

La riflessione deve dunque adesso dirigersi sui principi costituzionali del lavoro per verificare se questi consentono di vincere la debolezza del contratto e di restituire centralità alla dimensione personalistica del lavoro.

CAPITOLO II

LE COORDINATE DELL'OBBLIGO DI SICUREZZA ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La rilevanza della « integrità fisica »: la salute come diritto fondamentale. — 3. « Personalità morale » e dignità della persona. — 4. Diritti della persona, diritti sociali e patrimonio costituzionale europeo. — 5. Persona e contratto. — 6. Diritti inviolabili e concorrenza tra valori costituzionali.

1. Premessa.

Il superamento della debolezza del contratto richiede, prima di tutto, una rinnovata messa a fuoco della centralità della persona che lavora, operazione, questa, essenziale per apprezzare l'indispensabilità dello schema contrattuale e la sua funzione riequilibratrice delle posizioni negoziali, riequilibrio diretto verso l'eguaglianza.

Nello sviluppare questo ragionamento non può dimenticarsi che nell'originario impianto del codice civile l'idea di persona era in realtà difficile da rintracciare (1) poiché nell'universo giuridico immaginato dal legislatore del codice civile si trova l'individuo o, meglio, « la massa amorfa degli individui. Non le persone. L'individuo ape-produttore. Non la persona con i suoi valori » (2).

Ed in verità anche l'individuo di ispirazione liberale viene

(1) BIGLIAZZI GERI, *Persona e lavoro*, in *Atti del XIII Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati*, Padova, 1994, 39: "Ho cercato le tracce della persona all'interno dell'universo giuridico creato dal codice civile, non solo nel Libro V. Con scarni risultati".

(2) BIGLIAZZI GERI, *Persona e lavoro*, cit., 41.

ripudiato dalla Relazione al codice se inteso come "atomo disperso ... staccato dall'organismo sociale, portatore di interessi privati in opposizione all'interesse pubblico e di diritti individuali naturali preesistenti allo Stato" (3).

La lettura evolutiva dei profili "personalistici" del codice civile è oggi in gran parte compiuta grazie all'avvento della Costituzione (4) che ha consentito di superare la mediocre ed asfittica concezione umana che emergeva dal modello prefigurato dal legislatore del 1942.

La Costituzione ha infatti accolto il principio personalista coltivando un finalismo intenso verso i diritti inviolabili della persona (5).

In verità proprio nel Libro V del codice, nel quale si colgono chiaramente i segni del modello corporativo e sul quale si sono concentrate le azioni demolitrici del legislatore e della Corte costituzionale, emerge che una "qualche concessione alla persona sembrava essere stata fatta" (6).

È infatti nel libro V che è contenuto l'unico riferimento alla "personalità morale" che abbia trovato posto nel codice civile: l'art. 2087 (7). Ed è sempre in questa disposizione che è contenuto il "secondo" riferimento all'integrità fisica già comparsa nell'art. 5.

(3) BIGLIAZZI GERI, *Persona e lavoro*, cit., 40.

(4) "Uno Stato non è pienamente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona umana, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità": Aldo MORO, Seduta del 13 marzo 1947, in *Assemblea Costituente*, I, 372.

(5) E. ROSSI, *sub art. 2*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 38 ss.; CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*², Padova, 2003; PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990.

(6) BIGLIAZZI GERI, *Persona e lavoro*, cit., 45.

(7) Ed infatti, nella *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile* — preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul "Valore giuridico della Carta del lavoro" — (*Gazz. Uff., Ed. straord.*, 4 aprile 1942, n. 79-bis, parte I) si legge: "Qualunque sia il suo posto gerarchico, il lavoro, sia esso dell'imprenditore o dei dirigenti, sia degli impiegati od operai, ha diritto a pari dignità. In questo senso il codice pone l'accento sul carattere collaborativo dei rapporti tra l'imprenditore e i prestatori di lavoro nell'impresa e statuisce come dovere fondamentale dell'imprenditore quello di provvedere alla tutela non solo dell'integrità fisica; ma anche della

Proprio le potenzialità espresse dall'art. 2087 impongono di verificare come i valori personalistici della Costituzione possono essere introiettati nel tessuto di questa disposizione.

2. La rilevanza della « integrità fisica »: la salute come diritto fondamentale.

La « integrità fisica » trova il proprio referente costituzionale nell'art. 32 Cost. (8).

In primo luogo occorre mettere in luce che il profilo fisico della persona non può essere disgiunto da quello psichico: l'integrità della persona è sia fisica che psichica ed entrambi tali profili sono senza dubbio considerati nella definizione costituzionale di salute (9).

È dunque corretto interpretare l'art. 2087 cod. civ. come riferito all'integrità non solo fisica ma anche psichica.

In secondo luogo, il rapporto fra salute e integrità psico-fisica

personalità morale dei prestatori di lavoro". Pur se espresso nel cuore pulsante del modello corporativo e con finalità che non possono certo ritenersi coincidenti con quelle proprie del nostro attuale sistema costituzionale, non può sottovalutarsi l'affermazione del principio di pari dignità e la natura "fondamentale" dell'obbligo (in verità del "dovere") di sicurezza.

(8) Sul principio costituzionale sancito dall'art. 32 Cost.: SIMONCINI, LONGO, *sub art. 32*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., I, 655; D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, V (Agg.), 2001, 1009; ID., *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999; M. LUCIANI, voce *Salute (Diritto alla salute - Dir. costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; SMURAGLIA, voce *Salute (III), tutela della salute - Dir. lav.*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1990; CHERUBINI, voce *Diritto alla salute*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 77 ss.; ALPA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Noviss. dig. it., App.*, VI, Torino, 1986, 913; PERLINGIERI, *Il diritto alla salute come diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1025; CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21 ss.; BUSNELLI, BRECCIA, (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978; MONTUSCHI, *Commento all'art. 32*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 146 ss.; MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, I, 2.

(9) D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, cit., 1015; BESSONE, FERRANDO, voce *Persona fisica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 193 ss.; CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 1984, 31; CHERUBINI, voce *Diritto alla salute*, cit., 83.

può essere costruito come relazione fra *genus* e *species* (10): la prima esprime un "valore ampio e dinamico strettamente dipendente dal suo rapporto con l'ambiente (naturale, familiare, di lavoro ecc.) (...)" (11), la seconda è un "valore statico da proteggere e da salvaguardare" (12).

Su queste basi, muovendo dall'elaborazione dottrinarina secondo cui la Costituzione avrebbe operato una "modifica tacita" dell'art. 5 cod. civ. mutando il concetto di integrità fisica con quello di salute di cui all'art. 32 Cost. (13) è possibile sostenere che una simile trasfigurazione abbia riguardato anche l'art. 2087 cod. civ., nel quale dunque deve ora leggersi come punto di proiezione finalistica della norma proprio il bene della salute.

Il precetto espresso dall'art. 32 Cost. "può essere pienamente inteso solo se inserito nel più ampio contesto di tutela della persona umana delineata principalmente dagli artt. 2 e 3 Cost.". La salute infatti "non è un valore a sé stante", ma "concorre con altri valori fondamentali in rapporto di reciproca integrazione e condizionamento" (14) ed il significato dell'art. 32 Cost. può essere pienamente colto solo se compreso nel contesto della tutela della persona umana (15), osservando il "legame inscindibile che lega la salute ad una piena realizzazione sia della libertà che dell'eguaglianza" (16).

Molteplici sono i significati che la salute può assumere anche sul piano evolutivo. Si consideri in particolare la definizione di salute adottata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità con il Congresso di Ottawa del 1986: "la salute non è semplicemente assenza di malattia, ma lo stato di completo benessere fisico, mentale e sociale" (17). In base a questa definizione può cogliersi il radicale

(10) SIMONCINI, LONGO, *sub art. 32*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 659.

(11) ALPA, voce *Salute (diritto alla)*, cit., 914.

(12) Cfr. D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, cit., 1016; SIMONCINI, LONGO, *op. e loc. cit.*

(13) ROMBOLI, *La "relatività" dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 568; ID., *La libertà di disporre del proprio corpo*, *sub art. 5*, in *Commentario del codice civile* SCIALOJA e BRANCA, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1988.

(14) D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, cit., 1018.

(15) D'ARRIGO, *Ibidem.*

(16) SIMONCINI, LONGO, *op. cit.*, 656.

(17) In tema v. CESANA, *Il « Ministero » della salute. Note introduttive alla*

mutamento di prospettiva che si è verificato dal dopoguerra ad oggi, pur secondo coordinate già individuate dall'art. 32 Cost. con un primato assoluto di originalità nel panorama europeo (18).

Nel contesto tracciato è indiscutibile l'assunto secondo cui quello alla salute è un diritto inviolabile della persona (19).

Il diritto alla salute si colloca dunque nel nucleo dei diritti inviolabili (20) fondato dall'art. 2 Cost. manifestando così la sua repulsione verso qualunque tentativo di equiparazione tra inviolabilità e risarcibilità (21).

Il dato sul quale occorre portare la riflessione è rappresentato dalla formulazione dell'art. 32 Cost. che rende inutilizzabili sia la distinzione fra libertà costituzionali negative e positive sia la (già superata) distinzione fra norme programmatiche e norme precettive (22). Soprattutto la disposizione costituzionale mette in rilievo

medicina, Firenze, 2000; MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2001.

(18) SIMONCINI, LONGO, *op. cit.*, 656 ss.: "disposizioni analoghe a quelle della Costituzione italiana sono rinvenibili solo in Costituzioni successive (Spagna, Portogallo, Irlanda). Cfr. MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza Costituzionale italiana*, III, Milano, 1972, 435.

(19) M. LUCIANI, voce *Salute*, cit., 4. Non sorgono dubbi sulla circostanza che l'aggettivo fondamentale enunciato dall'art. 32 Cost. equivalga ad inviolabile: MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà sociale*, in NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, 5 ss. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1989; CORASANITI, *Note in tema di diritti fondamentali. I diritti fondamentali inviolabili dell'uomo*, in *Dir. soc.*, 1990, 189 ss.; BARTOLE, voce *Principi generali del diritto (dir. cost)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 ss., partic. 523; MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 11 ss.

(20) La giurisprudenza costituzionale, fa frequente riferimento al "nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana": Corte cost. 17 luglio 2001 n. 252; Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Foro it.*, 2001, I, 1475; Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309, *ivi*, 1999, I, 2776; Corte cost., 17 luglio 1998, n. 267, *ivi*, 1999, I, 2792.

(21) Contro siffatta inaccettabile equiparazione che serpeggia in alcune tendenze giurisprudenziali: NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 77; SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985 19; ID., voce *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1099.

(22) SIMONCINI, LONGO, *op. cit.*, 657.

che è difficile "distinguere fra il contenuto del diritto e gli strumenti di attuazione del diritto stesso" e che "parallelamente non potrà esistere una nozione astratta di tutela della salute che non implichi la predisposizione di mezzi e risorse necessarie" (23). L'acquisizione oramai consolidata della "piena operatività del diritto alla salute nei rapporti di diritto privato" (24) esprime l'applicazione diretta dell'art. 32 Cost. nei suddetti rapporti secondo l'orientamento che ammette dunque la c.d. *drittwirkung* (25).

Sulla scorta delle indicazioni che emergono dal diritto vivente, il diritto alla salute, per potersi realizzare pienamente, ha la necessità non solo di proiettarsi nella dimensione risarcitoria ma anche di inverarsi mediante soluzioni rimediali che ne garantiscano l'effettivo

(23) SIMONCINI, LONGO, *op. e loc. cit.*

(24) Corte Cost. 14 luglio 1986 n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di PONZANELLI, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale, il danno alla salute*; *ivi*, 2976, con nota di MONATERI, *La Costituzione e il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico* (« Staatrecht Vergeht, Privatrecht besteht »); Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte e in Giust. civ.*, 1994, I, 3035, con nota di BUSNELLI, *Tre « punti esclamativi », tre « punti interrogativi », un « punto e a capo »*; Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2326, con nota di PONZANELLI, « *Pochi, ma da sempre* »: *la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione, trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità*; Corte cost., 22 luglio 1996, n. 293, in *Foro it.*, 1996, I, 2963, con nota di DE MARZO, *Brevi note sulla nozione di danno psichico*. L'intervento della Corte si è dispiegato anche sul tema dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, 1991, I, 1664, con nota di POLETTI, *Cronaca di un incontro annunciato: il danno alla salute e l'assicurazione contro gli infortuni*; Corte cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1992, I, 2340 (m), con nota di T. ESPOSITO, *Danno alla salute per infortunio sul lavoro*; Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 485, in *Foro it.*, 1993, I, 72, con note di BIANCO (*Corte costituzionale e danno biologico: incontri vieppiù ravvicinati*) e di FERRARI (*Danno biologico e danno previdenziale: una questione di copertura assicurativa del rischio*); Corte cost., 17 febbraio 1994, n. 37, in *Foro it.*, 1995, I, 84, con nota di CASTRONOVO, *Danno alla salute e infortuni. La Corte costituzionale e i diritti secondi*; Corte cost., 22 ottobre 1997, n. 319, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 1050, con nota di POLETTI, *Sull'estraneità del danno alla salute e del danno morale alle spettanze previdenziali*. Alle origini del danno biologico, in dottrina v. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in BUSNELLI, BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, cit. 519 ss.

(25) PISANESCHI, *La Corte costituzionale ed il danno alla salute: considerazioni in merito all'operatività dell'art. 32 cost. nell'attuale sistema di responsabilità civile*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 1072.

godimento e che inibiscano l'insorgenza di comportamenti offensivi o che siano in grado di paralizzare tali comportamenti una volta posti in essere, limitando ragionevolmente gli effetti pregiudizievoli per la salute umana.

La salute dunque "è un valore complesso" che presuppone "una tutela articolata e differenziata" (26).

In via di prima approssimazione può dirsi che nei rapporti con i terzi la tutela della salute risulta caratterizzata da un obbligo o dovere di astensione, ma quando la persona è parte di un accordo negoziale si è in presenza di "un vero e proprio diritto soggettivo a che la controparte adotti tutte le opportune cautele che risultano imposte dall'obbligo di protezione accessorio alla prestazione contrattuale principale" (27).

Nel diritto del lavoro, come si chiarirà, non è necessario ricorrere alla categoria degli obblighi di protezione poiché si è in presenza di un obbligo principale, pur tributario della suddetta categoria dogmatica (v. capitolo IV, paragrafo 1) e non vi è neanche necessità di evocare la teoria della *drittwirkung* posto che in virtù dell'art. 2087 cod. civ. la tutela costituzionale della persona può considerarsi introiettata nel rapporto di lavoro.

Proprio muovendo da tale impostazione non può negarsi che, come si chiarirà, nell'ambito del rapporto di lavoro la tutela prioritaria idonea a garantire la salute del lavoratore è rappresentata dall'azione di adempimento (v. capitolo VI, sezione prima).

Ciò non significa trascurare che la tutela effettiva della salute "è affidata alla convergenza di una serie molteplice di azioni e strumenti diversi e non da un unico ed assorbente meccanismo di garanzia" (28).

Tale fondamentale acquisizione si materializza anche in relazione alla garanzia della salute della persona che lavora: accanto ai rimedi che possono essere azionati dal lavoratore in sede giurisdizionale a tutela della propria salute esiste, come si vedrà, un com-

(26) D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, cit., 1036; ALPA, voce *Salute (diritto alla)*, cit., 915; CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 1984, 21 ss.; CHERUBINI, voce *Diritto alla salute*, cit., 77 ss., 79; PERLINGIERI, *Il diritto alla salute come diritto della personalità*, cit., 1025.

(27) D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, cit., 1037.

(28) SIMONCINI, LONGO, *op. cit.*, 658.



plesso apparato prevenzionistico posto a presidio della salute e della sicurezza (v. capitolo III, paragrafo 4 e capitolo V) che si intreccia con la tutela repressiva prevista dal diritto penale comune (29).

In questo quadro non può poi trascurarsi la tutela per l'invalidità e l'inabilità da rischio professionale finalizzata a garantire la cura e la riabilitazione per le menomazioni subite e l'indennizzo per i pregiudizi verificatisi nella sfera del lavoratore (30). Nella messa a fuoco di questo specifico sistema di tutela, in cui assume una particolare rilevanza l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, si è peraltro diffusa la consapevolezza della centralità assunta dalla prevenzione dei rischi per due importanti ordini di ragioni: a) le prestazioni economiche possono rimuovere lo stato di bisogno ma non necessariamente le ragioni di diseguaglianza sociale; b) il corretto ed efficiente funzionamento del sistema prevenzionistico ha la potenzialità di ridurre le risorse pubbliche che è altrimenti necessario erogare a fronte dei pregiudizi alla salute subiti dai lavoratori (31) e di contenere i pesantissimi costi sociali di tali pregiudizi (32).

In conclusione nell'art. 2087 cod. civ. si materializza il diritto alla salute quale diritto inviolabile della persona il cui contenuto può essere definito solo avendo riguardo agli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico per l'attuazione del diritto stesso.

3. « Personalità morale » e dignità della persona.

L'altro bene tutelato dall'obbligo di sicurezza è la personalità morale che, riletta alla luce delle coordinate costituzionali, appare

(29) COCCONI, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998.

(30) CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007, 422 ss.

(31) A. DE MATTEIS, GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005; CINELLI, *L'invalidità da lavoro nei principi costituzionali e comunitari tra prevenzione e indennizzo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1991, I, 303.

(32) Secondo l'Osservatorio statistico infortuni Inail, 1° maggio 2008, il costo sociale degli infortuni sul lavoro in Italia per il 2007 è stato di circa 45 miliardi e mezzo di Euro, con un valore corrispondente al 3,2 per cento del Prodotto Interno Lordo. In tema v. FRENDA, *Il fenomeno degli infortuni sul lavoro in Italia nel contesto internazionale e comparato*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2008, 17 ss.

trovare una naturale collocazione nel nucleo dei diritti inviolabili della persona espresso dall'art. 2 Cost. (33).

È proprio quest'ultima disposizione che, "affiancando all'invio- labilità dei diritti il riferimento all'uomo [...] esprime una garanzia per quei valori che costituiscono il suo nucleo primario ed essenziale, per quegli interessi talmente vicini alla sua sfera dell'essere che la loro lesione implicherebbe attentato alla dignità umana" (34).

La lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2087 cod. civ. consente di attribuire rilevanza centrale alla dignità della persona che lavora. In tal senso appare corretto ritenere che la chiave di lettura della personalità morale ex art. 2087 cod. civ. sia proprio da rinvenire nella dignità come valore giuridico e come fondamento dei diritti inviolabili della persona ex art. 2 Cost. (35).

(33) A. BARBERA, *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit.; CASAVOLA, *Tutela costituzionale dei diritti inviolabili*, in *Dir. uomo*, 1991, 11; SABATINI, *I diritti inviolabili dell'uomo nell'art. 2 della carta costituzionale*, in *Nuova rass.*, 2004, 2505.

(34) COSÌ NAVARRETTA, *Il danno esistenziale risarcibile ex art. 2059 c.c. e l'adeguamento della norma alla Costituzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 190 ss., 196; cfr. EAD., *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, ivi, 2001, 789 ss.; EAD., *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, ivi, 2004, 3 ss.

(35) Per il dibattito dottrinario sul tema della dignità nel diritto del lavoro: NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3 ss.; SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, 345; PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *Noviss. dig., App. IV*, Torino, 1983, 896; GAETA, *La dignità del lavoratore e i « turbamenti » dell'innovazione*, in *Lav. e dir.*, 1990, 203; CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza del lavoratore (tutela della)* in *Enc. giur.*, XI, Roma, 2000 (agg.); F. P. ROSSI, *La dignità del lavoro nei processi produttivi*, in *Dir. lav.*, 2002, I, 573; PERLINGIERI, *Dignità della persona e lavoro*, in *Dir. mer. lav.*, 2005, 517; NAPOLI, *Mobbing: dignità della persona e sfera giuridica del lavoratore*, in *Iustitia*, 2006, 277; PROTO PISANI, *Diritto del lavoro, dignità della vita*, in *Foro it.*, 2007, V, 6 ss. Sulle implicazioni civilistiche e costituzionalistiche della dignità: AMIRANTE, *La dignità dell'uomo nella Costituzione di Bonn*, Napoli, 1966; BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987, 40; RUGGERI, SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 225 ss.; NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 64; ALPA, *Dignità - Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 415 ss.; G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 801 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona umana nella società globalizzata*, in *Dem. dir.*, 2004, fasc. 2, 195.

Questa disposizione lega in modo indissolubile il concetto di inviolabilità al "patrimonio irrettrattabile della persona umana, intesa come totalità, ossia al principio supremo della libertà-dignità, in contrapposizione al tradizionale principio individualistico della libertà-proprietà" (36).

Importanti, come subito si vedrà, sono poi i richiami alla dignità umana contenuti in altre disposizioni costituzionali: il legame tra eguaglianza e dignità tracciato dall'art. 3 Cost. secondo cui il principio di eguaglianza si svolge nella direzione della "pari dignità sociale" ed è orientato al "pieno sviluppo della persona umana"; la dignità umana rappresentata come limite alla libertà di iniziativa economica privata nell'art. 41, comma 2°, Cost. (37).

La dignità assume senza dubbio contenuto ampio e dinamico coinvolgendo l'essenza più profonda della persona e, secondo una impostazione che ha percorso le più recenti riflessioni, è stata intesa come "posizione complessiva di un individuo come persona e dunque come membro di aggregati sociali; onde la menomazione di essa si riverbera necessariamente sulla sfera della personalità nel suo complesso e si risolve in un attentato alla libertà morale" (38).

È poi da osservare che la "personalità morale" enunciata nell'art. 2087 cod. civ. illumina anche il nucleo dei diritti della perso-

(36) MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 107.

(37) NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 66.

(38) SMURAGLIA, *La persona del prestatore*, cit., 345. Importante appare la riflessione giurisprudenziale anche meno recente sul tema. Si segnala in particolare, per la profondità delle argomentazioni, Pret. Bologna, 20 novembre 1990 (in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 84, con nota di ZILIO GRANDI, *Anche la dignità umana ha un prezzo: licenziamento illegittimo e art. 41, 2° comma, cost.* e in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 462, con nota di POSO, *Licenziamento offensivo e risarcimento del danno*) secondo cui per dignità deve intendersi «l'autocoscienza del singolo dei propri valori fondamentali come persona, quei valori, cioè, che ne guidano le azioni e che si tendono a trasmettere agli altri con contegni adeguati. Se questi valori possono diversificarsi secondo la strutturazione, anche culturale di ciascun soggetto, un nucleo minimo comune va ragionevolmente individuato in quei già richiamati pilastri fondamentali su cui si fonda il contratto sociale nello specifico momento storico. Ciò che equivale a dire: i diritti dell'individuo quali enunciati dalla Carta costituzionale e coi soli limiti degli identici diritti altrui. L'autocoscienza di cui si parla non rappresenta, perciò e a ben guardare, una nozione puramente teorica ma una precipitazione di sintesi che sta alla base di ciascuna personalità e che di essa rappresenta l'essenza, immateriale certo, ma, altrettanto sicuramente, prima».

nalità: il diritto alla riservatezza, all'onore, all'identità personale; si tratta, anche in tal caso di diritti inviolabili della persona, quali diritti di libertà (39), che non rappresentano un *numerus clausus* e rispetto ai quali l'art. 2087 cod. civ. può operare come momento di raccordo sistematico alla luce del valore costituzionale della dignità umana.

Orbene, le potenzialità di una lettura attualizzata della "personalità morale" alla luce dei principi costituzionali erano già sotto gli occhi degli interpreti che tuttavia non le colsero appieno per la comprensibile diffidenza nutrita nei confronti del modello autoritario e paternalistico sotteso al fascismo giuridico del Libro V del codice.

Eppure era chiaro il possibile "recupero" della personalità morale (40) collocata nel contesto del principio solidaristico e dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.), del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), dello stesso diritto alla salute (art. 32 Cost.), della "esistenza libera e dignitosa" del lavoratore e della sua famiglia (art. 36 Cost.), della tutela della donna lavoratrice e dei minori (art. 37 Cost.), delle fondamentali istanze di sicurezza sociale (art. 38 Cost.), della sicurezza, della libertà, della dignità umana destinate ad operare come limiti all'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2°).

Si tratta di quello stesso sistema di principi che ha consentito di individuare nel diritto del lavoro la funzione di tutelare la libertà e la personalità del lavoratore (41) e che è invece rimasto ai margini della riflessione sulla tutela della personalità morale enunciata dall'art. 2087 cod. civ. (42) emersa solo nella più recente riflessione in tema di danno alla persona, senza tuttavia affrancarsi

(39) NAVARRETTA, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, cit., 10.

(40) Cfr. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., 345 e *ivi* importanti intuizioni che ci appare abbiano anticipato l'attuale elaborazione in tema di dignità del lavoratore.

(41) F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1948, 273 ss; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nei paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965, 408 ss;

(42) Sul danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro come danno contrattuale v. capitolo IV, paragrafo 2 e capitolo VI, sezione seconda. Nel saggio *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro* (in *Resp. civ. prev.*, 2004, 1321 ss.), svolgendo considerazioni oggi portate a compimento in questo volume, mi ero già espresso per l'inutilità del richiamo all'art. 2059 cod. civ. nell'ambito del rapporto di lavoro, considerato l'art. 2087 cod. civ.

del tutto dall'influenza, a tratti pervasiva, della responsabilità aquiliana (43).

La personalità morale si presta ad essere osservata nel nuovo sistema di valori personalistici e solidaristici espressi dalla Costituzione ed opera dunque in contesto radicalmente diverso da quello ideato dagli estensori originari della disposizione, rivelando una sorta di *attrazione selettiva* per il *principio di eguaglianza* e per il *valore della dignità umana* richiamato dagli artt. 3, comma 1°, 36, comma 1° e 41, comma 2°, nei quali appare inscindibile il legame fra libertà e dignità come qualità insopprimibili della persona.

Preliminare ad ogni ragionamento sulla rilevanza della dignità nei rapporti tra i privati (44) è dunque chiarire il legame fra dignità e libertà, operando una scelta di campo: la dignità è uno degli attributi della libertà; la persona potrà invocare il rispetto della propria dignità ma il principio di dignità non potrà essere invocato per circoscrivere la libertà della persona che è dunque libera di definire il proprio "orizzonte valoriale", pur costituzionalmente tracciato (45).

La dignità costituisce il fondamento assiologico della libertà: la dignità dunque è l'« *irreductible humain* » inerente alla persona come "bene giuridico distinto dai diritti e dalle libertà fondamentali, che ne definiscono, invece, lo specifico e puntuale ambito di realizzazione" (46).

(43) Cfr. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, cit., 216.

(44) PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, 45 ss.; BUSNELLI, *Diritto privato italiano. Radiografia di un sistema*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 1 ss.; partic. 10 ss. PICCININI, *Sulla dignità del lavoratore*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 739 ss.

(45) G. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* cit., 801 ss. Ed invero la libertà costituzionale di definire il proprio sistema di valori non è illimitata ma vive dentro il sistema costituzionale; ciò non determina affatto la restaurazione di un ordine morale oppressivo: se da un lato al concetto di dignità appaiono estranee le categorie del consenso e della disponibilità, dall'altro è ormai consolidato negli ordinamenti democratici il divieto di ogni forma di controllo sociale sulle scelte di rilievo esclusivamente individuale. Ciò determina l'esigenza di definire in modo restrittivo il concetto di dignità (dignità fondamentale): PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., 61.

(46) PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., 53. In altro passaggio questo Autore afferma (p. 56) che la "la dignità dunque costruisce un orizzonte di irrinunciabile appartenenza della persona all'umanità, intesa come tessuto di mutue relazioni fondate su un imperativo di reciproco riconoscimento; essa viene dunque compresa come categoria del « prossimo », della comunanza con l'altro che è di

Quello di persona è concetto che, nel quadro del valore costituzionale della dignità, perde i caratteri della formalità e della astrattezza: "la personalità non è mera soggettività, semplice valore ontologico ma è anche una struttura di valore, un essere assiologico" (47) e la persona diviene un concetto concreto (48).

La persona è fatta di carne e di ossa, è portatrice di differenze irriducibili e di disuguaglianze da rimuovere.

La rilettura della personalità morale alla luce del principio di eguaglianza *disvela* il legame fra eguaglianza (49) e dignità.

È la "pari dignità sociale" enunciata dall'art. 3, comma 1°, Cost. che consente di declinare la dignità alla luce del principio di eguaglianza formale. Ed ancora nel principio di eguaglianza c.d. sostanziale (art. 3, comma 2°, Cost.) il riferimento alla "libertà" assume un significato specifico alla luce del valore di dignità: posto che la dignità è il fondamento assiologico della libertà, le limitazioni di fatto della libertà (art. 3, comma 2°, Cost.) possono tradursi in violazioni della dignità umana (50). Pertanto se si considera la pari dignità sociale come legame inscindibile fra eguaglianza e libertà si deve ritenere che la violazione della pari dignità sociale (art. 3, comma 1°) può tradursi in una limitazione dell'eguaglianza (art. 3, comma 2°) e ogni limitazione dell'eguaglianza può tradursi in violazione dell'« *irreductible humain* », e cioè della dignità umana.

Le coppie libertà/dignità ed eguaglianza/dignità si *rivelano* per

ogni individuo. In tal senso il soggetto viene qualificato come *Als Mitmensch*, come punto di riferimento di una relazione normativa con sé stesso e con l'insieme dell'umanità. È infatti questa la complessiva eredità della Shoah (...)"

(47) PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., 54.

(48) MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in MENGONI *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 123 ss.

(49) ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3, co. 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, I, 162 ss.; E. RESTA, *Il diritto fraterno - Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto*, in *Sociologia dir.*, 1991, 5; B. CARAVITA, *Spunti in tema di uguaglianza, libertà e autorità*, in ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, cit., 64 ss.; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984 91; CERRI, voce *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994; M. A. CATTANEO, voce *Uguaglianza*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, vol. XV, 417.

(50) Sulla rilevanza del valore libertà nel patrimonio assiologico del diritto del lavoro, v. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, cit., 252 ss.

l'interprete utili chiavi di indagine per osservare il rapporto di lavoro attraverso l'obbligo di tutelare la personalità morale che assume la veste di una norma generale del sistema giuslavoristico rivelandosi il *medium* per introiettare nel rapporto di lavoro il valore costituzionale della dignità (51).

L'art. 2087 cod. civ. assume dunque la funzione di connettere la sfera costituzionale e l'ordinamento civile consentendo alla dignità di assumere una particolare rilevanza nei rapporti fra datore di lavoro e lavoratore.

Ciò premesso occorre mettere in luce che appare estremamente complesso configurare un autonomo diritto al rispetto della propria dignità (52) privo di collegamento con i diritti inviolabili della persona.

La dignità, quale garanzia costituzionale della persona, può essere ritenuta la radice dei diritti inviolabili chiamata ad operare per il rafforzamento di questi (53). È dunque necessario « ricollegare la dignità umana alla specifica tutela dei diritti fondamentali e alle sue diverse forme: non può lasciarsi solo "l'umano", e limitarsi a parlare astrattamente della sua dignità » (54).

Il significato giuridico della dignità è infatti controverso come dimostra la riflessione costituzionale europea (55) e che anche nel sistema costituzionale tedesco, nel quale l'enunciazione del valore "intangibile" della dignità (art. 1 Legge Fondamentale tedesca) ha indotto la dottrina e la giurisprudenza alla più approfondita rifles-

(51) V. capitolo III, paragrafi 3 e 5.

(52) Cfr. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., 58.

(53) SCHEFOLD, *Introduzione al Seminario "La dignità umana"*, in *Osservatorio costituzionale*, Boll. n. 4/2003, Luiss Guido Carli, 1 ss.

(54) AZZARITI, in *Seminario "La dignità umana"*, in *Osservatorio costituzionale*, cit., 16.

(55) Non può trascurarsi che l'art. 1 della Carta di Nizza (su cui v. *infra*, paragrafo 6) è dedicato all'enunciazione della dignità umana inviolabile. In tema: Pierfrancesco GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, 2003, 41 ss. Sul tema della dignità deve segnalarsi una significativa pronuncia dei Giudici comunitari: CGCE, 14 ottobre 2004, n. 36/02, secondo cui "Il diritto comunitario non osta a che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell'ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana".

sione sul tema nel contesto europeo, il riconoscimento della dignità come diritto fondamentale viene sempre collegato ad altri diritti fondamentali, collegamento che ha dato origine "ad un diritto generale della personalità" (56).

In relazione al valore della dignità la giurisprudenza costituzionale tedesca ha fatto propria la proposta dottrina di recepire la formula kantiana secondo cui la Costituzione vieta "di degradare l'uomo a oggetto, semplice strumento, entità fungibile" (57). Per altro verso la garanzia costituzionale della dignità è stata valorizzata come controlimita al potere del legislatore di porre limiti ai diritti fondamentali giacché "la dignità umana come radice di tutti i diritti fondamentali non è suscettibile di bilanciamento con nessun diritto fondamentale singolare" (58).

Nel quadro descritto quello alla dignità è un diritto fondamentale composito, che fonda e rafforza gli altri diritti della persona (59).

Il valore costituzionale della dignità è pienamente operante nel rapporto di lavoro attraverso la "connessione" messa in atto dall'art. 2087 cod. civ.: può dunque individuarsi il diritto del lavoratore alla propria dignità quale diritto composito nel quale si innervano le fondamentali garanzie della personalità umana non riducibili nel diritto alla salute.

Il diritto alla personalità morale è dunque diritto alla protezione della personalità, diritto allo svolgimento della personalità, diritto all'integrità personale che non si traduce necessariamente in diritto alla salute (60) e che trova un fondamento culturale universale nel divieto kantiano di ridurre la persona ad "oggetto, semplice strumento, entità fungibile".

La garanzia costituzionale della dignità che trova la sua con-

(56) LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in Atti del Convegno "La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico", Roma, 2-4 ottobre 2004, 6.

(57) LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, op. e loc. cit.

(58) LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, cit., 7.

(59) LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, cit., 13; cfr.: CGCE, 9 ottobre 2001, n. 377/98, in *Foro it.*, 2002, IV, 25, con nota di PALMIERI, che enuncia un "diritto alla dignità e all'integrità della persona".

(60) Per converso il diritto alla salute è una chiara espressione della dignità della persona, al punto che può parlarsi di un "nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'invioabile dignità della persona umana": Corte cost., 20 novembre 2000, n. 509, in *Foro it.*, 2001, I, 1475, con nota di DALFINO.

nessione nell'art. 2087 cod. civ. presuppone una delicata opera di concretizzazione nella dinamica del rapporto di lavoro.

Si deve in tal senso condividere l'opinione secondo cui "parlare della dignità senza guardare ai casi concreti è forse permesso solo ai teologi e ai filosofi, ma non ai giuristi" (61) ed è peraltro in agguato il rischio di una mortificante banalizzazione della dignità come moneta spicciola nelle liti bagatellari giacché ogni esperienza di ingiustizia finisce per toccare in qualche modo il sentimento di dignità (62): occorre su questo versante sfuggire ad una visione intimista della persona, solo apparentemente riconducibile al valore della dignità ma che invece finisce per attribuire rilevanza a pulsioni meramente individualistiche, accreditando una pesante interferenza del potere giurisdizionale nella sfera più riservata della persona, chiamato a valutare secondo criteri imperscrutabili le sensazioni, i sentimenti, i meri stati d'animo, i cambiamenti di umore della persona (63).

Per scongiurare il rischio appena paventato appare opportuno accompagnare l'inveramento della garanzia costituzionale della dignità con la messa a fuoco degli indici normativi nei quali questa è idonea a trovare una propria concretizzazione (v. capitolo III, paragrafi 3 e 5).

4. Diritti della persona, diritti sociali e patrimonio costituzionale europeo.

Il dibattito sulla Carta di Nizza (64) ha consentito di avviare in Italia una riflessione ampia ed approfondita sulla dimensione sociale europea che appare senza precedenti (65). Nella Carta di Nizza —

(61) LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, cit., 14.

(62) LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, cit., 13. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 620 ss.

(63) In tal senso in sede giurisdizionale si avrebbe una sorta di esposizione mediatica della sfera privata simile a quella dei *talk-show* e dei *realities televisivi*, compendosi dunque, anche su questo versante, quel fenomeno di pubblicizzazione della vita privata descritto da CEPPEA, *Lotte di riconoscimento tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 365 ss.

(64) 18.12.2000, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee (2000/C 364/01).

(65) Sui temi legati alla Carta di Nizza vi è un vastissima letteratura giuslavoristica; fra i molti contributi v.: il fascicolo n. 4/2000 di *Riv. giur. lav.*, a cura di

di cui si annuncia finalmente la prossima vigenza (66) — si scorgono importanti segnali di riconoscimento dei "valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà" e in essa si avverte l'esigenza di "rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici" (67).

La Carta ha cura di "riaffermare, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costi-

VENEZIANI; ARRIGO, *La carta di Nizza: natura, valore giuridico, efficacia* in *Dir. lav.*, 2001, I, 607; DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 335 ss.; TREU, *L'Europa sociale: problemi e prospettive*, *ivi*, 2001, 307 ss.; GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario - Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. U.E.*, 2003, 352; SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, n. 24/2003; GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 519 ss.; RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, *ivi*, 2006, 891 ss.; BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *WP C.S.D.L.E., Massimo D'Antona*, n. 55/2007, 9 ss.

(66) Il Consiglio Europeo di Bruxelles, 21-22 giugno 2007 (*Conclusioni della Presidenza*, in *Consiglio dell'Unione Europea*, Bruxelles, 23 giugno 2007, 11177/07) ha stabilito che il progetto di Costituzione europea, oggetto di una lunga e faticosa gestazione, è "abbandonato" mentre si procederà ad elaborare un trattato "che modifichi i trattati esistenti allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata nonché la coerenza della sua azione esterna", trattato di cui si è programmata la ratifica entro il giugno 2009. Finalmente il 13 dicembre 2007 è stato sottoscritto il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità Europea (G.U.U.E. 17 dicembre 2007, n. C 306). In virtù delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea ora dispone che "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati". L'art. 6 cit. afferma che "le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati" e che "I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni". L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e delle conseguenti modifiche è prevista per il 1° gennaio 2009 e rappresenta una soluzione deludente rispetto al traguardo ambizioso della Costituzione europea. L'Italia ha ratificato il Trattato di Lisbona con l. 2 agosto 2008, n. 130.

(67) Carta di Nizza, Preambolo.

tuzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo" (68).

La dimensione sociale dell'Europa è chiaramente enunciata nella Carta sotto molteplici profili dai quali emerge una forte connotazione personalistica dei valori fondativi dell'Europa (69): la

(68) Carta di Nizza, Preambolo. A chiusura del Preambolo si afferma: "Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future".

(69) La dignità umana inviolabile (art. 1), il diritto della persona all'integrità fisica e psichica (art. 2), il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 6), il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), il diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 10), il diritto alla libertà di espressione e la libertà di opinione (art. 11), il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali (art. 21), il rispetto della diversità religiosa, culturale e linguistica (art. 22), il principio di parità fra uomini e donne (art. 23), i diritti dei bambini alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere, ad esprimere liberamente la propria opinione e ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori (art. 24); il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale (art. 25), il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26); la libertà di riunione pacifica e la libertà di associazione a tutti i livelli, segnatamente in campo politico, sindacale e civico e il diritto di ogni individuo di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi (art. 12), il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata (art. 15); il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27), il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero (art. 28), il diritto di ogni individuo di accedere a un servizio di collocamento gratuito (art. 29), il diritto di ogni lavoratore alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato (art. 30), il diritto di ogni lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose (art. 31, comma 1), il diritto di ogni lavoratore a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo

tradizione comune dei diritti costituzionali riconosciuti nei paesi europei è chiaramente individuabile, sebbene le enunciazioni non abbiano sempre la stessa limpidezza di quella delle costituzioni dei paesi membri. Il dibattito giuslavoristico sulla Carta di Nizza ha messo in luce sia il processo di enucleazione di un comune denominatore dei diritti sociali fondamentali destinato ad operare come parametro di "armonizzazione coesiva" (70) sia la tensione asimmetrica fra diritti sociali e libertà economiche nella quale queste ultime — pur innestate in un sistema cui non è affatto estranea la dimensione sociale (71) — appaiono dettare un rapporto di prevalenza (72).

Per questo secondo versante della riflessione, una volta che alla Carta di Nizza sarà attribuita forza giuridica vincolante, dovrà tenersi conto che l'ingresso dei diritti sociali avviene "nell'ambito di un sistema normativo che non riconosce la priorità dei diritti sociali fondamentali e che, al massimo, consente ai diritti sociali di porre limiti (proporzionati e giustificati da ragioni imperative di interesse generale) alle libertà economiche" (73).

giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite (art. 31, comma 2), il divieto del lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32), la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale (art. 33, comma 1) e il diritto di ogni individuo di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio (art. 33, comma 2), il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro (art. 34, comma 1), il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti (art. 34, comma 3), il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche (art. 35), la tutela dell'ambiente (art. 37).

(70) DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 345.

(71) L'art. 136 del Trattato CE prevede che "La Comunità e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.

(72) BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, cit., 18.

(73) BALLESTRERO, *ibidem*.

Al riguardo si è messo in luce che nella Carta di Nizza "ad un alto enunciato non corrisponde ancora per i diritti sociali un livello di protezione comparabile con la tutela che l'ordinamento europeo fornisce ai diritti economici e di libertà" (74).

Non può dunque trascurarsi il rischio di un "bilanciamento sbilanciato" (75) fra diritti sociali e libertà economiche (76) giacché il diritto comunitario tollera limitazioni ai diritti fondamentali dei lavoratori al fine di garantire la competitività comunitaria e la piena realizzazione delle libertà economiche (77).

L'obiettivo della Carta viene dunque ritenuto necessario ma non sufficiente sul versante dei diritti sociali perché si avverte la mancanza di "uno statuto giuridico di questi diritti che dia loro pari rilevanza, pari spazio e (almeno) pari dignità rispetto alle libertà economiche: statuto che il diritto europeo non ha (ancora) saputo mettere in piedi" (78).

In questo contesto i diritti sociali sarebbero destinati a giocare "solo sulla difensiva rispetto a dinamiche economiche globali considerate irreversibili ed irresistibili" (79).

Orbene occorre mettere in luce che la debolezza della soluzione normativa che si sta delineando sul piano comunitario consiste non tanto nel rischio di un bilanciamento sbilanciato fra diritti fondamentali e libertà economiche quanto piuttosto nell'assenza (o nella

(74) GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, cit., 522.

(75) BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, cit., 20.

(76) VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2000, 779 ss., 819: "La storia dei rapporti tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza è quella di una difficile convivenza, posto che il libero mercato gode di uno statuto giuridico più robusto rispetto a quello frammentario delle politiche sociali nelle quali si annida il diritto del lavoro".

(77) BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, cit., 21.

(78) BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, cit., 23.

(79) GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, cit., 523 che al riguardo richiama la posizione di RIDOLA (*La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in COSTANZO (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Genova, 2002, 22 ss.) secondo cui i diritti sociali assumono la veste di clausole di protezione. Sul rapporto fra dinamiche globali e diritto del lavoro, v. F. AMATO, *La tutela dei diritti fondamentali sociali e del lavoro nella globalizzazione dell'economia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 581 ss. Sulle sfide che la globalizzazione lancia al modello sociale europeo v. GIDDENS, *L'Europa nell'età globale*, Roma-Bari, 2007.

nebulosità) di criteri normativi adeguati ad operare un bilanciamento fra gli uni e le altre, aprendosi così davanti all'interprete un panorama sconfinato faticosamente riconducibile a sistema.

Anzitutto, pur prendendo atto della estenuante lentezza del processo di integrazione europea, soprattutto nella sua dimensione sociale (80) e degli imbarazzanti ripensamenti sul traguardo costituzionale, deve dirsi che la Carta di Nizza rappresenta un momento importante nella costruzione dell'Europa sociale, a condizione che in essa si intenda ricercare non un modello da porre in raffronto (o magari in conflitto) con le Costituzioni dei singoli paesi membri dell'UE ma il "denominatore comune" destinato ad operare come parametro di "armonizzazione coesiva" (81).

Tuttavia anche seguendo questo versante della riflessione deve mettersi in luce che il percorso appare incidentato giacché la Carta riflette una certa ambiguità di contenuti che rendono di incerta individuazione quel nucleo essenziale destinato a rappresentare la base minima dei diritti sociali dell'Unione europea ed il loro rapporto con le libertà economiche con il rischio di potenziali ed irrisolte asimmetrie (82).

In conclusione è legittimo attendersi che i diritti sociali fondamentali evocati dalla Carta di Nizza non trovino una piena corrispondenza nei diritti sociali sanciti dalle Costituzioni dei paesi membri dell'UE e sarebbe errato osservare la Carta in questa prospettiva (83) ma è del pari legittimo mettere in rilievo che nella

(80) VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam*, cit., 779 ss.

(81) DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 345.

(82) MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica fra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, cit., 8: "In quanto valori costituzionalmente riconosciuti e garantiti, i diritti fondamentali sono sempre intrinsecamente limitati, anche quelli enunciati nella carta costituzionale, senza richiamo nemmeno generico, di limiti (...). Nel caso di collisione tra due diritti o tra un diritto individuale e un interesse collettivo costituzionalmente protetto occorre procedere ad una valutazione ponderata (c.d. bilanciamento) per determinare, in rapporto alle circostanze concrete, la prevalenza dell'uno o dell'altro oppure la misura del contemporamento dell'uno con l'altro".

(83) MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 11: "Non si può tacere però che l'orientamento della solidarietà a identificare l'interesse collettivo su basi intersoggettive produce, come effetto collaterale di segno negativo, una tendenza all'etnocentrismo, ad assumere a misura esclusiva la cultura della comunità o della classe sociale entro cui la solidarietà opera, e quindi a rifiutare valutazioni diverse comunicate da altre culture".

Carta non appare affrontato con la necessaria chiarezza il rapporto fra diritti sociali e libertà economiche (84) e su una simile incertezza sarà molto complesso costruire le solide basi di un sistema comunitario idoneo ad operare il bilanciamento di valori di pari rango (85).

Per altro verso la Carta esprime il patrimonio costituzionale comune dei diritti sociali nell'Unione europea (86) e su questo piano è la stessa Carta (art. 53) a scongiurare le "invasioni di campo" (87) negli ordinamenti nazionali posto che le disposizioni della Carta non possono essere interpretate come limitative o lesive dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione europea, dal diritto internazionale, dalla Carta europea dei diritti dell'uomo e dalle costituzioni degli stati membri (88).

Se questo è vero non può che prendersi atto che la Carta da un lato è destinata ad essere raffigurata come nucleo essenziale della dimensione sociale europea con i numerosi limiti prima accennati (89) mentre dall'altro consente agli stati membri di adoperarla come uno specchio nel quale, in solitudine, osservare riflessa la propria immagine.

Appare allora che la strada da percorrere sia senza dubbio quella del patrimonio costituzionale europeo a condizione che di esso non si accolga una concezione statica e storicizzata: la tradizione europea

(84) E su questo versante deve certo accogliersi il suggerimento metodologico di RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, cit., 894, che invita a considerare la (ormai abbandonata) Costituzione europea nel suo complesso: "(...) non ci si può limitare ad esaminare soltanto le norme della parte I, che riproducono il contenuto della Carta di Nizza, ovvero i soli diritti sociali. Al contrario occorre guardare all'insieme del testo costituzionale (...)".

(85) MENGONI, *I diritti sociali*, cit., 1 ss., partic. 8.

(86) Sul tema v. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, cit., 891 ss., secondo il quale (892) il principale merito della Carta di Nizza "è quello di riprendere alcuni principi, già presenti nella tradizione del vecchio continente, e di ribadirli, attraverso una sorta di ricezione nel diritto positivo comunitario".

(87) RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, cit., 909.

(88) BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, cit., 21, che peraltro esprime dubbi sulla reale "tenuta" della c.d. sussidiarietà orizzontale.

(89) Non possono peraltro sottovalutarsi le implicazioni derivanti dalle differenze presenti nei singoli ordinamenti sul versante della individuazione dei valori comuni; cfr.: COSTANZA, *Spaesamento assiologico*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 77 ss.

dei diritti costituzionali deve essere sottoposta ad una lettura dinamica fondata sulla tensione e sulla reciproca azione di influenza fra diritto nazionale e diritto comunitario che appare l'unica in grado di vivificare e riempire di contenuto le enunciazioni della Carta di Nizza.

Il dialogo fra le Corti europee e la Corte di Giustizia e la ricerca sistematica del raffronto fra diritto comunitario e diritto nazionale hanno peraltro già dimostrato di avere prodotto interessanti risultati proprio sul terreno dei diritti fondamentali dei lavoratori (90).

Dal nostro più ristretto angolo visuale possiamo considerare che le enunciazioni dalla Carta di Nizza [in particolare: la dignità umana inviolabile (art. 1), il diritto della persona all'integrità fisica e psichica (art. 2), il diritto di ogni lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose (art. 31, comma 1)] si collocano in una linea pienamente coerente con le coordinate costituzionali dell'obbligo di sicurezza tracciate nei precedenti paragrafi.

5. Persona e contratto.

Una volta messa in luce la centralità della dimensione personale nel rapporto di lavoro occorre ribadire le ragioni profonde del contratto come fonte del vincolo che lega il lavoratore ed il datore di lavoro.

Non lontana dal nostro tema appare la riflessione sulla categoria generale del contratto e sulla centralità del codice civile, riflessione che, non a caso, in tempi recenti si è intrecciata con il dibattito sulle fonti del diritto (91).

Dalla declamata autosufficienza del codice civile, che caratterizza il primo trentennio della sua esistenza si è giunti all'era della sua «espropriazione», che, negli anni settanta del novecento, muove verso l'utilizzazione in senso sociale del contratto e determina l'avvento della legislazione speciale (la c.d. pubblicizzazione del diritto privato) quale attuazione della Carta costituzionale (92).

(90) FOGLIA, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione del diritto sociale comunitario e le prospettive per il futuro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 27, 79 ss.

(91) GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, 11 ss.

(92) BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. crit. priv.*, 2001, 162

Per altro verso dopo l'annunciata e controversa crisi del contratto (93), anche per effetto della erosione messa in atto dalla disciplina sovranazionale (94), si è pervenuti in tempi recenti ad ulteriori e contrastanti linee di tendenza: da una parte una nuova stagione del contratto come categoria generale nel quadro della progettata codificazione europea (95) e dall'altra l'affermata centralità della *lex mercatoria*, che presuppone un sistema di regole messo in atto dal ceto imprenditoriale senza l'intervento del diritto statale, sistema destinato a disciplinare "i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati" (96) in uno scenario globale sottratto alla giurisdizione dei pubblici poteri (97).

Queste due ultime linee di tendenza non appaiono sottrarsi a quella che è stata definita "l'ombra del mercato" (98): se la seconda presuppone il superamento delle fonti regolative pubblicistiche in uno scenario che è quello della fine della sovranità statale, nella prima la declamata riscoperta del contratto viene acquistata ad un prezzo troppo alto giacché presuppone che la disciplina generale del

ss.; SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 404; GALGANO, *Il diritto privato tra Codice e Costituzione*, Bologna, 1979; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984; P. RESCIGNO, *Diritti civili e diritto privato*, in AA.VV., *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Bari, 1979.

(93) Sulla ricorrente e spesso abusata immagine della crisi del contratto v. i rilievi critici di GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., partic. 1-9.

(94) SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, 21 ss.

(95) JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, cit., 507 ss.; cfr.: ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2000, XXVI, I, 704.

(96) GALGANO, *Diritto civile e commerciale, I, Le categorie generali - Le persone - Le proprietà*, Padova, 1890, 189 ss. Id., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 189 ss.

(97) Cfr: GALGANO, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Sociologia dir.*, 2003, 7; IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 625; FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; Paolo GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 151 ss.

(98) Così GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 14.

contratto venga sì orientata verso la tutela del consumatore ma quale soggetto agente del mercato e non in quanto contraente debole, emergendo anche su questo piano la pervasività dominante del mercato (99) sul quale il contratto dovrebbe essere plasmato (100).

In questo quadro si rivela sempre più complesso salvaguardare le categorie generali del codice (101) e del contratto (102) che invece assumono una funzione che, pur sottratta all'enfasi e alla retorica mitizzante (103), si rivela irrinunciabile per la conservazione della sistematicità del diritto, sistematicità che appare sempre più spesso una sorta di ostacolo all'accentuato dinamismo delle regole preteso dal mercato (104).

Tali categorie concettuali hanno sviluppato nel corso della loro recente evoluzione un legame profondo con i valori costituzionali, legame fondato su una attenta e delicata mediazione fra libertà

(99) BAUMAN, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Gardolo, 2007.

(100) GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., 272 ss; PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004, 84-85; PALAZZO, *Ermeneutica giuridica e costituzionalizzazione del diritto civile*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 340; M. BARCELLONA, *La buona fede ed il controllo giudiziale del contratto*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, cit., 311 ss.

(101) BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984.

(102) MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, cit., 13 ss.

(103) Sul piano metodologico non possono dimenticarsi le parole di Paolo GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 18: « È l'adempimento di un dovere culturale per il giurista il quale non potrà provvedere alla sua costruzione limitando il proprio sguardo al Codice e al diritto formale ma proiettando ben oltre le sue osservazioni, giacché solo in tal modo il sistema non sarà un artificio vuoto e inutile. È il segno e il privilegio della libertà del giurista, il quale potrà senza dubbio partire dall'analisi accurata dei testi normativi ma non potrà esaurire lì la sua azione culturale: che è libera perché costruttiva, costruttiva perché libera ».

(104) BRECCIA, *Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 150: "Con « responsabilità » si allude ad un dover essere cognitivo che è inseparabile da ogni altro ordine di valutazioni: la responsabilità, in senso etico-politico, della pratica giuridica presuppone, infatti, che la responsabilità in senso teoretico, e dunque in senso critico, non sia elusa; e che da un tale onere metodico non ci si esoneri con un moto di semplificazione apodittica o nominalistica".

economiche e diritti della persona (105) coltivando il dialogo con il principio solidaristico (106) e seguendo percorsi destinati alla collisione con la concezione monistica del mercato.

Per un singolare paradosso proprio l'ideologia del mercato è quella più incline a negare un qualunque legame fra diritto e valori (107) facendosi promotrice di una sorta di *revival* del positivismo giuridico che intenderebbe occultare nel "linguaggio avalutativo" (108) i propri valori, oggi identificati in una libertà di impresa che assume, nelle concezioni più estreme, tonalità ottocentesche.

In verità si è osservato che non sarebbe corretto assimilare il vecchio formalismo a questa più recente tendenza riconducibile al nichilismo giuridico giacché "il formalismo di segno nichilista tende a scardinare il diritto da ogni suo radicamento oggettivo svincolandolo da ogni prospettiva in chiave di fini e quindi negandolo nella sua stessa umanità" (109). E sono proprio le difficoltà incontrate dall'interprete nel definire gli indici normativi del diritto civile dell'era contemporanea a dimostrare l'infondatezza della tesi del nichilismo giuridico: il diritto non è un "fatto meramente procedu-

(105) PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84.

(106) LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto fra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 24; BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 43 ss. VETTORI, *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996.

(107) LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 869: "In maniera talora dichiarata, talaltra solo sottintesa, si vorrebbe ritornare a procedimenti semplicemente descrittivi di enunciati, organizzativi di assiomi, svolti secondo meccanismi logici che muovono da presupposti definitivi per inferirne conseguenze applicative. In questa chiave si stempera ogni necessità di un riferimento al valore e si colloca anche l'esperienza giuridica all'interno di un contesto che non a caso viene inteso come quello proprio di una società vittima di una sorta di Aids valoriale, di una immunodeficienza in campo assiologico. Viviamo nella stagione del nichilismo, del non cognitivismo etico ed esistenziale".

(108) MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 5.

(109) LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo* in Atti del Convegno "Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore", Pisa, 25-26 maggio 2007, in corso di pubblicazione, p. 7 del dattiloscritto. Questo Autore si riferisce in particolare alle tesi che Irti ha espresso in vari suoi scritti: IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; Id., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

rale", la norma non è "un vuoto contenitore verbale incapace di dettare regole" (110).

La separazione fra diritto e valori, l'idea della oggettività del diritto che sarebbe estraneo ad ogni giudizio di valore può essere contrastata solo riportando al centro dell'interpretazione i principi costituzionali, espressivi dei valori fondativi della comunità.

Tale scelta appare per il diritto del lavoro certo più agevole di quanto lo sia per il diritto civile (111) considerato il particolare interesse che i principi costituzionali hanno dedicato al lavoro in considerazione della diretta implicazione umana che questo porta con sé.

Sarebbe tuttavia errato continuare a rappresentare il diritto civile come il territorio dell'astrazione eguagliante del soggetto di diritto perché ciò significherebbe ignorare la lunga e articolata riflessione che ha portato a ripensare il fondamento del diritto civile odierno giungendo all'individuazione di una "antropologia complessa che è priva dello schematismo costante del passato poiché risulta ormai caratterizzata, non senza ambiguità inevitabili, dalla coesistenza delle categorie giuridiche imperniate sull'« avere » e delle categorie giuridiche imperniate sull'« essere »" (112) e che ha proiettato un fascio di luce su spazi aperti per la tutela giuridica della persona (113).

(110) LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, cit., 5-6.

(111) In verità l'elaborazione di CASTRONOVO (*Alle origini della fuga dal codice - L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, 20) dimostra che il diritto privato ed il diritto del lavoro sono chiamati a condividere il problema delle categorie generali. Secondo CASTRONOVO infatti (*Danno alla salute e infortuni*, cit., 84) la "dottrina general-privatistica" deve trarre dai "diritti secondi" il "materiale nuovo per riforgiare le categorie generali". In questo quadro la questione dei rapporti fra diritto generale e "diritti secondi" "non è nient'altro che la descrizione della struttura attuale dell'ordinamento e data sin da quando, accanto al diritto dell'uomo senza qualità, è venuto prendendo corpo quello dell'uomo fratto nelle molteplici qualificazioni che compongono la sua dimensione sociale".

(112) BRECCIA, *Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti*, cit., 152. Sulla nuova antropologia giuridica del diritto civile è doveroso il richiamo a MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., 123 ss. Più di recente si segnala il volume di SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

(113) BRECCIA, *Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti*,

Ciò premesso — e portando dunque a conclusione il ragionamento avviato nel capitolo I — occorre mettere in rilievo che la debolezza del contratto di lavoro può essere contrastata muovendo dal principio costituzionale di eguaglianza e attribuendo centralità alla pari dignità sociale.

La scelta del contratto come fonte del vincolo che lega il lavoratore ed il datore di lavoro trova una sua razionale giustificazione nell'eguaglianza davanti alla legge. Il principio di eguaglianza in senso formale indica una eguale libertà di tutti gli esseri umani: tutti sono egualmente liberi (114).

Le conseguenze dell'applicazione di tale principio alla nostra fattispecie possono così raffigurarsi: i poteri del datore di lavoro devono trovare una giustificazione razionale che li tenga lontani da una qualunque configurazione autoreferenziale che contrasti con l'eguale libertà di tutti. Per questa via solo il contratto può giustificare tali poteri e solo nel contratto essi trovano fondamento. Non si comprende infatti come, al di fuori della sfera del contratto o, comunque, di un impegno liberamente assunto, possa pretendersi di dar corpo a poteri unilaterali di una parte del rapporto diretti ad incidere sulle modalità di svolgimento e sul contenuto della prestazione di lavoro altrui.

Invocare l'accezione formale di eguaglianza per esprimere il legame fra persona e contratto di lavoro non significa ovviamente trascurare che l'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) è il fondamento stesso del diritto del lavoro. L'eguaglianza sostanziale infatti si dispiega nel rapporto di lavoro per riequilibrare diritti e obblighi delle parti, per rimuovere le differenze che limitano la libertà e l'eguaglianza e che impediscono il pieno sviluppo della persona umana ed in ciò forse consiste — sul versante della diversa intensità che l'eguaglianza assume — la linea di demarcazione che separa il diritto del lavoro dal diritto civile.

cit., 153. Che la riflessione sul superamento delle astrazioni concettuali nel diritto civile sia da lungo tempo avviata lo dimostra il saggio di GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 458; riflessione intensa e in atto, come confermano recenti studi: RODOTA, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1 ss.

(114) G. U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, 1999, 89 ss.

In questo contesto è utile ricordare che il diritto del lavoro non ha mai inteso superare l'eguaglianza di fronte alla legge ma « ha solo costruito dei correttivi che consentissero di eliminare talune condizioni soggettive di svantaggio sociale, analiticamente individuate, quali ostacoli alla crescita di chi vive del suo lavoro » (115).

Orbene non solo nel diritto del lavoro non vi è contraddizione fra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale ma esiste una via di comunicazione fra di esse: la « pari dignità sociale » enunciata nell'*incipit* dell'art. 3 Cost. e lungamente trascurata dalla dottrina costituzionalistica (116).

Nella pari dignità sociale si trova scolpito il legame fra eguaglianza e libertà quali presupposti per il pieno sviluppo della persona umana (117) e viene posta una « cerniera » fra primo e secondo comma della citata disposizione costituzionale, fra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale (118).

Questa delicata e complessa azione combinata, per quanto qui interessa, consente di operare la rottura definitiva con qualunque logica autoritaria del rapporto di lavoro: la persona che lavora aspira all'eguale libertà e alla pari dignità sociale che impongono, prima di ogni altra cosa, una chiara definizione dei diritti e degli obblighi sussistenti fra le parti, definizione che è possibile solo mediante il contratto.

L'eguaglianza formale è in grado di sollevare il velo di autorità che avvolge nell'impianto codicistico i poteri del datore di lavoro e tale da mettere in discussione la stessa idea paternalistica sottesa all'espressione « datore di lavoro ».

Quest'ultima espressione (119) può continuare ad essere uti-

(115) MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 154.

(116) CELOTTO, *sub art. 3 Cost.*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione italiana*, cit., 72.

(117) G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di G. Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1087 ss.

(118) M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, 382.

(119) L'espressione è stata importata in Italia dal tedesco *arbeitsgeber* (LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I, Leipzig, 1902) fin dai primi anni del novecento (MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 458 ss.), pur con le critiche che una parte della dottrina mosse all'ambiguità terminologica che questa evocava (CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo*, Padova, 1928, 8). In tema v. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 201 ss. Ben diversa è la definizione corrispondente nella lingua inglese (*employer*), in quella francese (*employeur*) e spagnola (*empleador*).

lizzata solo per comodità e per convenzione linguistica ma il rigore giuridico — che evidentemente non coincide con quello del legislatore — imporrebbe di abbandonarla, posto che non può certo sostenersi, sul piano logico, che il lavoro sia “dato” da chi invece lo riceve.

Ed appare certamente corretto affermare che l'espressione datore di lavoro coincide con quella di creditore di lavoro quale “soggetto che trae dalla prestazione di lavoro una *utilitas*» (120).

Ed anche nelle scienze economiche è pacifico che nel mercato del lavoro la “domanda” di lavoro provenga da chi intenda utilizzare la prestazione lavorativa altrui che è invece “offerta” e dunque “data” da chi intende lavorare (121).

I poteri del datore di lavoro devono dunque trovare il proprio fondamento nel contratto (122).

Tali poteri, segnatamente il potere direttivo ed il potere disciplinare, non sono estranei al sinallagma contrattuale (123): il primo

(120) MAZZOTTA, *ult. op. cit.*, 202. Cfr. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, *Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972.

(121) SAMUELSON, NORDAUS, *Economia*, Bologna, 1987, 596 ss.

(122) FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, cit., 81: “il sinallagma si instaura fra la promessa di lavorare subordinatamente e la promessa non solo di retribuire il lavoro prestato ma altresì di retribuirlo nella misura pattuita, secondo l'orario e le modalità indicate nel contratto”.

(123) Nella discussione sui poteri del datore di lavoro una strada percorribile è quella di distinguere nell'ambito delle decisioni imprenditoriali due livelli: quello della decisione che attiene all'*innovazione organizzativa* e quello della decisione che attiene all'*amministrazione del contratto* (LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 80 ss.). Questo secondo livello può essere valutato anche come “espressione della posizione derivata di soggetto parte di un rapporto obbligatorio” e l'azione dell'imprenditore, “se viene considerata nell'ottica dell'esecuzione del contratto (...) si presta ad essere apprezzata con maggiore profondità (...). In altri termini, su questo piano, non sarà in questione direttamente la garanzia della libertà di iniziativa economica e non potrà dunque essere opposta l'insindacabilità delle scelte che ad esso si accompagna ma potranno essere apprezzate nel merito le modalità attraverso le quali tale iniziativa dovrà tradursi sul piano dell'amministrazione del rapporto” (LISO, *op. cit.*, 83). Ed ancora l'utilità di tale distinzione consiste nel mettere in evidenza che “il piano dell'esecuzione del rapporto ha una sua autonomia, che esso non costituisce momento di passiva e diretta registrazione di segni disordinatamente tracciati dagli incontenibili impulsi di una forza al di fuori di ogni possibilità di controllo, nei confronti della quale i poteri di supremazia che si esercitano nel rapporto si trovino ad operare come

discende dalla nozione di subordinazione “quale manifestazione del potere di coordinare i fattori della produzione” (124), mentre il secondo è riconducibile al sinallagma in virtù della sua proceduralizzazione quale espressione di garanzie — compresa quella della pubblicizzazione del codice disciplinare che indebolisce la concezione solitaria del potere in questione — che, ove violate, determinano la nullità della sanzione disciplinare (125). Il datore di lavoro è dunque titolare di poteri contrattuali, è creditore del lavoro altrui ed a sua volta tenuto ad altri fondamentali obblighi (126).

Nel quadro descritto non è ammissibile alcuna costruzione giuridica in cui al datore di lavoro sia consentito di invocare l'esercizio dei propri poteri per eludere l'adempimento dei propri obblighi perché ciò contrasterebbe con l'eguale libertà e con la pari dignità sociale dei contraenti.

Il contratto di lavoro ha dimostrato la speciale attitudine a metabolizzare i diritti della persona nel vincolo obbligatorio e ciò è possibile per quella che una dottrina ha acutamente definito l'affinità elettiva fra “genesì assoluta ed indisponibile di tali diritti” e “carattere imperativo ed inderogabile” delle norme lavoristiche (127).

Il diritto alla « integrità fisica » e dunque alla salute ed il diritto alla personalità morale (riletto alla luce del valore costituzionale della dignità) non perdono la loro inviolabilità, non si affievoliscono sol perché innestati nella dimensione contrattuale: al contrario è proprio il vincolo contrattuale a garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona.

In verità la salute e la dignità del lavoratore altro non sono che specificazioni del valore giuridico della persona espresso dalla norma fondamentale dell'art. 2 Cost che opera in via immediata nei

semplice meccanismo di trasmissione” come il “pennino del sismografo” (LISO, *op. cit.*, 84).

(124) FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, cit., 87; cfr.: NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, cit., 46.

(125) FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, cit., 96.

(126) FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, cit., 81, oltre all'obbligo fondamentale di retribuire il lavoratore, individua in capo dal datore di lavoro: a) l'obbligo di tutelare la persona del lavoratore e b) l'obbligo di usare i poteri concessigli in modo lecito.

(127) DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, cit., 258.

rapporti di diritto privato (128) secondo un percorso che dal dovere di astensione, proprio della responsabilità aquiliana, conduce alla logica del *facere*, propria del rapporto obbligatorio (129).

Per tali ragioni la salute e la dignità del lavoratore sfuggono "alla mera logica dell'appartenenza" e *alterum non laedere* o dovere di astensione "diviene contenuto dell'obbligazione della quale finisce per condividere la insopprimibile propensione all'attuazione in natura che relega il risarcimento a forma di tutela puramente sussidiaria" (130).

Si rafforza, dunque, il convincimento che di fronte alla lesione di diritti inviolabili della persona del lavoratore prima del rimedio risarcitorio, l'ordinamento predispone ben più efficaci forme di tutela.

È l'adempimento dell'obbligo di sicurezza a garantire il rispetto della personalità morale e della salute della persona che lavora.

6. Diritti inviolabili e concorrenza tra valori costituzionali.

Una volta chiarito che il diritto alla salute e il diritto alla personalità morale appartengono al nucleo dei diritti inviolabili della persona debbono farsene discendere importanti conseguenze ricostruttive sul piano della concorrenza di tali diritti con altri diritti di rango costituzionale e, in particolare, con la libertà di iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 Cost. (131).

Occorre portare l'attenzione sulla formulazione del secondo comma di quest'ultima disposizione in base al quale la libertà di iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (132).

(128) MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, cit., 374.

(129) MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., 35.

(130) MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., 36.

(131) GALGANO, *Commento all'art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982; NIRO, sub *art. 41 Cost.*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., I, 846 ss.

(132) Sotto l'influsso del principio di libera concorrenza consacrato nel diritto

Dando per acquisita, pur non senza contrasti (133), l'immediata precettività dell'art. 41, comma 2°, Cost. può affermarsi che la sicurezza, la libertà e la dignità umana rappresentano limiti esterni alla libertà di iniziativa economica privata.

Secondo un diffuso orientamento deve escludersi la possibilità di ritenere inviolabili diritti come la proprietà e il diritto di iniziativa economica privata che "sono nella titolarità dell'uomo ma sono estranei alla sfera del suo essere umano, quindi alla sua personalità" (134).

comunitario fin dalle sue fonti istitutive è diffusa la tendenza a ritenere recessivi i limiti fissati dall'art. 41, comma 2° Cost. che potrebbero addirittura definirsi "quiescenti" a fronte del dinamismo imposto dall'efficienza economica del mercato, non escludendosi neanche l'ipotesi dell'abrogazione dei comma 2° e 3° dell'art. 41: V. le dottrine citate da NIRO, *op. cit.*, 850 e *ivi* anche indicazioni sui progetti di riforma costituzionali. Orbene, a parte il rilievo che una simile scelta appare decisamente inutile e fuorviante a fronte della proclamazione dell'art. 3, comma 2°, Cost., nonché dei diritti sociali, della libertà sindacale, del diritto di sciopero (cfr.: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., VII ss) occorre rammentare che la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che i diritti inviolabili rappresentano un limite all'ingresso tanto delle norme internazionali *ex art. 10 Cost.* che delle norme che comportano limitazioni della sovranità *ex art. 11 Cost.*: Corte cost., 22 marzo 2001, n. 73, in *Foro it.*, 2001, I, 2432 con nota di PASSAGLIA, *Un caso particolare, una questione atipica, una risposta adeguata: la corte risolve (di fatto) il « caso Baraldini »*; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, in *Foro it.*, 1992, I, 660, con nota di DANIELE, *Corte costituzionale e direttive comunitarie*; Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232, in *Foro it.*, 1990, I, 1855, con nota di DANIELE, *Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della corte di giustizia comunitaria*. Peraltro con le decisioni nn. 348 e 349 del 2007 la Corte costituzionale ha operato importanti chiarimenti che involgono i diritti inviolabili nel quadro del diritto comunitario e internazionale. In particolare la decisione n. 349/2007 ha messo in luce che "la giurisprudenza [comunitaria] è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (...). Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT). La Corte di giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (...)".

(133) V. in NIRO, *op. cit.*, 852 ss., l'ampia disamina dei diversi orientamenti.

(134) NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 66. Per la

Ed in effetti l'art. 41 Cost. "non contempla un coordinamento tra principi di pari rango", bensì una regola che pone un limite all'iniziativa privata in rapporto ai valori della sicurezza, della libertà, della dignità umana (135).

A risultati non dissimili si perviene seguendo l'impostazione secondo cui l'art. 2 Cost., nel riconoscere il valore giuridico della persona, esprime un dovere giuridico di astensione nei confronti di essa, giacché può concludersi che l'art. 41, comma 2°, Cost. ha come scopo quello di predeterminare espressamente il rapporto tra il valore giuridico della persona e la libertà economica (136).

Deve tuttavia essere chiaro che la composizione del contrasto tra i valori costituzionali considerati non può definirsi aprioristicamente, non essendo ammesso il « sacrificio assoluto e definitivo del valore che passa in secondo ordine », essendo invece preferibile parlare di una provvisoria attenuazione di garanzia di un valore rispetto ad un altro, che può essere conseguita sul terreno dell'interpretazione (137).

natura non inviolabile del diritto di proprietà, Pierfrancesco GROSSI, *Introduzione ad uno studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 165 ss.; per la natura non inviolabile del diritto di iniziativa economica, P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, cit., 5; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 582; Cfr.: MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, cit., 381. Per la dottrina che invece qualifica come inviolabili tali diritti v. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., 9.

(135) NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 66-67; cfr. CARLASSARE, *Libertà di iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1992, 605 ss.

(136) MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, cit., 382.

(137) MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, cit., 378.

CAPITOLO III

L'OBBLIGO DI SICUREZZA NELLA TRAMA DELLE FONTI

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo. — 2. La natura di norma generale dell'art. 2087 cod. civ. — 3. Norma generale e norme speciali: la tutela della persona. — 4. La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore. — 4.1. La legislazione prevenzionistica degli anni cinquanta del secolo scorso. — 4.2. Sicurezza sul lavoro e legislazione di derivazione comunitaria: dalla direttiva 89/391 al d.lgs. n. 626/1994. — 4.3. Verso l'armonizzazione del sistema prevenzionale: il d.lgs. n. 81/2008. — 5. Norma generale e norme speciali: la tutela della dignità del lavoratore. — 6. Persona e lavoro fra statualità e sussidiarietà: la riforma del Titolo V della Costituzione. — 6.1. La materia « ordinamento civile ». — 6.2. Sicurezza sul lavoro e « tutela e sicurezza del lavoro ».

1. Il quadro normativo.

Il tessuto normativo su cui si fonda l'obbligo di sicurezza è reso particolarmente complesso dalla sua frantumazione in una pluralità di fonti concorrenti che vanno dall'art. 2087 cod. civ. alla legislazione speciale prevenzionistica degli anni cinquanta, dalla legislazione di derivazione comunitaria fino alle competenze del legislatore regionale in materia di « tutela e sicurezza del lavoro » con il rischio di una frammentazione localistica della tutela giuslavoristica.

L'indagine dovrà dunque tenere conto della complessità normativa nella quale viene ad innestarsi la disposizione codicistica.

Sull'appena indicata eterogeneità delle fonti è recentemente intervenuto il d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 che ha la finalità di operare il riordino ed il coordinamento delle norme vigenti in materia di

salute e sicurezza sul lavoro in un « unico testo » (art. 1) e che contiene peraltro significative innovazioni rispetto al quadro normativo previgente. Come si chiarirà (v. paragrafo 4, *sub* 4.3) il recente legislatore non ha operato una completa integrazione della disciplina previgente, essendovi una pluralità di frammenti normativi che sono rimasti all'esterno del decreto.

L'opera di risistemazione messa in atto dal legislatore impone all'interprete il compito di operare un delicato lavoro di raccordo sistematico che eviti, per un verso, rovinose spinte centrifughe dall'art. 2087 cod. civ. e, per l'altro, l'accreditamento di un policentrismo normativo (1) votato inesorabilmente a riflettersi in negativo sulla effettività della tutela.

Il diritto del lavoro è attraversato dal problema delle fonti (2) e, proprio come ogni altra area del diritto (3), non si sottrae alla necessità del confronto con fonti sovraordinate e sottordinate e di tutte con il valore, anche di orientamento assiologico, della Carta costituzionale; l'unica in grado di riempire di contenuto la formula impiegata dall'art. 2087 cod. civ. per individuare i beni tutelati attraverso l'imposizione dell'obbligo di sicurezza.

2. La natura di norma generale dell'art. 2087 cod. civ.

In via preliminare deve essere messa in risalto la possibilità di fotografare il rapporto tra l'obbligo di sicurezza *ex* art. 2087 cod. civ. e quelli derivanti dal recepimento della disciplina comunitaria

(1) Di policentrismo normativo già negli anni ottanta discuteva IRTI [*I frantumi del mondo (sull'interpretazione sistematica delle leggi speciali)*], in *Quadrimestre*, 1984, 236; ID., *L'età della decodificazione*, Milano, 1986], convinto che le leggi speciali avessero espropriato il codice civile.

(2) PERA (*Un libro ed un dibattito sulle fonti del diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 528 ss.; ID., *Intervento*, in AA.VV., *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, Atti delle giornate di studio A.I.D.L.A.S.S., Arezzo, 15-16 maggio 1981, Milano, 1982, 76) avvertiva già da tempo che quella delle fonti sarebbe stata la scommessa dello studioso del diritto.

(3) Cfr. PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Foro it.*, 2007, V, 33; GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 313; BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 361.

nonché dalla legislazione precedente ancora in vigore oggi (in parte) integrata nel d.lgs. n. 81/2008 in termini di rapporto fra *norma generale e norme speciali*.

La norma generale, carattere che si intende riconoscere all'art. 2087 cod. civ., è quella che "designa una tecnica di conformazione della fattispecie legale opposta al metodo casistico".

Si tratta di "una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando", ove la fattispecie "non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi", che confluiscono in un'unica categoria riassuntiva, cui il giudice riconduce il caso concreto, avvalendosi di "modelli di comportamento" ed attingendo a "valutazioni obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera". Il fatto che il giudice abbia un indiscusso margine di discrezionalità, sì da rendere non del tutto automatica la decisione, non gli consente, tuttavia, di produrre o integrare norme: la sua è una discrezionalità, per così dire, di fatto (4).

Per questa ragione non appare corretto riconoscere, come ha fatto una parte della dottrina (5), all'art. 2087 cod. civ. il ruolo di clausola generale.

L'affermazione è diffusa anche nella giurisprudenza che muove dall'assunto che la clausola generale contenuta nell'art. 2087 cod. civ. svolgerebbe "una funzione di adeguamento permanente dell'ordinamento alla sottostante realtà socio-economica, che ha una dinamica ben più accentuata di quella dell'ordinamento giuridico, legato a procedimenti e schemi di produzione giuridica necessariamente complessi e lenti" (6).

La tesi, tuttavia, non solo non convince, ma è ben lungi dall'averne qualche vicinanza metodologica con quella che si intende prospettare.

Le clausole generali, infatti, non sono né principi deduttivi né

(4) MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 9-10 (corsivo mio). Cfr. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* CICU, MESSINEO, MENGONI, continuato da SCHLESINGER, Milano, 1998, 40 ss.

(5) In tema v., riassuntivamente, MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, 535 ss.

(6) V., ad es., Cass., sez. lav., 6 ottobre 1988, n. 5048, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2871, con nota di MARINO, *Sul confine tra inadempimento dell'obbligazione di sicurezza e oggettivazione della responsabilità per danno ai dipendenti*, in *Foro it.*, 1988, I, 2849, con nota di D. CARUSO, *Danno da rapina (al dipendente) e responsabilità della banca*; Trib. Bergamo, 5 marzo 1983, in *Riv. giur. lav.*, 1984, IV, 102.

principi di argomentazione dialettica, "impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta" (7).

Anche quando il giudice si avvale di *standard* valutativi, cioè di "comportamenti, opinioni, aspettative sociali [...] indicatigli quali parametri di valutazione normativa proprio dalla clausola generale che ad essi rinvia, il rinvio non ha valore recettizio: non è corretto ritenere che il giudice si allontani dal metodo classico della sussunzione" (8).

Occorre dunque cogliere la vera essenza e la vera funzione delle clausole generali: "norme di direttiva che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione", pur vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno *standard* sociale, il quale esprime una "forma esemplare dell'esperienza sociale dei valori", un serbatoio cui il giudice attinge per poi tradurre, "con un proprio giudizio valutativo, in una norma di decisione" (9).

Va da sé, insomma, che, seppure si volesse attribuire all'art. 2087 cod. civ. il ruolo di clausola generale, si dovrebbe aver cura di distinguerla dagli *standards* al fine di non limitare l'attività giurisdizionale ad una funzione meramente ricognitiva di norme sociali di condotta, che impedirebbe di "definire regole di comportamento più avanzate rispetto alle vedute correnti" e che, più in generale, si tradurrebbe in un'adesione incondizionata ad una visione particolarmente riduttiva del diritto cui sarebbe estranea ogni funzione direttiva del mutamento sociale (10).

(7) MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 9-10. Secondo Mengoni le clausole generali "vanno pure distinte dai principi generali, si tratti di principi assiomatici o dogmatici (libertà di contratto, *pacta sunt servanda*, principio consensualistico) oppure di semplici massime di origine retorica (principio dell'affidamento, *nemo plus iuris ad alium transferre potest.*). I principi assiomatici o dogmatici sono autonomi *principia demonstrandi*, premesse maggiori di deduzione, nella forma del sillogismo apodittico, di regole di decisione, nell'ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie. Le massime di origine retorica forniscono punti di vista, basi di partenza per argomentazioni del giudice nelle forme dialettiche della logica preferenziale".

(8) MENGONI, *ult. op. cit.*, 10.

(9) MENGONI, *ibidem*.

(10) MENGONI, *ult. op. cit.*, 14.

3. Norma generale e norme speciali: la tutela della persona.

L'art. 2087 cod. civ. deve essere inteso, come si è avvertito, invece come *norma generale* che, proprio in quanto tale, pone il problema del rapporto con la disciplina di derivazione comunitaria e con quella residualmente vigente degli anni cinquanta, oggi parzialmente confluite nel citato d.lgs. n. 81/2008.

Il rapporto della norma codicistica con questa legislazione può essere descritto in termini di *genus e species*.

Certo che cosa si intenda per norma speciale non è del tutto pacifico, soprattutto non lo è il suo rapporto con la eccezionalità, stante che le norme speciali spesso sono identificate con quelle eccezionali (11).

Può comunque convenirsi che la norma speciale abbia la funzione di regolare « in modo diverso, rispetto al diritto comune, solo il *quid pluris* che la qualifica rispetto alla norma generale, la quale continuerebbe a riguardare quella parte della fattispecie comune alle due norme » (12), sicché la norma speciale non deroga a quella generale, escludendola per incompatibilità, ma « si limita a dettarne un'applicazione specifica, motivata da esigenze specialistiche *ratione materiae, personae, loci* » (13).

È tuttavia necessario tentare di mettere a frutto la fondamentale avvertenza metodologica secondo cui il processo applicativo del diritto impone inevitabilmente di « cogliere nella differenza l'identità, nella frammentarietà la coerenza, nella molteplicità l'unità » giacché il diritto « è all'un tempo sempre generale e sempre speciale » (14) e dunque « nessuna scelta di disciplina particolare può

(11) Cfr. MODUGNO, voce *Norma*, II, *Norme singolari, speciali ed eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 507 ss.

(12) GORGONI, *Regole speciali e regole generali nella disciplina del contratto*, cit., 48-49.

(13) GORGONI, *Regole generali e regole speciali*, cit., 46. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 87; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910, 16.

(14) LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, cit., p. 1 del dattiloscritto; *Id.*, *Per un tentativo di definizione del "diritto"*; in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Milano, 1995, 1987 ss.

essere compiuta se non avendo riguardo al quadro generale di riferimento» (15).

È dunque muovendo da queste considerazioni che si preferisce osservare la disciplina prevenzionistica: norme speciali rispetto alla norma generale dettata dall'art. 2087 cod. civ. con la consapevolezza che solo l'interazione fra le une e le altre può restituire una corretta configurazione dell'obbligo di sicurezza.

Le norme speciali operano dunque come specificazioni o proiezioni della norma generale che orienta le norme speciali verso la proiezione finalistica rappresentata dalla tutela della persona.

La dottrina è concorde nell'affermare che l'art. 2087 cod. civ. è norma di apertura e di chiusura del sistema, che essa è norma viva e vegeta, connotata da una irriducibile funzione prevenzionale, che riempie di contenuto la disciplina di derivazione comunitaria e che fonda un obbligo di elevata intensità e di particolare rigore per il datore di lavoro. Tuttavia, altrettanto frequentemente non è in grado di coglierne le implicazioni concrete (16).

La ricostruzione del rapporto tra l'obbligo di sicurezza avente fonte nell'art. 2087 cod. civ. e quello che trova nelle norme speciali il proprio fondamento positivo ha immediate ricadute di tipo operativo.

Attribuire all'art. 2087 cod. civ. i caratteri propri della norma generale significa riconoscere che questa è "una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando" (17). Non solo: per un verso, serve a cogliere la portata dell'obbligo di sicurezza nella *dimensione del rapporto*, per un altro verso, a tracciarne le coordinate in relazione all'imponente apparato della legislazione di matrice prevenzionistica.

Il legame tra norma generale e norme speciali di natura prevenzionistica ha la funzione di arricchire la portata dell'obbligo di sicurezza non solo sotto il profilo quantitativo ma anche e soprattutto sotto quello qualitativo.

Sotto il *profilo quantitativo* è chiaro che, come affermato in dottrina (18), l'art. 2087 cod. civ., essendo tanto norma aperta

(15) LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, p. 2.

(16) Ben poco sembra mutato rispetto alla lucida analisi compiuta da MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*³, Milano, 1986, 73 ss.

(17) MENGONI, *ult. op. cit.*, 9-10.

(18) Cfr.: SMURAGLIA, *Sicurezza e igiene del lavoro. Quadro normativo, esperienze*

quanto norma di chiusura del sistema prevenzionistico, non esaurisce in un *numerus clausus* gli adempimenti cui è tenuto il datore di lavoro. In tal senso le norme speciali non "chiudono" la portata dell'obbligo di sicurezza del quale rappresentano semmai un insieme variegato (e non esaustivo) di specificazioni.

Sotto il *profilo qualitativo* le norme speciali operano una proiezione della norma generale nella sua portata prevenzionistica, rendendo maggiormente visibile la tensione della norma generale verso la priorità dell'adempimento dell'obbligo.

Al tempo stesso la norma generale è in grado di imprimere sulle norme speciali una chiara connotazione dell'obbligo di sicurezza, sul piano della priorità dell'adempimento, del contenuto dell'obbligo, dei beni tutelati (la salute, la dignità del lavoratore).

Quello fra norma generale e norme speciali è dunque un *sistema circolare*: la norma generale imprime una particolare direzione alle norme speciali offrendone un criterio imprescindibile di inquadramento; le norme speciali arricchiscono di una serie di specificazioni l'obbligo di sicurezza, specificazioni che rinvigoriscono la portata prevenzionale dell'obbligo e ne proiettano l'essenza in una pluralità di contesti (es: particolari caratteristiche dell'ambiente di lavoro, del titolare dell'obbligo, delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa).

La circolarità del sistema, come si vedrà, si è ben delineata avendo riguardo ad uno dei beni protetti dalla norma generale: la salute della persona che lavora.

Nella direzione della tutela della dignità invece il processo circolare assume connotazioni diverse, esistendo senza dubbio disposizioni normative che possono essere rappresentate come specificazioni del bene protetto dall'art. 2087 cod. civ., senza tuttavia una coincidenza sul versante rimediale (e dunque sul piano dell'adempimento dell'obbligo) come quello che si descriverà sul versante della tutela della salute.

attuate e prospettive, in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, 465 ss.; MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza sul lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, *ivi*, 501 ss.; *Id.*, *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile*, in *Lav. dir.*, 1995, 405 ss.; PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre — La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Torino, 1995, 3 ss.; NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, in *Dottrina e giurisprudenza del lavoro*, diretta da GIUGNI, Torino, 1995, 5 ss.; BALANDI *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1993, n. 14, 79 ss.

Ciò è dovuto sia al « ritardo » con il quale il tema della dignità della persona che lavora è stato messo a fuoco nel quadro degli obblighi gravanti sul datore di lavoro (19), sia — e soprattutto — alla circostanza che la garanzia costituzionale della dignità umana, per la sua stessa essenza, non ha la necessità di un sistema di specificazioni analogo a quello necessario per la salute.

D'altro canto alla sottovalutazione dottrinale e giurisprudenziale della personalità morale (v. capitolo II) consacrata nell'art. 2087 ha fatto da "contraltare" lo sviluppo stesso del diritto del lavoro post-costituzionale che rappresenta in sé la più ampia declinazione della dignità della persona mai messa in atto nell'universo giuridico: il diritto del lavoro è dignità della persona (20).

La "sottovalutazione" della personalità morale ha dunque questa ragionevole spiegazione: la dottrina giuslavoristica aveva così

(19) È arduo rinvenire nella legislazione comunitaria uno specifico riferimento alla tutela della personalità morale del lavoratore. Certo, le nozioni di "ambiente di lavoro", "sicurezza" e "salute" descritte dall'art. 137 del Trattato CE non devono essere intese in senso restrittivo e comprendono tutti quei fattori fisici e di altra natura in grado di incidere sulla salute e sulla sicurezza del lavoratore (C. Giust. Ce, 12 novembre 1996, C-84/94). Tuttavia, per quanto intesa in termini ampi, la formulazione dell'art. 137 cit. non appare inclusiva della personalità morale. Non a caso la risoluzione del Parlamento europeo AS-0283/2001 « esorta gli Stati membri a verificare ed uniformare la definizione della fattispecie del *mobbing* » e in particolare a intervenire estendendo il campo di applicazione della direttiva 89/391 oppure elaborando una nuova direttiva quadro come strumento giuridico per combattere il fenomeno. Occorre inoltre segnalare la Comunicazione della Commissione su « Nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza: 2002-2006 », COM (2002)118, 11 marzo 2002 in cui viene messa in luce l'incidenza nel lavoro di nuovi fattori quali lo stress, la depressione, l'ansia spesso provocati da limiti organizzativi ovvero da molestie e prevaricazioni. In questo quadro va segnalato l'accordo europeo sullo stress da lavoro, 8 ottobre 2004, sottoscritto da Ces, Unice, Ueapme e Ceep e il Programma comunitario per l'occupazione e la solidarietà Progress, 2007-2013, Parlamento Europeo, COM(2004), 488, 14 luglio 2004. Alcune di queste linee di tendenza sono state recentemente recepite dal d.lgs. n. 81/2008. In particolare l'art. 28 del decreto contempla lo stress da lavoro, facendo riferimento all'accordo europeo sopra citato, fra i rischi che devono essere valutati dal datore di lavoro (v. capitolo V, paragrafo 7).

(20) Come mette in luce DEL REY GUANTER (*Diritti fondamentali della persona e contratto di lavoro: appunti per una teoria generale*, in *Quaderni dir. lav. rel. ind.*, 1994, n. 15, 9) la lettura del diritto del lavoro alla luce del valore supremo della dignità umana era stata intuuta da SINZHEIMER (1927) secondo cui "la funzione del diritto del lavoro è quella di evitare che l'uomo venga trattato allo stesso modo delle cose".

chiara la dimensione personalistica del lavoro affermata sulla base dei valori costituzionali dell'eguaglianza e della solidarietà che non ha ritenuto di attingere alla fonte dell'art. 2087, considerata peraltro la non trascurabile ambiguità d'origine di questa disposizione.

L'emergere di problemi cruciali del diritto del lavoro, l'avanzare imponente di una contrapposizione radicale fra diritto del lavoro e sistema economico, fra persona e mercato, l'apparizione del nichilismo giuridico come negazione di qualunque legame fra diritto e valori impone invece oggi di mettere a fuoco il tema della dignità della persona e dunque di leggere l'art. 2087 come disposizione di collegamento fra i principi costituzionali ed il diritto del lavoro per rinnovare l'irriducibile dimensione personalistica del lavoro umano. Quella che attende il giurista è una paziente opera di sistemazione. Si tratta in verità oggi di ricomporre i pezzi di un *puzzle* che sono stati disseminati nella lunga marcia del diritto del lavoro verso la liberazione della persona dai vincoli soffocanti di una concezione autoritaria del rapporto giuridico.

4. La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore.

La portata prevenzionale dell'obbligo di sicurezza trova piena conferma dalla disciplina di derivazione comunitaria, contrassegnata da imponenti e complessi apparati normativi che operano per un arricchimento non solo quantitativo dell'obbligo ma anche qualitativo facendo emergere la naturale tensione verso l'adempimento dell'obbligo di sicurezza.

In particolare da tutta la legislazione di derivazione comunitaria in materia di sicurezza sul lavoro (21), è possibile trarre un principio che deve essere adeguatamente valorizzato: la violazione degli ob-

(21) ARRIGO, *La tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori nell'ordinamento comunitario*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, *Ambiente e sicurezza del lavoro* (a cura di RUSCIANO e NATULLO), Torino, 2007, 5 ss.; RÖCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Padova, 2002, 3-33, 265-284; FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002, 1-47, 287-317; ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, t. II, Milano, 2001, 153-196; M. RICCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, Bari, 1999; MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997; LOY (a cura di) *La tutela della salute nei luoghi di lavoro*, Padova, 1996.

blighi di prevenzione è rilevante in quanto tale, non essendo necessario, per aversi la reazione dell'ordinamento giuridico, che la violazione di tali obblighi si traduca in un evento lesivo della salute del lavoratore.

Ciò per la semplice ragione che nel momento stesso in cui l'evento lesivo si è irrimediabilmente consumato, la tutela prevenzionistica lascia la scena a quella assicurativa obbligatoria (eventualmente anche a quella assicurativa comune) e a quella risarcitoria (nonché al diritto penale comune) (22).

In conclusione, intese le norme speciali come una esplicitazione puntuale e concreta dei criteri fissati dalla norma generale (23), la legislazione di derivazione comunitaria esalta la funzione prevenzionistica della norma generale, con conseguente residualità del tratto risarcitorio.

Questa impostazione consente di porre l'accento sul contenuto qualitativo dell'obbligo di sicurezza, la cui finalità è quella di soddisfare il diritto del lavoratore alla salvaguardia della sua salute.

Eppure rarissime sono le ipotesi in cui, in applicazione dell'art. 2087 cod. civ., un giudice abbia condannato (ad un giudice sia stato chiesto di condannare) il datore di lavoro ad adempiere l'obbligo di sicurezza. L'incapacità di cogliere la vera essenza dell'art. 2087 cod. civ. e la funzione prevenzionistica che gli deriva dall'assegnazione del ruolo di norma generale si è tradotta in un mortificante ripiego da parte del diritto vivente sull'obbligo risarcitorio.

Invece, come si è avvertito, sul piano della ricostruzione del rapporto tra norma generale e norme speciali è possibile cogliere la funzione prevenzionistica dell'obbligo di sicurezza, individuandone, nella dimensione del rapporto, il *contenuto qualitativo*, tutto proiettato, attraverso il criterio della necessità ["le misure che (...) sono necessarie"], a salvaguardare la salute del lavoratore piuttosto che a stabilire i criteri per risarcire il danno subito.

Si intuisce perché la lettura sistematica dell'obbligo di sicurezza proposta, diretta a valorizzarne il contenuto qualitativo, appaia determinante per evitare il rischio che il diritto alla salute del lavoratore resti compresso tra la tutela oggettiva di matrice pubblicistica (che prescinde da specifiche attribuzioni al soggetto tutelato)

(22) AVIO, *Tutela pubblicistica e risarcimento del danno negli infortuni sul lavoro*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Danno biologico e oltre*, cit., 43 ss.

(23) Cfr: MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza sul lavoro*, cit., 501 ss.

e la tutela che, secondo una parte della dottrina, si esaurisce nel corrispondente schema classico del diritto soggettivo tradizionalmente orientato verso forme di tutela risarcitoria (24).

4.1. La legislazione prevenzionistica degli anni cinquanta del secolo scorso.

Un imponente apparato prevenzionistico viene predisposto dal legislatore nel corso degli anni cinquanta del secolo scorso: il d.P.R. 27 aprile 1955 n. 547 (*norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*); il d.P.R. 19 marzo 1956 n. 302 (*norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro integrative di quelle emanate con d.P.R. 27 aprile 1955 n. 547*); il d.P.R. 19 marzo 1956 n. 303 (*norme generali per l'igiene del lavoro*); il d.P.R. 20 marzo 1956 n. 320 (*norme per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro in sotterraneo*); il d.P.R. 20 marzo 1956 n. 321 (*norme per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro nei cassoni ad aria compressa*); il d.P.R. 20 marzo 1956, n. 322 (*norme per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro nell'industria della cinematografia e della televisione*); il d.P.R. 20 marzo 1956, n. 323 (*norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro negli impianti telefonici*); il d.P.R. 7 gennaio 1956, n. 164 (*norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni*).

Questo complesso apparato normativo si è contraddistinto per una preponderanza di disposizioni eccessivamente dettagliate che hanno progressivamente rivelato la propria rigidità rispetto alla complessità del fenomeno che pretendevano di governare e la propria obsolescenza rispetto ai profondi mutamenti dei processi produttivi e dei modelli organizzativi delle imprese, considerata l'emersione di nuovi fattori di rischio per la salute e la sicurezza dei lavoratori (25).

La profonda innovazione normativa rappresentata dalla legislazione di derivazione comunitaria e in particolare dal d.lgs. n. 626/1994 (sul quale v. *infra*) è stata una occasione mancata per mettere ordine in questa risalente normativa che è invece rimasta per gran parte a lungo vigente, con qualche residuo che, anche dopo il d.lgs.

(24) D'ARRIGO, voce *Salute (diritto alla)*, cit., 1009, 1022.

(25) NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, cit., 29 ss.

81/2008, continua a trascinarsi in un quadro normativo nel frattempo profondamente mutato.

L'art. 98 d.lgs. n. 626/1994, con formula decisamente ambigua, aveva infatti previsto che "Restano in vigore, in quanto non specificatamente modificate dal presente decreto, le disposizioni vigenti in materia di prevenzione degli infortuni ed igiene del lavoro".

La dottrina prevalente aveva ritenuto che l'art. 98 doveva essere inteso nel senso che il d.lgs. n. 626/1994 non abrogava integralmente la legislazione previgente ma demandava all'interprete il compito di individuare caso per caso le ipotesi di abrogazione tacita (art. 15 disp. prel. cod. civ.) (26).

Sulla questione si era pronunciata la circolare del Ministero del lavoro, n. 102/1995, secondo cui il d.lgs. n. 626/1994 non comportava che modifiche limitate alla precedente normativa rimanendo pertanto in vigore la legislazione precedente, salvo i casi di espressa o tacita abrogazione. Il legislatore delegato con l'art. 98 aveva probabilmente inteso dare attuazione al principio fissato dall'art. 43, c. 2°, della legge delega (l. 19 febbraio 1992, n. 142), in base al quale l'attuazione delle direttive comunitarie in materia di sicurezza e salute dei lavoratori deve "assicurare il mantenimento dei livelli di protezione più favorevoli rispetto alla sicurezza e alla tutela della salute dei lavoratori previsti dalla vigente legislazione italiana". Tale principio era peraltro conforme a quello enunciato dall'art. 1, paragrafo 3, direttiva 89/391 CEE, in base al quale non sono

(26) GALANTINO, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in GALANTINO (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, Milano, 1996, 17; CULOTTA, DI LECCE, COSTAGLIOLA, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 1998, 42 ss., per i quali l'art. 98 era una inutile e sovrabbondante riaffermazione del principio dell'abrogazione tacita; FRANCO, *La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel d.leg. 19 settembre 1994 n. 626 (e successive modificazioni)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, 259-260. V. anche: PROIA, LEPORE, *Sicurezza e salute dei lavoratori*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1996, 10; Giancarlo FERRARA, GIUDICI, MORELLI, ZAPPOLI, *Manuale di sicurezza sul lavoro*, Milano, 1999, 575, secondo cui l'art. 98 demandava all'interprete il compito di individuare le ipotesi o situazioni di "abrogazione espressa o tacita". A conclusioni sostanzialmente analoghe perveniva chi individuava nell'art. 98 una regola interpretativa finalizzata "a far sì che la nuova disciplina non si contrapponga (salvi i casi eccezionali e le incompatibilità ex art. 15 disp. prel. cod. civ.) alla precedente, a ad essa sostanzialmente si aggiunga e coordini" (CINELLI, *Il coordinamento con la normativa previgente*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., 315 ss., 317).

pregiudicate le disposizioni nazionali e comunitarie, vigenti o future, che sono più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

Difficoltà nel ricorso all'abrogazione tacita della disciplina prevenzionistica antecedente erano poste dallo stesso tenore letterale dell'art. 98. Il riferimento alle "disposizioni vigenti in materia di prevenzione degli infortuni ed igiene del lavoro" appariva infatti particolarmente ristretto. La dottrina riteneva però che tale riferimento doveva essere letto "in conformità" all'ampia nozione di prevenzione accolta dal d.lgs. n. 626/1994, che, all'art. 2, c. 1, lett. g), definiva come tale "il complesso delle disposizioni o misure adottate o previste in tutte le fasi dell'attività lavorativa per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute e della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno"; se ne faceva discendere che l'art. 98 si riferisse a tutte le disposizioni poste a tutela della sicurezza del lavoro (27).

In sostanza, fatta eccezione per le ipotesi di abrogazione espressa il raccordo con la legislazione anteriore doveva compiersi mediante i criteri dell'abrogazione tacita. L'operazione non era affatto agevole (28), stante la difficoltà di individuare compiutamente tutte le abrogazioni tacite che si sarebbero verificate (29) e

(27) Altra questione era posta dal riferimento alla vigenza delle "disposizioni non specificamente modificate" che poteva essere inteso come "disposizioni non espressamente abrogate". Al riguardo si riteneva che "modifica" non equivallesse ad "abrogazione" e l'avverbio "specificatamente" non coincidesse con l'avverbio "espressamente": CINELLI, *Il coordinamento con la normativa previgente*, cit., 318; FRANCO, *La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro*, cit., 259 ss.

(28) Sull'abrogazione tacita cfr.: GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 190-192.

(29) Senza pretesa di completezza si indicano una serie di ipotesi di incompatibilità sopravvenuta individuate dalla dottrina: l'art. 4 d.P.R. 547/1955 e l'art. 4 d.P.R. n. 303/1956 (obblighi dei datori di lavoro, dei dirigenti, dei preposti) in virtù dell'art. 4 d.lgs. n. 626/1994; l'art. 6 d.P.R. n. 547/1955 e l'art. 5 d.P.R. n. 303/1956 (obblighi dei lavoratori) in virtù dell'art. 5 d.lgs. n. 626/1994 (GALANTINO, *op. cit.*, 19, CULOTTA, DI LECCE, COSTAGLIOLA, *op. cit.*, 43; PROIA, LEPORE, *op. cit.*, 10; DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., 157), l'art. 7 d.P.R. n. 547/1955 (obblighi dei costruttori e dei commercianti) in virtù dell'art. 6 d.lgs. n. 626/1994 (CULOTTA, DI LECCE, COSTAGLIOLA, *op. cit.*, 253, BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi nel nuovo quadro legale*, in GALANTINO, *op. cit.*, 103 ss.); l'art. 5 d.P.R. n. 547/1955 (obblighi dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti nei confronti dei lavoratori autonomi in materia di informazione sui rischi) in virtù dell'art. 7 d.lgs. n. 626/1994

ciò poneva una serie di complesse questioni per l'interprete, chia-

(CULOTTA, DI LECCE, COSTAGLIOLA, *op. cit.*, 253, BASENGHI, *ibidem*). L'enucleazione di queste ipotesi di tacita abrogazione non poteva tuttavia ritenersi affatto pacifica. Altri casi erano ancor più controversi: si pensi agli artt. 15-16-17 d.lgs. n. 626/1994 e all'art. 5 st. lav. (FRANCO, *ult. op. cit.*, 264 per la non abrogazione; DEL PUNTA, *op. cit.*, 178, tendenzialmente per l'abrogazione); all'art. 9 st. lav. in relazione agli artt. 18 e 19 d.lgs. n. 626/1994 (GALANTINO, *op. cit.*, 21). Il titolo IV del d.lgs. n. 626/1994 sull'uso dei dispositivi di protezione individuali sembrava tacitamente abrogare e sostituire le disposizioni di cui agli artt. 377-387 d.P.R. n. 547/1955 (GALANTINO, *op. cit.*, 20, PROIA-LEPORE, *op. cit.*, 10, che ritenevano però non tacitamente abrogato l'art. 380). Il titolo III, relativo all'uso delle attrezzature di lavoro non abrogava gli artt. 41-350 d.P.R. n. 547/1955, in tema di requisiti tecnici delle macchine (GALANTINO, *op. cit.*, 19; PROIA-LEPORE, *op. cit.*, 10). Peraltro con l'approvazione del d.P.R. n. 459/1996 è stata disciplinata secondo nuovi criteri la materia delle "macchine" così come definite dallo stesso citato d.P.R. (art. 1, c. 2). L'art. 46, c. 1, 24 aprile 1998, n. 128 ha previsto che "alle macchine, ai componenti di sicurezza e ad altri apparecchi, la cui rispondenza ai requisiti essenziali di sicurezza è disciplinata da disposizioni nazionali di attuazione di direttive comunitarie e la cui conformità ai requisiti stessi è debitamente attestata dalla apposizione della marcatura CE e dalla attestazione di conformità, non si applicano le disposizioni di omologazione contenute nella disciplina previgente" e in particolare, per quanto qui interessa, quelle contenute nel d.P.R. n. 547/1955, che insieme a molte altre disposizioni deve essere considerata (art. 46, c. 2, n. 128/1998) "norma", ai sensi dell'art. 1 21 giugno 1986, n. 317 (per "norma", ai sensi di tale ultima disposizione, si intende una "specifica tecnica" e cioè, in sostanza, un utile documento di riferimento, che definisce le caratteristiche, il livello di qualità e altri requisiti di un determinato prodotto; più precisamente la "norma" è una "specifica tecnica" approvata da un organismo riconosciuto e abilitato ad emanare atti di normalizzazione). La Circolare del Ministero del Lavoro 30 settembre 1999 ha affermato (punto 4) che la presunta conformità di una macchina o di un componente di sicurezza deve essere riferita ai requisiti essenziali di sicurezza di cui all'allegato I del d.P.R. n. 459/1996 "e non anche alle disposizioni previgenti contenute essenzialmente nel d.P.R. n. 547/1955". Tali disposizioni debbono essere considerate come utili documenti di riferimento per i costruttori atti a soddisfare i requisiti di cui al citato allegato I del d.P.R. n. 459/1996. Pertanto, quanto meno per le macchine immesse sul mercato dopo il 21 settembre 1996 il quadro normativo di riferimento è il d.P.R. n. 459/1996, costituendo le disposizioni del d.P.R. n. 547/1955 solo documenti di supporto tecnico. Quanto al campo di applicazione soggettivo, per le categorie di lavoratori espressamente escluse in modo totale o parziale (lavoratori domestici, portieri: v. l'abrogato art. 2 d.lgs. n. 626/1994) si poteva ipotizzare che continuasse ad applicarsi la legislazione precedente, salvi i casi di abrogazione espressa o tacita. Una simile prospettazione sembrava affermata da Cass. pen., sez. III, 3 giugno 1998, n. 6426, con riguardo alla sola ipotesi dei portieri. Le abrogazioni o modifiche espresse operate dagli artt. 26, 33, 36 d.lgs. n. 626/1994 nei confronti della legislazione precedente erano le seguenti: d.P.R. n. 547/1955: artt. 8, 11, 13,

mato ad una incessante "verifica" delle norme vigenti e costretto dunque ad una sorta di supplenza del legislatore inerte.

4.2. Sicurezza sul lavoro e legislazione di derivazione comunitaria: dalla direttiva 89/391 al d.lgs. n. 626/1994.

In tema di sicurezza sul lavoro le indicazioni sovranazionali si sono incessantemente succedute nel corso degli ultimi anni, in misura ragguardevole (30).

Sicché il diritto comunitario può ritenersi, a ragione, una fonte di importanza strategica per l'individuazione dei contenuti dell'obbligo di sicurezza.

A tale riguardo non appare inutile ricordare che la finalità di promuovere un grande mercato unificato fondato sulla concorrenza non ha impedito alla Comunità europea di guardare fin da tempi remoti al tema della sicurezza sul lavoro con grande attenzione al punto da renderne indubbiamente il primo fondamentale elemento della dimensione sociale delle politiche comunitarie (31).

Peraltro « la protezione della salute umana » deve essere considerata come elemento ineludibile dell'attuazione delle politiche e delle attività della Comunità (art. 152 del Trattato che istituisce la Comunità europea); è dunque ovvio che tale principio si proietti sul tema del lavoro umano.

14, 52, 53, 374, 393, 394, 395. d.P.R. n. 303/1956: artt. 6, 7, 9, 10, 11, 14, 37, 39, 40.

(30) CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., 1 ss.; MONTUSCHI, *I principi generali del d.lgs. n. 626/1994 e successive modifiche*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., 37 ss.; Id., voce *Ambiente di lavoro*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2000 (agg.), 7; ARRIGO, *La tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori nell'ordinamento comunitario*, cit., 5 ss.

(31) Da quanto risulta la prima iniziativa comunitaria in materia di sicurezza sul lavoro (istituzione dell'Organo permanente per la sicurezza nelle miniere di carbone) risale al 1957, determinata dalla riflessione conseguente alla sciagura avvenuta nel 1956 nella miniera di *Bois du Cazier* nella città belga di *Marcinelle*, dove, in seguito ad un incendio, persero la vita centinaia di lavoratori italiani. V. ROCCELLA TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., 266. In verità la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori era già espressa nel Trattato Ceca (1950) e nel Trattato Euratom (1957) in considerazione dei notevoli rischi per la vita e per la salute determinati dalle attività disciplinate da tali trattati.

Considerando l'attuale formulazione dell'art. 137 del Trattato che istituisce la Comunità europea deve osservarsi che la Comunità sostiene e completa l'azione degli Stati membri in tema di « *miglioramento dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori* » (32).

Su tale materia il Parlamento europeo ed il Consiglio, mediante direttive approvate secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, possono adottare *le prescrizioni minime applicabili progressivamente*, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche presenti in ciascuno Stato membro.

Un grande rilievo ha assunto la direttiva 89/391/CE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, recepita in Italia mediante il d.lgs. n. 626/1994, sulla quale si è poi innestata l'imponente produzione normativa comunitaria successiva (33).

(32) L'art. 137 del citato Trattato dispone che per conseguire gli obiettivi previsti all'art. 136, la Comunità sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori: *a)* miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori, *b)* condizioni di lavoro, *c)* sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori, *d)* protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro, *e)* informazione e consultazione dei lavoratori, *f)* rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione, fatto salvo il par. 5, *g)* condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità, *h)* integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'art. 150, *i)* parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro, *j)* lotta contro l'esclusione sociale, *k)* modernizzazione dei regimi di protezione sociale, fatto salvo il disposto della lett. *c)*. Esistono poi materie sulle quali, sempre ai sensi dell'art. 137 del Trattato, è necessaria una deliberazione all'unanimità del Consiglio: sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori (*c*); protezione dei lavoratori in caso di "risoluzione del rapporto" (*d*); rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione e fatte salve le politiche comunitarie in materia di formazione professionale (*f*); condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità (*g*).

(33) M. RICCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, cit.; MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit.; GALANTINO (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, cit.; BETTINI (a cura di), *Commentario alla sicurezza sul lavoro*, Milano, 1996; LOY (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di lavoro*, cit.; PADULA, *Tutela civile e penale della sicurezza del lavoro*, Padova, 1996.

Le linee portanti della direttiva 89/391 esprimono scelte profondamente innovative.

Nel preambolo della direttiva si afferma (tredicesimo *considerando*) che "il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico" con la precisazione che le direttive non possono imporre "vincoli amministrativi, finanziari e giuridici tali da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese" (quarto *considerando*).

La direttiva muove dalla consapevolezza che "negli Stati membri i sistemi legislativi in materia di sicurezza e di salute sul luogo di lavoro sono molto differenti e meritano di essere migliorati; che simili disposizioni nazionali in materia, spesso integrate da disposizioni tecniche e/o da norme volontarie, possono consentire vari livelli di protezione della sicurezza e della salute e dar luogo ad una concorrenza a scapito della sicurezza e della salute" (nono *considerando*).

La direttiva ha dunque la finalità di attuare misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro e — a tal fine — essa comprende principi generali relativi alla prevenzione dei rischi professionali e alla protezione della sicurezza e della salute, all'eliminazione dei fattori di rischio e di incidente, all'informazione, alla consultazione, alla partecipazione equilibrata conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, alla formazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti, nonché direttive generali per l'attuazione dei principi generali precitati. Ovviamente, la direttiva non pregiudica le disposizioni nazionali e comunitarie, vigenti o future, che siano più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (art. 1).

La direttiva, il cui campo di applicazione è dato da "tutti i settori d'attività privati o pubblici" (art. 2), nell'individuare gli obblighi del datore di lavoro, enuncia i "seguenti principi generali di prevenzione": *a)* evitare i rischi; *b)* valutare i rischi che non possono essere evitati; *c)* combattere i rischi alla fonte; *d)* adeguare il lavoro all'uomo, in particolare per quanto concerne la concezione dei posti di lavoro e la scelta delle attrezzature di lavoro e dei metodi di lavoro e di produzione, in particolare per attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo e per ridurre gli effetti di questi lavori sulla salute; *e)* tener conto del grado di evoluzione della tecnica; *f)* sostituire ciò

che è pericoloso con ciò che non è pericoloso o che è meno pericoloso; g) programmare la prevenzione, mirando ad un complesso coerente che integri nella medesima la tecnica, l'organizzazione del lavoro, le condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro; h) dare la priorità alle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale; i) impartire adeguate istruzioni ai lavoratori (art. 6).

L'affermazione secondo cui deve mettersi in atto *l'adeguamento del lavoro all'uomo* (art. 6, lett. d) esprime l'avvento di una concezione della sicurezza del lavoro che penetra nel cuore dell'organizzazione del lavoro e delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa (34) imponendo un complessivo ripensamento di tutte le attività produttive alla luce della salute e della sicurezza dei lavoratori: questa importante affermazione ha il proprio epicentro nella valutazione dei rischi (capitolo V, partic. paragrafo 7) che non ha solo lo scopo di garantire un generico miglioramento dei livelli di sicurezza ma quello di far sì che "le attività di prevenzione, i metodi di lavoro e di produzione adottati dal datore di lavoro" siano integrati "nel complesso delle attività dell'impresa e/o dello stabilimento e a tutti i livelli gerarchici".

È dunque il principio generale della programmazione della prevenzione (art. 2, lett. g) la grande innovazione introdotta dalla direttiva 89/391 che mira alla predisposizione di un sistema organico fondato su una visione "globale" della sicurezza e rappresenta l'abbandono della "logica degli interventi di natura indennitaria, adottati oltretutto per settori separati ancorché contigui" (35).

Per quanto concerne la proiezione della direttiva 89/391 negli ordinamenti nazionali occorre osservare che la giurisprudenza comunitaria ha avuto occasione di chiarire che il concetto di "prescrizioni minime" espresso dall'art. 137 TCE non può in alcun modo essere utilizzato per affievolire l'intensità dell'azione promossa dalla direttiva ed implica soltanto il riconoscimento per i paesi membri

(34) APARICIO TOVAR, *Sicurezza sul lavoro*, in BAYLOS GRAU, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, 571.

(35) COSÌ ARRIGO, *La tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori nell'ordinamento comunitario*, cit., 14; BERTOCCHI, *La sicurezza del lavoratore nelle fonti internazionali del lavoro. Il recepimento della direttiva CEE 89/391 nell'ordinamento nazionale*, Padova, 1995; TOMASONE, *La sicurezza del lavoro tra diritto comunitario e norma nazionale*, in *Lav. inf.*, 1992, 9.

della possibilità di adottare *norme più rigorose* di quelle che sono oggetto della disciplina comunitaria (36).

Al riguardo si è lucidamente osservato che mediante le prescrizioni minime il Trattato "non intende autorizzare l'adozione di misure « di basso livello », ma semplicemente di « minimi obbligatori » migliorabili dagli Stati membri"; in conclusione "alla Comunità incombe in linea di principio di fissare un denominatore comune per le normative nazionali; agli Stati membri spetta di sviluppare questo minimo nel senso del progresso" (37).

L'azione comunitaria persegue dunque una finalità di armonizzazione dei diversi sistemi legislativi dei paesi membri — monitorata dalla giurisprudenza comunitaria (38) — e non ammette la concor-

(36) Una importante decisione della Corte di Giustizia sul significato delle prescrizioni minime ha preso le mosse dalla direttiva 94/103 in tema di orario di lavoro: CGCE, 12 novembre 1996, causa c. 84/1994, *Regno unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio*, in *Foro it.*, 1997, IV, 280, con nota di G. RICCI, *La direttiva sull'orario di lavoro dinanzi alla Corte di giustizia: molte conferme ed una sola (superflua) smentita*; cfr. CGCE, 17 dicembre 1998, c. 2/97, in *Foro it.*, 2000, IV, 38; in dottrina: FUMAGALLI, *Ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale: la trasformazione dei diritti statali alla luce delle innovazioni del diritto comunitario*, in PAGANO, CARUSO (a cura di), *Le innovazioni legislative in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Bari, 1997, 76.

(37) G. RICCI, *La direttiva sull'orario di lavoro dinanzi alla Corte di giustizia*, cit., 280 ss.

(38) Fra le molte decisioni intervenute per mettere in atto un corretto recepimento dei principi enunciati dalla direttiva 89/391, avuto particolare riguardo all'esigenza di tenere « alto » il livello delle prescrizioni minime, v.: CGCE, 5 ottobre 2004, n. 397/01-403/01, *Pfeiffer c. Deutsches Rotes Kreuz*, in *Foro it.*, 2005, IV, 23, in *Lav. giur.*, 2005, 617, con nota di GRIECO, *Corte di giustizia e orario di lavoro: il campo di applicazione della disciplina comunitaria e la sua attuazione in Italia*; CGCE, 16 dicembre 2004, n. 358/03, *Commiss. Ce c. Gov. Austria*; CGCE, 18 marzo 2004, n. 342/01, *Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho S A*, in *Foro it.*, 2004, IV, 229; CGCE, 14 settembre 2004, n. 168/03, *Commiss. Ce c. Gov. Spagna*, in *Foro it.*, 2004, IV, 453; CGCE, 30 settembre 2004, n. 359/03, *Commiss. Ce c. Gov. Austria*, in *Foro it.*, 2004, IV, 526; CGCE, 24 ottobre 2002, n. 455/00, *Commiss. Ce c. Gov. Italia*, in *Foro it.*, 2003, IV, 326 (m), con nota di Ricci, *Legge comunitaria 2002: disposizioni di rilevanza giuslavoristica*; CGCE, 10 aprile 2003, n. 65/01, *Commiss. Ce c. Gov. Italia*, in *Foro it.*, 2003, IV, 169; CGCE, 22 maggio 2003, n. 335/02, *Commiss. Ce c. Gov. Lussemburgo*, in *Foro it.*, 2003, IV, 297; CGCE, 22 maggio 2003, n. 441/01, *Commiss. Ce c. Gov. Olanda*, in *Foro it.*, 2003, IV, 297; CGCE, 12 giugno 2003, n. 425/01, *Commiss. Ce c. Gov. Portogallo*, in *Foro it.*, 2003, IV, 297; CGCE, 4 ottobre 2001,

renza al ribasso tra paesi membri a danno della sicurezza e della salute dei lavoratori (39).

E secondo la giurisprudenza comunitaria non vi è nulla nella formulazione dell'art. 118 A (art. 137) del Trattato che possa indicare che le nozioni di « ambiente di lavoro », « sicurezza » e « salute », ai sensi di tale disposizione, « andrebbero interpretate — in assenza di altri elementi più precisi — in senso restrittivo e non invece come riguardanti tutti i fattori fisici e di altra natura in grado di incidere sulla salute e la sicurezza del lavoratore nel suo ambiente di lavoro e, in particolare, taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. Al contrario, i termini « in particolare dell'ambiente di lavoro » depongono a favore di un'interpretazione ampia della competenza attribuita al consiglio dall'art. 118 A in materia di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori. Inoltre, un'interpretazione siffatta dei termini « sicurezza » e « salute » è avvalorata, in particolare, dal preambolo della costituzione dell'organizzazione

n. 109/00, Tele Danmark A/S c. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund Danmark, in *Foro it.*, 2002, IV, 36; CGCE, 4 ottobre 2001, n. 438/99, Jiménez Melgar c. Ayuntamiento Los Barrios, in *Foro it.*, 2002, IV, 37; CGCE, 14 giugno 2001, n. 473/99, Commiss. Ce c. Gov. Austria, in *Raccolta*, 2001, I, 4527; CGCE, 11 ottobre 2001, n. 110/00, Gov. Paesi Bassi c. Consiglio Ue, in *Raccolta*, 2001, I, 7545; CGCE, 15 novembre 2001, n. 49/00, Commiss. Ce c. Gov. Italia, in *Foro it.*, 2002, IV, 432 (m), con nota di G. Ricci, *La legge comunitaria 2001: l'Italia prova ad adeguarsi ai « diktat » della Corte di giustizia in materia di salute e sicurezza dei lavoratori e orario di lavoro*, in *Igiene sic. lav.*, 2002, 43, con nota di SOPRANI, *La corte di giustizia Ce bocchia il d.leg. n. 626/94*; CGCE, 7 febbraio 2002, n. 5/00, Commiss. Ce c. Gov. Germania federale, in *Foro it.*, 2002, IV, 129, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 476, con nota di S. GRECO, *Nuova pronuncia della corte UE in tema di valutazione dei rischi nei luoghi di lavoro con riferimento alla normativa tedesca*; CGCE, 3 ottobre 2000, n. 303/98, Sindicato Médicos de Asistencia Pública c. Conselleria Sanidad Consumo Generalidad Valenciana, in *Foro it.*, 2001, IV, 12; CGCE, 3 luglio 2001, n. 241/99, Confederación Intersindical Galega c. Servicio Galego de Saúde, in *Foro it.*, 2001, IV, 412; CGCE, 16 marzo 2000, n. 439/98, Commiss. Ce c. Gov. Italia, in *Raccolta*, 2000, I, 1565; CGCE, 6 luglio 2000, n. 11/99, Dietrich c. Westdeutscher Rundfunk, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 208, con nota di PELAGGI, *Sicurezza del lavoro al videoterminale: dalla giurisprudenza della corte Cee alla nuova disciplina legislativa contenuta nella comunitaria*; CGCE, 21 settembre 1999, n. 362/98, Commiss. Ce c. Gov. Italia, in *Foro it.*, 1999, IV, 449; CGCE, 12 dicembre 1996, n. 74/95-129/95, Proc. rep. Pret. Torino e Pret. Torino, in *Foro it.*, 1997, IV, 1, con nota di GUARINIELLO, *La sentenza della Corte di giustizia sulla sicurezza del lavoro ai videoterminali: insegnamenti e ripercussioni*.

(39) ROCCELLA, TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, cit., 273.

mondiale della sanità, alla quale appartengono tutti gli Stati membri, che definisce la salute come uno stato completo di benessere fisico, mentale e sociale e non come uno stato che consiste nella sola assenza di malattie o infermità» (40).

Nozioni ampie di salute, sicurezza e ambiente dirette a valorizzare la complessità della persona umana nell'organizzazione del lavoro indicano un radicale rovesciamento di prospettiva: è l'organizzazione del lavoro che deve adattarsi alle esigenze fondamentali della persona, senza che assumano rilievo considerazioni di carattere puramente economico.

La direttiva 89/391 (art. 16) ha stabilito l'adozione di direttive particolari per determinati settori o aspetti della sicurezza (41), precisando che « *Le disposizioni della presente direttiva si applicano interamente all'insieme dei settori contemplati dalle direttive particolari, fatte salve le disposizioni più rigorose e/o specifiche contenute in queste direttive particolari* » (art. 16, paragrafo 3) (42).

La direttiva 89/391 assume dunque il ruolo di *direttiva quadro* i cui principi generali devono trovare concreta attuazione nelle direttive particolari, destinate a disciplinare specifici profili della sicurezza sul lavoro.

Devono indicarsi di seguito le direttive particolari emanate in virtù della direttiva quadro riguardanti specifici settori o ambiti di intervento:

- 89/654 CEE (prima direttiva particolare) relativa alle prescrizioni minime di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro;
- 89/655 CEE (seconda direttiva particolare), relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso di attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori durante il lavoro;
- 89/656 CEE (terza direttiva particolare), relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e salute per l'uso da parte

(40) CGCE, 12 novembre 1996, causa c. 84/1994, cit.

(41) L'elenco dei settori di cui all'articolo 16, paragrafo 1, da ritenersi non esaustivo, è il seguente: — Luogo di lavoro; — Attrezzature di lavoro; — Attrezzature di protezione individuale; — Lavori con attrezzature dotate di videoterminali; — Movimentazione di carichi pesanti comportanti rischi lombari; — Cantieri temporanei e mobili; — Pesca e agricoltura.

(42) Con la direttiva 2007/30/Ce del 20 giugno 2007 è stato modificato l'art. 17 della dir. 89/391 prevedendosi una razionalizzazione ed una semplificazione del variegato sistema di relazioni che gli stati membri sono tenuti a presentare alla Commissione ogni cinque anni.

dei lavoratori di attrezzature di protezione individuale durante il lavoro;

— 90/269 CEE (quarta direttiva particolare), relativa alle prescrizioni minime di sicurezza e salute concernenti la movimentazione manuale dei carichi che comporta tra l'altro rischi dorso-lombari per i lavoratori;

— 90/270 CEE (quinta direttiva particolare), relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e salute per le attività lavorative svolte su attrezzature munite di videoterminali;

— 90/394 CEE (sesta direttiva particolare), modificata dalle direttive 97/42 CE e 99/38 CE, sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti cancerogeni durante il lavoro;

— 90/679 CE (settima direttiva particolare), modificata dalla direttiva 93/88, relativa alla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti biologici durante il lavoro;

— 92/57 CEE (ottava direttiva particolare), riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili;

— 92/58 CEE (nona direttiva particolare), recante le prescrizioni minime per la segnaletica di sicurezza e/o salute sul luogo di lavoro;

— 92/85 CEE (decima direttiva particolare), riguardante misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento;

— 92/91 CEE (undicesima direttiva particolare), relativa a prescrizioni minime intese al miglioramento della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori delle industrie estrattive per trivellazione;

— 92/104 CEE (dodicesima direttiva particolare), relativa a prescrizioni minime intese al miglioramento della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori delle industrie estrattive a cielo aperto e sotterranee;

— 93/103 CEE (tredicesima direttiva particolare), relativa a prescrizioni minime di sicurezza e salute per il lavoro a bordo delle navi da pesca;

— 98/24 CEE, sulla protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori contro i rischi derivanti da agenti chimici durante il lavoro (quattordicesima direttiva particolare);

— 99/92/CE relativa alle prescrizioni minime per il migliona-

mento della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori esposti al rischio di atmosfere esplosive (quindicesima direttiva particolare);

— 2002/44/CE sulle prescrizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti da vibrazioni meccaniche (sedicesima direttiva particolare);

— 2003/10/CE concernente prescrizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dagli agenti fisici (rumore) (diciassettesima direttiva particolare);

— 2004/40/CE sulle prescrizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dagli agenti fisici (campi elettromagnetici) (diciottesima direttiva particolare);

— direttiva 2006/25/CE sulle prescrizioni minime di sicurezza e di salute relative all'esposizione dei lavoratori ai rischi derivanti dagli agenti fisici (radiazioni ottiche artificiali) (diciannovesima direttiva particolare).

Nel contesto delineato esistono poi numerose direttive che, pur non essendo state emanate ai sensi dell'art. 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391, assumono senza dubbio una rilevanza fondamentale nel tema della sicurezza sul lavoro e sono da ricondurre alle stesse linee ispiratrici della direttiva quadro (43).

Un peso particolare ha assunto la direttiva 93/104, successivamente modificata dalla direttiva 2000/34/CE e oggi sostituita dalla

(43) Fra queste si rammentano: la direttiva 96/82 CE sul controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose; la direttiva 89/392 (c.d. direttiva macchine) e le direttive 91/368 e 93/44 a questa connesse per materia trattata; la direttiva 92/29, sull'assistenza medica a bordo delle navi; la direttiva 91/383 CEE contenente misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute durante il lavoro dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale; la direttiva 96/71 CE che si applica alle imprese stabilite in uno stato membro, che, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, operino il distacco di lavoratori nel territorio di uno stato membro. Tale direttiva fissa le condizioni di lavoro e di occupazione, tra le quali quelle in materia di sicurezza, salute ed igiene del lavoro, che debbono essere garantite ai lavoratori distaccati. Tali condizioni debbono essere quelle in vigore nello stato membro in cui è fornita la prestazione, salva l'applicazione di condizioni più favorevoli (SANTONI, *La tutela della salute nel lavoro atipico*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., 235). Ancora si segnala la direttiva 94/33/CE relativa alla protezione dei giovani sul lavoro.

direttiva 2003/88/CE, per il profondo intreccio tra integrità della persona del lavoratore e disciplina dell'orario, dei riposi settimanali e delle ferie annuali.

In particolare il testo della citata direttiva che, in apertura, fa esplicito riferimento alla direttiva 89/391, al *considerando* (4) afferma: "Il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere economico", mentre al *considerando* (11) afferma che "le modalità di lavoro possono avere ripercussioni negative sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori: l'organizzazione del lavoro secondo un certo ritmo deve tener conto del principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano".

Non è dunque un caso che importanti affermazioni della giurisprudenza comunitaria sul tema della salute e della sicurezza siano state pronunciate proprio in relazione a tale direttiva (44) in particolare sul versante del diritto al riposo e del diritto alle ferie.

La Corte di Giustizia ha in più occasioni affermato che "L'armonizzazione a livello comunitario in materia di organizzazione dell'orario di lavoro è diretta a garantire una migliore tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo godere questi ultimi di periodi minimi di riposo e di periodi di pausa adeguati" (45) chiarendo che "Il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite va considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla direttiva stessa" (46).

(44) E fra le decisioni di particolare rilievo v. CGCE, 12 novembre 1996, causa c. 84/1994, cit.

(45) CGCE, 26 giugno 2001, causa C-173/99, B.E.C.T.U., in *Foro it.*, 2001, IV, 413, con nota di G. Ricci; in *Lav. giur.*, 2001, 1141, con nota di TESTA, *Il problematico contemperamento tra ferie e salute nei contratti a termine*.

(46) V., in particolare, sentenze B.E.C.T.U. e Merino Gomez, cit.; CGCE, 6 aprile 2006, n. 124/05 — *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Gov. Paesi Bassi*, CGCE 16 marzo 2006, n. cause riunite C-131/04 e C-257/04 *Robinson-Steele, Clarke*, in *Foro it.*, 2006, IV, 297, con nota di G. Ricci, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1341, con nota di BAVARO, *Il principio di effettività delle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*; non mancano peraltro decisioni sul tema della durata dell'orario di lavoro, la cui ricostruzione è interamente basata sulla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori: CGCE, 1° dicembre 2005, causa C-14/04, *Dellas e a.*, in

Il processo di adeguamento alle direttive comunitarie in materia di salute e sicurezza sul lavoro si è rivelato particolarmente complesso in Italia.

Il nostro Paese è infatti stato ripetutamente condannato dalla Corte di Giustizia per mancato o difettoso recepimento delle suddette direttive (47) che hanno richiesto una successiva e spesso

Foro it., 2006, IV, 215, con nota di Cosio, *L'orario di lavoro tra Corte di giustizia e legislatore comunitario: un dialogo tra sordi?*

(47) Fra le altre v. CGCE, 24 ottobre 2002, n. 455/00, cit.: "Non definendo le condizioni alle quali devono essere forniti ai lavoratori interessati dispositivi speciali di correzione in funzione dell'attività svolta, la repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 9 n. 3 della direttiva del consiglio 29 maggio 1990 n. 90/270/Cee, relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e di salute per le attività lavorative svolte su attrezzature munite di videoterminali (quinta direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva 89/391/Cee)"; CGCE, 10 aprile 2003, n. 65/01, cit.: "Non adottando le disposizioni legislative e regolamentari necessarie per recepire nell'ordinamento interno taluni requisiti minimi vincolanti della direttiva del consiglio 30 novembre 1989 n. 89/655/Cee, relativa ai requisiti minimi di sicurezza e di salute per l'uso di attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori durante il lavoro (seconda direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva 89/391/Cee), come modificata dalla direttiva del consiglio 5 dicembre 1995 n. 95/63/Ce, la repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 4, n. 1, e dell'allegato I, punti 2.1, sesta frase, 2.2, seconda frase, 2.3, terza e quarta frase, e 2.8, seconda frase, dal secondo al quinto trattino, della detta direttiva"; CGCE, 15 novembre 2001, n. 49/00, cit.: "Non avendo prescritto che il datore di lavoro debba valutare tutti i rischi per la salute e la sicurezza esistenti sul luogo di lavoro, avendo consentito al datore di lavoro di decidere se fare o meno ricorso a servizi esterni di protezione e di prevenzione quando le competenze interne all'impresa sono insufficienti, non avendo definito le capacità e le attitudini di cui devono essere in possesso le persone responsabili delle attività di protezione e di prevenzione dei rischi professionali per la salute e la sicurezza dei lavoratori, la repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli art. 6, n. 3, lett. a), e 7, n. 3, 5 e 8, direttiva del consiglio 12 giugno 1989 n. 89/391/Cee, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro". La stessa decisione ha altresì statuito che "La disposizione di cui all'art. 8, 5° comma, d.lgs. n. 626 del 1994, la quale prevede la facoltà e non l'obbligo del datore di lavoro di ricorrere, in caso di insufficienza di competenze interne all'azienda, a persone e servizi esterni per la protezione e la prevenzione di rischi professionali, non costituisce corretta trasposizione nell'ordinamento nazionale della disposizione recata dall'art. 7, n. 3, della direttiva n. 391/89/Cee, che detto ricorso all'esterno pone come obbligatorio" e che "Le disposizioni di cui all'art. 8, 9° e 11° comma, d.lgs. n. 626 del 1994, le quali rimettono all'autorità ministeriale la facoltà di stabilire regole in ordine alle

faticosa opera di aggiornamento di testi normativi già approvati ed entrati in vigore.

Il precipitato normativo di maggiore spessore di una travagliata fase di recepimento è stato il d.lgs. 626/1994, quale risultante di numerose modifiche ed integrazioni successive, rese necessarie sia per recepire le direttive comunitarie prima richiamate (48) sia per conformare il testo normativo alle statuizioni della Corte di Giustizia (49).

Non è un caso, dunque, che la sua rilevanza sia stata oggetto di crescente riconoscimento da parte della dottrina che vi ha letto la fisionomia di un sistema nuovo che finalmente attua i principi ed i valori costituzionali radicati negli artt. 32 e 41 Cost. (50).

4.3. Verso l'armonizzazione del sistema prevenzionale: il d.lgs. n. 81/2008.

Come si è già accennato in apertura di questo capitolo il d.lgs.

competenze dei soggetti responsabili delle attività di protezione e prevenzione dei rischi e stabiliscono l'obbligo dei datori di lavoro di comunicare alle autorità nazionali informazioni sui soggetti responsabili, non costituiscono corretta trasposizione nell'ordinamento nazionale delle disposizioni recate dall'art. 7, n. 5 e 8, della direttiva n. 391/89/Cee, che in materia pongono alcune regole generali e rimettono ai singoli stati membri l'adozione di disciplina di dettaglio chiara e sufficientemente precisa"; CGCE, 21 settembre 1999, n. 362/98, cit.: "Non avendo adottato entro il termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del consiglio 23 novembre 1993 n. 93/103/Ce, riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute per il lavoro a bordo delle navi da pesca (tredicesima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, par. 1, della direttiva 89/391/Cee), la repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 13, n. 1, di questa direttiva".

(48) Fatta eccezione per la direttiva 2006/25/CE (radiazioni ottiche artificiali), recepita con il d.lgs. n. 81/2008 (artt. 213 ss.).

(49) Di CERBO, *Normativa antinfortunistica e sicurezza sul lavoro dai decreti del 1955 e del 1956 al d.lgs. 626/1994*, in *Lav. e prev.*, 1996, 1258 ss.; BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, cit., 53-57; VALLEBONA, *Sicurezza del lavoro e insicurezza dell'impresa: la barbarie del diritto*, in BETTINI (a cura di), *Commentario alla sicurezza sul lavoro*, Milano, 1996, 63 ss.

(50) M. RICCI, *Alcune osservazioni introduttive in tema di sicurezza sul lavoro*, in M. RICCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, cit., 23; cfr. MARGIOTTA, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 1998, 1177 ss.

n. 81/2008, dando attuazione alla delega conferitale dalla l. n. 123/2007 (51), ha messo in atto un'opera di risistemazione della disciplina della sicurezza sul lavoro.

Tuttavia il dlgs. 81/2008 (art. 304, comma 1°) ha abrogato espressamente solo i seguenti provvedimenti normativi: il d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, il d.P.R. 7 gennaio 1956 n. 164, il d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 (fatta eccezione per l'art. 64), il d.lgs. 15 agosto 1991, n. 277, il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, il d.lgs. 14 agosto 1996, n. 493, il d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494, il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 187; l'articolo 36-bis, commi 1° e 2° del decreto legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 5 agosto 2006 n. 248; gli articoli: 2, 3, 5, 6 e 7 della legge 3 agosto 2007, n. 123.

Il d.lgs. n. 81/2008 ha poi sancito l'abrogazione di "ogni altra disposizione legislativa e regolamentare nella materia disciplinata dal decreto legislativo medesimo incompatibili con lo stesso" (art. 304, comma 1°).

Orbene, se lo scopo del legislatore era quello di razionalizzare la disciplina prevenzionale in un corpo normativo organico e completo — al punto che nella fase di attuazione della delega si è con insistenza fatto riferimento all'emanazione di un testo unico — si deve constatare che l'obiettivo non è ancora stato raggiunto.

Ed infatti non sono integrati nel decreto del 2008 i seguenti provvedimenti normativi:

— il d.lgs. 27 luglio 1999, n. 271, recante norme in materia di adeguamento della normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori marittimi a bordo delle navi mercantili da pesca nazionali, a norma della l. 31 dicembre 1998, n. 485;

— il d.lgs. 27 luglio 1999, n. 272, recante norme in tema di adeguamento della normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori nell'espletamento di operazioni e servizi portuali, nonché di opera-

(51) Sul complesso processo di elaborazione della legge delega v. il fascicolo monografico della *Riv. giur. lav., suppl.* al n. 2, 2007; PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico della sicurezza del lavoro*, Roma, 2007; SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, n. 60/2007; TIRABOSCHI, *La tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro alla prova del «Testo Unico»*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 1 ss.; PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, n. 73/2008.

zioni di manutenzione, riparazione e trasformazione delle navi in ambito portuale, a norma della l. 31 dicembre 1998, n. 485;

— il d.lgs. 17 agosto 1999, n. 334, attuazione della direttiva 96/82/CE relativa al controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose;

— il d.lgs. 25 novembre 1996, n. 624, attuazione della direttiva 92/91/CEE relativa alla sicurezza e salute dei lavoratori nelle industrie estrattive per trivellazione e della direttiva 92/104/CEE relativa alla sicurezza e salute dei lavoratori nelle industrie estrattive a cielo aperto o sotterranee;

— il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 230, attuazione delle direttive 89/618/Euratom, 90/641/Euratom, 92/3/Euratom e 96/29/Euratom in materia di radiazioni ionizzanti;

— il d.P.R. 24 luglio 1996, n. 459, Regolamento per l'attuazione delle direttive 89/392/CEE, 91/368/CEE, 93/44/CEE e 93/68/CEE concernenti il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle macchine.

— il d.lgs. 17 agosto 1999, n. 298, attuazione della direttiva 93/103/CE relativa alle prescrizioni minime di sicurezza e di salute per il lavoro a bordo delle navi da pesca;

— il d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 52, attuazione della direttiva 2003/122/CE Euratom sul controllo delle sorgenti radioattive sigillate ad alta attività e delle sorgenti orfane.

I sopra citati provvedimenti normativi devono considerarsi vigenti ma, incomprensibilmente, ancora corpi separati dal decreto del 2008.

Occorre chiarire che per quanto concerne i decreti legislativi nn. 271/1999, 272/1999, 298/1999 la riforma prevede che si provvederà con successivi decreti (ai sensi dell'art. 17, comma 3 l. n. 400/1988) ad operare un coordinamento « con la disciplina del presente decreto » (art. 3, comma 2°) ed analogo raccordo è previsto con la disciplina in tema di trasporto ferroviario (l. n. 191/1974) mentre per il d.P.R. n. 459/1996 la vigenza è confermata dall'art. 71 del decreto del 2008 che ne fa espressa menzione, sebbene occorre tenere a mente gli allegati V e VI dello stesso decreto e dunque un complesso intreccio di regole.

Un fugace richiamo al d.lgs. n. 624/1996 che regola la delicata materia della sicurezza sul lavoro nelle attività estrattive è contenuto nell'art. 287 del testo di riforma sebbene non manchino alcuni impliciti riferimenti in tema di vigilanza (art. 13).

La protezione del lavoratore dalle radiazioni ionizzanti è « uni-

camente » affidata al d.lgs. n. 230/1995 (art. 180 d.lgs. n. 81/2008).

Per quanto concerne la disciplina prevenzionistica degli anni cinquanta non sono stati espressamente abrogati dal d.lgs. 81/2008 i seguenti provvedimenti normativi:

— d.P.R. 19 marzo 1956, n. 302, norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro integrative di quelle generali emanate con d.p.r. 27 aprile 1955 n. 547;

— d.P.R. 20 marzo 1956, n. 320, Norme per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro in sotterraneo;

— d.P.R. 20 marzo 1956, n. 321, Norme per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro nei cassoni ad aria compressa;

— d.P.R. 20 marzo 1956, n. 322, Norme per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro nell'industria della cinematografia e della televisione;

— d.P.R. 20 marzo 1956, n. 323, Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro negli impianti telefonici.

Per quanto concerne le disposizioni del d.P.R. n. 302/1956 occorre mettere in luce che l'art. 306, comma 1°, del d.lgs. 81/2008 stabilisce che queste « costituiscono integrazione di quelle contenute nel presente decreto legislativo », mentre la vigenza del d.P.R. n. 320/1956 è confermata dall'allegato L (punti 2.10 e 2.12).

È quasi inutile rilevare che, considerate le finalità del legislatore, sarebbe stato auspicabile il ricorso all'abrogazione espressa previa verifica delle necessarie implementazioni nel testo di riforma delle disposizioni normative sopra indicate.

L'abrogazione per incompatibilità — già utilizzata con scarso successo dal d.lgs. 626/1994 seppur con una formula decisamente più ambigua di quella ora contenuta nella recente riforma — non appare infatti contribuire a rendere omaggio a quella esigenza di ordine e chiarezza perseguita dal legislatore.

Consapevole dunque che il processo di risistemazione della materia è tutt'altro che compiuto il legislatore delegato ha inteso utilizzare lo spiraglio lasciato aperto dall'art. 1, comma 6 della legge delega, prevedendo (art. 304, comma 2) che « con uno o più decreti integrativi » si dovrà provvedere all'armonizzazione delle « disposizioni del presente decreto » con « quelle contenute in leggi o regolamenti che dispongono rinvii a norme del decreto legislativo 19 settembre 1994 n. 626 ». Con formula decisamente complessa si prevede infine che fin quando i suddetti decreti integrativi non saranno emanati « laddove disposizioni di legge o regolamentari » dispongano un rinvio al d.lgs. n. 626/1994 o ad altre disposizioni

abrogate dal testo di riforma del 2008, i rinvii « si intendono riferiti alle corrispondenti norme del presente decreto legislativo ».

5. Norma generale e norme speciali: la tutela della dignità del lavoratore.

Come si è avvertito (v. capitolo II, paragrafo 3) l'inveramento della garanzia costituzionale della dignità mediante l'art. 2087 cod. civ. presuppone la messa a fuoco degli indici normativi nei quali la tutela della personalità morale è idonea a trovare una propria concretizzazione.

Può dirsi che l'art. 2087 opera sulla base di un rapporto di *genus a species* anche in relazione alla tutela della personalità morale, ma, come si è già messo in rilievo, il processo circolare assume connotazioni diverse in specifiche aree che si cercherà adesso di individuare.

Preliminarmente occorre chiarire che vi è un'area ampia ed estesa che esprime la garanzia costituzionale della persona nel rapporto come fondativa di limiti e di divieti che operano nei confronti dei poteri del datore di lavoro: il potere disciplinare, il potere direttivo e dunque il potere di variare le mansioni, il potere di variare il luogo della prestazione, il potere di controllare l'esecuzione della prestazione, l'insieme dei poteri datoriali concernenti il tempo della prestazione di lavoro, il potere di licenziare il lavoratore.

I limiti che l'ordinamento ha posto nei confronti di questi poteri possono considerarsi la *pre-condizione necessaria* di garanzia della persona (senza distinzione fra i beni fondamentali della salute e della dignità), come muri di recinzione per il creditore di lavoro oltre i quali si colloca la persona che lavora, portatrice di valori non negoziabili, secondo dunque lo schema tradizionale dei diritti della personalità, connotato dallo *ius excludendi alios* e dunque destinato a mimare uno dei tratti essenziali della logica proprietaria (52).

La dimensione personalistica del lavoro umano emerge dunque in momenti essenziali della disciplina del rapporto: le garanzie del

(52) Cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005.

procedimento disciplinare oltre che il principio di proporzionalità della sanzione disciplinare (53); il divieto di assegnare al lavoratore mansioni inferiori (54); i limiti posti all'utilizzazione temporale della prestazione (55) e la disciplina delle ferie e dei riposi (56); i limiti concernenti il potere di trasferire il lavoratore da una unità produttiva ad un'altra (57); la disciplina limitativa dei licenziamenti (58) (si v., per una proiezione, il licenziamento ingiurioso).

Il sistema normativo ha dunque individuato limiti e divieti dei poteri del datore di lavoro a tutela della persona. Come si spiegherà occorre tuttavia operare una chiara distinzione fra esercizio dei

(53) Corte cost., 30 novembre 1982, n. 204, in *Giur. cost.*, 1982, I, 2146.

(54) In giurisprudenza, *ex plurimis*: Cass., sez. lav., 26 maggio 2004, n. 10157, (in *Lav. giur.*, 2004, 1265, con nota di GIRARDI, *Demansionamento: conseguenze ed onere della prova dei danni subiti*): "il demansionamento professionale di un lavoratore non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 c.c. ma ridonda in lesione del diritto fondamentale, da riconoscere al lavoratore anche in quanto cittadino, alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro, con la conseguenza che i provvedimenti del datore di lavoro che illegittimamente ledono tale diritto vengono immancabilmente a ledere l'immagine professionale e la dignità personale del lavoratore".

(55) LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari, 2001.

(56) DEL PUNTA, *La nuova disciplina delle ferie*, in LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, cit., 378 ss.

(57) Cass., sez. lav., 29 luglio 2003, n. 11660, in *Notiz. giurispr. lav.*, 2004, 194: "In tema di trasferimento del lavoratore, poiché la finalità principale della norma di cui all'art. 2103 c.c. è quella di tutelare la dignità del lavoratore e di proteggere l'insieme di relazioni interpersonali che lo legano ad un determinato complesso produttivo, le tutele previste per il lavoratore trasferito rilevano anche quando lo spostamento avvenga in un ambito geografico ristretto (ad es. nello stesso territorio comunale) da una unità produttiva ad un'altra, intendendo per unità produttiva ogni articolazione autonoma dell'azienda, avente, sotto il profilo funzionale e finalistico, idoneità ad esplicare, in tutto o in parte, l'attività dell'impresa medesima, della quale costituisca una componente organizzativa, connotata da indipendenza tecnica ed amministrativa tali che in essa si possa concludere una frazione dell'attività produttiva aziendale"; Cass., sez. lav., 10 marzo 1992, n. 2889 (in *Giust. civ.*, 1993, I, 199, con nota di PILATI, *Jus variandi e obbligo di adeguata motivazione*): "Poiché l'art. 41, comma 2°, cost. è norma immediatamente precettiva, il giudice ha il compito di accertare se i provvedimenti del datore di lavoro che trasferiscono il dipendente a mansioni diverse, ancorché classificate come equivalenti, siano adeguatamente motivati, così da non essere lesivi della sua libertà e dignità umana".

(58) NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 26, 9 ss.

poteri datoriali, con l'apposizione di limiti che garantiscono la pre-condizione necessaria di tutela della persona nel rapporto di lavoro, e adempimento dell'obbligo di sicurezza (capitolo VI, paragrafo 2).

La garanzia costituzionale della dignità ha trovato espressione in molte delle disposizioni del titolo I dello statuto dei lavoratori (artt. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 15) che (fatta eccezione per l'art. 1) sono formulate quali divieti operanti nei confronti del datore di lavoro. Tali disposizioni rappresentano la tutela del lavoratore nella dimensione personale e dunque non solo nella tradizionale veste di contraente debole: la tutela della persona si affianca alla tutela del contraente debole e descrive il passaggio "da una regolamentazione prevalentemente diretta alla soddisfazione di bisogni di carattere economico, connessi all'instaurazione e allo svolgimento del rapporto, ad una regolamentazione attenta a tutelare i valori della persona inserita in un contesto organizzativo potenzialmente idoneo a mortificare la sua libertà e la sua dignità" (59).

Il rapporto fra la norma generale e le disposizioni statutarie sopra richiamate sembra svilupparsi prevalentemente in relazione al medesimo bene tutelato ma non sul versante della tecnica rimediabile

Tuttavia la circostanza che molte delle citate disposizioni statutarie siano concepite attraverso la tecnica dei limiti e dei divieti non impedisce di intravedere in esse la proiezione dell'obbligo di tutelare la personalità morale sancito dall'art. 2087 cod. civ., nelle due accezioni di obbligo di fare e di non fare (v. capitolo IV, paragrafo 1). A titolo esemplificativo: l'obbligo di non adibire alla vigilanza sull'attività lavorativa le guardie giurate (art. 2 stat. lav.); l'obbligo di non usare impianti audiovisivi ed altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori o di usare tali sistemi nel rispetto di determinati limiti legali (art. 4 stat. lav.); l'obbligo di compiere accertamenti sanitari solo nei limiti fissati dalla legge (art. 5 stat. lav.; cfr.: artt. 38-42 d.lgs. n. 81/2008); l'obbligo di non effettuare visite personali di controllo ovvero di effettuarle secondo precisi limiti e condizioni (art. 6 stat. lav.); l'obbligo di non svolgere indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del medesimo (art. 8 stat. lav.).

(59) LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 26.

Nell'area della garanzia costituzionale della dignità può proiettarsi anche il nuovo diritto antidiscriminatorio (in particolare: d.lgs. nn. 215, *attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza o dall'origine etnica*, e 216, *attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro*, del 2003) e delle pari opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198, *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna*) che trova il punto d'origine nello stesso statuto (art. 15) nonché nella l. n. 903/1977, conosce una complessa evoluzione normativa (60) e tende a proiettarsi fuori dal rapporto di lavoro e ad estendersi in qualsiasi ambito o settore della vita umana (61).

Vale la pena di mettere in luce che i decreti nn. 215 e 216 del 2003 possono ben interpretarsi come segnale normativo di una necessaria prevalenza delle tecniche dirette ad ottenere la cessazione del comportamento offensivo e la rimozione degli effetti sulle tecniche risarcitorie. E' corretto rilevare dunque che tali decreti prevedono esplicitamente un riferimento al "risarcimento del danno anche non patrimoniale" ma appare molto più importante cogliere che il significato normativo della nuova disciplina antidiscriminatoria è orientato anzitutto ad impedire che il comportamento offensivo del datore di lavoro produca conseguenze pregiudizievoli per la vittima ("la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché la rimozione degli effetti": artt. 4, comma 4°, d.lgs. 215/2003 e 4, comma 5° d.lgs. n. 216/2003) come non ha mancato di rilevare quella dottrina attenta alla individuazione di un sistema di rimedi in forma specifica o di tipo inibitorio (62).

Tali discipline rappresentano dunque una particolare proiezione della tutela della dignità nel rapporto di lavoro, come dimostra peraltro la definizione della fattispecie delle molestie, ovvero « quei comportamenti indesiderati », posti in essere per motivi discriminatori ed « aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una

(60) M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.

(61) Si v., per tale visibile processo di estensione, il Codice delle pari opportunità fra uomo e donna sopra citato. A tale processo è riconducibile anche la l. 1° marzo 2006 n. 67, che prevede una disciplina contro la discriminazione dei disabili negli ambiti diversi da quello lavorativo, cui invece si applica il d.lgs. n. 216/2003.

(62) MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 642.

persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante, offensivo» (v. i rispettivi artt. 2, comma 3° dei citati decreti) (63).

Questa disciplina ha reso visibile sul piano normativo il valore della dignità secondo una logica definitoria che si presta ad essere assimilata alla tutela della personalità morale ex art. 2087; i decreti del 2003 rafforzano la lettura costituzionalmente orientata della personalità morale e la sottopongono al confronto con il valore normativo che la dignità umana sta assumendo nel diritto comunitario (64).

Tuttavia sembra che la disciplina antidiscriminatoria, che pure può essere rappresentata come una proiezione della personalità morale, non operi secondo un processo di interazione con la norma generale.

Qui vi è piuttosto una intersezione e cioè un fondamentale punto di incontro — la tutela della dignità della persona — fra aree normative orientate secondo direzioni diverse.

La tutela della dignità della persona è solo uno dei momenti, certo importante, della disciplina antidiscriminatoria, ma sarebbe riduttivo identificare la prima con la seconda. Soprattutto non è opportuno sviluppare — sul piano dell'indagine — una circolarità fra *genus* e *species*, fra norma generale e norme speciali che snaturino le peculiari finalità perseguite dalle seconde.

È infine degna di nota la legislazione a tutela della riservatezza (65), che può certo considerarsi una proiezione della garanzia costituzionale della dignità (si v. art. 2 d.lgs. n. 196/2003) concer-

(63) In tema: DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva Ce 2002/73*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 399 ss.; CHIECO, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 65 ss.; partic. 77-78; DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, cit., 216 ss.; LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 379 ss.; M. T. CARINCI, *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 133 ss. Sui profili rimediale della disciplina antidiscriminatoria: CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 529 ss.

(64) M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., XIX ss.; partic. XXXVI.

(65) BIANCA, BUSNELLI, (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Padova, 2007.

nente anche il tema specifico del rapporto di lavoro (66) nell'ambito della quale possono individuarsi specifici obblighi a contenuto positivo gravanti sul datore di lavoro (67) che vanno peraltro ad arricchire di nuovi contenuti alcune delle disposizioni statutarie prima richiamate (v. in particolare artt. 4, 5, 8 stat. lav.).

Le discipline normative sopra indicate — che non si esauriscono nella proiezione della garanzia costituzionale della dignità nel cuore del rapporto di lavoro — mettono in rilievo la notevole complessità, la variegata sequenza di interazioni che evoca l'interpretazione costituzionalmente orientata della personalità morale.

Al tempo stesso le medesime normative non esprimono una sorta di *numerus clausus* della garanzia costituzionale della dignità.

6. Persona e lavoro fra statualità e sussidiarietà: la riforma del Titolo V della Costituzione.

La complessa trama delle fonti fin qui descritta si rivelerebbe incompleta ove non si tenesse conto della riforma del Titolo V della Costituzione che, perseguendo una sorta di modello federalista, non ancora del tutto convincente (68), introduce un riparto di competenze tra la potestà legislativa statale e quella regionale, assai rilevante per il diritto del lavoro.

In particolare, in base al nuovo testo dell'art. 117 Cost., mentre allo Stato è attribuita la competenza esclusiva in materia di « giuri-

(66) PRETEROTI, sub artt. 111-115, in BIANCA, BUSNELLI, (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., 1443 ss.; CHIECO, *Privacy e lavoro*, Bari, 2000; BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995.

(67) BARGELLI, sub art. 7, in BIANCA, BUSNELLI, (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., 131 ss.; NAVARRETTA, sub art. 11, *ivi*, 244: "l'art. 11, comma 1° riveste una duplice fondamentale funzione: coordinare e governare le regole di condotta dettate per il trattamento dei dati personali e introdurre una disciplina che operi quale ponte fra il piano degli interessi protetti ed il terreno dei rimedi".

(68) ELIA, *Introduzione*, in GROPPI, OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo quinto*, Torino, 2003, 7 ss.; OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali*, in GROPPI, OLIVETTI (a cura di), *op. cit.*, 91 ss.; ANGIOLINI, *Diritti e riforme costituzionali*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 479 ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della cost. n. 3 del 2001*, in *Lav. nelle p. a.*, 2002, 7 ss.; D'ATENA, *L'Italia verso il federalismo*, Milano, 2001.

sdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa» (comma 2, lett. l), vi è, al tempo stesso, una *potestà legislativa concorrente* dello stato e delle regioni in materia di « tutela e sicurezza del lavoro » (comma 3). La stessa disposizione costituzionale precisa che « nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservati alla legislazione dello Stato ».

Ora, l'ambigua ed insidiosa formula « tutela e sicurezza del lavoro » porta con sé il rischio di una frammentazione localistica del diritto del lavoro (69) con ricadute non prevedibili sull'unità giuridica ed economica dello Stato e sul principio di eguaglianza (70).

I tentativi di evitare una deriva regionalistica sono molteplici: si va dalla tesi prevalente che riconduce il diritto del lavoro, inteso come disciplina del rapporto di lavoro e del diritto sindacale, alla competenza esclusiva dello Stato sul presupposto che il diritto del lavoro rappresenti parte integrante della materia « ordinamento civile » (71) alle elaborazioni che ora fanno leva sul principio di

(69) Con minori difficoltà è possibile affermare l'uniformità del diritto della previdenza sociale, posto che la materia è riservata alla competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. o), Cost.), sebbene la previdenza complementare ed integrativa sia attribuita alla potestà legislativa concorrente Stato/Regioni; ma anche in tal caso non mancano i nodi problematici da sciogliere: BALANDI, *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in *Lav. dir.*, 2001, 479 ss., il quale rileva che il testo costituzionale non prende in considerazione l'assistenza sociale che dovrebbe dunque essere attratta nella competenza legislativa regionale; *contra* PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 32 ss., secondo il quale, l'evoluzione legislativa compiutasi con la n. 328/2000 (sistema integrato dei servizi sociali) non rende necessario interrogarsi sulla ricomprensione dell'assistenza sociale nella previdenza sociale; LASSANDARI, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo disegno costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 231 ss., il quale ipotizza che la formula « sicurezza del lavoro » potrebbe essere intesa come sicurezza sociale, emergendo così una complessa connessione con la previdenza sociale.

(70) Si v., in particolare il fascicolo, n. 3/2001 di *Lav. dir.*, *Federalismo e diritti del lavoro* ed il supplemento al fascicolo, n. 1/2002 di *Lav. nelle p. a.*, *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Stato/Regioni e Diritto del lavoro*.

(71) M. G. GAROFALO, *Federalismo, devolution e politiche dell'occupazione*, in *Lav. dir.*, 2001, 463; ID., *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, 410; MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 240; NAPOLI, *Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 364; MARIUCCI, *La forza di un pensiero debole. Una critica del Libro Bianco del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2002, 3 ss.; MAGNANI, *Il lavoro*

eguaglianza (72), ora privilegiano la rilevanza della « determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale » (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.) (73), passando per tesi intermedie che muovono dai « livelli essenziali delle prestazioni » per affermare l'esistenza di uno spazio per la legislazione regionale che può operare innalzando i livelli di « tutela e sicurezza del lavoro » (74).

6.1. La materia « ordinamento civile ».

Posta l'attrazione del diritto del lavoro nella materia « ordinamento civile » sostenuta dalla dottrina lavoristica occorre considerare che l'individuazione di tale materia non appare agevole, come

nel titolo V della Costituzione, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 645 ss.; TOSI, *I nuovi rapporti tra Stato e Regioni: la disciplina del contratto di lavoro*, *ivi*, 599 ss.; PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e regioni*, *ivi*, 2002, 75 ss.; DE LUCA, *Il lavoro nel diritto regionale: tra statuto della regione siciliana e recenti modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (note minime)*, in *Foro it.*, 2002, V, 260 ss.; PALLINI, *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro ?*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 20 ss.; F. CARINCI, *Una riforma rimasta orfana*, in *Lav. nelle p. a.*, 2002, 1 ss.; ID., *Osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione*, in F. CARINCI, MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002, 7 ss.; ID., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 76; ANGIOLINI, *Diritti e riforme costituzionali*, *cit.*, 481. In via di ipotesi BALLESTRERO, *Differenze e principio di eguaglianza*, in *Lav. dir.*, 2001, 424 e DEL PUNTA, *Tutela e sicurezza del lavoro*, *ivi*, 434 affermano che la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile non sembra assorbire interamente la disciplina del rapporto di lavoro e operano per l'individuazione di un nucleo regolativo essenziale ed intangibile della legislazione nazionale. Pur con diverse impostazioni hanno affermato la competenza legislativa concorrente Stato/regioni in materia di diritto del lavoro: ROCCELLA, *Il lavoro e le sue regole nella prospettiva federalista*, *ivi*, 503; BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *Dir. rel., ind.*, 2002, 157 ss.

(72) PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, *cit.*, 19 ss.

(73) RUSCIANO, *Il diritto del lavoro italiano nel federalismo*, in *Dir. lav.*, 2001, 491 ss.

(74) ZOPPOLI, *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i "pezzi" di un difficile puzzle?*, in *Lav. nelle p. a.*, 2002, *suppl. al n. 1*, 149 ss.

dimostra la riflessione civilistica maturata sul tema (75) da cui emerge che la definizione e la nozione in parola "non può essere tracciata una volta per tutte, ma si espone ad aggiustamenti, ad affinamenti, a chiarimenti che nascono dal « diritto vivente »" (76).

Certo non appaiono emergere dubbi sulla competenza esclusiva dello Stato nelle materie della famiglia e delle successioni, delle obbligazioni e dei contratti, della responsabilità civile e dei contratti speciali così come si accredita la convinzione che la potestà legislativa regionale sui territori di confine con il diritto privato debba essere letta in ideale continuità con il passato e, probabilmente, in accezione ancor più restrittiva (posta l'esplicitazione costituzionale sull'ordinamento civile) (77).

Tanto potrebbe bastare per dichiarare superate le preoccupazioni manifestate dagli studiosi del diritto del lavoro per il rischio di una frammentazione localistica della materia, posta la sua riconducibilità nel cuore del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Senonché mobili appaiono i confini del diritto privato (78) destinato ad assumere la funzione di diritto generale (79) ed a svol-

(75) IRITI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 701 ss.; VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 747 ss.; TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, ivi, 707 ss.; ROPPO, *Il diritto privato regionale: fra nuova legislazione, giurisprudenza vecchia e nuova, e dottrina prossima ventura*, in *Corr. giur.*, 2003, 5 ss.; ID., *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 553 ss.; cfr. LAMARQUE, *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile" di esclusiva competenza statale*, in *Le regioni*, 2001, 1343 ss.; EAD., *Aspettando il nuovo art. 117 Cost.: l'ultima pronuncia della Corte costituzionale sul limite del diritto privato della legislazione regionale*, ivi, 2002, 584 ss.; EAD., *Verso una nozione europea di "materia civile?"*, in *Suppl. Corr. giur.*, 2003, 65 ss.; EAD., *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, 294 ss.

(76) ALPA, « *L'ordinamento civile* » nella recente giurisprudenza costituzionale, in *Contratti*, 2004, 175 ss.

(77) In tema v. ALBI, *La persona ed il lavoro nel sistema delle fonti dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 428 ss.

(78) Secondo CASSESE, *La crisi dello stato*, Roma-Bari, 2002, 131-132, può affermarsi « il superamento della netta separazione tra negozio privato come fatto di creazione giuridica, legato all'autonomia privata e alla liceità, e discrezionalità, considerata come scelta ordinata a un interesse predeterminato dalla norma e, quindi, ad una regola eteronoma ». Nel contesto delineato da CASSESE, « *La libertà delle forme proprie del diritto privato penetra nel diritto pubblico* » (ibidem).

(79) BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 199.

gersi in una dimensione europea (80) ed è dunque possibile che nel corso della sua trasformazione questo possa perdere o guadagnare rilevanti frammenti del territorio giuridico (81). In tale contesto è certamente datata l'idea del diritto privato come materia unitaria (82) e la riflessione sui suoi confini è tutt'altro che compiuta.

Occorre allora anzitutto ammettere che l'ordinamento civile non appare definibile come « materia » così come non lo è la « determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ». Si è piuttosto in presenza di fasci di rapporti soggetti alla sola competenza statale, di ambiti « immateriali », « concettuali » che « definiscono il riparto di competenze statali e regionali non già in ragione della tipologia di beni, relazioni, situazioni sociali su cui le norme incidono, bensì in ragione della tipologia di valori, principi, tecniche, obiettivi che le norme sottendono » (83).

È quindi più che mai necessario chiarire che « il limite del diritto privato », individuato nel corso di una importante evoluzione dalla giurisprudenza costituzionale, ha trovato come proprio fondamento, pur con oscillazioni che sono state puntualmente registrate dalla dottrina (84), il principio di eguaglianza (85).

(80) Cfr. le riflessioni che LAMARQUE compie a commento di CGCE 14 novembre 2002, c. 271/00 sulla nozione europea di "materia civile". In tale decisione la Corte « abbandona l'implicito riferimento alla grande dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato o, meglio, svela che in sede di interpretazione/applicazione del diritto quella dicotomia si risolve nella più semplice distinzione tra norma speciale e norma non speciale (o comune) » (LAMARQUE, *Verso una nozione europea*, cit., 69).

(81) I tradizionali criteri di distinzione tra diritto privato e diritto pubblico attengono: a) alla capacità assegnata dalla legge all'ente pubblico di adottare atti d'imperio, cioè unilaterali, agendo l'ente pubblico in posizione di supremazia e non di parità nei confronti dei soggetti privati; b) alla natura degli interessi tutelati, individuali o propri di un gruppo determinato di individui nel diritto privato e riferiti all'intera collettività nel diritto pubblico: cfr. LAMARQUE, *Verso una nozione europea*, cit., 68.

(82) VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni*, cit., 753-754: « la legge regionale penetra nel terreno dei rapporti privatistici. Vi penetra però in modo diseguale: trova in alcuni settori resistenze insormontabili, in altri strade aperte ». Vitucci ricorda che Mortati fu tra i primi ad osservare che « non tutto il codice civile si pone quale limite all'attività normativa delle regioni » (MORTATI, *Sulla potestà delle Regioni di emanare norme di diritto privato*, in *Giur. cost.*, 1956, 991).

(83) ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., 553.

(84) F. CARINCI, *Riforma costituzionale*, cit., 55 ss.; ROPPO, *Diritto privato regio-*

Muovendo da tale premessa, può anche condividersi l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui l'incidenza di tale principio « non opera in modo assoluto in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento » ad opera delle competenze legislative regionali (86).

Tuttavia una simile eventualità presuppone che l'adattamento operato dalla legislazione regionale sia sottoposto alla verifica della sua ragionevolezza non solo « intrinseca » ma anche « estrinseca » (87).

In particolare « una stessa norma regionale di diritto privato può da un lato essere intrinsecamente ragionevole sotto i profili di connessione con qualche materia di competenza regionale, e dell'adeguatezza, quanto ai fini e quanto a nesso tra fini e mezzi; ma essere, d'altro lato, non ragionevole sotto il profilo della generale esigenza di uniformità territoriale del diritto privato in quanto rompe questa uniformità in modo troppo profondo, o in misura troppo ampia o in misura troppo sensibile » (88). Solo tale raffronto sembra consentire di individuare adeguatamente il dovere del legislatore « di equiparare il trattamento giuridico delle situazioni ragionevolmente analoghe » (89).

Proprio muovendo da quest'ultimo rilievo si deve cogliere il significato di una importante decisione della Corte costituzionale laddove afferma che « la disciplina del *mobbing*, valutata nella sua

nale?, cit., 553 ss.; TROISI, *Prime indicazioni su "tutela e sicurezza del lavoro" nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, 194 ss.

(85) Ciò senza dubbio a partire da Corte cost. 27 luglio 1972, n. 154, in *Foro it.*, 1972, I, 2351, che comunque, a fondamento del limite, richiama anche l'unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.) e, in modo ancor più chiaro, in Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 35, in *Foro it.*, 1992, I, 1047, che afferma l'esigenza di garantire il rispetto del principio di eguaglianza di tutti i cittadini nel godimento dei diritti fondamentali.

(86) Si tratta dell'ultima pronuncia emanata dalla Corte in base alla previgente formulazione dell'art. 117 Cost.: Corte cost. 6 novembre 2001, n. 352, in *Le Regioni*, 2002, 579 ss., con nota di LAMARQUE, *Aspettando il nuovo art. 117 della Costituzione*, cit.

(87) ROPPO, *ibidem*.

(88) ROPPO, *ibidem*.

(89) ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 154; cfr.: PALADIN, *Corte Costituzionale e principio generale d'uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 605, CERRI, voce *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, cit.

complessità e sotto il profilo della regolazione degli effetti sul rapporto di lavoro, rientra nell'ordinamento civile (...) e non può non mirare a salvaguardare sul luogo di lavoro la dignità e i diritti fondamentali del lavoratore (artt. 2 e 3, comma 1°, Cost.) » (90).

Sembra dunque affermarsi l'esistenza di un limite insormontabile per il legislatore regionale e l'esigenza di uniformità territoriale viene ancorata ai diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.) e alla pari dignità sociale di tutti i cittadini davanti alla legge (art. 3, comma 1°, Cost.) e proiettata nella dimensione del diritto comunitario, che, al pari del diritto nazionale, non consente « discipline territorialmente differenziate » in materia di sicurezza sul lavoro e neanche in tema di *mobbing*.

In tale contesto l'universalità dei valori della dignità, dell'eguaglianza e della solidarietà sociale predicano la loro natura indivisibile e non tollerano adattamenti localistici: i legislatori non possono legare la persona all'inevitabile destino di un luogo giacché la garanzia dei beni fondamentali della persona non può conoscere variazioni territoriali ed è pertanto inammissibile uno statuto giuridico differenziato dei diritti fondamentali.

Per tale ragione il nostro ordinamento non ammette che il tema delle lesioni all'integrità psico-fisica e alla personalità morale del lavoratore possa conoscere una regolazione giuridica differenziata regione per regione.

Il richiamo alla dignità e ai diritti fondamentali del lavoratore operato dalla citata decisione rafforza e qualifica l'attrazione della fattispecie del *mobbing* nella competenza esclusiva statale « ordinamento civile » e pone le basi per un legame sempre più solido tra diritto comunitario e diritto interno (91).

Una presa di posizione così netta della Corte (92) non sor-

(90) Corte cost. 12 dicembre 2003 n. 359, in *Contratti*, 2004, n. 2, 185 ss., con commento di ALPA, « *L'ordinamento civile* » nella recente giurisprudenza costituzionale.

(91) La citata decisione richiama infatti per ben due volte nei *Considerata* la risoluzione del Parlamento europeo AS-0283/2001 che « esorta gli Stati membri a verificare ed uniformare la definizione della fattispecie del *mobbing* » e in particolare a intervenire estendendo il campo di applicazione della direttiva 89/391 oppure elaborando una nuova direttiva quadro come strumento giuridico per combattere il fenomeno.

(92) Posizione che la Corte ha avuto modo di ribadire anche nella successiva sentenza 27 gennaio 2006, n. 22, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 501, con nota di

prende e non può definirsi in controtendenza rispetto alla precedente pronuncia che aveva ammesso « un qualche adattamento » operato dalla legislazione regionale in materia di rapporti privati (93). Ad esser mutata è infatti la ripartizione delle competenze legislative nel frattempo intervenuta che, pur nella inversione dei ruoli tra Stato e Regioni, rende esplicita la potestà legislativa esclusiva dello Stato in « materia » di ordinamento civile ed induce la Corte a verificare se e in quale misura è plausibile ricorrere al giudizio di ragionevolezza (94). Nel procedere in tale direzione la Corte non può trascurare che, per quanto concerne il diritto del lavoro, le possibilità di « adattamento » sono tracciate dal nuovo testo dell'art. 117 Cost. che prevede la competenza legislativa concorrente Stato/Regioni su « tutela e sicurezza del lavoro ». In questo quadro, a voler rappresentare la pronuncia della Corte come giudizio sulla arbitrarietà / non arbitrarietà della legge, può affermarsi che tale giudizio si è esaurito al primo grado di intensità, quello dell'irrazionalità, intesa come rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento giuridico e come negazione del principio di sistematicità del diritto (95).

D'altra parte deve registrarsi che, anche dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, lo Stato, impugnando in via principale una legge regionale, può dedurre come parametro violato qualsiasi norma costituzionale e non solo quelle concernenti il riparto delle competenze legislative. Si tratta di una posizione peculiare riservata solo allo Stato — e non alle Regioni che possono ricorrere alla Corte solo per difendere la lesione di una propria competenza — che trova il proprio fondamento nel principio di cui all'art. 5 Cost., nella « ripetuta evocazione di una istanza unitaria » nonché nei « vincoli

TULLINI, *Nuovi interventi della corte costituzionale sulla legislazione regionale in materia di mobbing*.

(93) Corte cost. 6 novembre 2001, n. 352, cit.

(94) ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 153: « Ad un livello successivo di approfondimento nel sindacato circa l'arbitrarietà delle scelte legislative si colloca il controllo di ragionevolezza ».

(95) ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 149-150: « Il principio di sistematicità del diritto, come non contraddizione, non esclude la possibilità di differenziazioni ma esclude soltanto quelle incompatibili con la logica del sistema. Ogni differenziazione richiede di essere riconducibile ad un proprio principio giustificativo. La possibilità di giustificare la diversità delle norme è la condizione del diritto come ordinamento, pur in presenza di regole differenziate, la condizione dell'unità di fronte alla varietà delle regole particolari ».

derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, come limiti di tutte le potestà legislative » (96).

Un importante banco di prova per verificare l'impatto delle nuove competenze legislative regionali sul diritto del lavoro si è rivelato il d.lgs. n. 276/2003, il quale è il punto di arrivo di un disegno riformatore che ha preso le mosse dal *libro bianco* del Governo sul mercato del lavoro in Italia (ottobre 2001) i cui obiettivi sono stati recepiti dal d.d.l. n. 848/2001 poi approdato alla legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 (97).

Secondo l'impostazione proposta dal Governo nel *Libro Bianco* dalla lettura del nuovo testo dell'art. 117 Cost. risultava che sull'intera disciplina del lavoro dipendente ed autonomo, unitamente ai profili previdenziali non ricadenti nell'ambito del sistema pubblico, era da ammettersi la potestà legislativa regionale concorrente, « salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato ».

Orbene l'impostazione governativa, rigettata dalla dottrina prevalente (98), non è stata accolta dal d.lgs. n. 276/2003 (99), che esprime invece un modello fortemente centralizzato destinato, sotto alcuni profili, a porre la delicata (e paradossale) questione di una invasione delle competenze legislative regionali (100).

Chiamata a pronunciarsi su tale delicata questione, la Corte

(96) Corte cost., 24 luglio 2003, n. 274, in *Giur. cost.*, 2003, 2238 ss.

(97) Sulla riforma operata dal d.lgs. n. 276/2003 v. capitolo I, paragrafo 3.

(98) F. CARINCI, *Introduzione*, in F. CARINCI, MISCIONE, *Il diritto del lavoro*, cit., 3 ss.; ID., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, cit., 60; NAPOLI, *Disegno di legge delega*, cit., 361; AA.VV., *Il « libro bianco » del Ministero del Lavoro*, Atti del Seminario di Roma del 21 novembre 2001, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, 141-221; CAMPANELLA, *Il Libro Bianco e il disegno di legge delega in tema di mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2002, 5 ss.; TREU, *Il libro bianco sul lavoro e la delega del governo*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 115 ss.

(99) F. CARINCI, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., I, XXXV ss.; M. RICCI, *Le finalità del d.lgs. n. 276/2003*, *ivi*, 18 ss.; CURZIO, *Introduzione*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, cit., 27 ss.; D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in CURZIO (a cura di), *op. cit.*, 31 ss., partic. 89. Sul modello regolativo accentratore predisposto dalla legge delega v. M. T. CARINCI, *La legge delega, n. 30/2003 ed il sistema delle fonti*, in M. T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, cit., 3 ss., partic. 11 ss.

(100) F. CARINCI, *Introduzione*, cit., XLV-XLVI; MENGHINI, *La disciplina dell'ap-*

costituzionale, disattendendo i vari ricorsi promossi dalle Regioni, ha affermato chiaramente che la riforma — fatta eccezione per due disposizioni — non ha superato i confini delle competenze regionali (101). La Corte ha confermato così le argomentazioni già espresse in precedenti decisioni e, in particolar modo, nella già citata sentenza n. 359/2003.

6.2. Sicurezza sul lavoro e « tutela e sicurezza del lavoro ».

Secondo l'impostazione prevalente la competenza legislativa concorrente Stato/regioni in materia di « tutela e sicurezza del lavoro » concerne le *funzioni amministrative* del mercato del lavoro intendendosi essenzialmente per tali quelle regolative dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e cittadini (102); si pensi in particolare alla disciplina del collocamento e ai servizi pubblici per l'impiego, che andrebbero ad accostarsi a materie, già di spettanza regionale, come la formazione professionale, l'orientamento professionale, l'osservatorio del mercato del lavoro: si tratta tuttavia di

prendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario*, cit., III, 196 ss.

(101) Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 50, in *Foro it.*, 2006, I, 365, con nota di MALFATTI, *La corte costituzionale al cospetto delle deleghe in materia di lavoro: quando la decisione (e la relativa massimazione) diventa difficile*; in *Dir. rel. ind.*, 2006, 182, con nota di SCAGLIARINI, *Competenze dello stato e competenze delle regioni in tema di regolazione del mercato del lavoro*; in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 417, con nota di GARILLI, *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della corte costituzionale*; in *Mass. giur. lav.*, 2005, 269, con nota di E. M. BARBIERI, *Il diritto del lavoro fra competenze statali e competenze regionali secondo la corte costituzionale*.

(102) NAPOLI, *Disegno di legge delega*, cit., 364; M. G. GAROFALO, *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, cit., 410; F. CARINCI, *Osservazioni sulla riforma del titolo V della Costituzione*, in F. CARINCI, MISCIONE (a cura di) *Il diritto del lavoro dal "libro bianco" al disegno di legge delega 2002*, cit., 7 ss. In un successivo saggio tale ultimo Autore ha precisato che la formula "diritto amministrativo del mercato del lavoro" deve essere chiarita perché « privilegia una qualificazione giuridica a scapito della sua effettiva capienza: non è affatto detto che le funzioni e le politiche riconducibili alla tutela e sicurezza sul lavoro debbano essere svolte da soggetti e/o tramite strumenti pubblicistici, perché così non è già oggi e non deve esserlo domani visto che il nuovo art. 118, quarto comma, Cost. costituzionalizza il principio di sussidiarietà orizzontale » (F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, cit., 2003, 76).

aree normative che debbono ancora trovare una compiuta sistemazione (103).

Pur in un quadro che appare ancora non chiaramente definito non pare possano sorgere dubbi sulla circostanza che la materia della *sicurezza sul lavoro* deve essere ricondotta all'ordinamento civile, posto che l'obbligo di sicurezza cui è tenuto il datore di lavoro (art. 2087 cod. civ.) vive dentro il rapporto di lavoro (104).

Può tuttavia ammettersi la competenza concorrente Stato/Regioni (105) sul piano delle funzioni amministrative relative in particolare al controllo e alla vigilanza sull'adempimento degli obblighi fissati dal complesso apparato prevenzionistico nonché di programmazione e di gestione di misure di ispezione e di controllo (106), purché tale concorrenza non comporti la violazione della competenza esclusiva della legislazione statale in materia di « ordinamento e organizzazione amministrativa dello stato e degli enti pubblici nazionali » (art. 117, comma 3°, lett. g), Cost.) e sia rispettosa del principio di riserva di legge statale in materia penale.

Sul piano dei rapporti tra le fonti non deve poi ignorarsi il ruolo svolto dal diritto comunitario.

Come già osservato l'azione comunitaria persegue una finalità di armonizzazione dei diversi sistemi legislativi dei paesi membri e non ammette la concorrenza al ribasso tra paesi membri a danno della sicurezza e della salute dei lavoratori.

Inoltre, se è vero che i principi del diritto comunitario non disciplinano la ripartizione di competenze fra Stato e Regioni è altrettanto vero che uno Stato membro non può invocare « la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento giuridico interno » per sottrarsi

(103) LASSANDARI, *La disciplina del mercato*, cit., 231 ss.; TROISI, *Competenze legislative e funzioni amministrative sulla "sicurezza del lavoro"*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, cit., VIII, 25 ss.

(104) PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, cit., 24

(105) V. Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 384, in *Notiz. giurispr. lav.*, 2005, 429 secondo cui la "sicurezza del lavoro" ex art. 117, comma 3°, Cost. assume il significato di "tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori". In tema v. TROISI, *Competenze legislative*, cit., 27.

(106) F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, cit., 79; LASSANDARI, *La disciplina del mercato*, cit., 288.

alle responsabilità derivanti dall'adempimento degli obblighi comunitari (107).

Peraltro la Commissione ha il potere di controllare se gli Stati membri adottano un sistema efficace per garantire l'applicazione corretta delle norme comunitarie e tale controllo può vertere sulle « modalità procedurali poste in essere nell'ordinamento giuridico interno » che debbono garantire « una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario » (108).

In conclusione le procedure adottate dagli Stati membri per dare attuazione alle norme comunitarie (e, segnatamente, alle direttive comunitarie) debbono conciliarsi con la necessità di una *applicazione uniforme del diritto comunitario* (109).

L'incidenza del diritto comunitario sulla potestà legislativa regionale può peraltro cogliersi, in via indiretta, considerando il potere sostitutivo attribuito allo Stato in caso di mancato rispetto « di norme o trattati internazionali o della normativa comunitaria » da parte delle Regioni (art. 120 Cost.) (110).

In particolare considerando l'intreccio tra l'intervento sostitutivo dello Stato per tutelare « l'unità giuridica » e quello determinato dal mancato rispetto della normativa comunitaria può affermarsi l'esistenza di tecniche dirette a dissuadere le Regioni dall'adozione di « discipline differenziate di norme comunitarie che richiedono una disciplina unitaria, esclusa fatta per gli aspetti di mero dettaglio » (111); tra le discipline a vocazione unitaria può senza dubbio annoverarsi quella in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

(107) CGCE, 1° giugno 1999, n. 302/97, in *Foro it.*, 1999, IV, 458; cfr. Corte cost., 10 novembre 1999, n. 425, in *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 46, 58.

(108) V. ampiamente ARRIGO, *Osservazioni sulla riforma del Titolo V della Costituzione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav. nelle p. a.*, 2002, 103 ss., partic. 107-109.

(109) ARRIGO, *Osservazioni*, cit., 109. Peraltro, le Regioni « nelle materie di loro competenza » oltre a partecipare alla « formazione degli atti normativi comunitari » hanno il compito di dare attuazione ed esecuzione agli « accordi internazionali » e agli « atti dell'Unione Europea » (art. 117, comma 5°, Cost.).

(110) Le altre ipotesi di intervento sostitutivo dello Stato previste dall'art. 120 Cost. riguardano il « caso di « pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica » e « la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali ».

(111) ARRIGO, *Osservazioni*, cit., 118.

L'esigenza di una chiara definizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di sicurezza sul lavoro è comunque stata avvertita dallo stesso legislatore. La legge 29 luglio 2003, n. 229 (*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione — legge di semplificazione 2001*) aveva infatti delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori, indicando, tra i principi e criteri direttivi (art. 3, lett. i), il riordino e la razionalizzazione « delle competenze istituzionali al fine di evitare sovrapposizioni e duplicazioni di interventi e competenze, garantendo indirizzi generali uniformi su tutto il territorio nazionale nel rispetto delle competenze previste dall'art. 117 Cost. » (112).

Risultava invero difficile comprendere come il legislatore delegato avrebbe potuto procedere al « riordino » e alla « razionalizzazione » delle « competenze istituzionali » in materia di sicurezza sul lavoro (113).

Il Governo, in attuazione della delega aveva approvato uno schema di decreto legislativo mediante il quale intendeva « riordinare, coordinare, armonizzare in un unico testo normativo e semplificare le disposizioni di legge vigenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro » (art. 1, comma 1, dello schema) (114). Tuttavia lo schema di decreto non concluse il suo iter di approvazione giacché nel maggio 2005 il Governo decise di ritirarlo a seguito del parere negativo espresso dal Consiglio di Stato (115).

L'ultima fase di tale tormentata vicenda sembra finalmente aver

(112) NICOLINI, *Il testo unico sulla sicurezza e l'equivoco raccordo tra legislazioni statale e regionale*, in *Igiene sic. lav.*, 2004, 82 ss.; LEPORE, ANTONUCCI, *Le prospettive di un testo unico di sicurezza alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 191 ss.; LAI, *Il nuovo « codice » sulla sicurezza sul lavoro: spunti di riflessione*, *ivi*, 207; *Id.*, *Sicurezza sul lavoro e titolo V della Costituzione*, in *Igiene sic. lav.*, 2003, 441.

(113) OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali*, cit., 108; D'ATENA, *La difficile transizione in tema di attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 317.

(114) LAI, *Prospettive di riforma nello schema di testo unico*, in *Dir. prat. lav.*, 2005, 137.

(115) Si tratta del parere 4 aprile 2005. Per le critiche concernenti sia il contenuto e il metodo di redazione dello schema di decreto legislativo sia l'impostazione drastica e « onnicomprensiva » della materia « tutela e sicurezza del lavoro » v. la preziosa ricostruzione di TROISI, *Competenze legislative*, cit., 39.

trovato un punto di ricomposizione con il d.lgs. n. 81 del 2008 che ha quanto meno tracciato le coordinate delle necessarie interazioni fra competenze legislative regionali e statali (116).

In particolare l'art. 1, comma 1° si fa carico di garantire, nel rispetto delle competenze legislative regionali « l'uniformità della tutela delle lavoratrici e dei lavoratori sul territorio nazionale, attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici, anche con riguardo alle differenze di genere, di età e alla condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati », mentre l'art. 1, comma 2°, prevede che le disposizioni del decreto « riguardanti ambiti di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, si applicano, nell'esercizio del potere dello Stato e con carattere di cedevolezza ».

Peraltro la legislazione regionale fin qui intervenuta appare tracciare un quadro di particolare interesse, ispirato ad una regolazione rispettosa delle competenze statali ed idonea ad operare un significativo rafforzamento del profilo prevenzionale (117).

(116) Sui principi espressi nella legge delega: v. SPEZIALE, *La nuova legge sulla sicurezza del lavoro*, cit., 6 ss. Sulla definizione delle competenze operata dal d.lgs. n. 81/2008 v. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007*, cit., 12 ss.

(117) TROJSI, *Competenze legislative*, cit., 66 ss.

CAPITOLO IV

LA NATURA DELL'OBBLIGO DI SICUREZZA

SOMMARIO: 1. La natura contrattuale dell'obbligo di sicurezza. — 2. Il contratto di lavoro come fonte dell'obbligo primario di sicurezza. — 3. Sul concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. — 4. Diritto pubblico, diritto privato, contratto: la circolarità dell'obbligo di sicurezza.

1. La natura contrattuale dell'obbligo di sicurezza.

Può certo muoversi dalla premessa che la dottrina ormai prevalente, compiutasi una lunga evoluzione, afferma la natura contrattuale dell'obbligo di sicurezza (1) giungendo a conclusioni condivise con la giurisprudenza maggioritaria (2).

(1) Cfr.: NOGLER, *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, 63 ss.; TAMPIERI, *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Torino, 1999, 4 ss.; NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, cit., 12 ss.; MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Milano, 1990, 71 ss.; EVANGELISTA, *Procedimenti e mezzi della tutela della salute in azienda*, Milano, 1984; MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., 55; BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, 41 ss.; una "svolta" contrattuale, per l'approfondimento sistematico e per le chiare conclusioni, può farsi coincidere in dottrina con l'opera di SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, diretto da RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, II, Padova, 1971, 418 ss.; fra le dottrine meno recenti cfr.: per un quadro storico-evolutivo: F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1968, 163; LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, Milano, 1966, 145; PROSPERETTI,

Il Codice Civile

Commentario

Il Codice Civile
Commentario

fondato da Piero Schlesinger
diretto da Francesco D. Bosnelli

€ 40,00
0041-04



GIUFFRÈ EDITORE