, pp. 41-42.

⁽¹⁰⁹⁾ P. PIC, *La législation ouvrière*, in « Question pratique de législation ouvrière et d'économie sociale », I (gennaio 1900), 1, pp. 1-18. Pic tiene a sottolineare le differenze tra la legislazione sociale francese e il sistema della assicurazione sociale 'obbligatoria' tedesca. Sul percorso francese cfr. H. HATZFELD, *Du paupérisme à la Sécurité sociale, 1850-1940*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1989.

si ponesse accanto alle vecchie forme senza modificarle, senza incidere davvero sull'*idea del diritto*, sulla centralità della proprietà e del contratto come capisaldi dell'ordine costituzionale dello Stato liberale in crisi. Tra Otto e Novecento l'interminabile dibattito sulla natura giuridica delle leggi sociali oscilla tra polarità avvertite ancora come opposte, le norme sociali ora sono interpretate come transitorie norme speciali, ora come l'affermazione del 'nuovo diritto'. Il principio del rischio professionale, la sua proiezione fuori dal diritto comune, il suo porsi come fondamento esclusivamente pubblicistico della tutela, è come se potesse fermare l'oscillazione individuando una via in grado di contenere le antinomie, offrendo così l'effimera illusione di una costituzione civilistica ancora intatta. Non si può ripetere Carlo Francesco Ferraris « conciliare l'inconciliabile »: il principio del rischio, l'assicurazione obbligatoria, non sta, non può stare nel diritto comune ⁽¹¹⁰⁾.

Guardando proprio al passaggio dalla responsabilità civilistica all'assicurazione sociale, l'approdo all'*État providence* è stato presentato come un nuovo paradigma di governo della società introdotto dalla « technologie du risque », dalla sua « vocation à servir de technique générale de gestion des population »: l'assicurazione sociale riservata ai lavoratori legati da un contratto e derogatoria del diritto comune delle obbligazioni si trasforma progressivamente in diritto alla Sicurezza sociale: « Ce droit à la Sécurité sociale devient ainsi un droit commun qui si sépare du droit du travail » ⁽¹¹¹⁾.

Sospinto dalla politica di universalizzazione della 'legislazione operaia' all'ineluttabile passaggio di consegne, il diritto del lavoro si fa carico della 'transizione' tra due mondi, tra due paradigmi di 'diritto comune', l'uno funzionale all'altro, ma appare come intrap-

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., pp. 423-425.

⁽¹¹¹⁾ F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 333 e ss.; 389; 399; pp. 372-373: « 1880-1910, du début du débat sur les accident du travail à la loi sur les retraites: un espace de trente ans qui voit la naissance et l'institutionnalisation d'une nouvelle rationalité politique et juridique. Le partage libéral des obligations est aboli, et le principe de responsabilité est remplacé par le schéma de l'assurance comme diagramme de régulation sociale. [...] Au rêve politique libéral et à son rapport à la nature en succède un autre, où la société devient à elle-même sa propre fin ».

polato nel diritto 'di sempre' che continua a scorrere parallelo, inconciliabile con l'altro, impossibile da trasformare, da 'allargare'.

Il sentiero di trasformazione interna del diritto (e del diritto del lavoro, che si affermava anche 'oltre' la legislazione operaia, movendosi dentro e contro il diritto comune) e di affermazione del diritto vivente resta, in realtà, aperto. Un sentiero percorso nella crisi dello Stato moderno del primo Novecento soprattutto dal 'contrattar per gruppi', dalla 'lotta per i diritti', dalle istanze pluralistiche volte ad affermare un diritto originato dai fatti, dalla nuova società capace di produrre 'il suo' diritto, di andar oltre la legge dello Stato.

Il solidarismo di fine Ottocento e gli indirizzi pluralistici del primo Novecento non riuscirono a svincolarsi dalla centralità dello Stato, a muoversi 'oltre lo Stato' ⁽¹¹²⁾, ma avviarono la trasformazione del diritto oltre la costituzione civilistica. Nelle Costituzioni del secondo dopoguerra quel sentiero si è riaperto ponendo, prima dello Stato, la società, la persona e la sua dignità, i diritti: nuovo diritto comune chiamato oggi a sanare le separazioni e a sorreggere, sempre più in solitudine, senza i protagonisti sociali di ieri, un sempre più fragile 'Stato sociale'.

⁽¹¹²⁾ P. COSTA, *'Oltre lo Stato': teorie 'pluralistiche' del primo Novecento*, in « Sociologia e politiche sociali », 5 (2002), 1, pp. 11-35, p. 17 e ss.: anche nelle pagine di Santi Romano lo Stato conserva una sua indubbia centralità come « polo di attrazione di una pluralità di enti che si coordinano e si dispongono in rapporto ad esso ».