

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
(SCUOLA DI GIURISPRUDENZA)



DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
XXXIV CICLO

TESI DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
curriculum civilistico

*Diritti fondamentali dei lavoratori:
bilanciamento di interessi e
tecniche di tutela*

Coordinatore:
Ch.mo Prof. *Geminello PRETEROSS*

Tutor:
Ch.ma Prof.ssa *Maria José VACCARO*

Candidato:
Ilaria PARRELLA

Matricola:
8800600060

ANNO ACCADEMICO 2020-2021

INDICE

CAPITOLO I

I diritti fondamentali nelle fonti

1. La crisi dei diritti fondamentali dei lavoratori e le sue ragioni.	p. 4
2. I diritti fondamentali.	p. 12
3. I diritti fondamentali dei lavoratori nella Costituzione.	
La tutela della dignità umana.	p. 15
4. Il rilievo dei diritti fondamentali a livello europeo:	
una tutela giurisdizionale multilivello.	p. 31
5. Diritti e principi fondamentali nell'ordinamento europeo.	p. 46
6. Il rilievo dei diritti fondamentali e del diritto al lavoro secondo i valori espressi dal Diritto Internazionale.	p. 52

CAPITOLO II

I diritti fondamentali dei lavoratori tra ordinamento europeo e diritto interno

1. Il divieto di schiavitù e lavori forzati.	p. 60
2. Diritti fondamentali dei lavoratori e libertà economiche.	p. 63
3. Divieto di discriminazione e diritto alla libertà religiosa.	p. 67
4. Diritto alla salute nei luoghi di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano: l'autotutela del lavoratore.	p. 89
4.1 Diritto alla salute e bilanciamento dei diritti: il caso Ilva.	p. 93
4.2 Il principio di prevenzione in ambito lavorativo.	p. 101
4.3. Il "rischio elettivo" del dipendente e la responsabilità del datore di lavoro.	p. 110
4.4 Mobbing e compromissione del diritto alla salute, aspetti critici e forme di tutela.	p. 120

CAPITOLO III

Tutela del lavoratore ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid 19 e interessi in conflitto.

1. Premessa p. 130
2. La natura giuridica del rischio di contrazione del virus
da Covid-19 nei luoghi di lavoro e la responsabilità del datore. p. 134
3. La valenza legale dei Protocolli anti-contagio e la sospensione dell'attività
produttiva nell'ottica della tutela della salute del lavoratore. p. 149
4. L'obbligo vaccinale e le sue conseguenze. p. 154
5. Il divieto dei licenziamenti ai tempi del Sars-Cov2
e i dubbi di legittimità costituzionale. p. 159

CAPITOLO IV

Forme di tutela lavorista e civilistica dei diritti fondamentali

1. Forme di tutela lavoristiche. p.169
2. Rimedi manutentivi e demolitori. a) La tutela risarcitoria: il risarcimento
in forma specifica o per equivalente. p. 176
3. continua. b) La nullità. p. 189
4. continua. c) L'abuso del diritto. p. 193
5. continua. d) L'abuso del diritto, con specifico riguardo
al contratto a termine. p. 202
6. continua. e) Il contratto in frode alla legge. p. 210
7. continua. f) La frode alla legge, con particolare riguardo
al caso dell'arruolamento marittimo a tempo determinato. p. 214
8. continua. g) La frode alla legge nel demansionamento. p. 226
9. continua. h) I canoni di correttezza e buona fede. p. 232

10. continua. i) L'eccezione di inadempimento.	p. 244
11. continua. l) La prescrizione dei diritti di credito da lavoro.	p. 248
BIBLIOGRAFIA	p. 257

CAPITOLO I

I diritti fondamentali nelle fonti

Sommario **1.** *La crisi dei diritti fondamentali dei lavoratori e le sue ragioni* **2.** *I diritti fondamentali.* **3.** *I diritti fondamentali dei lavoratori nella Costituzione. La tutela della dignità umana.* **4.** *Il rilievo dei diritti fondamentali a livello europeo.: una tutela giurisdizionale multilivello.* **5.** *Diritti e principi fondamentali nell'ordinamento europeo.*

1. *La crisi dei diritti fondamentali dei lavoratori e le sue ragioni.*

I diritti fondamentali dei lavoratori sono oggi messi fortemente in difficoltà dalla crisi economica e finanziaria che ha colpito il mondo globalizzato e da ultimo dall'epidemia da Covid-19 che sta rendendo ancora più evidente non solo la contrapposizione tra diritti fondamentali di gruppi diversi ma anche tra i diversi diritti fondamentali dello stesso lavoratore come il diritto alla salute ed il diritto al lavoro o il diritto alla libertà religiosa ed il diritto al lavoro. L'impossibilità di separare le energie lavorative dalla persona del lavoratore accentua pertanto la difficoltà di tutelare e garantire diritti fondamentali contrapposti.

La crisi economica ha accentuato le disuguaglianze tra le persone ed i pericoli di tenuta della pace sociale. Così si contrappongono logiche di tutela dei lavoratori a quelle di tutela generalizzata: in questa contrapposizione i primi, specialmente quelli a reddito fisso e stabile, sono visti come un gruppo favorito rispetto ai cittadini marginali ed ai lavoratori precari. Si spiega, in tal modo, il rinnovato interesse per strumenti di tutela generalizzati come il reddito di cittadinanza¹ che tuttavia si scontrano con le difficoltà in cui versano i bilanci pubblici.

Per quanto il carattere costituzionale dei diritti fondamentali preclude un loro disconoscimento anche in tempo di crisi, la tutela di quella parte di essi che si configurano come diritti sociali, che si realizzano solo attraverso un intervento pubblico che ne sopporta il costo², può essere fortemente messa in discussione dai vincoli di bilancio imposti e per altro verso dalla necessità di non superare i limiti di una “finanza equa”³. Il dubbio è se da queste crisi e da

¹ In argomento v. G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base: Il welfare nell'era dell'innovazione*, Associazione Gruppo Abele Onlus - Torino, 2017, p. 84 ss; U. CARABELLI, *Un convegno interdisciplinare sul reddito di cittadinanza: qualche spunto per il dibattito politico*, in *RGL, giurisprudenza on line, Newsletter n. 10/2021*

² Tutti i diritti hanno un costo, come hanno ben capito per primi gli economisti: così L. CASO, *Il costo dei diritti*, p.455; in argomento v. anche *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, Servizio studi della Corte costituzionale, Stage 14 a cura di C. MARCHESE, in *cortecostituzionale.it*, 2014

³ A. CAROSI, *Prestazioni sociali e vincoli di bilancio*, in *Atti del convegno Incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo*, in *cortecostituzionale.it*, (7 ottobre 2016), il quale osserva che: «la grave crisi economica che ha attraversato l'Italia ed altri paesi europei negli ultimi anni, insieme alle conseguenti misure di contrasto adottate in sede nazionale ed europea, ha indotto nella giurisprudenza

questi vincoli sia derivato un ridimensionamento concettuale dei diritti fondamentali o solo temporale.

La Corte costituzionale è stata, più volte, chiamata ad operare un bilanciamento tra le esigenze di risanamento dei bilanci pubblici e la tutela dei diritti fondamentali.

I diritti fondamentali trovano un ampio riconoscimento anche a livello europeo il quale, tuttavia, impone al contempo vincoli economici e fiscali⁴: la materia pertanto risulta regolata da una normativa multilivello risultando complesso, non solo il coordinamento tra i diversi livelli, ma anche tra i principi informativi delle diverse materie ed i limiti loro imposti, spesso, in contrasto tra di loro⁵.

costituzionale particolari cautele nell'adottare decisioni idonee ad ingenerare costi incontrollabili e non sostenibili».

⁴ Osserva L. CASO. “Tra le diverse misure adottate dalle istituzioni europee e dagli Stati membri per affrontare e risolvere la questione dei debiti sovrani, il combinato disposto delle normative recanti la modifica dell’art. 136 Tfeue, l’istituzione del Meccanismo europeo di stabilità (Mes) e la disciplina del *Fiscal compact* costituiscono l’origine e la causa prima della recente novella dell’art. 81 Cost”; L. CASO, *Il costo dei diritti e la loro tutela tra Unione europea e autonomie territoriali*, in *upel.va.it*, 2018, in *rivistacorteconti.it*. 2018 e in *cortcostituzionale.it*,2018.

⁵ Così A. CAROSIO, *op. cit.* p. 6, che evidenzia come risulti complesso coordinare “il tema delle compatibilità economiche; quello della discrezionalità del legislatore e dei limiti della sua sindacabilità; le interrelazioni con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione ed il sindacato sull’allocazione delle risorse nei bilanci pubblici; la modulazione degli effetti temporali delle sentenze; le possibili statuizioni del Giudice costituzionale in ordine alle norme afferenti alla disciplina del bilancio, con particolare riguardo all’esigenza di conciliare l’esecuzione delle sentenze con l’equilibrio dei bilanci (dello Stato e

Le disarmonie fra i livelli nazionali e tra questi ed il livello sovranazionale, specialmente europeo, devono trovare all'interno di tali sistemi superiori le loro correzioni per non rischiare che gli Stati nazionali ricerchino una soluzione esclusivamente interna dei problemi, con la fine di ogni politica veramente sociale⁶.

Sul piano interno i diritti fondamentali e sociali sono regolati anche a livello regionale.

Le Regioni, sulla base di quanto previsto dal Titolo V della Costituzione all'art. 117 Cost., non hanno una competenza generale sui diritti. Esse, tuttavia, possono intervenire sugli aspetti organizzativi, relativi a standard strutturali e qualitativi. In tal modo possono incrementare i servizi forniti, adattandoli alle diverse esigenze dei territori⁷. La Corte costituzionale ha ribadito che spetta allo Stato determinare gli standard quantitativi e qualitativi al di sotto dei quali le Regioni non possono scendere nell'esercizio delle loro funzioni, legislative e amministrative, garantendo in tal modo un certo livello di omogeneità nel godimento dei diritti sociali sull'intero territorio nazionale⁸; le Regioni, possono, invece,

degli enti territoriali), obiettivo indefettibile dell'attività legislativa". Cfr. anche L. CASO, *Il costo dei diritti, cit.*

⁶ Sul diritto europeo v. M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al presidente della Commissione europea J.M. Barroso*, 9 maggio 2010.

⁷ Cfr. A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di). *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, XV.

⁸ Cfr. Corte cost, sentt. n. 121 e n. 207 del 2010; n. 248 del 2011; n. 115 e n. 207 del 2012; n. 111 del 2014; n. 125 del 2015; n. 87 del 2018. Nella maggior parte dei casi sono le Regioni che hanno lamentato un'invasione di capo da parte dello Stato anche se non mancano ipotesi in cui lo Stato ha denunciato la normativa regionale

nelle materie di loro competenza, garantire livelli superiori. Nel caso di mancata determinazione dei livelli essenziali da parte dello Stato, le Regioni possono autonomamente definire la soglia delle prestazioni da garantire con la conseguenza, tuttavia, che non sarebbe garantita l'uguaglianza tra i cittadini delle varie Regioni⁹.

A causa dei vincoli che l'Italia ha assunto sul piano europeo, si è reso sempre più necessario il controllo dell'autonomia fiscale e finanziaria degli enti territoriali suscitando, tuttavia, considerevoli questioni in materia di conflitto tra Stato e Regioni¹⁰. La capacità di queste ultime di garantire i diritti sociali, ove di loro competenza, è decisamente condizionata dalle risorse messe a disposizione dallo Stato centrale e dai vincoli posti alle stesse¹¹. Peraltro, la loro consistente diversità finanziaria e fiscale comporta una sostanziale differenza nelle capacità di far fronte alle esigenze sociali. Si rafforza, pertanto, il convincimento che sia necessario ridimensionare il potere di spesa delle autonomie territoriali¹².

in quanto non conforme ai principi di coordinamento della finanza pubblica posti dal D.l. n. 78/2010 e dalla regolamentazione successiva.

⁹ A. POGGI, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale* in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, voll V, Napoli, 2004, 2263 e ss.; F. Politi, "Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana", Torino, 2018, 123 ss.

¹⁰ L. CASO, *Il costo dei diritti e la loro tutela tra Unione europea e autonomie territoriali*, in *upel.va.it*, 2018, 3 ss., in *rivistacorteconti.it*. 2018 e in *cortcostituzionale.it* 2018

¹¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol.II, Padova, 1976.

¹² Così F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, 2018, p. 33; ID., *Stato sociale (dir.cost)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Aggiornamenti, Roma, 2004; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996; A. MORELLI, L. TRUCCO, *Diritti e autonomie territoriali*, cit. Vedi sul punto Corte cost, 307 e 331 2003 che eliminato il criterio della

Sul piano normativo, l'art. 117 Cost. include tra le materie di esclusiva competenza statale i "diritti civili e sociali" (comma 2 lettera m). La Corte costituzionale ha chiarito poi che tale competenza è trasversale, nel senso che incide su tutte le materie¹³. Allo Stato spetta la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti" quei diritti. Poiché questi devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, i diritti fondamentali realizzano la funzione unificante dell'ordinamento.

La scelta del Costituente della necessità di garantire i livelli essenziali dei diritti civili e sociali, affranca questi da qualsiasi considerazione circa l'economicità degli stessi ed anche della loro compatibilità con le esigenze finanziarie del sistema economico; la scarsità di risorse non può, quindi, giustificare la mancata erogazione almeno dei livelli essenziali delle prestazioni dirette a garantire l'effettivo godimento del nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana da parte delle Regioni¹⁴. In tal modo si realizza un coordinamento tra autonomia regionale ed unità dell'ordinamento, tra libertà ed uguaglianza. Diversamente,

modificabilità *in melius* da parte delle Regioni.

¹³ Corte cost. sentenza n. 282 del 2002.

¹⁴ In tal senso si è espressa chiaramente Corte cost, sent. n. 275 del 2016; v. anche Corte cost sent. n. 207/2012. In dottrina v. M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 14; A. CAROSI, *Prestazioni sociali e vincoli di bilancio*, cit , 2.

aldilà dei livelli essenziali, le esigenze finanziarie sono spesso destinate a prevalere¹⁵.

La Corte costituzionale è stata chiamata spesso a difficili interventi sul punto, richiamando alcuni parametri costituzionali come quello dell'art. 3 Cost. in maniera a volte funzionale ad estendere le tutele attraverso il "*tertium comparationis*"¹⁶ mentre, altre volte, la stessa norma costituzionale è stata utilizzata per dichiarare incostituzionale la disposizione più favorevole¹⁷ o per escludere l'equiparazione e utilizzazione di regimi previdenziali extranazionali diversi¹⁸. Nel bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini e dei lavoratori ed altri interessi sottostanti all'imposizione dei vincoli finanziari ed economici, anche l'art. 3 Cost. viene letto non in senso assoluto ma in chiave

¹⁵ Spesso ma non sempre. V. sul punto R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1992, 230. Secondo F. MODUGNO, in *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 34, il bilanciamento della Corte costituzionale "consiste in un giudizio che, caso per caso, dispone i principi costituzionali in una sorta di gerarchia mobile, per cui un principio è anteposto ad un altro per la soluzione del caso di specie". V. anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, 3^a ed., 140 ss.

¹⁶ La Corte ha affermato che la compressione dei diritti sociali non contrasta con il criterio di ragionevolezza nel caso in cui essa sia «*eccezionale, transeunte, non arbitraria, consentanea allo scopo prefissato, nonché temporalmente limitata*». Dunque, la prima caratteristica della ragionevolezza è quella temporale. cfr. le sentt. nn. 245/1997; 299/1999; 223/2012; 310/2012; 304/2013.

¹⁷ Corte cost., n. 421/1995; n. 62 /1994 e n. 219/ 1995: in alcuni casi l'impatto della decisione della Corte è stato attenuato stabilendo l'irretroattività della stessa: in tal senso la sentenza n. 10 del 2015.

¹⁸ Corte cost., n. 264 / 2012.

di ragionevolezza e proporzionalità che si riverbera anche nelle relazioni Stato Regioni¹⁹.

La regola del pareggio di bilancio ha finito di aggravare il rapporto Stato Regioni, riaccentrando le decisioni finanziarie e fiscali e molte delle risorse derivanti dai tributi regionali e locali, in nome di una funzione perequativa dello Stato, ma riducendo la capacità di garantire prestazioni sociali di più alto livello da parte delle Regioni più virtuose²⁰.

In Europa, dal trattato di Amsterdam passando per l'Agenda di Lisbona ed ora nella Strategia per il 2020, sono stati fatti notevoli passi in avanti sul piano della politica sociale²¹, mentre l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore dei Trattati dovrebbe dare una accelerazione al processo di realizzazione dei diritti fondamentali. Tuttavia, per quanto sul piano formale il principio di uguaglianza ed i diritti fondamentali trovano un ampio riconoscimento sia nella maggior parte delle Costituzioni moderne sia nelle fonti internazionali, mai come in questo momento le

¹⁹ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 222, in *Foro it.*, 2014, I, 1989. La Corte in ogni caso tende ad a rispettare la discrezionalità del legislatore e a non sostituirsi ad esso.

²⁰ In argomento vedi, G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC*, 2019, n.3, 5; S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico* in *Rivista AIC, Annuario 2013, Spazio costituzionale e crisi economica*, Napoli, p. 55 ss.; Cfr., L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle Regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4.

²¹ F. PROSPERI, *I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo*, in *Contratto e Impr.*, 2012, 4-5, 1001; S. SCIARRA, *Europa e lavoro. Solidarietà e conflitti in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013.

disuguaglianze sono tanto accentuate ed i diritti fondamentali in pericolo.

2. *I diritti fondamentali*

Per diritti fondamentali si intendono quei diritti “che spettano universalmente a «tutti» gli esseri umani, o a classi di essi in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire”²². La loro imputazione universalistica li distingue dai diritti patrimoniali che, essendo alienabili, sono diritti singolari in quanto spettanti a soggetti determinati.

Il concetto di diritto fondamentale è sempre stato complesso da definire ed ha suscitato un dibattito interpretativo importante, prima che giuridico, sociale.

Si potrebbe sostenere che il carattere fondamentale di un diritto nasce da un'esigenza, da un bisogno, da una necessità concreta che influenza la qualità dell'esistenza di un individuo.

Proprio per questo motivo, alcuni autori affermano che c'è una dimensione fortemente storica dei diritti fondamentali, nel senso che essi nascono, si trasformano e muoiono con l'insorgere, il mutare e il cessare dei bisogni che sono propri dell'essere umano²³.

²²Così L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in *www.ristretti.it*, 1. Per un approfondimento dell'argomento cfr. anche ID, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Bari, 2008; ID, *Diritti fondamentali*, Bari, 2002.

²³ Secondo quanto affermato da N. BOBBIO, nel suo scritto, *l'Età dei Diritti*, ET Saggi 2014, p. XV: “I diritti dell'uomo, per fondamentali che siano, sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri”.

Il carattere storico è l'elemento che permette al diritto fondamentale di evolversi in chiave coerente con le esigenze e i bisogni di una comunità e quindi di essere attuale e indispensabile.

Alla luce di tale assunto, si può affermare che i diritti sono fondamentali quando esprimono una necessità primaria dell'individuo. Questa necessità viene positivizzata dal legislatore attraverso il suo ruolo di normazione, che trasfonde in legge quella che prima era solo un'esigenza collettivamente avvertita.

Il tema dei diritti fondamentali tocca alcuni profili giuridici basilari del diritto moderno che incidono fortemente sulla loro effettività.

La dottrina discute se i diritti fondamentali rilevino a prescindere dal loro riconoscimento in un dato ordinamento giuridico, in quanto trattandosi di diritti dell'uomo, non dipenderebbero da una concessione da parte dello Stato ma dalla natura stessa di tali diritti, oppure se essi abbiano rilevanza solo se trovano riconoscimento nell'ordinamento positivo²⁴. È certo in ogni caso che solo la loro previsione da parte del diritto positivo è condizione della loro esistenza o vigore in quell'ordinamento²⁵.

²⁴ Chiaramente la risposta è influenzata dall'impostazione assunta ovvero quella giuspositivistica o giusnaturalistica. Cfr in argomento C. AMIRANTE, *Introduzione a Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma Bari 1977, p. 34 ss.

²⁵ In argomento, F. MAZZIOTTI, *Diritti fondamentali e solidarietà, nei rapporti di lavoro*, 121 in *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà*, Atti dei convegni in onore di Sergio Magrini Giancarlo Perone Pasquale Sandulli, a cura di R. Pessi, A. Vallebona, Torino, 2011; ID, *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, 2017, p. 39 ss.

Ugualmente, poiché i diritti fondamentali sono riconosciuti da molti Trattati sottoscritti dalla maggioranza degli Stati ed anche a livello europeo²⁶, ci si chiede se tale struttura sovranazionale dia rilevanza giuridica ai diritti fondamentali anche in assenza di una loro previsione negli ordinamenti interni. Se si possa quindi affermare una rilevanza interpretata dei diritti riconosciuti da tali fonti o se, al contrario, possa affermarsi solo la possibilità di sanzioni per lo Stato inadempiente²⁷. Ed infine, se i diritti fondamentali rilevino anche in assenza di garanzie specifiche per la loro realizzazione che possono consistere sia nella imposizione di specifici obblighi e divieti sia nella previsione di sanzioni nel caso di loro violazioni.

La dimensione universalistica è l'elemento caratterizzante i diritti fondamentali, non invece la natura degli interessi e dei bisogni tutelati; va riconosciuta, quindi, la natura di diritti fondamentali anche di alcuni diritti sociali che richiedono un intervento attivo da parte dello Stato.

I diritti fondamentali, in quanto universali, sono la base dell'uguaglianza giuridica e quindi del divieto di discriminazione;

²⁶ G. ORLANDINI, *I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Europeanrights Newsletter*, 2014; L. SAPORITO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *Lavoro, discriminazioni religiose e politiche d'integrazione*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 2017.

²⁷ In argomento cfr. anche J. RIVERO LAMAS, *Diritti fondamentali e contratto di lavoro: efficacia orizzontale e controllo costituzionale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2004, 2.

²⁷ Essi non sono alienabili dal soggetto che ne è titolare né sono espropriabili o limitabili da altri soggetti, a cominciare dallo Stato.

ad essi va attribuito il loro carattere di diritti indisponibili, inalienabili, inviolabili, intransigibili, personalissimi²⁸.

L'indisponibilità dei diritti fondamentali determina la loro sottrazione sia alle decisioni della politica sia al mercato.

I diritti fondamentali riflettono i principi generali di democrazia e come tali non sono suscettibili di abrogazione neppure con norma costituzionale.

3. I diritti fondamentali dei lavoratori nella Costituzione. La tutela della dignità umana.

I diritti fondamentali trovano un ampio riconoscimento nella nostra Costituzione: da tale riconoscimento deriva la loro natura di diritti inviolabili a cui accede una tutela rafforzata.

Il sistema democratico, introdotto dalla Costituzione Italiana, ha consentito di porre al centro del sistema l'individuo e non il patrimonio. L'impostazione personalista dello Stato Moderno si evince dalla struttura delle norme costituzionali che si occupano della tutela della titolarità dei diritti in capo al singolo individuo. I diritti fondamentali devono essere garantiti, a norma dell'art. 2 Cost. in ogni formazione sociale. Dai principi espressi negli artt. 3 e 4 deriva un rafforzamento dei diritti fondamentali dei lavoratori. Solo questi consentono, infatti, la realizzazione dell'art. 1 ovvero di una Repubblica democratica fondata sul lavoro di uomini "liberi". Ciò richiede che i diritti fondamentali siano garantiti a tutti senza discriminazioni ma specialmente ai lavoratori.

Il lavoro viene tutelato, in questa prospettiva, come strumento di realizzazione personale, individuale e collettivo.

Il riferimento al lavoro presente nella Costituzione dischiude un campo semantico di grande complessità che impone una delimitazione concettuale, capace di costituire la premessa dell'identificazione di un concetto precettivo sufficientemente preciso delle previsioni costituzionali. Secondo alcuni²⁹, quel lavoro oggetto di tutela costituzionale sarebbe stato svolto dalle donne e dagli uomini che avrebbero ricostruito il Paese dopo le macerie della Seconda guerra mondiale, macerie economiche e sociali, essendo gli stessi chiamati, altresì a ricostruire le identità umiliate dalle restrizioni del regime fascista, violate dalle leggi razziali, ferite da un conflitto anche civile.

Infatti, l'art. 1 Cost., con l'espressione: "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione", valorizza il bisogno di ricostruzione sociale, prima che giuridica e di recupero e protezione di quei valori troppo spesso calpestati e negati.

Il lavoro, come rimarcato da taluno³⁰, è inteso come tratto tipico della dimensione umana e come motore sociale: nell'art. 1 Cost. viene letto un concetto analogo a quello di Repubblica sociale tradizionalmente accolto dalla dottrina ma condiviso anche da chi propugnerà una rilettura in senso liberale della Costituzione³¹. È

²⁹ Cfr. M. DONDI, *La Costituzione Repubblicana: i principi dell'antifascismo e il valore umano del lavoro*, in *Storia e Futuro*, 2008, p. 1 e ss.

³⁰ Per C. MORTATI, *Principi fondamentali: art. 1*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, vol. I, artt. 1-12.

³¹ A. QUADRIO CURZIO, *Perché rifare la costituzione economica italiana*, in «il Mulino», 45, 1996, n. 4, pp. 690-705 e da ultimo A. QUADRIO CURZIO, *Una*

stato affermato che la lettura in senso sociale dell'art. 1 deriva più che da un'esegesi sistematica delle disposizioni costituzionali, da un dato prenormativo, agganciato alla realtà sociale³².

Con il lavoro ciascuno manifesta la sua: “*individualità profonda ed etica*”; indica il posto che desidera occupare nel mondo: “*il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita*”³³.

Intorno al concetto di lavoro accolto dalla nostra Costituzione, si sono formate due diverse visioni. Da un lato le si attribuiva un significato ampio, comprensivo di ogni attività rivolta al progresso materiale o spirituale del paese basato su una relazione stretta tra l'art. 1, comma 1, Cost., e il progetto di emancipazione sociale di cui al secondo comma dell'art. 39, dall'altro uno ristretto, che lo riduce alla prestazione d'opera in condizioni di subordinazione

costituente per l'interesse nazionale in economia, in *Aspenia*, 2006, n. 34, p. 92 e ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 93 e ss.

³² C. MORTATI, *Commentario*, cit., p. 12. Si osserva peraltro che anche nelle decisioni della Corte costituzionale che richiamano tale disposizione in realtà nella sostanza basano i giudizi delle disposizioni sottoposta al suo vaglio più che sull'art.1 che viene richiamato a conclusione più concrete valutazioni su altre disposizioni costituzionali, ancorché riconosce nella «tutela del lavoro» un principio non suscettibile di essere oggetto di revisione costituzionale ex art. 138 (Corte cost, sentenza 1146/1988). Per questa via la dottrina afferma che il principio lavorista si configura come «base argomentativa assai debole per motivare un'eccezione di illegittimità costituzionale»: cfr. V. CRISAFULLI E L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 6.

³³ F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, Bologna, 1951, p. 253.

economica³⁴ fondato sul secondo comma dell'art. 4 Cost., che pone in capo ai cittadini il dovere di attivarsi in tal senso³⁵.

Chi sostiene³⁶ la prevalenza assiologica del “fatto lavoro”, inteso come la situazione soggettiva del lavoratore subordinato, afferma che: *“non può apparire dubbio che il significato del termine lavoro adoperato nell'art. 1, comma 1, sia da ricollegare piuttosto alla indicazione contenuta nell'art.3 comma 2, anziché alla generica nozione di attività socialmente utile delineata nell'art. 4 comma 2. Esso indica, perciò, non tanto questa attività (la cui previsione ad oggetto di un dovere di carattere generale, a ben guardare, rappresenta una delimitazione, che incide immediatamente sulla posizione costituzionale delle altre forze componenti il regime, di quelle, cioè, solitamente note come forze del privilegio economico) quanto, invece, quella particolare specificazione di tale attività in cui si concreta, il “fatto lavoro”.*

La seconda ipotesi di lettura stabilisce un collegamento diretto tra il contenuto dell'art. 1, comma 1, e quello dell'art. 4, comma 2. Nel dovere di lavorare, imposto da tale ultima disposizione, si manifesta compiutamente quel rapporto funzionale tra la partecipazione alla vita politica, economica e sociale del paese e la

³⁴ C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, p. 50 e ss.; M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, XXIII, p. 339 e ss.

³⁵ M. CAVINO, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana* in: *"Dignità, eguaglianza e Costituzione"*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2019, pp. 16 ss.

³⁶ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 62 e ss.

tutela della dignità umana³⁷. Si sostiene che la concezione del lavoro accolta dal primo articolo della Costituzione repubblicana è ampia: *“Significa che l’ordinamento giuridico conosce (e riconosce) la importanza fondamentale che ha il lavoro in Italia e che perciò in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento. Essa, inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell’Italia, fa che il diritto al lavoro proclamato dall’art. 4 della Costituzione assuma una colorazione pubblicistica. Infine, la proclamazione che il lavoro (tutte le specie di lavoro di cui all’art.4) è a base dell’esistenza della Repubblica giustifica che siano in particolare tutelate quelle forme di lavoro e quei lavoratori che ne hanno maggior bisogno; e che sia affermato che quei lavoratori manuali o in genere subordinati, che storicamente sono stati esclusi dalla direzione economica e politica del paese, abbiano diritto di parteciparvi”*³⁸.

È questa l’interpretazione che ha finito con il prevalere, coerente con l’impianto complessivo della Carta costituzionale, a cui non contraddice il progetto di emancipazione sancito dal secondo comma dell’art. 3. Il lavoro tutto, in quanto portatore di utilità sociale, è posto a fondamento della Costituzione. In questa interpretazione l’art. 1 si lega poi strettamente all’art. 35³⁹. Tutti

³⁷ M. CAVINO, *Dignità e Costituzione*, cit., pp. 11-29.

³⁸ C. ESPOSITO, *Commento all’art.1 della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948 e in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 1 ss.

³⁹ Per una ricostruzione v. anche G. DI GASPARE, *Il principio lavoristico nella Costituzione della Repubblica*, in *Astrid on line.it*.

coloro che lavorano, con il braccio o con il pensiero, partecipano al progresso e alla ricchezza della Nazione⁴⁰.

Il ruolo della Repubblica, come acutamente evidenziato⁴¹, non è solo quello di rimuovere gli ostacoli che impediscano l'effettiva partecipazione dei lavoratori "deboli" alla vita politica, economica e sociale del Paese, ma di ogni lavoratore, da intendersi secondo un'accezione ampia, comprensiva dei cittadini che già sono nelle condizioni di partecipare all'organizzazione del Paese e di quelli che, invece, necessitano dell'intervento perequativo dello Stato.

In questa dimensione sono lavoratori non soltanto i prestatori d'opera dipendenti, ma anche gli imprenditori e i liberi professionisti.

Oltretutto, considerato che lo studio costituisce una premessa al lavoro, sono lavoratori anche gli studenti, minorenni o maggiorenni che siano. Rientrano nella categoria anche i disoccupati senza colpa, purché in cerca di un'occupazione, ossia intenti a trovare una forma di realizzazione personale e professionale. Devono, inoltre, essere compresi tra i lavoratori anche i pensionati, che hanno raggiunto l'età lavorativa massima e che tuttavia continuano ad assolvere i loro doveri di solidarietà sociale secondo una logica differente da quella del mercato del lavoro, ma ugualmente apprezzabile (sostegno alla famiglia, impegno nel volontariato, partecipazione politica etc.).

La Costituzione assegna allo Stato, da un lato, il dovere di assicurare a tutti i cittadini la possibilità di lavorare e, dall'altro, di

⁴⁰ Così si espresse il padre Costituente Laconi, nella seduta del 5 marzo 1947.

⁴¹ M. CAVINO, *Dignità e Costituzione*, cit., p. 11, ss

predisporre le condizioni affinché il singolo possa concretamente apportare il suo contributo materiale e spirituale all'organizzazione della vita politica, economica e sociale del Paese.

La centralità riservata dai padri Costituenti al diritto al lavoro esprime la visione personalista dell'ordinamento a scapito di quella patrimonialista, propria dell'800. Mentre, nello Stato liberale, la proprietà consentiva l'accesso alla gestione della *res publica*, perché delimitava l'elettorato passivo, nello Stato moderno la legittimazione della gestione della cosa pubblica deriva dal lavoro. L'attenzione riservata all'essere piuttosto che all'avere conduce al riconoscimento di una funzione centrale non più al soggetto proprietario, ma a chi mediante la propria attività lavorativa contribuisce al benessere della collettività.

Il lavoro è innanzitutto mezzo di realizzazione della personalità individuale che non deve essere ostacolata, ex artt. 2 e 4 Cost. ed anche strumento di rimozione delle diseguaglianze sociali, ex art. 3 Cost., mediante l'intervento dello Stato per l'inclusione dei componenti più deboli e svantaggiati della società nella macchina produttiva.

Il diritto al lavoro si scontra con la privazione, con la mancanza del lavoro e quindi con l'impossibilità dell'esercizio del diritto. È per tale ragione che lo Stato deve farsi promotore di meccanismi di sviluppo e inclusione di ogni consociato nel mondo del lavoro, senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione o altro convincimento ideologico e deve essere tutelato in tutte le sue forme ed esplicazioni.

Se l'art. 1 e 35 accolgono un'accezione ampia del termine lavoro ciò non implica che la Costituzione sia indifferente di fronte alle condizioni dei diversi lavoratori.

La "dignità" umana è il diritto che permea tutti i diritti fondamentali dei lavoratori tutelati dalla Costituzione. Il diritto al lavoro, infatti, mira alla realizzazione e protezione effettiva della dignità umana e sociale del lavoratore: attraverso la dignità si realizza la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori che trovano specifica previsione nelle diverse disposizioni costituzionali⁴². "La Costituzione italiana assume, dunque, la difesa della dignità umana come principio supremo dell'ordinamento quando indica lo sviluppo della persona quale finalità ultima dell'azione della Repubblica"⁴³. Diversamente dalla contemporanea Costituzione tedesca, quella italiana non indica esplicitamente la dignità umana come principio fondamentale ispiratore dell'azione della Repubblica.

Non vi è un'espressa definizione di dignità, né la Corte costituzionale che ad essa ha spesso fatto riferimento ne ha ricostruito il contenuto, probabilmente perché essa ha una pluralità di forme di attuazione e perché ha un contenuto sociale, che inevitabilmente muta con il mutare della società.

Nel testo costituzionale sono contenute diverse disposizioni che richiamano il concetto di dignità: in modo specifico, oltre all'art. 3 comma 1, che riconosce la pari dignità sociale, altre si collocano nell'ambito dei rapporti economico-sociali come l'art.

⁴² L. FERRAJOLI, "Dignità e libertà", in *Rivista filosofia diritto*, il Mulino, 2019

⁴³ Così, M. CAVINO, *op. cit.*, p. 12

36, comma 1, che stabilisce che la retribuzione deve assicurare una esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia; l'art. 41, comma 2, che considera la dignità un limite alla libertà di iniziativa economica privata⁴⁴. Per la realizzazione di tale obiettivo il legislatore ordinario pone una serie di limiti ai poteri datoriali. Ci si chiede se in ragione di tali limiti specifici residui uno spazio interpretativo al valore della dignità come limite generale e di chiusura del sistema⁴⁵.

La motivazione di questa caratterizzazione risiede nel progetto di emancipazione sociale portato avanti dalla nostra Costituzione.

La sintesi di questo progetto è contenuta nell'art. 3, primo comma, Cost. ove si afferma che: *“tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”*.

In questa prospettiva la titolarità di situazioni giuridiche soggettive è meritevole di tutela in quanto modalità di esternazione della sfera interiore dell'essere umano.

Valorizzando la condizione personale di ognuno, al secondo comma della stessa disposizione, si legge che: *“E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*. Dunque, la realizzazione

⁴⁴ Collegamenti indiretti possono individuarsi anche negli artt. 13, 22 e 27.

⁴⁵ L. RATTI, *Funzioni della dignità e regolazione del rapporto individuale, di lavoro*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2020, fasc. 3, 607 ss..

dell'autodeterminazione personale necessita della funzione partecipativa alla vita della società per trovare esplicazione.

La partecipazione alla vita della società, mediante una lettura sistematica degli artt. 1, 2, 3 e 4 della Cost., rappresenta un diritto e allo stesso tempo un dovere del singolo. Per questo motivo, si può affermare che la dignità dell'uomo, di cui all'art. 3 Cost., è legata a filo doppio al diritto al lavoro, di cui al successivo art. 4 Cost., poiché attraverso lo svolgimento di un impiego, di un'arte o di una professione la personalità dell'individuo si realizza e si alimenta e partecipa al progresso morale e materiale della società.

Si discute se l'ordinamento giuridico italiano accolga un concetto di dignità oggettiva o soggettiva e quali siano le implicazioni di tale diversa impostazione sul singolo individuo⁴⁶. Diversamente, in Germania e in Francia è stata elaborata una nozione di dignità sociale, astraendo tale valore dalla dimensione del singolo e attribuendogli una dimensione collettiva, per cui può accadere che ciò che per un individuo è indignitoso non lo è per la collettività⁴⁷. La dignità pertanto diventa un parametro per la

⁴⁶ G. MONACO *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. Dir.*, 2011, p. 69 ss. Ci si chiede peraltro come questa si distingua dalla pari dignità sociale a cui fanno riferimento altre disposizioni costituzionali: G. MONACO, *op cit.*, p. 57.

⁴⁷In particolare, in Germania è diffuso il c.d. "peep-show": uno spettacolo che si svolge con l'esibizione di spogliarelliste osservabili attraverso delle cabine i cui pannelli si aprono inserendo dei gettoni. I Giudici tedeschi, chiamati a pronunciarsi sull'opportunità di vietare l'apertura di questi locali, ove si svolge un'attività commerciale spersonalizzante e automatizzata, ritennero che la stessa non confliggesse con l'idea di dignità socialmente intesa, pur se apparentemente indignitosa per la persona che la esegue e, ad ogni buon conto, alla quale ha

misurazione di altri diritti commisurato al momento storico ed alla situazione sociale nella quale questi operano⁴⁸. Si pensi ad esempio alla retribuzione, il cui parametro per l'individuazione della sua sufficienza a garantire una vita libera e dignitosa è individuato, normalmente, dalla contrattazione collettiva a cui il giudice può far riferimento anche nei casi in cui questa non trovi diretta applicazione.

La dignità è stata utilizzata dalla Corte costituzionale come valore fondante di altri diritti individuali, come rafforzativo di altri diritti costituzionali e da ultimo come diritto autonomo posto a fondamento di pretese risarcitorie⁴⁹.

Alla dignità fa riferimento la CEDFUE (art. 2) alla quale dedica l'intero Titolo I⁵⁰. La Corte di giustizia ha utilizzato tale disposizione per verificare sia la legittimità degli atti delle Istituzioni europee, a volte considerando la dignità un diritto autonomo oltre un principio generale del diritto, sia come diritto di

acconsentito. La peculiarità del caso è che non viene valorizzato il consenso della lavoratrice per giustificare l'attività, ma la considerazione che di quella prestazione ha la società, così S. LAFORGIA in *“Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale”*, Napoli, 2018, p. 81.

⁴⁸ Si afferma che il concetto di dignità non fisso e sintetizza “il livello di sensibilità espressa dalla società ed il senso di rispetto dovuto alla persona, ricostruito in relazione alla fase temporale di riferimento”: così A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino UTET, 2008, p. 34.

⁴⁹ Cfr. G. MONACO, *op. cit.*, p.60 ss.

⁵⁰ Dalle Spiegazioni alla Carta emerge che la dignità costituisca il valore fondante dei diritti dell'individuo, la base dei diritti fondamentali.

bilanciamento⁵¹. Nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, invece, la dignità non trova esplicito riferimento, tuttavia, è stata utilizzata molto frequentemente dalla Corte di Strasburgo per misurare altri diritti espressamente riconosciuti. Come si vedrà in seguito la presenza di fonti comunitarie e internazionali e della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU costituisce un parametro che arricchisce i giudizi della Corte costituzionale.

La nostra è una Costituzione veritiera: appare evidente la consapevolezza che la posizione di soggezione dei lavoratori, in particolare quelli subordinati, mette in grave pericolo l'effettivo godimento dei beni fondamentali se, ad esempio, dopo l'enunciazione nell'art. 3 co 1 e 2 della parità formale e sostanziale, il legislatore si preoccupa di ribadire all'art. 37 la parità uomo donna e la parità, oltre che la tutela, dei minori nell'ambito lavorativo. Negli stessi termini, dopo l'universale previsione della libertà di associazione e di opinione, si garantisce espressamente la libertà sindacale. Ma più in generale la libertà politica e sindacale, il diritto alla salute ed alla sicurezza, il rispetto della dignità umana

⁵¹ Nella sentenza del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, Regno dei Paesi Bassi/Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea (Racc. 2001, pag. I-7079), ai punti 70-77 della motivazione la Corte di giustizia ha confermato che il diritto fondamentale alla dignità umana è parte integrante del diritto dell'Unione.

In argomento cfr. A. DI STASI, *"Brevi considerazioni intorno all'uso giurisprudenziale della nozione di dignità umana da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea"* in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, pp.861-873, Bari Cacucci Editore, 2019; G. MONACO, *La tutela della dignità umana, cit.*, 49 ss.

e più di recente la libertà religiosa, hanno faticato a trovare ingresso nel rapporto di lavoro.

Molti dei diritti fondamentali hanno avuto riconoscimento nel rapporto di lavoro solo grazie all'intervento del legislatore ordinario.

Solo negli anni 50 si è data effettività agli artt. 3 e 37 Cost. con riferimento al lavoro delle donne, introducendo una concreta tutela della maternità ed il divieto di licenziamento a causa di matrimonio.

Solo con la l. 604 del 1966 e le sue successive integrazioni si è sancita la nullità del licenziamento e degli altri atti o comportamenti posti in essere per motivi discriminatori attinenti alle convinzioni politiche, sindacali, religiose e per ragioni di sesso, di età e di convinzioni personali. Solo con lo Statuto dei lavoratori del 1970 si è poi riconosciuto che la libertà di opinione, la libertà personale, il diritto alla salute e la libertà sindacale devono essere garantiti anche nei luoghi di lavoro.

Soltanto in applicazione di specifiche direttive comunitarie, da ultimo con il Decreto legislativo n. 216/2003 attuativo della direttiva 2000/78, si riuscirà ad estendere il concetto di discriminazione a categorie ampie comprensivo delle molestie e ad attribuire allo stesso un significato sostanziale e non formale dando rilievo alle discriminazioni indirette.

In ragione della funzione di sostegno del lavoro subordinato sono, altresì, poste a carico della parte forte del rapporto di lavoro una serie di obblighi di protezione del lavoratore che possono

considerarsi adempimento di specifici obblighi di solidarietà economica⁵².

Il riconoscimento formale dei diritti fondamentali, tuttavia, non è stato sufficiente e si è assistito al cedere di molti diritti fondamentali di natura strettamente personale a diritti di natura economico-patrimoniali. Il bilanciamento tra diritti contrapposti, pur necessario quando più diritti fondamentali si trovano ad operare nello stesso contesto, è avvenuto affermando la supremazia dei secondi sui primi.

Invece, l'iniziativa economica, se pur rientra nell'accezione di lavoro contenuta nell'art. 1 Cost. e nell'art. 35, è dall'art. 41 Cost. sottoposta a stringenti limiti, infatti, pur essendo libera, non può svolgersi in contrasto con la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Di tali diritti si è data spesso una lettura riduttiva mentre le ragioni dell'impresa sono state ampiamente intese specialmente davanti a disposizioni normative ambigue o che non individuavano esattamente i limiti concreti ai poteri organizzativi del datore di lavoro e di fronte ad una crisi economico-finanziaria che ha innescato un processo di diffuso disconoscimento dei diritti fondamentali.

Oggi i diritti fondamentali sono nuovamente messi in pericolo dai nuovi sistemi di organizzazione del lavoro e dai criteri con cui viene effettuato il bilanciamento di interessi. È il caso, ad esempio, della tutela della dignità e riservatezza del lavoratore che va bilanciato con il potere di controllo riconosciuto al datore per

⁵² Sul punto cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, F. Angeli, 1978, p. 72 e 101.

finalità produttive e di sicurezza del lavoro⁵³. La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, attuata con il D. Lgs. n.151 del 14. 09. 2015, consente oggi, attraverso gli strumenti elettronici usati dal lavoratore per svolgere la prestazione, possibili intrusioni nella sua sfera privata fino a prima del 2015 vietati. Tale riforma, secondo alcuni, non rappresenterebbe solamente un intervento microsettoriale, ma sarebbe un momento di una complessa revisione al ribasso della tutela dei lavoratori⁵⁴.

Anche i comportamenti fondati su un motivo illecito come, ad esempio, il licenziamento ritorsivo, non vengono colpiti da nullità ove concorrano con una ragione oggettiva. Solo con riferimento alla discriminazione, superando l'inquadramento nel motivo illecito di cui agli artt. 1345 e 1324 c.c., se ne è affermata la sua rilevanza oggettiva a prescindere dalla volontà illecita. La discriminazione rileva, pertanto, per il suo contrasto con norme imperative interne ed europee con la conseguenza che la nullità dell'atto discriminatorio non è esclusa dalla concorrenza con ragioni lecite⁵⁵.

⁵³ L'argomento è stato trattato ampiamente di recente dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nella decisione *Bărbulescu* del 5 settembre 2017, n. 61496. In argomento v. la nota di A. SITZIA, *I limiti del controllo della posta elettronica del lavoratore: una chiara presa di posizione della Grande Camera della Corte eur. dir. uomo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 12, 1652, *Giur. It.*, 2017, 6, 1408.

⁵⁴ Cfr. Cass., n. 26682 del 10 novembre 2017; I. DI SPILIMBERGO, *Licenziamento disciplinare e controlli sul lavoratore- il difficile contemperamento tra controlli sul lavoratore e potere disciplinare*, in *Giur.it.*, 2017,6,1408; G. VIDIRI, *Controlli datoriali sui dipendenti e tutela della privacy nel nuovo art. 4 stat.lav.*, in *Corriere Giur.*, 2016, 11, 1389 e la dottrina ivi citata.

⁵⁵ Cfr. Cass., 6575/2016. Ciò opera solo per le discriminazioni dirette, quelle indirette sono invece escluse dall'esistenza di una giustificazione obiettiva e ragionevole.

La necessità di ridefinire i concetti di sicurezza, libertà e dignità umana di cui all'art. 41 è, quindi, fondamentale.

Premesso che i tre concetti si integrano a vicenda, certamente la sicurezza non è solo quella fisica ma anche quella sociale, il che comporta che il lavoro precario e flessibile deve trovare una regolamentazione puntuale. La garanzia della tutela della dignità umana richiede che i poteri organizzativi dell'impresa, pur riconosciuti dall'art. 41 Cost., debbano essere esercitati in modo oggettivo e strettamente funzionali alla stessa. La tutela della libertà del lavoratore significa che la sua compromissione deve essere limitata a quanto strettamente funzionale all'esercizio all'attività professionale. In questa funzione di regolamentazione l'intervento della contrattazione collettiva, accanto a quella del legislatore, è certamente importante per la democratizzazione dei poteri imprenditoriali.

Altrettanto importante è individuare nuovi parametri a cui agganciare la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Ci si chiede se questo possa essere ricercato nelle disposizioni contenute nelle fonti comunitarie e nella CEDU nonché nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia che hanno chiarito il significato e la portata dei diritti fondamentali, un meccanismo arricchito dall'interpretazione circolare delle disposizioni internazionali e comunitarie in ragione del rinvio che la carta di Nizza fa ai diritti fondamentali contenuti nella CEDU.

4. Il rilievo dei diritti fondamentali a livello europeo.: una tutela giurisdizionale multilivello.

L'Unione Europea è il risultato di un processo di unificazione iniziato negli anni '50 con la creazione delle Comunità Europee. La prima ad essere istituita nel 1951 fu la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, cui fece seguito nel '57 la Comunità Economica Europea e la Comunità Europea dell'Energia Atomica.

La strutturazione sotto il nome di "Unione Europea" si ebbe solo con il Trattato di Maastricht del 1992.

Le iniziali Comunità Europee avevano un'impronta di tipo economico, finalizzata a creare un mercato di libero scambio di merci, persone, servizi e capitali tra gli Stati che ne facessero parte.

Il tema dei diritti fondamentali era, pertanto, estraneo all'attività svolta dalle originarie Comunità economiche europee.

I diritti fondamentali della persona a livello europeo trovano oggi fondamento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre del 2000, che proclama, in particolare, il diritto alla dignità umana, alla vita, all'integrità personale, la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato.

La Carta di Nizza non definisce i diritti fondamentali ma ne dà una elencazione all'interno dei titoli dedicati alla dignità, alla libertà, all'uguaglianza ed alla solidarietà.

L'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali prevede la possibilità di porre limiti ai diritti e alle libertà fondamentali previsti dalla Carta quando ciò sia necessario per salvaguardare interessi di pari rango, facendo applicazione del principio di proporzionalità e di bilanciamento, similmente a quanto più volte

affermato dalla Corte costituzionale italiana con riguardo al diritto interno e alla composizione dei conflitti tra diritti fondamentali, tutti ugualmente rilevanti.

Sul piano europeo il processo d'integrazione e uniformizzazione dei diritti fondamentali doveva avvenire attraverso la Costituzione europea. Quel progetto è, tuttavia, fallito facendo spazio al più limitato obiettivo del Trattato di Lisbona del 2009.

Tra gli ordinamenti che inizialmente opposero resistenza all'applicazione diretta e prevalente dei principi europei rispetto a quelli interni, quando entrarono in discussione fondamentali principi costituzionali, ci fu anche quello italiano⁵⁶, consapevole delle differenze concrete di tipo sociale, culturale, storico e politico esistenti tra i vari Stati membri e tali da rendere complessa se non irrealizzabile la previsione di diritti fondamentali comuni, validi per tutti i popoli.

È il tessuto sociale e storico a fondare lo statuto dei diritti fondamentali all'interno di una nazione, per questo la Corte costituzionale italiana in passato è stata restia ad accettare la valenza cogente del diritto comunitario nell'ordinamento interno e, nonostante la previsione di cui all'art. 10 Cost., si è a lungo fatta strada l'idea di un sistema dualista, che considerava gli ordinamenti nazionale ed europeo autonomi e indipendenti tra di loro.

Solo con il passare del tempo si è avuta l'accettazione del sistema monista ed il riconoscimento da parte della Corte

⁵⁶ Corte cost, nn. 183/73, 170/84, 232/89.

costituzionale italiana del primato⁵⁷ del diritto europeo rispetto a quello interno con riguardo agli atti aventi forza di legge, ex art. 117 Cost., fermo restando il potere di esercitare i controlimiti quando ciò serva a salvaguardare i principi fondamentali della Costituzione dinanzi a possibili contrasti con norme europee direttamente applicabili. La Corte di giustizia delle Comunità (attuale Corte di giustizia dell'Unione Europea) venne così spinta a costituire per via giurisprudenziale la tutela dei diritti umani⁵⁸.

Secondo il sistema monista la questione di compatibilità “comunitaria” costituisce un «*prius* logico e giuridico» rispetto alla questione di legittimità costituzionale: il giudice comune deve pertanto rivolgersi, innanzitutto, alla Corte di giustizia per risolvere la questione di compatibilità comunitaria e, solo successivamente, ove permanessero dubbi di costituzionalità, rimettere una nuova

⁵⁷ Il principio del primato delle norme europee rispetto agli atti normativi interni non è presente nei trattati, ma è frutto dell'elaborazione della CGUE, la quale nel caso *Costa c. Enel* (sentenza 15 luglio 1964, C 6/64) così statui: “*Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto potrà essere opponibile all'ordine comune. Se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato nell'art. 5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione vietata dall'art. 7*”. Da questa sentenza, le Corti costituzionali degli Stati membri sono state chiamate a rivedere i rapporti tra norme interne e diritto europeo. Si è così abbandonato il criterio cronologico a favore del criterio delle competenze.

⁵⁸ V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei Diritti Fondamentali in Europa*, 2019, p.36.

questione alla Consulta. Il giudice comune, quindi, avrebbe in primo luogo, l'obbligo di un'interpretazione conforme al diritto comunitario e ove si evidenziasse un contrasto tra il diritto interno e quello dell'Unione sarebbe tenuto a disapplicare quello interno. Ove invece sussistano dei dubbi sul contrasto della norma interna con quella comunitaria e con una disposizione costituzionale dovrà prima adire la Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale e solo ove rigettata da questa potrà adire la Corte costituzionale.

Tale orientamento è stato, tuttavia, messo in discussione con un *obiter dictum*⁵⁹ dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269 del 2017.

Con la sentenza 269 la Corte costituzionale⁶⁰ ribadisce che, come stabilito con le sentenze Simmenthal e Granital⁶¹, il

⁵⁹ Si configura un *obiter dictum* perché era stato richiamato esclusivamente il diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi senza alcun richiamo alla Carta di Nizza sulla quale la Corte sviluppa la sua decisione.

⁶⁰ In argomento: C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. In <http://www.osservatoriosullefonti.it>; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 28 dicembre 2017; ID, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, in www.diritticomparati.it, 1, 2018, 280 ss.; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, in www.diritticomparati.it, 3, 2017, 234 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 24

meccanismo della disapplicazione da parte del giudice comune opererebbe solo nel caso di contrasto della norma interna con norme del diritto europeo munite di efficacia diretta; nel caso di contrasto con norme prive di tale efficacia, sarebbe necessario il ricorso alla Corte costituzionale ex artt. 117 e 11 Cost. per far dichiarare, il contrasto della norma interna con il diritto dell'Unione. Tale regola, tuttavia, aggiunge la Corte nella sentenza 269, subisce una eccezione nel caso dei diritti fondamentali garantiti dalla CDFUE, sul presupposto che «le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità* di un intervento *erga omnes*». Per tale ragione la Corte ribalta la regola della doppia pregiudizialità ed afferma la necessità del primario ricorso alla

gennaio 2018; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2958 ss.; F. MARTINES, *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>, 1, 2018; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 2227 ss.; G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018; ID., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Rivista AIC*, in www.osservatorioaic.it, 7 maggio 2018; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi*, in www.federalismi.it, 31 gennaio 2018.

⁶¹ E. CANNIZZARO, *il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli, 2017, p. 120 ss.; A. PACE, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Riv. quadr. dir. int.*, 3/2007, 451 ss.

Corte costituzionale e, solo in caso di rigetto della questione di costituzionalità, la possibilità di adire la Corte di giustizia⁶². Ove siano in gioco diritti fondamentali e quantunque la CDFUE abbia lo stesso valore dei trattati, al giudice comune, dice la Consulta con la sentenza 269, non sarebbe data la possibilità di disapplicare la norma interna in quanto si trasformerebbe in un giudice delle leggi. In tal modo, la Corte costituzionale in materia di diritti fondamentali diviene l'interprete del diritto sovranazionale, svuotando di fatto la funzione di garante del diritto europeo riconosciuta alla Corte di giustizia⁶³.

⁶² Secondo la Corte costituzionale, dal diritto europeo e dalla giurisprudenza c-188/10 Melki e 189/10 Abdeli, non potrebbe trarsi un divieto di preventivo ricorso alle corti costituzionali nazionali purché siano rispettate 3 specifiche condizioni, ovvero che i giudici ordinari restino liberi (i) di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; (ii) di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; (iii) di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione. In questo modo la Corte di giustizia avrebbe la stessa posizione della Corte EDU

⁶³ Per un'ampia ricostruzione della problematica e sui dubbi aperti dalla sentenza n. 269 della Corte costituzionale cfr. L. S. ROSSI, *Il «triangolo giurisdizionale» e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in www.federalismi.it, 1.8.2018; G.BRONZINI, *La Carta dei diritti nella crisi del processo di integrazione: la discutibile svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it.*, 373/2018, ai quali si rinvia anche per l'ampia bibliografia citata.

Il ricorso alla Corte costituzionale, quindi, avrebbe il vantaggio di una pronuncia valevole *erga omnes* sulla legittimità o meno della norma interna, ma è il segno del ritorno ad una fase complicata del dialogo tra le Corti come evidenziato dalla Corte di Cassazione che non ha sempre condiviso le soluzioni adottate nella sentenza n. 269⁶⁴.

Ma la questione non è ancora finita, con le sentenze nn. 20 e 63⁶⁵ e poi con l'ordinanza 117/2019, la Corte costituzionale è tornata nuovamente sul punto⁶⁶.

⁶⁴ Ordinanza Cass., sez. II civ., 16 febbraio 2018, n. 3831. La Cassazione si è adeguata alla sentenza n. 269 pur ritenendo che il preventivo ricorso alla Corte costituzionale si opportuno ma non obbligatorio. Nell'ordinanza Cass., sez. lav., 30 maggio 2018, n. 13678, ha ritenuto non vincolante la sentenza 269 in quanto il preventivo rinvio alla Corte costituzionale era contenuto in un *obiter dictum*; Cass, sez. lav., 17 maggio 2018, n. 4223, ha invece escluso sia il ricorso alla Corte di giustizia che alla Corte costituzionale affermando la diretta applicazione della Carta dei diritti e conseguentemente stabilendo la disapplicazione della disciplina interna. Sul punto ampiamente L.S. ROSSI, *op. cit.*; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, fasc. 6/2019, 166 ss. L'inversione della pregiudizialità in quanto foriera di contrasti tra le corti e complicazioni del sistema è evidenziata da A. RUGGERI *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione*, in *Colsultaonline*, 2019, 502 ss.

⁶⁵ Con la sentenza n. 20 ha esteso la regola dell'inversione del giudizio di pregiudizialità viene estesa al caso in cui la norma di diritto europeo in contrasto con quella nazionale sia contenuta in altre fonti del diritto europeo primario e derivato, e quindi anche di non diretta applicazione, purché in connessione con i diritti tutelati dalla Cdfue. Viene estesa, in definitiva, al diritto derivato

L'ordinanza è interessante, in primo luogo, perché dimostra che dalla sentenza 269 non consegue necessariamente una riduzione delle ipotesi di rinvio alla Corte di giustizia. Nel caso in esame è la stessa Corte costituzionale, come ultimo giudice, ad operare tale rinvio e ciò è spinto a fare per evitare che la sua pronuncia possa determinare un contrasto tra la normativa interna e quella europea. La Corte costituzionale, in altri termini, si riappropria del suo ruolo di interlocutore privilegiato con la Corte di giustizia, dichiarando ammissibile una questione di legittimità costituzionale che ponga anche quesiti di compatibilità comunitaria. In questo caso la Corte è tenuta a pronunciarsi anche sulla compatibilità comunitaria, compito che può assolvere utilizzando il rinvio alla Corte di giustizia, anche al fine di ridurre il ricorso allo strumento dei controllimiti per paralizzare l'effetto di una pronuncia della Corte di giustizia in contrasto con i parametri costituzionali interni. La Corte non chiarisce se i giudici comuni restino anche "liberi di disapplicare (...) la disposizione legislativa

dell'Unione, purché questo chiami in gioco i diritti protetti dalla Cdfue. Nella sentenza n. 63 si dice poi che «laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri»

⁶⁶ Il provvedimento costituisce la risposta all'ordinanza della Cassazione n 3831 che in ossequi alla sentenza 269 aveva sottoposto preventivamente la questione alla Corte costituzionale, per chiedere se «il potere del giudice comune di non applicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche, eventualmente, sotto il profilo della conformità alla CDFUE quale norma interposta rispetto agli articoli 11 e 117 Cost) sia limitato a profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale” ..

nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità” o se tale possibilità sia loro offerta solo ove ritengano la norma interna contraria alla Carta “*per altri profili*”⁶⁷. Secondo alcuni alla disapplicazione sarebbe preferibile il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per evitare il contrasto che deriverebbe dalla disapplicazione di una norma ritenuta contraria alla Carta dei diritti, ma che la Corte costituzionale ha ritenuto legittima. Il ricorso prioritario alla Corte costituzionale potrebbe, quindi, nella pratica ridurre l’applicazione diretta della Carta, e spingerà la stessa Corte costituzionale ad avviare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prima di pronunciare una sentenza di rigetto dei profili di incostituzionalità “doppiamente pregiudiziali”⁶⁸. Per la stessa ragione, con le sentenze successive alla 269, la Corte considererà facoltativo e non obbligatorio il preventivo ricorso alla Corte costituzionale.

Dalla sentenza n. 269 del 2017 e dall’ordinanza 117 del 2019 appare che la Corte costituzionale dà della CDFUE una lettura come Carta costituzionale in gran parte sovrapponibile alle Costituzioni nazionali ed in particolare a quella italiana⁶⁹. Come

⁶⁷ Sul punto la Corte costituzionale conferma la possibilità per il giudice comune di sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi questione pregiudiziale, anche quelle già sottoposte alla Corte costituzionale

⁶⁸ G. SCACCIA, *Alla ricerca, cit.*, p.172.

⁶⁹ Nell’ordinanza 117 la Corte, infatti, ribadisce “la propria competenza a vagliare gli eventuali profili di contrarietà delle disposizioni di legge nazionali alle norme della Carta che il giudice rimettente ritenga di sottoporle.” ciò in quanto «[i] principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona

per quest'ultima se ne esclude l'applicazione diretta (se non in ipotesi marginali) e la disapplicazione da parte del giudice di merito senza una preventiva dichiarazione di incostituzionalità, lo

infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione» (sentenza n. 269, punto 5.2. del Considerato in diritto).

In tali ipotesi, questa Corte – che è essa stessa «organo giurisdizionale» nazionale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – potrà dunque valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; e potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti *erga omnes*. Ciò fermo restando «che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria», anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale e fermo restando, altresì, il loro dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta.

La sentenza n. 20 del 2019 ha ulteriormente chiarito, in proposito, che «[i]n generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera [...] un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione». Tale concorso di rimedi consente in effetti alla Corte costituzionale «di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti» (punto 2.3. del Considerato in diritto).

stesso dovrebbe affermarsi, per la Corte, anche per la Carta di Nizza⁷⁰.

Va peraltro ricordato che sul piano europeo la protezione dei diritti fondamentali non ha una sua rilevanza autonoma, ma trova il suo fondamento nella “necessità di evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabili a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi l’unità, il primato e l’effettività del diritto dell’Unione”⁷¹.

Per concludere sul punto deve dirsi che i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto europeo e dalla Costituzione sono suscettibili di due diversi strumenti di tutela ove vengano lesi da una norma interna: la disapplicazione delle norme interne accompagnata dalla contestuale applicazione diretta delle norme dell’UE per un verso, ovvero la dichiarazione d’incostituzionalità, delle stesse o, eccezionalmente, delle norme dell’UE (per il tramite della legge di esecuzione che vi dà giuridico rilievo nell’ordine interno), ove dovesse opporsi al loro ingresso in ambito nazionale l’arma dei “controlimiti”. I due rimedi della disapplicazione o dell’annullamento della norma lesiva di detti diritti sono normalmente ritenuti alternativi, ma la dottrina più recente prefigura una loro cumulabilità specialmente nel caso dei diritti fondamentali. Si ritiene che il giudice comune sospenda l’esecuzione della norma interna in contrasto con quella europea possa poi adire

⁷⁰ G. SCACCIA, *Alla ricerca*, cit. p. 174 ss

⁷¹ Corte di giustizia, sent. 10 luglio 2014, C-198/13, V.M.J.Hernandez e a.v. Reino de Espana.

la Corte costituzionale per ottenere una pronuncia valevole *erga omnes*⁷²

I diritti fondamentali trovano, poi, riconoscimento nella Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) adottata dal Consiglio d'Europa nel 1950 e ratificata dall'Italia nel 1955, che in tal modo ha aderito a un sistema europeo più ampio di protezione dei diritti fondamentali⁷³.

La Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) decide sull'interpretazione e applicazione della Convenzione e sui ricorsi ad essa presentati.

La questione relativa all'influenza nell'ordinamento italiano dei diritti umani, come elaborati sul piano europeo mediante la Convenzione, è stata risolta dalla Corte costituzionale italiana con due storiche pronunce⁷⁴, in applicazione degli artt. 11 e 117 Cost., in cui è stato attribuito alle norme della Convenzione europea il rango di norme interposte nel giudizio di costituzionalità delle leggi nazionali⁷⁵. La Corte conferma che “per le norme della CEDU non è ammissibile il ricorso alla “non applicazione” utilizzabile per il diritto comunitario”, ma afferma che in base al nuovo testo dell'art. 117, seppure alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, come la CEDU, non si possa attribuire rango costituzionale, il legislatore ordinario ha

⁷² C. AMALFITANO, op cit., 22; A. RUGGERI, *Conflitti tra norme, cit.*, 500 ss.

⁷³ Come affermato dalla Corte cost. nn. 349/2007 e 311/2009.

⁷⁴ Corte cost nn. 348/2007 e 349/2007.

⁷⁵ Un lungo percorso che ha come punti di riferimento essenziali le sentenze Corte cost n. 14 del 1964, Corte cost. n. 170/1984 e la sentenza Corte giust., causa 106/77, *Simmenthal*.

l'obbligo di rispettare dette norme, “con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli “obblighi internazionali” di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta””.

La Corte rileva che la CEDU ha un valore preminente rispetto alla generalità degli accordi internazionali, in quanto non costituisce una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Con la Convenzione, questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'uniformità di applicazione è garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, mentre per la generalità degli accordi internazionali, l'interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti.

Nella sentenza si dice ancora che alla Corte costituzionale, “qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana..... ovvero di verificare la

compatibilità della norma CEDU.... con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa”.

Nel Trattato di Lisbona, è prevista l'adesione dell'Unione aderisce alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo non ancora realizzata. All'art. 6 del TUF si prevede un rapporto tra il diritto dell'Unione e la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, stabilendo che: “I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”. La disposizione oltre ad aver fuso le nozioni di principi generali e di tradizioni costituzionali comuni, ha conferito al sistema giuridico CEDU, ossia alla Carta ed a tutta la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che l'ha interpretata, un nuovo *status* nel sistema delle fonti. Da questa considerazione secondo alcuni potrebbe essere messa in discussione la tradizionale differenziazione tra diritto comunitario munito di efficacia diretta e CEDU che non avrebbe tale efficacia⁷⁶ e far discendere in particolare dagli artt. 6 e 13 della CEDU la loro capacità di assumere a parametro di misurazione della validità delle norme interne.⁷⁷.. Certamente può ritenersi che grazie all'art. 6 TUF le

⁷⁶ Tuttavia, ribadito da Corte cost, n. 93/020 e Corte cost n. 80/2011

⁷⁷ In tal modo si è pronunciato, il Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 12; in argomento v. G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica*

disposizioni della CEDU siano divenute direttamente applicabili nelle materie in qualche modo connesse con il diritto comunitario, più difficile ritenere che esse possano essere utilizzate come parametro vincolante per il giudice direttamente applicabile. Forse qualcosa potrebbe cambiare con la ratifica da parte dell'Italia del protocollo n. 16 approvato dal Consiglio d'Europa nel 2013, nel quale si stabilisce che “le più alte giurisdizioni, di un'altra parte contraente [...], possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli”. Il protocollo prevede la possibilità di inoltrare alla Corte EDU richieste di pareri consultivi su “questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli”. Si introduce, così, uno strumento che, secondo l'idea originale si ispirava al rinvio pregiudiziale che il giudice comune può attivare per risolvere il contrasto con norme comunitarie. I due strumenti si differenziano per la facoltà e non obbligo di rivolgersi alla Corte EDU e per la non vincolatività del

direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?, in *rivistaaic.it*, il quale nota che la pronuncia sia meno dirimente di quanto possa sembrare perché dal richiamo ai principi della CEDU non se ne fa discendere la disapplicazione di una norma interna. Vedi anche F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli, 2012

parere fornito dalla Corte⁷⁸. L'Italia sta mostrando una certa resistenza a ratificare questo protocollo⁷⁹.

I diritti fondamentali, pertanto, risultano tutelati e garantiti su tre distinti livelli: il primo livello propriamente costituzionale, assicurato dalle Costituzioni degli Stati membri; il secondo livello comunitario o di diritto dell'Unione, basato sulla Carta di Nizza; il terzo livello convenzionale, assicurato dalla CEDU, che si trasforma, da parametro assiologico di valutazione del contegno degli Stati, a regola di diretta applicabilità nei rapporti intersoggettivi all'interno dello spazio giuridico europeo.

5. Diritti e principi fondamentali nell'ordinamento europeo

Ai diritti fondamentali, in particolare nell'ordinamento dell'Unione europea, può riconoscersi una funzione positiva, che serve a promuovere più alti *standard* di tutela rispetto a quelli riconosciuti dagli ordinamenti nazionali, e una funzione negativa che serve invece solo a preservare gli *standard* esistenti⁸⁰.

La funzione di promozione dei diritti fondamentali trova limitata attuazione.

I diritti fondamentali previsti nella Carta dei diritti fondamentali non allargano le competenze dell'UE, secondo quanto stabilito dall'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali. La Carta può essere invocata, quindi, quando sussiste un collegamento

⁷⁸ In argomento v. E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *osservatorioaic.it*, fasc 2, 2021, e ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁷⁹ Ne era prevista la ratifica insieme al protocollo n. 15: nel 2021, tuttavia si è provveduto alla ratifica solo di quest'ultimo.

⁸⁰ Sul punto v. ampiamente G. ORLANDINI, *op.cit.*, p. 4 ss.

con il diritto dell'Unione, ovvero quando gli Stati applicano il diritto dell'Unione. Quando manca tale collegamento la Carta non si applica anche se siano stati violati i diritti fondamentali: in questi casi la tutela va ricercata nei sistemi nazionali che non sono sostituiti dalla Carta. Nell'individuazione di tale collegamento, che dipenderà dalla situazione concreta esaminata, la Corte di giustizia è stata nella maggior parte dei casi molto restrittiva affermando che “dare attuazione al diritto dell'Unione”, implica un collegamento che va al di là dell'affinità tra le materie trattate o dell'influenza reciproca⁸¹. La tutela dei diritti fondamentali risulta quindi “funzionalizzata” rispetto all'attuazione dei valori chiave dell'ordinamento europeo⁸².

Per tale ragione la Corte di giustizia non può intervenire a tutela dei diritti fondamentali, almeno in maniera diretta, nelle materie nelle quali l'UE non ha competenza⁸³. Ciò implica una considerevole riduzione dell'efficacia della normativa comunitaria e dell'intervento della Corte di giustizia a tutela dei lavoratori in quanto i diritti fondamentali dei lavoratori si realizzano e sono

⁸¹ Corte di giustizia, sent. 6 marzo 2014 C-206/13 Siragusa v. Regione Siciliana. Andrà verificato altresì se la disposizione nazionale ha lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione; quale sia la sua natura e se persegua gli stessi obiettivi; se esiste una norma dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che incida su di essa; se vi sia un obbligo degli Stati membri di regolare in maniera conforme la materia.

⁸² Cfr. S. Vernuccio, La sentenza 269/2017: La Corte costituzionale di fronte alla questione dell'efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. Ord. 3831/2018) in *Aic, Osservatorio costituzionale*, fasc. 7/2018, 9.

⁸³ In tal senso sono le famose decisioni Corte giust. C- 144/04, *Mangold* e Corte giust. C-555/07, *Küçükdeveci*.

anche lesi attraverso la contrattazione collettiva, lo sciopero e la retribuzione materie tutte escluse dalla competenza dell'UE⁸⁴.

Poiché non è stata riconosciuta l'applicazione diretta, orizzontale dei diritti dei lavoratori affermati nel titolo IV della Carta, è poi necessario che la materia sia oggetto di un atto derivato rispetto al quale la norma interna si ponga in contrasto⁸⁵. L'applicazione diretta è stata invece riconosciuta per alcuni diritti civili, in particolare quello di non discriminazione.

Sul punto qualche progresso è stato fatto in quanto la Corte di giustizia, ha affermato che i principi generali dell'Unione europea, tra i quali rientra quello di non discriminazione, hanno una efficacia diretta orizzontale e sono, quindi, azionabili anche in mancanza di un atto derivato di recepimento della direttiva⁸⁶. Non

⁸⁴ Vedi sul punto ampiamente G.ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 1, 2018.

⁸⁵ Ordinanza 11 novembre 2010, C- 20/10, *Vino*. La Corte valuta in maniera ampia il criterio del collegamento ma ritiene in ogni caso necessario l'esistenza di un atto derivato. Cfr. Corte giust. C-198/13, *Hernández*.

⁸⁶ Nella Spiegazione all'art. 52 si dice "Il paragrafo 5 chiarisce la distinzione fra "diritti" e "principi" sancita nella Carta. In base a tale distinzione i diritti soggettivi sono rispettati, mentre i principi sono osservati (articolo 51, paragrafo 1). Ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. Ciò è in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. in particolare la giurisprudenza sul "principio di precauzione" di cui all'articolo 191, paragrafo 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: sentenza del TPG dell'11

è così, invece, per i diritti dei lavoratori ad eccezione per quello di discriminazione. La Corte di Giustizia ha riconosciuto solo ai “Diritti” previsti dalla Carta la possibilità di applicazione orizzontale anche tra privati. I “Principi”, invece, rilevrebbero solo ai fini interpretativi e del controllo di legalità in modo da preservarne il loro effetto utile⁸⁷. Probabilmente il legislatore europeo voleva in tal modo limitare l’applicazione dei diritti sociali in assenza di un loro riconoscimento del legislatore⁸⁸.

settembre 2002, causa T-13/99 Pfizer c. Consiglio, con numerosi rinvii ai precedenti giurisprudenziali e una serie di sentenze sull’articolo 33 (già 39) in merito ai principi della normativa agricola, ad es. sentenza della Corte di giustizia, causa 265/85, Van den Berg, *Racc.*, 1987, pag. 1155: analisi del principio di stabilizzazione del mercato e delle aspettative ragionevoli), sia con l’approccio ai “principi” negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale. A titolo illustrativo si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25, 26 e 37. In alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, ad es. gli articoli 23, 33 e 34”.

⁸⁷ Vedi la ricerca di A. O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea: profili costituzionali*, Napoli, 2017, p. 140 a cui si rinvia anche per la ricostruzione sistematica della dottrina in materia. Cfr. anche G. BARBAGALLO, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e l’ordinamento italiano* in www.giustiziaamministrativa.it.

⁸⁸ Si è affermato che potrebbe richiamarsi in proposito la distinzione elaborata dai costituzionalisti tra norme precettive e norme programmatiche alle quali ultime potrebbero ricondursi le norme che riconoscono principi che avrebbero minore forza cogente delle norme precettive che riconoscono diritti contraddicendo, così, il principio dell’indivisibilità dei diritti affermato nel preambolo della stessa Carta. Dovrebbero essere poi ricondotte nei principi quelle disposizioni che, per essere operative, richiedono la loro concreta attuazione da parte del legislatore. O. COZZI afferma, in conseguenza, che l’art. 52 CDFUE è una norma antistorica ed arretrata

Il diritto di contrattazione collettiva e di sciopero contenuti nell'art. 28 rientrerebbero, secondo molti, tra i principi e non tra i diritti. Tuttavia, i diritti fondamentali sono stati spesso definiti come principi⁸⁹ e se ne è affermata la loro applicazione orizzontale. In tal senso, ad esempio, il diritto/principio di non discriminazione.

A tal fine è stato affermato che debba distinguersi tra i principi originari dell'UE ed i principi espressi nella Carta⁹⁰.

Nei confronti dei diritti sociali l'UE non ha tenuto una posizione costante, riconoscendogli a volte la natura di diritti fondamentali, mentre altre ne ha limitata l'efficacia⁹¹.

Solo il diritto di non discriminazione avrebbe in materia di lavoro una efficacia diretta e orizzontale che gli deriverebbe, però, dall'essere un diritto civile e non un esclusivo diritto dei lavoratori

perché si fonda distinzioni che il diritto costituzionale italiano ha da tempo superato, (*op. cit.* p. 379 s.). In ragione di ciò perderebbe anche di rilievo il fatto che la Carta non fa più una distinzione tra diritti civili, politici e sociali, ricomprendendo tutti i diritti di cui al titolo IV sotto la denominazione della Solidarietà.

⁸⁹ V. in proposito G. ALPA, *op cit* ed il pare espresso da Corte di Giustizia 18.12.2014, ivi riportato. Cfr. anche M. DANI, *Recensione a A.O. Cozzi, Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: profili costituzionali (2017)*, in *Riv. dirr. comparati*, 2018, 315.

⁹⁰ O. COZZI, *op. ct.*, p. 182

⁹¹ I diritti fondamentali previsti nella carta sono invece sempre più spesso richiamati dalle istituzioni europee, ed in particolare al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, per valutare la sostenibilità delle politiche economiche, superando la distinzione tra diritti e principi. Cfr. sul punto S. SCIARRA, *op.cit.*; cfr anche *Comunicazione "Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali" COM (2017)*.

e senza, quindi, implicare anche un grado di tutela che elimini la disuguaglianza sostanziale⁹².

Nei confronti dei diritti sociali l'UE non ha tenuto una posizione costante riconoscendogli a volte la natura di diritti fondamentali mentre altre ne ha limitata l'efficacia⁹³.

Ciò emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁹⁴. La Corte, infatti, incentra le proprie decisioni sulle direttive piuttosto che sui principi generali riscontrabili nelle fonti primarie comunitarie, anche quando questi sono richiamati dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni⁹⁵.

⁹² Per tale ragione qualcuno paventa il pericolo che tale tecnica possa finire per ridurre le garanzie dei lavoratori che si fondano essenzialmente su un diritto disuguale: G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 10.

⁹³ I diritti fondamentali previsti nella carta sono invece sempre più spesso richiamati dalle istituzioni europee, ed in particolare al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, per valutare la sostenibilità delle politiche economiche, superando la distinzione tra diritti e principi. Cfr. sul punto S. SCIARRA, *op.cit.*; cfr anche *Comunicazione "Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali" COM (2017)*.

⁹⁴ I diritti sociali dei lavoratori hanno raramente formato oggetto delle decisioni della Corte di Giustizia. Essi hanno trovato alcune volte un loro riconoscimento solo in ragione del diritto/principio di non discriminazione o della libertà d'impresa.

⁹⁵ Nel caso dell'*Association de médiation sociale (AMS)* (Corte giust. C-176/12) l'AG aveva sostenuto che anche i principi affermati dalla Carta possono avere applicazione diretta orizzontale e deve esserne salvaguardato, nella loro applicazione, l'effetto utile. La Corte, tuttavia, nella sua decisione ha escluso l'applicazione orizzontale del principio contenuto nell'art. 27 della Carta. Ugualmente ha fatto con il diritto alle ferie riconosciuto dall'art. 31 (Corte giust. C-282/12, *Dominguez*)

6. Il rilievo dei diritti fondamentali e del diritto al lavoro secondo i valori espressi dal Diritto Internazionale.

Fuori dallo spazio europeo, dove i paesi rivendicano la propria autonomia decisionale e sovrana, ove non ci sono regole uniformemente recepite e le distanze sociali e politiche, oltre che geografiche, aumentano, è più complicato assicurare una protezione efficace dei diritti fondamentali.

Per questa ragione sono stati creati altri sistemi di salvaguardia, che non hanno, però, un'influente forza precettiva a causa del meccanismo volontario di adesione.

Uno dei più importanti è la Convenzione interamericana, adottata dall'Organizzazione degli stati americani nel 1969 ed entrata in vigore nel 1978. Essa prevede un sistema composto dalla Commissione e dalla Corte.

La Commissione ha il compito di controllare il rispetto degli impegni assunti dagli stati centro e sudamericani, non ne fanno parte Stati Uniti e Canada. Quando essa constata la violazione di un diritto o di una libertà tra quelli previsti dalla Convenzione, ordina la riparazione delle conseguenze della violazione, il ripristino della situazione ove possibile e il pagamento di un'indennità alla persona offesa.

La Corte interamericana oltre che contenziosa, ha anche funzione consultiva e ad essa fa frequente riferimento anche la Corte Europea⁹⁶ nell'adozione delle sue decisioni.

Altro strumento di salvaguardia dei diritti fondamentali extra Unione Europea è la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei

⁹⁶ Cfr. sul punto V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei Diritti Fondamentali in Europa*, 2019, p.36.

popoli, approvata nell'ambito dell'Unione Africana nel 1981, che ha istituito una commissione deputata a esaminare i ricorsi concernenti le violazioni dei diritti considerati.

In modo particolare, nel 2008 è stata introdotta la Corte africana di giustizia e dei diritti dell'uomo. La Corte ha competenza giurisdizionale e consultiva.

Ulteriore strumento di tutela è quello introdotto dalla Lega Araba nel 1994 e poi sostituita da una nuova Carta entrata in vigore nel 2004, che istituisce il Comitato arabo dei diritti umani, che riceve ed esamina i rapporti degli stati sull'attuazione di quanto stabilito nella Carta.

Anche il diritto al lavoro è oggetto di protezione valoriale a livello internazionale per la sua fondamentale rilevanza.

Un compito centrale in tal senso è esercitato dall'Organizzazione internazionale del Lavoro (OIL), istituita nel 1919, nell'ambito del Trattato di Versailles, che vede tra i paesi fondatori anche l'Italia.

L'OIL è un'Organizzazione tripartita (lavoratori, imprenditori e governi) ⁹⁷, che riunisce nei propri organi esecutivi i rappresentanti dei governi di 187 Stati, delle organizzazioni imprenditoriali e dei sindacati. Alla Sede di Ginevra si aggiungono una quarantina di Uffici nel mondo.

⁹⁷ L'Organizzazione si compone della Conferenza Internazionale del Lavoro, che si riunisce ogni anno e che deve predisporre e adottare gli standard internazionali; del Consiglio di Amministrazione, che gestisce programmi, politiche e budget ed elegge il Direttore Generale e del Segretariato permanente, centro motore delle iniziative dell'OIL.

L'Organizzazione, in qualità di agenzia specializzata delle Nazioni Unite ha come obiettivi fondamentali il riconoscimento a livello internazionale dei diritti umani e del lavoro, la promozione della giustizia sociale e dell'opportunità per donne e uomini di ottenere un lavoro dignitoso e produttivo, in condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità.

L'Italia ha un ruolo di primo piano in seno all'OIL. In quanto grande Paese industrializzato, è uno dei dieci membri permanenti del Consiglio d'Amministrazione assieme a Brasile, Cina, Federazione Russa, Francia, Germania, Giappone, India, Regno Unito e Stati Uniti⁹⁸.

L'Organizzazione Internazionale del Lavoro, per il raggiungimento dei suoi scopi si avvale di Convenzioni e questo rappresenta il suo grande limite.

Invero, le norme internazionali poste a tutela del lavoro e della sua dignità sono sprovviste di un apparato sanzionatorio con efficacia deterrente. Ciò determina un indebolimento dell'Organizzazione e pone dubbi circa la cogenza interna delle norme da essa fissate negli ordinamenti nazionali.

Inoltre, le norme dell'OIL, essendo rimesse all'adesione mediante ratifica da parte dei singoli Stati ai fini della loro cogenza, si inquadrano in un sistema di *soft law*, sfuggendo alla prescrittività in senso proprio⁹⁹.

⁹⁸ Tratto dal sito web: www.ilo.org

⁹⁹ V. A. PERULLI e V. BRINO, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, Torino, 2015, p.66 e ss.

Alcuni ¹⁰⁰ sono dell'avviso che per attribuire un valore rafforzato alle linee guida dell'OIL si dovrebbe raggiungere un maggiore consenso tra governo, mondo delle imprese e lavoratori sulle sue iniziative, in modo tale che esse vengano avvertite come ragionevoli e accettabili da parte dei destinatari.

Questo scopo può essere realizzato valorizzando il dialogo sociale tra le parti.

Il fulcro di tale dialogo, in base a questa prospettiva, è guardare alle pratiche e alle regole dei rapporti di lavoro e sul posto di lavoro che si sono sviluppate dalle interazioni delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro con il governo, in un quadro caratterizzato da tecnologie, politiche delle risorse umane, mercati dei prodotti, leggi e regolamenti¹⁰¹.

Indispensabile a tal fine è la Contrattazione collettiva, che ha come essenziali finalità quella di determinare il contenuto che regola il rapporto di lavoro nel settore di appartenenza e di disciplinare le relazioni sindacali tra i soggetti firmatari dell'accordo stesso.

Al riguardo, l'OIL ha adottato nel corso degli anni una serie di *standards* internazionali del lavoro che trattano della contrattazione collettiva.

Tra questi vi è la Convenzione sul Diritto di Organizzazione e di Contrattazione Collettiva n. 98 del 1949 e la Convenzione

¹⁰⁰ R. BLANPAIN e M. COLUCCI, *L'organizzazione internazionale del lavoro – diritti fondamentali dei lavoratori e politiche sociali*, Napoli, 2007, p. 20.

¹⁰¹ R. BLANPAIN e M. COLUCCI, *L'organizzazione internazionale del lavoro cit.*, p. 31 e segg.

sull'uguaglianza di retribuzione fra manodopera maschile e manodopera femminile del 1951.

La prima, all'art. 1, prescrive che ai lavoratori venga assicurata un'adeguata protezione contro gli atti di discriminazione finalizzati a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego.

La discriminazione si realizza sia quando viene subordinato l'impiego di un lavoratore alla condizione che egli non aderisca ad un sindacato o smetta di farne parte, sia nell'ipotesi in cui si licenzi un lavoratore o gli si arrechi pregiudizio con ogni altro mezzo a causa della sua affiliazione sindacale o partecipazione ad attività sindacali.

La stessa Convenzione, all'art.2, prescrive il divieto di ingerenza dei datori di lavoro e dei lavoratori rispettivamente nelle organizzazioni degli uni e degli altri.

La Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione del 1951, invece, ha come finalità quella di assicurare una parità di salario, e di tutti gli altri emolumenti, in ragione dell'impiego svolto, tanto agli uomini quanto alle donne. L'uguaglianza della retribuzione si deve riferire ai tassi di retribuzione stabiliti senza alcuna discriminazione fondata sul sesso.

L'OIL con questo documento impone agli Stati aderenti alla Convenzione di assicurare con mezzi adeguati un valore del lavoro uguale fra manodopera femminile e maschile.

L'interesse dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro per la tematica della discriminazione sessuale in ambito lavorativo è forte, probabilmente in quanto la forza lavoro femminile è in costante espansione a livello mondiale e la coscienza delle donne circa il loro ruolo determinante nella società è più diffusa.

Non mancano, però, realtà molto complesse e sofferte nel panorama internazionale, dove i diritti umani delle donne vengono troppo frequentemente rinnegati o, peggio ancora, neppure riconosciuti, con dei riflessi significativi che interessano anche il mercato del lavoro.

Tra queste realtà, rientra certamente quella afferente alle donne del Medio Oriente e del Nord Africa, nonostante siano stati fatti significativi passi in avanti verso l'acquisizione dei diritti nel campo dell'istruzione, della salute e dell'urbanizzazione in questi paesi e si sia cercato e si cerchi tuttora di sradicare la concezione della donna quale strumento meramente procreativo e oggetto nelle mani dell'uomo che su di essa ha l'autorità (padre o marito).

In tutti i paesi della regione le donne sono particolarmente vulnerabili alla povertà durante i periodi di difficoltà economica e in caso di divorzio, abbandono e vedovanza.

Questa vulnerabilità può derivare dalle differenze nell'alfabetizzazione, nel raggiungimento dell'educazione, ma specialmente dall'exasperazione delle norme che discriminano le donne in materia di eredità e incoraggiano la sua dipendenza dall'uomo guardiano della famiglia.

I dati raccolti dall'OIL in queste realtà geografiche dimostrano, infatti, che l'aumento del livello di istruzione non si riflette sulla partecipazione femminile alla forza lavoro, poiché il tasso di attività economica delle donne adulte non supera il 32%.

Questa situazione è descritta dalla Banca Mondiale come il paradosso del Medio Oriente e del Nord Africa, che viene spiegato come il principale risultato dei cambiamenti nella struttura economica e nell'offerta del mercato del lavoro.

Secondo una certa prospettiva¹⁰², gli stereotipi culturali che inquadrano le donne in un ruolo familiare e gli uomini come principale fonte di introiti, sono ritenuti gli ostacoli più impediti per la partecipazione femminile allo sviluppo economico della regione.

Oltretutto, il lavoro femminile in questi territori è da sempre scoraggiato dalla mancanza di mezzi di trasporto sicuri e affidabili, per cui le donne tendono a lavorare nella propria area di residenza o a casa.

Questo angolo di prospettiva mette in luce che l'occupazione femminile in Medio Oriente e in Nord Africa si concentra maggiormente nel settore pubblico rispetto al privato, per la mancanza quasi assoluta di protezioni e di leggi di tutela in quest'ultimo settore¹⁰³, ciò pone le donne in uno stato di "forza lavoro vulnerabile", perché più disponibili degli uomini a lavorare nel settore informale (agricolo, stagionale e temporaneo) pur di realizzare un'integrazione del salario familiare.

Inoltre, diventa complesso, se non impossibile, per le donne conciliare il lavoro nel settore privato con le responsabilità familiari cui devono farsi carico dopo il matrimonio e la gravidanza.

¹⁰² A. COLELLA, *Donne musulmane e lavoro in Medio Oriente e Nord Africa, Diacronie. Studi di Storia Contemporanea: Proiezioni individuali e agire collettivo nella storia. Ruoli sociali, aspetti politici e nodi storiografici tra pubblico e privato*, 32, 4/2017, 29/12/2017, URL http://www.studistorici.com/2017/12/29/colella_numero32/

¹⁰³ Ad esempio, le imprenditrici devono affrontare numerosi problemi per accedere a prestiti e finanziamenti, a causa delle politiche creditizie conservatrici secondo le quali non è opportuno concedere prestiti a donne.

Taluno¹⁰⁴ ritiene che si potrebbe rinvenire una soluzione al problema trovando un modo per ridurre il costo per i datori di lavoro privati per assumere donne sposate e impegnate nella cura dei figli.

Nonostante questa impostazione, è evidente che il cammino verso la realizzazione di una tutela piena dell'occupazione, in particolare quella femminile, in questi contesti regionali è ancora lungo e tortuoso.

¹⁰⁴ V. M. MOGHADAM, *“Towards gender equality in the Arab/Middle East Region: Islam, culture, and Feminist Activism”*, cit., p. 29.

CAPITOLO II

I diritti fondamentali dei lavoratori tra ordinamento europeo e diritto interno

Sommario **1.** *Il divieto di schiavitù e lavori forzati.* **2.** *Diritti fondamentali dei lavoratori e libertà economiche.* **3.** *Divieto di discriminazione e diritto alla libertà religiosa.* **4.** *Diritto alla salute nei luoghi di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano: l'autotutela del lavoratore.* **4.1** *Diritto alla salute e bilanciamento dei diritti: il caso Ilva.* **4.2** *Il principio di prevenzione in ambito lavorativo nell'ottica della tutela della salute.* **4.3.** *Il "rischio elettivo" del dipendente e la responsabilità del datore di lavoro.* **4.4** *Mobbing e compromissione del diritto alla salute, aspetti critici e forme di tutela.*

1. Il divieto di schiavitù e lavori forzati

Con specifico riguardo alla tutela del lavoro, analizzando il quadro normativo europeo si rinviene soprattutto una disciplina in chiave negativa.

La premessa ad un'indagine sui diritti fondamentali dei lavoratori è necessariamente un breve esame del divieto di schiavitù e di lavori forzati stabilito sul piano internazionale ed

europeo in mancanza del quale non si può affermare l'esistenza di nessun diritto.

Il divieto di riduzione in schiavitù o servitù e di costrizione a lavori forzati, è previsto dall'art. 4 CEDU ed anche dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo all'art. 1, ove si afferma che: *“tutti gli uomini nascono liberi ed eguali in dignità e diritti”* e all'art.4, che vieta la riduzione in schiavitù e la tratta di schiavi sotto qualsiasi forma.

Alcuni evidenziano come si siano recentemente diffuse nuove forme di schiavitù, in Europa e nel mondo e di come tra queste rientrino anche i lavori forzati¹⁰⁵, dei quali la giurisprudenza della Corte Europea si occupa con finalità repressive.

Il divieto di schiavitù, di lavoro forzato, di tortura e di trattamenti disumani, inclusi nel Titolo I della CEDFU, sono direttamente collegati alla tutela della dignità.

Nell'ordinamento giuridico italiano il divieto dei lavori forzati è fissato dagli artt. 603 bis e 603 ter c.p., norme da interpretare conformemente alla visione della Corte Europea sul punto.

Il divieto a livello europeo è introdotto dall'art.4 della Convenzione che corrisponde all'art. 5 della Carta dell'UE.

In merito alla definizione di lavoro forzato o obbligatorio, la giurisprudenza europea ha affermato che essa equivale ad un lavoro eseguito sotto minaccia di una qualunque sanzione e contrario alla volontà dell'interessato¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Si veda V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei Diritti Fondamentali in Europa*, 2019, p.191.

¹⁰⁶ Così *Van der Musselle c. Belgio*, 23 novembre 1983; *Tibet Mentés e altri c. Turchia*, 24 ottobre 2017.

È compito degli stati membri quello di introdurre misure volte a contrastare e reprimere il lavoro forzato in ogni sua forma e declinazione, anche in ambito di sfruttamento sessuale e minorile.

Inoltre, in base all'art. 83 del TFUE, l'Unione Europea ha adottato la direttiva 2011/36 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime.

Alla luce di tale direttiva, la nozione di tratta include: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha un'autorità su un'altra, a fini di sfruttamento.

Lo sfruttamento comprende quello della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi.

La direttiva vincola gli stati membri a punire questi reati con una pena detentiva di almeno cinque anni per i reati base e di dieci anni per le ipotesi aggravate.

Mentre il divieto di riduzione o mantenimento in schiavitù è assoluto, esistono delle ipotesi di eccezione al lavoro forzato. Tra queste rientra il lavoro normalmente richiesto a una persona legittimamente detenuta o durante il periodo di libertà condizionale¹⁰⁷.

¹⁰⁷ *Stummer c. Austria*, 7 luglio 2011.

L'eccezione alla regola si spiega considerando la funzione non solo repressiva e sanzionatoria, ma anche rieducativa della pena, finalizzata al reinserimento nel tessuto sociale dell'individuo, attraverso attività socialmente utili, tra le quali certamente rientra il lavoro.

2. Diritti fondamentali dei lavoratori e libertà economiche

Il riconoscimento dei diritti fondamentali dei lavoratori trova il suo principale ostacolo nel rapporto di questi con la libertà d'impresa.

Le libertà economiche hanno il loro fondamento nelle norme del TFUE e non nella Carta dei diritti, che pure conferma tale riconoscimento (art. 16). Poiché esse si basano su norme di diritto primario che hanno diretta applicazione negli ordinamenti nazionali, ne viene garantita dalla Corte di giustizia la "massima effettività". La Carta dei diritti fondamentali, all'art. 52, prevede, tuttavia, che le limitazioni ai diritti in essa contenuti possono essere giustificate dall'"esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

I diritti fondamentali dai lavoratori sono stati, quindi, invocati nella loro funzione negativa ovvero solo per consentire una limitazione alla libertà economica riconosciuta nel Trattato.

Nelle sentenze *Laval* e *Viking* il diritto di sciopero riconosciuto dalla Carta ha funzionato solo come limite alla libera prestazione di servizi ed al diritto di stabilimento. Il diritto fondamentale dei lavoratori riconosciuto dalla art. 28 della Carta è stato invocato, e quindi gli è stata data valenza interpretativa, solo in risposta e per limitare il diritto alla libertà economica invocato dai datori di lavoro, unico ad essere azionabile davanti alla Corte. In tal

modo il diritto fondamentale dei lavoratori viene tutelato solo se non incide in modo sproporzionato sulla libertà economica, che trova invece nella fonte primaria europea pieno riconoscimento e tutela.

Nel caso *Santos Palhota* l'Avvocato Generale aveva affermato che a seguito della Carta dei diritti fondamentali le limitazioni alla libertà d'impresa dovevano intendersi in maniera non restrittiva¹⁰⁸, impostazione, tuttavia, non seguita dalla Corte di giustizia nella sua decisione.

Interessante appare la sentenza *Aget Iraklis* del 2017 sulla normativa greca in materia di licenziamenti collettivi, la quale imponeva limiti sostanziali all'esercizio del potere di licenziamento, una esplicita autorizzazione ministeriale, ritenuti in contrasto con le garanzie esclusivamente procedurali previste dalle direttive comunitarie 92/56 e 98/59¹⁰⁹. La Corte, pur riconoscendo che le legislazioni nazionali possano introdurre disposizioni di maggior tutela per i lavoratori, afferma che tali normative devono salvaguardare l'effetto utile della direttiva che non vuole garantire solo la consultazione e l'informazione dei lavoratori, ma lasciare libero il potere di licenziamento. Il riferimento alla salvaguardia dell'effetto utile, quindi, viene trasferito dalla Corte dai principi generali alle direttive ed il sindacato su tale rispetto, prima riconosciuto alla Corte, viene da questa demandato al giudice

¹⁰⁸ C-515/08, *Santos Palhota*, conclusioni dell'AG P. Cruz Villalón. In argomento anche M.MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2017, p. 95.

¹⁰⁹ *Aget Iraklis* C-201/15. In argomento, L. RATTI, *Tutela del lavoro e libertà d'impresa alla prova del diritto europeo*, in *Lavoro nella Giur.*, 2017, 5, 433.

nazionale. La decisione appare interessante poiché la Corte, sulla scia di quanto sostenuto dall'Avvocato Generale, rileva, senza tuttavia per ora trarne conseguenze più incisive, che una limitazione alla libertà d'impresa potrebbe derivare dall'interesse generale consistente nella tutela dell'occupazione. Interesse generale che la Corte fonda, in particolare, sull'art 9 del TFUE oltre che sull'art. 3 del TUE e 9, 147 e 151 del TFUE, affermando che la Comunità non ha solo fini economici, ma anche sociali. Il riferimento è quindi, questa volta, a fonti di diritto primario dell'UE e non derivato, per cui si può pensare in futuro ad un diverso sistema di bilanciamento.

Il discorso rimane ancora aperto, in quanto la Corte di giustizia fa espresso riferimento alla CEDU per identificare il livello di protezione da garantire ai diritti fondamentali nell'ordinamento dell'UE, specificando che i diritti fondamentali che essa riconosce *“fanno parte del diritto dell'UE in quanto principi generali”*. Da ciò consegue che la Corte di giustizia non possa ignorare la CEDU né prescindere dalla giurisprudenza della Corte EDU quale organo giurisdizionale competente ad interpretarla. Nella CEDU il diritto sciopero e quello di contrattazione collettiva sono riconosciuti come diritti fondamentali dei lavoratori, ma solamente in quanto espressione di diritti civili. Le potenzialità di tale espresso riconoscimento, tuttavia, sono limitate dalla circostanza che la Corte di Strasburgo ha affermato che il diritto di sciopero, riconosciuto dalla CEDU, ammette limitazioni per tutelare gli interessi dell'impresa o obiettivi di politica economica.

Il pericolo è, quindi, che anche sul piano internazionale i diritti dei lavoratori risultino subordinati a quelli economici dell'impresa.

Probabilmente solo dopo la piena adesione dell'UE alla CEDU sarà possibile una più ampia influenza delle decisioni della Corte di Strasburgo anche sulla Corte di giustizia, mentre oggi si evidenzia uno scarso coordinamento tra tali Corti¹¹⁰. Il caso dei dipendenti ATA ne è un chiaro esempio, avendo la Corte dei diritti affermato, in contrasto con quanto detto dalla nostra Corte costituzionale, la responsabilità dello Stato per aver introdotto una legge di interpretazione autentica retroattiva con effetti negativi sui diritti dei lavoratori¹¹¹, mentre la Corte di giustizia, pur pronunciandosi dopo la Corte di Strasburgo, ha risolto il problema invocando la direttiva sul trasferimento d'azienda¹¹².

¹¹⁰ Cfr. M. GIORGIANNI, *Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in *www.diritticomparati.it* July 17, 2014; A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali, Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in *dir. pen. contemporaneo*, 2017. 79 ss.; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia, Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia (Siviglia 26-28 ottobre 2017)*, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹¹¹ *Causa Agrati e altri c. Italia sentenza 7 giugno 2011 ricorsi nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09*.

¹¹² *Causa C-108/10 Scattolon*. In argomento cfr. M. J. VACCARO *Legge di interpretazione autentica e personale ATA (art. 6, par. 1, CEDU)*, in *Cedu e ordinamento italiano*, a cura di A. DI STASI, Torino, 2016, 447 ss. Il pericolo è che le Corti nazionali comincino a mostrare una certa insofferenza nei confronti delle corti sovranazionali cercando di riappropriarsi del sindacato di legittimità relativamente al contrasto tra norma interna e principi affermati dalla Carta di Nizza: cfr. sul punto, A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali?*

3. *Divieto di discriminazione e diritto alla libertà religiosa.*

Tra i diritti fondamentali un ruolo importante riveste da sempre la libertà religiosa ed il diritto a non essere discriminati per motivi religiosi. Questo è uno dei diritti più antichi e connaturato all'esistenza stessa dell'individuo¹¹³. Esso trova un ampio riconoscimento nelle norme interne di rango costituzionale (art. 19) e di legge ordinaria, nonché nel diritto comunitario (art. 10 e 21-22 della Carta dei diritti fondamentali, art. 21, par. 1, TUE, art. 10 TFUE, direttive 2000/43 e 2000/78) ed internazionale (art. 9 CEDU). In base a tali disposizioni si è sviluppata un'ampia giurisprudenza che ha condannato la discriminazione fondata sul fattore religioso¹¹⁴.

La discriminazione per motivi religiosi rientra nel più ampio problema della discriminazione che coinvolge anche altri profili della persona umana come il sesso, la razza, le convinzioni politiche e sindacali, l'età, gli handicap, la nazionalità o la cittadinanza. Anche per tali discriminazioni esistono normative *ad hoc* sia a livello comunitario (art. 19 TFUE direttive 43 e 78 2000), internazionale (art. 14 CEDU e Protocollo n. 12 e una serie di Patti dell'ONU) e interno (art. 15 st. lav.; l.125 del 1991, d.lgs. 215 e 216 del 2003;

Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13. in <http://www.diritticomparati.it>, 2, 2014.

¹¹³ Vedi ampiamente la recente ricerca L. SAPORITO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *Lavoro, discriminazioni religiose e politiche d'integrazione*, in www.statoechiese.it, n. 18/2017.

¹¹⁴ L. SAPORITO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *op. cit.* p. 15, i quali osservano che per tale ragione si è proposta l'adozione di una direttiva più ampia (proposta di direttiva COM (2008) 426) che persegua le discriminazioni su qualunque elemento fondate ed in ogni ambito della vita.

d.lgs. 198 del 2006 come modificato dal d.lgs. n. 5 del 2010, l. 135 del 1990).

La tematica della discriminazione, sviluppatasi essenzialmente intorno al tema della tutela della donna, è ampia e nota: si intende qui richiamare solo alcune considerazioni generali prima di affrontare lo specifico tema della libertà religiosa.

Nel linguaggio comune, con il termine discriminazione si indica una distinzione sulla base di determinati elementi, ma di fatto la distinzione si traduce in un trattamento negativo e ingiustificato del soggetto discriminato. Secondo la sua accezione giuridica, discriminare vuol dire applicare un trattamento migliore o peggiore in casi simili senza che ve ne sia una giustificazione causale¹¹⁵.

La discriminazione in senso giuridico richiama per contrapposizione la parità di trattamento.

Si tratta di nozioni che, pur ricollegandosi entrambe al principio di uguaglianza di cui all'art.3 Cost., sono antitetiche.

¹¹⁵ Per la giurisprudenza comunitaria e della Corte Edu in materia di discriminazione diretta v. Corte giust., sentenza 13 gennaio 2004, causa C-256/01, *Allonby c. Accrington and Rossendale College*, Racc. 2004, pag. I-873; C. Edu, sentenza 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio* (n. 12313/86).

C.Edu, sentenza 27 novembre 2007, *Luczak c. Polonia* (n. 77782/01); cfr. anche C.Edu, sentenza 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* (n. 17371/90). Corte giust., sentenza 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Racc. 2006, pag. I-3585. C.Edu, sentenza 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito* [gC] (n. 13378/05). C.Edu, sentenza 16 marzo 2010, *Carson e a. c. Regno Unito* [gC] (n. 42184/05).

La Corte costituzionale ha più volte ribadito che la parità di trattamento impone un trattamento di situazioni uguali in modo uguale e una differenziazione del trattamento in casi diversi, in conformità del principio di ragionevolezza.

Come alcuni autori¹¹⁶ non hanno mancato di evidenziare, la discriminazione implica non solo una disparità di trattamento, ma qualcosa in più, ricollegandosi ad una differenziazione arbitraria per i motivi tipizzati inerenti alla persona, soprattutto ancorati all'appartenenza del soggetto discriminato ad un gruppo sociale svantaggiato.

Il principio della parità di trattamento si atteggia in modo diverso a seconda che l'impiego sia privato o pubblico.

Nel rapporto di lavoro privato, secondo la giurisprudenza, il principio di parità di trattamento non è deducibile né dall'art. 36 Cost. (che si limita a fissare il criterio della proporzionalità e adeguatezza della retribuzione), né dall'art. 3 Cost. (che stabilisce soltanto l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ma non nell'ambito dei rapporti tra privati).

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite¹¹⁷ ha, invero, ribadito che gli artt. 3 e l'art.41 Cost., rispettivamente sul principio di uguaglianza e sul diritto di iniziativa economica, non possono essere considerati precetti idonei a fondare il principio di parità tra i lavoratori in assenza di norme espresse sul punto.

Nel pubblico impiego, invece, la parità di trattamento discende in generale dall'obbligo di imparzialità della p.a. di cui all'art. 97

¹¹⁶ F. BUFFA, *Discriminazione della pubblica amministrazione e tutela del lavoratore – mobbing ed abusi*, Repubblica di San Marino, 2004 p.11.

¹¹⁷ Cass. SS. UU. Sent. nn. 6030 e 6034 del 1993 e n. 4570 del 1996.

Cost. ed è quindi imposta dalla legge, sicché il trattamento diseguale è di per sé illegittimo, anche se non necessariamente discriminatorio. La discriminazione è, invece, un atto che si caratterizza per l'illiceità del motivo ed è vietata tanto nel pubblico quanto nel privato.

Anche se le due nozioni divergono e la violazione del principio di parità di trattamento non implica necessariamente una discriminazione, la mancata osservanza dell'obbligo di trattamento paritario può essere elemento rilevante sotto il profilo probatorio dell'esistenza della discriminazione.

Il principale intervento normativo in tema di divieto di discriminazione si è avuto con la L. 300/70, che all'art. 15 dispone che: *“È nullo qualsiasi patto od atto diretto a subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali”*.

Tale disposizione impone il rispetto del principio di uguaglianza formale di tutti lavoratori indipendentemente dalla loro condizione particolare, in applicazione dell'art. 3, comma 1, Cost.

Una nozione di discriminazione nell'ordinamento giuridico italiano, rispettosa del principio di uguaglianza sostanziale, di cui al

comma 2 dell'art. 3 Cost. è stata introdotta dalla legge 125 del 1991, il cui art. 4 prevede che: *“Costituisce discriminazione, ai sensi della legge 9 dicembre 1977, n. 903, qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta i lavoratori in ragione del sesso. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente alla adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno o dell'altro sesso e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa”*.

La disposizione afferma per la prima volta i concetti di “proporzionalità dello svantaggio” e “non essenzialità” della differenza di trattamento nello svolgimento dell'attività lavorativa.

Lo svantaggio proporzionale indica un trattamento differenziato in virtù di un parametro che nulla ha a che vedere con la prestazione lavorativa e per tale ragione è in sé discriminante.

Il legislatore si discosta nettamente dall'esperienza passata, da qui l'adozione di trattamenti differenziati per sesso, proprio con lo scopo di rimuovere anacronistiche disparità tra lavoratori e lavoratrici; una forma di intervento diretta a ripristinare l'uguaglianza nelle condizioni di partenza, concretizzando la parità di chance nell'accesso e nello svolgimento dell'attività lavorativa, attraverso specifiche azioni positive.

Due diventano gli interessi in gioco: la promozione dell'uguaglianza attraverso misure concrete da un lato e la tutela della differenza dall'altro.

La L. 125/91 ha il pregio di aver affinato il concetto di discriminazione, essendo lo stesso riferito non solo più all'atto,

bensi anche a qualsiasi comportamento discriminatorio, pure indiretto. Viene, così, accolta una concezione nuova di discriminazione che è di tipo oggettivo e non soggettivo, ossia basata sul nesso funzionale tra il trattamento differenziato e lo svolgimento della prestazione.

In modo particolare, l'art. 4 della L. 125/91, non diversamente da quanto previsto sul piano comunitario e della Cedu¹¹⁸, introduce il concetto di "discriminazione indiretta", per tale intendendosi un trattamento discriminatorio più sottile, che ricorre in tutti i casi in cui l'autore della condotta pregiudizievole, pur non violando apparentemente il principio di parità di trattamento, adotta dei criteri di scelta destinati di fatto ad incidere in modo diverso e non imparziale su lavoratori e lavoratrici.

Unica eccezione al divieto si ha nell'ipotesi in cui i criteri pregiudizievoli adottati dal datore di lavoro riguardino "requisiti essenziali" allo svolgimento dell'attività lavorativa.

Il riconoscimento di tale circostanza, il cui onere probatorio è a carico del datore di lavoro stesso, esclude l'antigiuridicità del

¹¹⁸ Cfr. in tal senso direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 2, comma 2, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, comma 1, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, lettera b). . In giurisprudenza cfr. C.Edu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica cieca* [gC] (n. 57325/00), punto 184; C. Edu, sentenza 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia* (n. 33401/02), punto 183. C. Edu, sentenza 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta* (n. 17209/02), punto 80. Corte giust., sentenza 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen*, Racc. 2003, pag. I-12575.

trattamento, anche se da esso derivino svantaggi proporzionalmente maggiori per i lavoratori di uno dei due sessi.

La prova della discriminazione è a carico del soggetto discriminato, ma a tal fine sono previste diverse agevolazioni. Per la discriminazione in ragione del sesso il soggetto discriminato deve fornire elementi fattuali precisi e concordanti che siano idonei a fondare quantomeno un principio di prova in ordine alla discriminazione lamentata, ovvero elementi presuntivi, ancorché non integranti una presunzione semplice, a seguito di essi, si determina l'inversione dell'onere probatorio ed il datore di lavoro è tenuto a provare l'assenza di discriminazione¹¹⁹.

La legge dispone, infatti, che è a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare che la disparità di trattamento sia dovuta a motivi non ricollegabili ad intenti discriminatori, contrariamente alla regola generale di cui all'art. 2697 c.c. secondo cui: “*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”.

Per le altre discriminazioni è sufficiente la prova statistica non realizzandosi, quindi, alcuna inversione dell'onere della prova¹²⁰.

Ulteriore profilo di novità sul versante processuale attiene alla presenza, nelle discriminazioni tra uomo e donna, accanto alla classica azione di tipo individuale (già disciplinata dall'articolo 15

¹¹⁹ Cass. sez. lavoro, ord. n. 20253/2021. Anche il datore potrebbe utilizzare a tal fine di una prova semipiena: cfr. A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 305.

¹²⁰ A. VALLEBONA, *op. loc.ult.cit.*.

della legge n. 903/1977) anche di un'azione di tipo collettivo, proponibile su ricorso del Consigliere di parità regionale¹²¹.

Sul piano sanzionatorio, oltre la nullità dell'atto è previsto il risarcimento del danno esteso a quello non patrimoniale, che si affianca alla tutela inibitoria e ripristinatoria ex art. 4, comma 7, l. n.125.

Con specifico riguardo agli imprenditori che usufruiscano di benefici pubblici o abbiano stipulato contratti di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche si è, inoltre, sancito che *“ogni accertamento di atti o comportamenti discriminatori”* possa comportare la revoca del privilegio goduto o addirittura l'interdizione *“da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto”* (articolo 4, comma 9).

Il completamento del contrasto alle discriminazioni sul lavoro si è avuto con l'introduzione del Codice delle Pari Opportunità tra uomo e donna (D. Lgs n. 198/2006), che ha modificato l'art. 4 del L. n. 125/1991. Esso ha disciplinato altresì le *“molestie”*¹²², di cui

¹²¹ Il concetto di *“discriminazione collettiva”* accolto dalla norma a riguardo si riferisce all'atto o comportamento discriminatorio adottato dal datore di lavoro e lesivo dell'interesse di più lavoratori, anche qualora questi non fossero individuabili in modo immediato e diretto (articolo 4, comma 6).

¹²² L'art. 26, D. Lgs 198/2006 così dispone: *“Sono considerate come discriminazioni anche le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni connesse al sesso, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.*

Sono, altresì, considerate come discriminazioni le molestie sessuali, ovvero quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi in forma fisica,

all'art. 26, e le discriminazioni nelle altre condizioni di lavoro, ex art. 27- 28-29¹²³.

verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

Sono, altresì, considerati come discriminazione i trattamenti meno favorevoli subiti da una lavoratrice o da un lavoratore per il fatto di aver rifiutato i comportamenti di cui ai commi 1 e 2 o di essersi sottomessi.

Gli atti, i patti o i provvedimenti concernenti il rapporto di lavoro dei lavoratori o delle lavoratrici vittime dei comportamenti di cui ai commi 1, 2 e 2-bis sono nulli se adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione ai comportamenti medesimi.

Sono considerati, altresì, discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli da parte del datore di lavoro che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne.

La lavoratrice o il lavoratore che agisce in giudizio per la dichiarazione delle discriminazioni per molestia o molestia sessuale poste in essere in violazione dei divieti di cui al presente capo non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, determinati dalla denuncia stessa. Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto denunciante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 c.c., nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del denunciante [...]".

¹²³ L'art. 27, al riguardo, prevede che: "È vietata qualsiasi discriminazione per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale, anche per quanto riguarda la creazione, la fornitura di attrezzature o l'ampliamento di un'impresa o l'avvio o l'ampliamento di ogni altra forma di attività autonoma [...] anche se attuata:

Il codice ha, specificato la distinzione tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta¹²⁴.

La nozione di discriminazione indiretta è stata, poi, modificata con il recepimento da parte della normativa nazionale della

a) attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive; b) in modo indiretto, attraverso meccanismi di preselezione ovvero a mezzo stampa o con qualsiasi altra forma pubblicitaria che indichi come requisito professionale l'appartenenza all'uno o all'altro sesso.

Il divieto di cui ai commi 1 e 2 si applica anche alle iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento, aggiornamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini formativi e di orientamento, per quanto concerne sia l'accesso sia i contenuti, nonché all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro, o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione, e alle prestazioni erogate da tali organizzazioni”.

¹²⁴ *“Costituisce discriminazione diretta, ai sensi del presente titolo, qualsiasi disposizione, criterio, prassi, atto, patto o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento, che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga.*

Si ha discriminazione indiretta, ai sensi del presente titolo, quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti”.

Direttiva n. 2002/73/CE e dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'UE che, in merito alle cause di giustificazione, ha escluso l'ammissibilità di giustificazioni del tutto generiche e ha affermato che la causa di giustificazione di un trattamento differenziato deve basarsi su parametri di carattere tecnico-organizzativo obiettivamente apprezzabili, mentre non può consistere in mere ragioni di mercato o essere esclusivamente fondata su considerazioni di redditività aziendale¹²⁵.

Ai sensi dell'art. 4, comma 2, Legge n. 125 del 1991 (come modificato dal D. Lgs. n. 145/2005, e ora trasfuso nell'art. 25, comma 2, D. Lgs. n. 198 del 2006), assumono così rilevanza discriminatoria criteri di per sé neutri, diversi dal criterio del sesso e l'effetto indirettamente discriminatorio è sanzionabile ancorché di carattere solo potenziale. La norma dà la possibilità al datore di lavoro di fornire una giustificazione del trattamento pregiudizievole fondata su ragioni obiettive. Pertanto, non sussiste una discriminazione indiretta quando tali criteri riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Mentre, quindi, una forma di discriminazione indiretta può essere ammessa se sussista una causa di giustificazione, così non è per la discriminazione diretta, che è sempre vietata.

L'art. 4 delle direttive 43 e 78/2000 ammette, infatti, che una determinata differenza di trattamento “non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata”, tale caratteristica

¹²⁵Si veda al riguardo, Corte di giustizia, 17.06.1998, C-243/95.

configuri una “qualificazione professionale effettiva”, integrando un “requisito essenziale e determinante” per lo svolgimento di una determinata prestazione, sempre che la “finalità sia legittima e il requisito proporzionato”. Dal requisito dell’essenzialità si deduce, pertanto, che esso rileva nelle discriminazioni dirette mentre le discriminazioni indirette trovano il loro fondamento nel requisito della giustificatezza¹²⁶. Per escludere la discriminazione bisognerà, quindi, far riferimento alla natura della prestazione ed agli scopi dell’organizzazione. La locuzione usata pare potersi estendere anche alle specifiche mansioni svolte¹²⁷.

Tornando ora alla libertà religiosa, al co. 2 e 3 dello articolo 4 della direttiva n. 78, si prevede che: *“Gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d’adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d’adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni*

¹²⁶ Sulle discriminazioni indirette cfr. V. PACILLO, *Il divieto di discriminazione religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, in *www.olir.it.*, 2004; L. SAPORITO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *op. cit.* p.12.

¹²⁷ M. PEDRAZZOLI, *Tutela della tendenza e Tendenschutz*, in *DLRI*, 1987, 749. F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC attuativa dell’art. 13 del trattato sull’Unione Europea*, in *Dir. ec.*, 2001, 906 ss.

personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi.

A condizione che le sue disposizioni siano d'altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione”.

Nell'ipotesi di cui al co.2, non viene fatto riferimento alla proporzionalità allo scopo della misura adattata, ma si ritiene che tale requisito rientri tra quelli generalmente considerati dell'Unione europea¹²⁸.

I limiti così individuati risultano una applicazione del principio affermato dall'ordinamento comunitario ed in particolare dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, del necessario bilanciamento del diritto alla libertà religiosa con altri diritti ugualmente meritevoli di protezione come il principio della laicità dello Stato¹²⁹ e della libertà d'iniziativa economica.

¹²⁸ In tal senso C. Giust. 17/4/18 C-414/16, Egenberger.

¹²⁹ In argomento, S. PRISCO, *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in *costituzionalismo.it*, 2007.

Negli anni passati l'attenzione dei giuslavoristi italiani alle implicazioni della libertà religiosa nel rapporto di lavoro è stata abbastanza limitata. La tradizione cattolica ha fortemente influenzato la disciplina del rapporto di lavoro, come si evince in particolare dalla previsione dei riposi settimanali e della disciplina di molte festività¹³⁰ ma, in considerazione del fatto che la maggior parte della popolazione italiana è di fede cattolica, non si sono creati particolari problemi. Oggetto di studio è stato, essenzialmente, l'atteggiarsi di alcuni aspetti del rapporto di lavoro in quelle che sono definite le aziende di tendenza nelle quali rientrano anche le comunità religiose¹³¹, le quali possono richiedere ai propri dipendenti requisiti connessi all'ideologia da esse perseguita. Vale la pena ricordare che l'esigenza di prevedere una disciplina differenziata per le imprese di tendenza nasce in Germania con la l. 4 febbraio 1920, per le aziende del settore

¹³⁰ Sul rifiuto di un lavoratore di prestare la propria prestazione nella giornata di domenica adducendo motivi religiosi cfr. Cass. civ. sez. lav., 22 febbraio 2016, n. 3416. In argomento V. AMATO, *Il diritto al riposo tra religione e organizzazione del lavoro*, in *Lavoro nella Giur.*, 2016, 6, 565

¹³¹ La direttiva 78/2000 non fornisce una definizione di azienda di tendenza che è poi esplicitata dalla direttiva 14/2002 che le individua nei «datori di lavoro che perseguono direttamente e principalmente fini politici, di organizzazione professionale, confessionali, benefici, educativi, scientifici o artistici, nonché fini di informazione o espressione di opinioni». In argomento cfr. M. P. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio – Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Milano, 2007, p. 66; V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003 p. 294; ID, *Il divieto di discriminazione religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, www.olir.it, 2004, pag. 4.

dell'editoria e giornalistiche, ma con una finalità opposta a quella che ispira la regolamentazione attuale, in quanto volta ad evitare che i diritti di cogestione dei lavoratori previsti dalla legge citata potessero essere distorti ove utilizzati da lavoratori motivati ideologicamente¹³².

In Italia i limiti che possono imporsi in ragione dell'ideologia perseguita dal datore sono giustificati solo dalle specifiche mansioni svolte dal dipendente conformemente ad una lettura rigorosa, ma riteniamo anche più corretta, del citato art. 4 delle direttive del 2000 mentre in altri paesi, come la Germania, è possibile chiedere una piena sintonia ideologica ai propri lavoratori indipendentemente dalla natura della mansione da loro esercitata. Prima che fossero previste specifiche disposizioni per i lavoratori delle c.d. aziende di tendenza, vincoli particolari venivano desunti dall'obbligo di collaborazione del lavoratore nell'impresa esaltando la natura fiduciaria del rapporto di lavoro. Una disciplina particolare venne poi introdotta con l'art. 4 della l. 180/90, che esclude l'obbligo di reintegra nel posto di lavoro in caso di licenziamento ingiustificato nelle imprese di tendenza di natura non

¹³² Cfr. in argomento, F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, 1983, p. 4; ID, *I rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza a carattere religioso e confessionale*, in *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, Napoli, 1989, 645 e spec. 656; S. FATONE, *Organizzazioni di tendenza ed attività imprenditoriale: tutela del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *GI*, 1994, 7; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'ideologia nei rapporti privati*, Napoli, 1980; M.G. MATTAROLO, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Padova, 1983; M. PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, in *Digesto Disc. Priv., sez. comm.*, Torino, 1987, vol. II, 106; M. PEDRAZZOLI, *Tutela della tendenza e "Tendenzschutz"*, in *DLRI*, 1987, 749.

imprenditoriali. La prevalenza dell'interesse dell'impresa di tendenza rispetto ai diritti dei singoli lavoratori è stata fondata sugli artt. 18, 21 e 33 Cost. che riconoscono la libertà di pensiero e di insegnamento non solo al singolo ma anche alle istituzioni¹³³.

Le implicazioni della fede religiosa sul rapporto di lavoro assumono oggi una dimensione molto più consistente. L'Italia è diventata un paese d'immigrazione ed una consistente parte dell'occupazione è rivolta a cittadini comunitari ed extracomunitari. Questi ultimi, in particolare, hanno un sentimento religioso molto forte. Le loro religioni, inoltre, impongono molti più vincoli di quanti la religione cattolica, imponga ai suoi fedeli. Alcune di questi stabiliscono divieti di toccare determinati cose, o di lavorare in determinati ambiti come le banche o di essere al contatto con il pubblico. Ed è per questo che la religione finisce per influenzare fortemente i suoi adepti sia nella fase della scelta dell'occupazione sia nell'esecuzione della prestazione. Da ciò consegue che lo studio delle regole poste dalle diverse confessioni religiose si presenta importante per il controllo delle dinamiche del mercato del lavoro che risulterà spostato in un senso o nell'altro anche a seconda della dimensione quantitativa dei lavoratori appartenenti alle diverse etnie.

Ancor più rilevanti implicazioni discendono dalla circostanza che molte delle altre religioni impongono determinati segni esteriori che possono incidere sia su alcune consolidate tradizioni

¹³³ P. SANDULLI, A VALLEBONA, C. PISANI, *op. cit.*, 28; F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza, cit.*, p. 1 ss; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *op.cit.*; M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 749ss.; F. SANTONI, *Libertà nella scuola, interessi religiosi*, in *RIDL*, 1995, II, 380.

interne¹³⁴ sia su alcune realtà lavorative. In relazione al rapporto tra la libertà religiosa e la laicità dello Stato, la Corte costituzionale ha specificato che “l’atteggiamento dello Stato non può che essere di equidistanza e imparzialità nei confronti di queste ultime, senza che assumano rilevanza alcuna il dato quantitativo dell’adesione più o meno diffusa a questa o a quella confessione religiosa (sentenze nn. 925 del 1988, 440 del 1995 e 329 del 1997)..... ma che, nello stesso tempo esso... implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale¹³⁵”.

¹³⁴ Si è discusso ad esempio sulla legittimità ad indossare veli che coprano il viso nelle aule giudiziarie o dell’esposizione del crocefisso nelle scuole o nelle aule giudiziarie. Cfr. in argomento M. CROCE, *Sulla laicità dello Stato nelle aule giudiziarie: il caso della praticante velata*, in www.forumcostituzionale.it, 1 febbraio 2018; Corte EDU, sent.18 marzo 2011, *Lautsi c. Italia*, ricorso n. 30814/06. In argomento cfr. F.M. PALOMBINO, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Lautsi*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, p. 134 ss.; ID., *La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Lautsi: un uso incongruo della nozione di “simbolo passivo”*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, p. 463 ss., e G. ANDREONE, *L’identità culturale di un popolo appesa ai muri della scuola. In margine alla sentenza della Grande Camera nel caso Lautsi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 572 ss.

¹³⁵ Così, M. FIERRO R. NEVOLA D. DIACO (a cura di), *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, , *Relazione della delegazione della Corte costituzionale all’incontro con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia*^[1]_[SEP]Varsavia, 30-31 marzo 2006, pp.31e 32, in www.cortecostituzionale.it. Vedi sul punto, anche Corte cost, sentenza n. 203 del 1989. In argomento anche S. PRISCO, *Il principio di laicità, cit.*.

In una società multietnica, come è diventata la nostra, il lavoro, quindi, è non solo lo strumento principale di partecipazione democratica, come dice l'art. 1 della Costituzione, ma anche il mezzo fondamentale d'integrazione sociale delle diverse etnie nel rispetto delle differenze e nel bilanciamento delle stesse¹³⁶.

Alcune esigenze create dall'appartenenza ad una determinata confessione religiosa sono facilmente risolvibili, almeno quando si tratta di individuare spazi per la preghiera o tempo per il rispetto di specifiche festività o quando si tratta di garantire con le mense aziendali specifiche esigenze alimentari. Ma il discorso si complica quando la libertà religiosa nel rapporto di lavoro deve misurarsi, integrarsi e bilanciarsi con il principio della laicità dello Stato e della libertà d'iniziativa economica e con la paura che la tutela delle libertà altrui, possa minacciare l'identità culturale, identificabile anche nella religione, di una popolazione¹³⁷. In riferimento alla laicità dello Stato si è discusso ad esempio della legittimità dell'esposizione del crocifisso nelle scuole¹³⁸ o nelle aule giudiziarie nonché del rifiuto di magistrati di svolgere la loro

¹³⁶ I rapporti con le altre confessioni, sono regolati da specifiche intese che tentano di dare risposte alle diverse esigenze. Aldilà di tale intese opera spesso la contrattazione collettiva. Vedi, PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI Ufficio del Segretario generale Ufficio studi e rapporti istituzionali, *L'esercizio della libertà religiosa in Italia*, 2013; L. SAPORITO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *op. cit.* p. 26 ss.

¹³⁷ Si può richiamare il complesso ed ampio dibattito sviluppatosi intorno alle "radici cristiane europee".

¹³⁸ Corte EDU, grande camera, sent., 18-03-2011 che giunge a conclusioni diverse rispetto a quelle espresse in Corte EDU, sent., 03-11-2009; T.a.r. Lombardia, sez. Brescia, 22-05-2006, n. 603.

prestazione in aule giudiziarie nelle quali era esposto il crocifisso¹³⁹.

Dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria e della CEDU emerge l'assenza di una definizione uniforme di religione ed in particolare si sono posti dubbi se la stessa debba essere individuata solo in relazione al foro interno dell'individuo o siano necessari segni di riconoscimento esterni dai quali possa emergere la consapevolezza della fede professata e conseguentemente l'illegittimità del comportamento del datore di lavoro che si ponga in loro contrasto, come sembra affermare la Corte di Strasburgo¹⁴⁰.

In particolare, nei confronti delle manifestazioni esteriori e simboliche delle religioni, le quali devono certamente essere considerate una forma di esercizio della libertà religiosa, si pone fortemente il problema del rispetto delle convinzioni altrui nonché quello del contenuto e dei limiti della libertà d'iniziativa economica.

Nel settore privato ci si chiede entro quali limiti sia legittimo il rifiuto di osservare l'ordine datoriale di non indossare simboli esteriori della fede professata come una croce o copricapi o veli che nascondano il viso della persona. La Corte di Strasburgo ha limitato il diritto alla libertà religiosa solo di fronte ad esigenze di

¹³⁹ Cass., ss.uu. civili, sent., 14-03-2011, n. 5924; Cass., sez. VI penale, sent., 17-02-2009.

¹⁴⁰ Corte di Strasburgo del 15 gennaio 2013, *Eweida e a. c. Regno Unito*. Sul tema, si veda E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in www.forumcostituzionale.it.

sicurezza o per la necessità di garantire l'imparzialità dei pubblici dipendenti rispetto agli utenti del servizio¹⁴¹.

Il bilanciamento tra interesse dell'impresa e libertà religiosa è stato portato all'attenzione da alcune pronunce della Corte di giustizia relative al divieto imposto dal datore di indossare il velo islamico. Si tratta delle oramai famose sentenze *Achbita* e *Bougnaoui*¹⁴². Nella prima di esse, il datore, in base ad una norma del regolamento interno, che prevedeva "il divieto ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose e/o manifestare qualsiasi rituale che ne derivi", aveva vietato ad una propria dipendente di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro e a seguito del rifiuto di uniformarsi a tale direttiva aveva proceduto al licenziamento. Nel secondo caso, invece, non esisteva una disposizione interna che vietasse l'uso di segni esteriori.

La Corte, in entrambe le ipotesi esclude che si possa configurare una discriminazione diretta. Secondo la Corte, infatti, il

¹⁴¹Anche la libertà religiosa nella giurisprudenza comunitaria e della Corte di Strasburgo è stata trattata essenzialmente sotto il profilo del divieto di discriminazione.

¹⁴² Grande sezione, sentenze *Achbita* (C-157/15) e *Bougnaoui* (C-188/15) del 14 marzo 2017. In argomento, di A. BERTI SUMAN, *Diritti fondamentali - <<la Corte UE ritiene non discriminatorio il divieto di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro>>* in *Nuova giur. civ.*, 2017, 10, 1340 a cui si rinvia anche per i riferimenti ad altre sentenze della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo; R. COSIO, *Le sentenze della Corte di giustizia sul velo islamico*, in *Lavoro nella Giur.*, 2017, 5, 443; vedi anche P. PASSAGLIA, *Religione, abbigliamento e diritto: verso l'apertura di una nuova fase (dall'indumento come «signe religieux» all'indumento come «dissimulation du visage»)?*, in *Foro it.*, 2010, parte IV, col. 443.

divieto di indossare segni esteriori, in quanto avente una portata generale, non discrimina i propri dipendenti a causa delle proprie convinzioni personali politiche, filosofiche e religiose, ma impone loro unicamente un abbigliamento neutrale. Nel caso di specie, secondo la Corte, si configurerebbe solamente un diverso trattamento tra coloro che intendono manifestare esteriormente le proprie convinzioni religiose attraverso ad esempio il velo islamico, rispetto a coloro che non sentono tale esigenza. Ciò, tuttavia, non determinerebbe una discriminazione religiosa ma una diversa valutazione di esigenze personali quale quella di esternare le proprie credenze religiose.

Anche di recente la Corte di giustizia ha ribadito tale impostazione¹⁴³ affermando, *“non costituisce, nei confronti dei lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in applicazione di precetti religiosi, una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi di detta direttiva, ove tale norma sia applicata in maniera generale e indiscriminata”*, specificando poi che *“una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali può essere giustificata dalla volontà del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei confronti dei clienti o degli utenti, a condizione che, in primo luogo, tale politica risponda ad un’esigenza reale di detto datore di lavoro, circostanza che spetta a quest’ultimo dimostrare prendendo in considerazione*

¹⁴³ Corte di giust. (Grande Sezione) sent. del 16 luglio 2021 (cause riunite, C-804/18, IX c. *Wabe e V*, e C-341/19, *MH Müller Handels GmbH c. MJ*)

segnatamente le aspettative legittime di detti clienti o utenti nonché le conseguenze sfavorevoli che egli subirebbe in assenza di una tale politica, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui queste ultime si iscrivono; in secondo luogo, che detta differenza di trattamento sia idonea ad assicurare la corretta applicazione di tale politica di neutralità, il che presuppone che tale politica sia perseguita in modo coerente e sistematico e, in terzo luogo, che detto divieto si limiti allo stretto necessario tenuto conto della portata e della gravità effettive delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un divieto siffatto”.

Le manifestazioni esteriori della religione possono rientrare nell'ambito del diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 9 della CEDU e dall'art. 10 della Carta di Nizza e potrebbe verificarsi un'ipotesi di discriminazione, ma solo indiretta, se il comportamento datoriale colpisce un gruppo di soggetti in maniera più consistente di altri e sempre che non sia giustificato da una finalità legittima. La tutela della neutralità ideologica e religiosa dell'impresa viene ritenuta dalla Corte una finalità legittima e prevalente sul diritto a manifestare i segni esteriori della propria religione sempre che questa sia realizzata attraverso strumenti proporzionali a tale finalità, che nel caso in esame è dato dalla limitazione del divieto alle ipotesi in cui il dipendente sia a contatto diretto con la clientela.

Nelle discriminazioni indirette, quindi, il bilanciamento degli interessi tra libertà d'iniziativa economica e libertà religiosa viene operato dalla Corte di giustizia, in conformità a quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo, a favore della prima il che fa presupporre

che il riferimento a parametri comunitari ed internazionali non possa modificare, almeno a breve, il punto di arrivo della tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

4. Diritto alla salute nei luoghi di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano: l'autotutela del lavoratore.

Il diritto alla salute dei lavoratori è ampiamente riconosciuto dagli artt. 2, 32 e 41 Cost. L'obbligo di sicurezza imposto al datore di lavoro ha lo scopo di tutelare la vita e quindi la salute del lavoratore e di tutti coloro i quali con esso entrano in contatto.

Di conseguenza, non può essere "*secundum ius*" una prestazione lavorativa eseguita con modalità tali da arrecare un pregiudizio alla vita o al benessere psico-fisico dell'individuo e, nel caso in cui si verifichi un danno, questo, in ambito civile, legittima un'istanza risarcitoria volta a riparare gli effetti negativi che dalla lesione sono concretamente derivati alla sfera personale o patrimoniale del soggetto.

La disposizione fondamentale in questo ambito è l'art. 2087 c.c., che impone all'imprenditore di: "*adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*". La disposizione si pone come norma di chiusura atta ad integrare i vuoti normativi delle disposizioni specifiche in materia.

La tutela del diritto alla salute negli ambienti di lavoro ha trovato con il d.lgs.81 del 2008, corretto ed integrato dal d.lgs. 106 del 2009, la sua sistemazione finale.

A fronte della mancata osservanza da parte dell'imprenditore delle misure volte a garantire la sicurezza e la salute nei luoghi di lavoro, l'ordinamento interno predispone una serie di strumenti, il cui esame specifico supera i limiti del presente lavoro, che involgono il piano penale, amministrativo e civile.

Da quest'ultimo punto di vista vale la pena svolgere qualche breve considerazione sul potere di autodifesa del lavoratore in caso di inottemperanza all'obbligo di sicurezza da parte del datore di lavoro.

Il diritto alla salute dei lavoratori riceve sul piano civilistico una tutela rafforzata ed effettiva non solo con azioni volte all'adempimento dell'obbligo di sicurezza o alla cessazione del comportamento lesivo, e con la riparazione del danno subito, ma anche con l'esercizio del potere di autotutela contrattuale rappresentato dall'eccezione di inadempimento, con il rifiuto dell'esecuzione di una prestazione in ambiente nocivo.

La Cassazione, in una recente pronuncia¹⁴⁴, interviene al fine di chiarire la portata dell'obbligo di sicurezza cui è tenuto il datore di lavoro e la legittimazione del lavoratore a rifiutarsi di eseguire la propria prestazione in caso di inadempienza del predetto obbligo, conservando al contempo il diritto alla retribuzione¹⁴⁵.

¹⁴⁴ La Cassazione, con la sentenza del 15 ottobre 2021, n. 28353 interviene per chiarire l'ambito applicativo dei controlli del datore di lavoro e i diritti dei lavoratori a fronte dell'inadempienza del primo in materia di sicurezza: un lavoratore può legittimamente rifiutare la prestazione in assenza di tutele antinfortunistiche, obbligo non ascrivibile al lavoratore ma unicamente al datore di lavoro, cogente con l'esigenza di effettività di tutela e con la stessa natura primaria degli interessi coinvolti.

¹⁴⁵ Cass., sez. lav., 1° aprile 2015, n. 6631

In un contratto a prestazioni corrispettive, quando una delle parti giustifica il proprio comportamento inadempiente con l'inadempimento dell'altra, occorre procedere ad una valutazione comparativa del comportamento dei contraenti anche con riguardo ai rapporti di causalità e di proporzionalità delle rispettive inadempienze in relazione alla funzione economico-sociale del contratto (la causa) ed ai diversi obblighi su ciascuna delle parti gravanti (il rapporto sinallagmatico), il tutto per stabilire se effettivamente il comportamento di una parte giustifichi il rifiuto dell'altra di eseguire la prestazione dovuta.

Una giustificazione del comportamento inadempiente del lavoratore trova fondamento dall'inosservanza delle misure di sicurezza predisposte dal datore di lavoro: tale valutazione deve passare attraverso una comparazione tra il comportamento datoriale, cronologicamente anteriore, ed il successivo "adempimento" della prestazione, in funzione anche del requisito della buona fede, previsto dal comma 2, dall'art. 1460, cod. civ.: la proposizione dell'eccezione *inadimplenti non est adimplendum* sussiste quando tale rifiuto sia stato determinato non solo da un inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 cod. civ. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite.

Ne deriva la violazione del datore dell'obbligo di sicurezza e legittima i lavoratori a non eseguire la prestazione, eccependo, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., l'altrui inadempimento.

Secondo la giurisprudenza ¹⁴⁶, quindi, la violazione delle misure di sicurezza cc.dd. innominate, ovvero quelle che vanno al di là delle specifiche prescrizioni previste dalla legge nel lavoro di tipo subordinato, viene in rilievo come vizio che inficia direttamente la causa del contratto a prestazioni corrispettive e grava sul datore di lavoro l'onere di fornire la prova liberatoria di aver adottato i comportamenti specifici che, ancorché non risultino dettati dalla legge o altra fonte equiparata, siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli standard di sicurezza normalmente osservati o trovino riferimento in fonti analoghe e siano idonei a tutelare la salute dei dipendenti¹⁴⁷.

Pertanto, lo spazio dell'attività lavorativa, inteso come luogo in cui avviene il controllo sull'esecuzione della prestazione da parte del datore o del soggetto a ciò preposto, deve essere sicuro, pena l'ineffettività della tutela del lavoro.

La sicurezza dell'ambiente lavorativo richiede non solo un'adeguata gestione del rischio ambientale, cioè dei fattori nocivi che derivano dall'utilizzo di macchine o di sostanze pericolose, ma anche della salubrità degli spazi.

¹⁴⁶ Cass. civ., sez. lav., 05 gennaio 2016, n. 34

¹⁴⁷ In tal senso v. Cass., sez. lav., 9 giugno 2021, n. 14468/2017 la quale ritiene, invece, che non può esigersi dal datore di lavoro la predisposizione di accorgimenti idonei a fronteggiare cause d'infortunio del tutto imprevedibili.

4.1 Diritto alla salute e bilanciamento dei diritti: il caso Ilva

In base ad uno storico e consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁴⁸, il diritto ad un ambiente di lavoro salubre rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo. In particolare, si afferma che il diritto alla salute dell'individuo assume un contenuto di socialità e di sicurezza, per cui piuttosto che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre, anche nella fase dinamica dell'espletamento della prestazione.

Caso emblematico con riferimento alla tutela della salute nell'ambiente lavorativo è stato il caso Ilva e le pronunce costituzionali che lo hanno riguardato.

Esso rappresenta la sintesi dei conflitti esistenti tra le ragioni dell'impresa e quelle del lavoro, della salute e dei valori che ne sono espressione e dà corpo all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali, il quale prevede che le limitazioni ai diritti in essa contenuti possono essere giustificati dall'“esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

Il contenzioso, che non si è ancora concluso, risale al 2012, quando la procura di Taranto stabilì la chiusura del polo siderurgico e l'arresto dei suoi dirigenti, a causa delle gravissime violazioni ambientali che portarono alla morte di centinaia di persone.

L'acciaieria Ilva di Taranto, il maggior stabilimento per la lavorazione dell'acciaio in Europa, fondata nel 1961, è stata ed è tuttora oggetto di un lungo e complesso iter societario e giudiziario

¹⁴⁸ Cassazione SS.UU. 6 ottobre 1979, n. 5172.

e nel quale lo Stato italiano è intervenuto per cercare di salvare l'azienda dalla chiusura, sia per scongiurare la perdita del lavoro da parte di migliaia di persone, sia per il rilievo fondamentale dell'azienda nell'economia del paese.

Nel 2012, venne disposto il sequestro dell'acciaieria da parte della magistratura per le gravi violazioni ambientali. Già a partire dagli anni '80 c'erano state le prime indagini e negli anni '90 le dimensioni del dramma sanitario e ambientale nella città di Taranto erano notevoli. Si constatava, infatti, un aumento esponenziale delle malattie da mesotelioma, patologie tumorali e della tiroide.

Il 26 luglio 2012 il gip di Taranto ordinò il sequestro della struttura¹⁴⁹. Per la centralità produttiva dello stabilimento a livello nazionale ed europeo, lo Stato italiano varò delle leggi *ad hoc* per far sì che la produzione potesse continuare e che migliaia di persone non perdessero il posto di lavoro.

L'azienda avrebbe dovuto essere messa a norma dal punto di vista degli standard ambientali e così il 21 gennaio 2015 venne introdotta l'amministrazione straordinaria dello stabilimento e nominato un collegio commissariale, con il compito di risanare l'azienda sia dal punto di vista ambientale che economico. Successivamente lo Stato avviò una gara internazionale, vinta dalla

¹⁴⁹ In quell'occasione vennero arrestati il Presidente dell'Ilva, Emilio Riva, il suo successore, Nicola Riva, l'ex direttore dello stabilimento, il dirigente capo dell'area del reparto cokerie e il responsabile dell'area agglomerato. L'accusa fu quella di disastro colposo e doloso, avvelenamento di sostanze alimentari, omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, danneggiamento aggravato di beni pubblici, getto e sversamento di sostanze pericolose e inquinamento atmosferico.

multinazionale indiana “Arcerol Mittal” e ancora oggi l’azienda è in amministrazione straordinaria.

Tuttavia, le emissioni nocive non sono cessate e la Corte EDU ad ottobre 2019 ha aperto un ulteriore procedimento nei confronti dello Stato italiano per continue emissioni nocive.

L’aspetto occupazionale che interessa il caso Ilva è rilevantissimo, dal momento che sono circa quattordicimila i dipendenti che perderebbero il loro impiego se l’intera azienda venisse chiusa.

È proprio in questo drammatico scenario che il conflitto tra diritti fondamentali si rende evidente e conduce alla necessità di bilanciare, attraverso una prevalenza di tipo qualitativo, gli interessi in gioco, all’apparenza tutti ugualmente rilevanti e bisognosi di protezione: da un lato il diritto alla salute, collettiva e individuale, ed all’ambiente, dall’altro il diritto al lavoro e all’iniziativa economica come strumento di autodeterminazione personale.

La Corte costituzionale italiana, è stata chiamata a pronunciarsi sul punto più volte adottando soluzioni diametralmente opposte. Con la sentenza n. 85 del 2013¹⁵⁰ la Corte aveva affermato la

¹⁵⁰ G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?* in *questionegiustizia.it*, 2018. In argomento vedi ampiamente il volume *Obiettivo: Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014 con contributi di B. DEIDDA-A. Natale, *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso Ilva. Uno sguardo di insieme*; S. PALMISANO, *Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un’indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*; A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*; L. MASERA, *Dal caso Eternit al caso Ilva: nuovi scenari in ordine al ruolo dell’evidenza epidemiologica nel diritto penale*; S.

legittimità degli artt.1 e 3 del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207 come convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 231 del 2012: con la legge 231 si prevedeva che, presso gli stabilimenti dei quali fosse riconosciuto l'interesse strategico nazionale con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e che occupino almeno duecento persone, l'esercizio dell'attività di impresa, quando sia indispensabile per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione, possa continuare per un tempo non superiore a 36 mesi, anche nel caso sia stato disposto il sequestro giudiziario degli impianti, nel rispetto delle prescrizioni impartite.

In quell'occasione la Corte, nel sancire la legittimità delle norme impugnate, affermò che *“La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso.*

Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”.

BARONE-G. VENTURI, *Ilva Taranto: una sfida da vincere*; G. ASSENNATO, *Il caso «Taranto» e il rapporto ambiente-salute nelle autorizzazioni ambientali*; P. BRICCO, *Le logiche della magistratura e del diritto, le ragioni dell'impresa e del lavoro.*

Afferma la legittimità delle norme impugnate anche Corte cost, n. 182 del 2017.

Aggiunge ancora la Corte *“non si può condividere... secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali”*

Secondo la Corte, quindi, non è possibile fare una gerarchia tra i diversi diritti fondamentali e la “qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto”. Per tale ragione il bilanciamento tra di essi deve avvenire *“secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”*.

Va detto che la decisione della Corte era giustificata anche dal fatto che la legge impugnata aveva imposto all'azienda di attuare in termini stabiliti l'attuazione di specifiche misure di risanamento pur potendo proseguire l'attività aziendale, mentre non sembra prendere sufficientemente in considerazione la circostanza che l'art. 41 della Costituzione non menziona alcun bilanciamento d'interessi quando afferma che l'iniziativa economica privata “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”. La Consulta ha ritenuto ragionevole che il legislatore affidasse all'Autorizzazione Integrale Ambientale revisionata l'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e

alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione. L'interesse privilegiato, in questo caso, nel bilanciamento "politico" è la tutela dell'occupazione.

Nel 2018 la Corte si pronuncia nuovamente per valutare la legittimità dell'art. 3 del decreto-legge 4 luglio 2015, n. 92 (Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale)¹⁵¹.

In questo secondo caso la Corte afferma che *“il bilanciamento deve essere condotto senza consentire «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85 del 2013). Il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)”*. Nella disposizione questa volta all'esame della Corte non erano previsti condizioni e limiti per effettuare un bilanciamento ragionevole, infatti, come rileva la

¹⁵¹ Tale disposizione, di contenuto identico a quella del 2013, ha previsto che: *“al fine di garantire il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell'attività produttiva, di salvaguardia dell'occupazione, della sicurezza sul posto di lavoro, della salute e dell'ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia, l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro (...) quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori”*.

Corte *“nella normativa in giudizio, la prosecuzione dell’attività d’impresa è subordinata esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un “piano” ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell’autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.”*¹⁵². La Corte offre in questo caso una lettura diversa dell’art. 41 Cost. affermando: *“Il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all’attività d’impresa la quale, ai sensi dell’art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l’incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l’attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona.*

In proposito questa Corte ha del resto già avuto occasione di affermare che l’art. 41 Cost. deve essere interpretato nel senso che

¹⁵² Si legge ancora: *“Il legislatore concede un termine di trenta giorni per la predisposizione del piano, il quale peraltro può anche essere provvisorio: dunque, manca del tutto la richiesta di misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l’incolumità dei lavoratori. Tale mancanza è tanto più grave in considerazione del fatto che durante la pendenza del termine è espressamente consentita la prosecuzione dell’attività d’impresa “senza soluzione di continuità”, sicché anche gli impianti sottoposti a sequestro preventivo possono continuare ad operare senza modifiche in attesa della predisposizione del piano e, quindi, senza che neppure il piano sia adottato. L’unico limite temporale effettivo è posto al comma 2, che stabilisce che l’attività di impresa non può protrarsi per un periodo di tempo superiore a dodici mesi dall’adozione del provvedimento di sequestro”.*

esso «limita espressamente la tutela dell'iniziativa economica privata quando questa ponga in pericolo la "sicurezza" del lavoratore» (sentenza n. 405 del 1999). Così come è costante la giurisprudenza costituzionale nel ribadire che anche le norme costituzionali di cui agli artt. 32 e 41 Cost. impongono ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori (sentenza n. 399 del 1996)». Quello che cambia essenzialmente è la lettura e la portata dell'art. 41 Cost.: il bilanciamento col diritto alla salute è ammissibile ma solo in termini di ragionevolezza e proporzionalità e non può comportare un indeterminato sacrificio del diritto alla salute a favore delle ragioni dell'impresa. Sullo stesso piano della sentenza costituzionale del 2018 si pone poi la decisione della Corte EDU del 2019, che condannerà l'Italia sulla base delle risultanze dei diversi studi scientifici che attestano la pericolosità dell'impianto di Taranto¹⁵³.

Dunque, le leggi dello Stato devono sempre considerare il diritto dei lavoratori e, più in generale, dei cittadini a non svolgere attività nocive per la propria integrità fisica.

La pronuncia costituzionale appare particolarmente importante, non solo per l'impatto mediatico e sociale del caso Ilva, ma soprattutto perché rimarca il fondamento e la pregnanza del tema del lavoro sicuro, evidenziando a tutti coloro che si occupano di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro come l'obiettivo primario delle misure di prevenzione e protezione in qualunque

¹⁵³ Corte EDU, 29.1.2019, *Cordella e a. c. Italia* – ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15.

azienda debba essere la salvaguardia delle persone; ciò anche quando esistono importanti e reali esigenze produttive ed economiche che sembrerebbero spingere verso una applicazione limitata delle misure di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali.

Quindi, dal momento che la salubrità dell'ambiente lavorativo non può mai essere posta in secondo piano, si potrebbe affermare che le esigenze produttive devono sempre essere modulate in base a questa principale esigenza.

Difficile, tuttavia, è non considerare il significativo danno al mondo occupazionale che dalla chiusura dello stabilimento Ilva deriverebbe, oltre che quello all'economia dell'intero paese.

Ciò può essere posto in rilievo a riprova di quanto sia arduo un bilanciamento di valori di pari rilevanza nella realtà fattuale, tant'è che l'azienda produttiva è ancora oggi operante ed inquinante e non mancano interventi giurisdizionali continui per cercare di limitarne le emissioni nocive.

4.2 Il principio di prevenzione in ambito lavorativo

Come innanzi evidenziato, il diritto al lavoro è nell'ordinamento positivo italiano tendenzialmente diritto al lavoro in condizioni di sicurezza e di salvaguardia della salute.

La tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro, sancita dall'art. 2087 c.c., presuppone come base di partenza l'osservanza del principio di prevenzione e delle regole precauzionali ad esso connesse, in un ambito che intercetta

fortemente la materia della responsabilità penale¹⁵⁴. La situazione di pericolo derivante dal danno ambientale giustificerebbe poi il sacrificio di uno dei diritti fondamentali in conflitto con un altro. Nel bilanciamento dei diritti, quindi, il principio di precauzione farebbe propendere la bilancia a favore del diritto alla salute com'è avvenuto nei casi di Covid consentendo al governo di imporre condizioni limitative della libertà personale¹⁵⁵ o nella sentenza della Corte cost. sul caso ILVA di Taranto di cui si è trattato in precedenza. Il principio di precauzione di cui ai par. 1 e 3 dell'art. 191 TFUE ha come corollario la "proporzionalità", quindi la "non discriminazione", la "coerenza", l'"esame dei vantaggi e degli oneri derivanti dall'azione o dalla mancata azione" e l'"esame dell'evoluzione scientifica"¹⁵⁶.

Il problema dell'adozione e del rispetto delle regole precauzionali si pone con maggiore intensità soprattutto in materia

¹⁵⁴ così Corte cost 65 2018, cit la quale, sempre in riferimento al caso Ilva afferma: "*Infine, la prosecuzione dell'attività di impresa determinerebbe il perpetuarsi di una situazione penalmente rilevante – quanto meno ai sensi dell'art. 437 del codice penale e, in caso di incidenti, degli artt. 589 e 590 cod. pen. – compromettendo così il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost, che deve ritenersi operante non solo nel potere-dovere di repressione dei reati, ma anche in quello di prevenzione dei medesimi, quale si esplica nell'adozione di misure cautelari reali di carattere preventivo*". In argomento cfr. ampiamente D. CASTRONUOVO, "*Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*", in *Diritto Penale Contemporaneo*. 21 luglio 2011 e in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁵⁵ Cfr. in argomento F. SCALIA, "*Principio di precauzione ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*", in federlismi.it 2020, e bibliografia ivi citata.

¹⁵⁶ F. SCALIA. *op lo cult. cit.*

di sicurezza dell'ambiente lavorativo, dove sovente avvengono infortuni, talvolta anche mortali, in dipendenza dell'omessa o erronea osservanza della normativa posta a salvaguardia della sicurezza e della salute dei lavoratori.

Per comprendere la portata della tematica, occorre preliminarmente soffermarsi sui principi di prevenzione e di precauzione, così come elaborati dal legislatore e dalla giurisprudenza.

Questi principi sono stati positivizzati dal D. Lgs n. 152/2006, all'interno del Codice dell'Ambiente, con riguardo al c.d. danno ambientale e la giurisprudenza amministrativa si è più volte espressa delimitando il concetto di precauzione ambientale¹⁵⁷.

L'art. 308 del Codice dell'ambiente introduce, invero, il principio del "chi inquina paga", il cui scopo è quello di assicurare che i costi della prevenzione e del ripristino siano sopportati, direttamente o indirettamente da chi è responsabile del danno, stabilendo che: *"L'operatore sostiene i costi delle iniziative statali di prevenzione e di ripristino ambientale adottate secondo le*

¹⁵⁷ Cfr. sul punto Tar Puglia , sez. II, sent. 22 aprile 2021 che, riprendendo un orientamento consolidato, afferma: *"Il principio di precauzione ambientale comporta l'obbligo per le Autorità amministrative competenti di stabilire una tutela anticipata rispetto alla fase di applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione. Tale anticipazione è del pari legittima in relazione ad un'attività potenzialmente pericolosa, idonea a determinare rischi che non sono oggetto di conoscenza certa, compresa l'ipotesi di danni che siano poco conosciuti o solo potenziali. Sicché, rispetto ad una situazione di tal genere, il principio di precauzione impone che l'Autorità amministrativa interessata ponga in essere un'azione di prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche"*.

disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto [...] non sono a carico dell'operatore i costi delle azioni di precauzione, prevenzione e ripristino adottate conformemente alle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno: a) è stato causato da un terzo e si è verificato nonostante l'esistenza di misure di sicurezza astrattamente idonee; b) è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da una autorità pubblica, diversi da quelli impartiti a seguito di un'emissione o di un incidente imputabili all'operatore; in tal caso il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare adotta le misure necessarie per consentire all'operatore il recupero dei costi sostenuti.

5. L'operatore non è tenuto a sostenere i costi delle azioni di cui al comma 5 [...] qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che l'intervento preventivo a tutela dell'ambiente è stato causato da: a) un'emissione o un evento espressamente consentiti da un'autorizzazione conferita ai sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamentari recanti attuazione delle misure legislative adottate dalla Comunità europea di cui all'allegato 5 della parte sesta del presente decreto, applicabili alla data dell'emissione o dell'evento e in piena conformità alle condizioni ivi previste;

b) un'emissione o un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività che l'operatore dimostri non essere stati considerati probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e

tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività".

Nello specifico ambito del diritto della sicurezza sul lavoro, il concetto di prevenzione trova espressione all'art. 2 lett. n del d.lgs. 81/2008 di "attuazione dell'art. 1 della legge 3 agosto 2007, in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro" che lo enuncia definendolo come "*il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno*".

Analogamente si esprime anche la direttiva quadro 89/391/CEE che, all'art. 3, definisce come prevenzione "*il complesso delle disposizioni o misure previste in tutte le fasi dell'attività dell'impresa per evitare o diminuire i rischi professionali*".

Ciò che certamente rientra nell'onere del datore di lavoro è fare applicazione del principio di prevenzione nello svolgimento della prestazione lavorativa, da non confondersi con quello di precauzione.

Il principio di prevenzione, di matrice penale, ma che ha dei riflessi anche civilistici ai fini risarcitori ex art. 2043 c.c., è stato elaborato a livello giurisprudenziale, prima che normativo, nell'ordinamento giuridico italiano.

Esso rappresenta il dovere per il soggetto agente di farsi carico durante lo svolgimento di attività utili per la collettività, ma potenzialmente dannose o pericolose delle conseguenze negative

che da esse potrebbero derivare, facendo applicazione del “rischio noto”.

Con tale espressione si indica ciò che ha una pericolosità intrinseca secondo la coscienza collettiva e che potrebbe causare un danno in base alle conoscenze scientifiche esistenti in un dato momento storico.

Come la dottrina¹⁵⁸ più attenta pone in luce, il principio di precauzione, invece, è criterio di gestione del c.d. “rischio ignoto”, ossia del rischio esistente in condizioni di incertezza scientifica circa i possibili effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività, installazioni, impianti, prodotti e sostanze.

Sebbene le disposizioni di legge non impongano espressamente in materia lavorista al datore di lavoro di farsi carico del rischio ignoto nella predisposizione degli standard di sicurezza nei luoghi ove si svolge la prestazione lavorativa, non si può negare che il principio di precauzione abbia avuto una notevole estensione.

Basti pensare che, a livello di diritto europeo, l’art. 191 TFUE pone come finalità la garanzia di un elevato livello di protezione dell’ambiente fondato sui principi “della precauzione e dell’azione preventiva” nonché della “correzione” in via prioritaria “alla fonte” dei danni provocati all’ambiente. Il campo di applicazione di tale norma è esteso dal diritto ambientale alla legislazione europea sugli alimenti, alla politica dei consumatori, alla salute umana, animale e vegetale; a dimostrazione di una forza espansiva, come principio generale a tutela di beni giuridici primari.

In materia ambientale, parlare di precauzione significa riferirsi a un criterio prudenziale di anticipazione della soglia di rilevanza

¹⁵⁸ D. CASTRONUOVO, “*Principio di precauzione cit.*”

dei fenomeni connessi all'ambiente, in modo da scongiurare gli eventi potenzialmente dannosi.

Il principio di precauzione può essere invocato, come risulta dai chiarimenti della Commissione europea ¹⁵⁹, quando un fenomeno, un prodotto o un processo abbia effetti potenzialmente pericolosi individuati tramite una valutazione scientifica seppur incerta ma, di base, il più completa possibile.

Tra prevenzione e precauzione pare, quindi, individuabile una matrice comune.

Nella sicurezza sul lavoro, alcuni affermano che, da un lato, l'assenza di certezza scientifica *“a fronte di ragionevoli dubbi circa la possibilità che si producano effetti gravi e negativi per la salute del lavoratore, non deve impedire che si adottino da parte del datore di lavoro misure e cautele appropriate in via preventiva”*, dall'altro che *“non si tratta di imporre al datore di assumere iniziative autonome e straordinarie per fare fronte al cosiddetto “ignoto tecnologico”, ma di ribadire che “il debitore di sicurezza non può esimersi dal misurarsi anche con i rischi potenziali, pur se le conseguenze negative in termini di lesioni del diritto alla salute del lavoratore non sono state ancora accertate in maniera univoca né condivise dalla comunità scientifica della medicina del lavoro”*¹⁶⁰.

Nel d.lgs. 81/2008 ci sono alcuni richiami alla “precauzione” che, tuttavia, paiono avere carattere atecnico e che si potrebbero leggere come “prevenzione”.

¹⁵⁹ Com (2000) 1, Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione.

¹⁶⁰ Così D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione, cit.*

Per esempio, all'art. 46 del d.lgs. 81/2008, in materia di prevenzione incendi, si parla dell'adozione di decreti con cui siano definiti i criteri atti ad individuare *“misure intese a evitare l'insorgere di un incendio e a limitarne le conseguenze qualora esso si verifichi”*, *“misure precauzionali di esercizio”*, *“metodi di controllo e manutenzione degli impianti e delle attrezzature antincendio”*; all'art. 117 per i *“lavori svolti in prossimità di linee elettriche o di impianti elettrici con parti attive non protette”* vengono individuate alcune precauzioni da seguire tra cui *“mettere fuori tensione ed in sicurezza le parti attive per tutta la durata dei lavori”*; nello stesso senso, si collocano le *“precauzioni”* da adottare *“durante la costruzione o il consolidamento di cornicioni”* al fine di garantire che la stabilità dell'opera sia completamente assicurata (cfr. art. 141 del d.lgs. 81/2008).

L'art. 257 del D.lgs. 81/2008 stabilisce l'informazione dei lavoratori *“prima che essi siano adibiti ad attività comportanti esposizione ad amianto”*, informazione riguardante anche *“le misure di precauzione particolari da prendere nel ridurre al minimo l'esposizione”*.

Oltretutto, il principio di precauzione condivide con la disciplina della sicurezza del lavoro gli aspetti procedurali orientati alla valutazione, gestione e comunicazione del rischio: si pensi agli obblighi del datore di lavoro – introdotti nell'ordinamento giuridico italiano dal D. Lgs. n. 626/2004, in attuazione di direttive comunitarie (in particolare della *“direttiva-quadro”* n. 89/391/CEE) e poi ripresi dal vigente D. Lgs. n. 81/2008 – riguardanti, appunto, la valutazione dei rischi lavorativi, la gestione degli stessi mediante un'adeguata organizzazione e la predisposizione delle misure

adeguate, nonché la formazione e l'informazione nei confronti dei lavoratori.

In un solo caso, nell'allegato XLVI del D. Lgs. 81/2008, con riferimento agli agenti biologici classificati, viene usato il termine precauzione nella sua autentica accezione, precisando che non esistendo *“attualmente alcuna prova di infezione dell'uomo provocata da altri retrovirus di origine scimmiesca” [...] a titolo di precauzione si raccomanda un contenimento di livello 3 per i lavori che comportano un'esposizione a tale retrovirus*”.

Qui il termine precauzione è accompagnato dalla precisazione relativa all'incertezza sugli effetti provocati sull'uomo del virus di origine scimmiesca, si pensi all'epidemia provocata dal virus Sars-Cov-2 di provenienza dal pipistrello, rispetto al quale l'Autorità governativa ha adottato apposite misure precauzionali proprio alla luce delle ignote conseguenze sull'uomo di tale agente infettivo.

In virtù degli accadimenti epidemiologici che interessano il periodo storico attuale, si potrebbe sostenere che l'onere di precauzione previsto dall'allegato XLVI del D. Lgs n. 81/2008 si sia trasformato in un onere di prevenzione per il datore di lavoro, essendoci stato nel caso specifico il passaggio dal rischio ignoto al rischio noto.

La diffusione del virus Covid-19 ha, invero, mostrato l'alta pericolosità per l'uomo di questo agente infettivo, soggetto a mutazioni continue.

La legislazione emergenziale attuale, della quale si darà atto nel corso del lavoro, con specifico riguardo alle misure di prevenzione in ambito lavorativo ha, quindi, previsto tra i vari strumenti l'obbligo di utilizzare dispositivi di protezione

individuale delle vie aeree non solo in quei contesti lavorativi ad alta esposizione dannosa nota, ma anche in spazi nei quali normalmente non c'è un'esposizione ad agenti biologici potenzialmente pericolosi e ciò per l'alta e rapida capacità di contagio dell'uomo da parte del virus.

Alla luce delle argomentazioni espresse, sebbene l'onere precauzionale non sia un obbligo puntuale previsto dal legislatore in capo al datore di lavoro, nelle situazioni potenzialmente pericolose e di incertezza conoscitiva, esso può essere utilizzato come modello di comportamento e di anticipazione di tutela.

4.3. Il “rischio elettivo” del dipendente e la responsabilità del datore di lavoro.

L'ampliamento dei confini dell'art. 2087 c.c. che ricomprende anche il principio di precauzione e di prevenzione integra una tutela rafforzata del diritto alla salute facendo escludere la responsabilità del datore solo per quegli eventi che si verificano a causa del rischio elettivo assunto dal lavoratore.

Il diritto all'integrità fisica e psichica, valore prima che principio ineludibile nel sistema costituzionale italiano, è proprio anche e soprattutto dei lavoratori, soggetti che operano per raggiungere la propria realizzazione personale, oltre che un'esistenza libera e dignitosa.

Il tema è talmente rilevante a livello ordinamentale che la giurisprudenza ha finito per elaborare la c.d. responsabilità del datore di lavoro rafforzata e la sua esclusione solo nel caso del c.d. “rischio elettivo”.

Con tale espressione si indica la responsabilità del datore di lavoro nella prevenzione delle condizioni di rischio insite nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia del lavoratore stesso nello svolgimento della prestazione lavorativa, quindi per un fatto materialmente commesso da quest'ultimo.

Se ci si soffermasse ad un'analisi superficiale, si potrebbe considerare illogico prevedere un regime di responsabilità del datore per fatto altrui e non per fatto proprio.

In verità, analizzando le norme nell'ambito della responsabilità aquiliana, è possibile scorgere una serie di disposizioni che mostrano l'esistenza di forme di responsabilità per fatto materialmente commesso da altri: si pensi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, alla responsabilità degli insegnanti per fatto illecito commesso dagli alunni, art. 2048 c.c. o a quella dei padroni e dei committenti per fatto commesso dai loro domestici o commessi nell'esercizio delle mansioni cui sono adibiti, art. 2049 c.c..

Il presupposto ai fini della configurazione di una simile responsabilità è che tra il terzo che commette materialmente il fatto illecito e l'agente vi sia un rapporto di vigilanza, di controllo o comunque di supervisione che sia qualificato, ossia riconosciuto come sussistente dal comune sentire sociale e per tale ragione positivizzato dal legislatore.

Deve, cioè, materialmente sussistere una relazione qualificata tra i due soggetti, proprio come quella esistente tra datore di lavoro e lavoratore.

Il datore di lavoro è, invero, deputato ad organizzare i fattori della produzione (capitale e lavoro), predisponendo le misure più idonee a salvaguardare la salute dei suoi dipendenti.

Ciò in quanto, dalla conclusione del contratto di lavoro non derivano solo oneri di retribuzione e di svolgimento della prestazione, ma anche doveri di protezione, che hanno una diramazione tanto più ampia quanto più la prestazione da svolgere è complessa e l'ambiente di lavoro è pericoloso.

Si tratta di vere e proprie obbligazioni ulteriori e che si vanno a sommare a quelle espressamente previste dal contratto.

Esse, in base ad un orientamento giurisprudenziale consolidato, trovano il loro avallo normativo nella clausola di buona fede e correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c., espressione del principio solidaristico, ex art. 2 Cost., che permea l'intero ordinamento giuridico e tutte le obbligazioni che in esso vengono contratte.

È, infatti, espressione di solidarietà sociale predisporre un ambiente di lavoro sicuro e adeguato al tecnicismo della prestazione da svolgere e agli strumenti da utilizzare, come pure rientra nella clausola di buona fede il rispetto da parte del lavoratore delle prescrizioni del datore, facendo tutto ciò che è possibile per svolgere nella maniera più corretta la prestazione lavorativa e con il minor dispendio di risorse per il datore.

Il rapporto lavorativo e, più in generale, quello contrattuale, deve essere svolto in un'ottica di collaborazione, per far in modo che ognuna delle parti possa ricevere la sua controprestazione nella maniera più diligente e sicura possibile.

Proprio alla luce di tale assunto, giurisprudenza consolidata¹⁶¹ afferma che: *“In materia di infortunio sul lavoro, la responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087 cod. civ. ricorre nei casi in cui quest'ultimo non abbia adottato tutte le misure dirette a tutelare l'integrità psicofisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, comprese anche le misure volte a prevenire le condizioni di rischio insite nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia dei lavoratori.*

Conseguentemente, l'ipotesi del rischio elettivo, idonea ad esimere il datore di lavoro dalle sue responsabilità, si verifica solamente nei casi in cui il prestatore di lavoro ponga in essere una condotta personalissima, avulsa dall'esercizio della prestazione lavorativa e prescindendo da essa; viceversa, la semplice negligenza, imprudenza o imperizia del lavoratore non basta a escludere il rapporto concausale tra la responsabilità del datore e l'evento dannoso”.

I supremi Giudici, con questa pronuncia, valorizzano quel sistema di responsabilità per fatto altrui innanzi richiamato ed evidenziano che è possibile interrompere il nesso causale e non ritenere responsabile il datore di lavoro per fatto proprio del dipendente negligente, imprudente o imperiente solo quando vi sia un evento eccezionale e del tutto estraneo all'attività del lavoratore, appartenente esclusivamente alla sua sfera privata e tale da recidere il collegamento eziologico tra il fatto illecito commesso e il danno in ambiente lavorativo.

¹⁶¹Cass., sez. lav., sent. n. 16026. del 18 giugno 2018.

Fuori da tale ipotesi, anche nei casi di responsabilità per colpa, ossia quando il lavoratore non abbia prestato l'attenzione, la prudenza o la perizia necessarie durante lo svolgimento della prestazione lavorativa e così facendo si sia auto procurato un danno, il datore di lavoro è ritenuto responsabile della mancata salvaguardia della sua salute.

Il nesso causale è, quindi, interrotto e la responsabilità del datore per fatto del lavoratore è esclusa quando l'evento dannoso è imprevedibile, irresistibile ed estraneo al contesto lavorativo e alle mansioni proprie del lavoratore e nulla ha a che fare con le esigenze della produzione.

Ciò dimostra un sistema di tutela rafforzato per il dipendente e, ancora una volta, la centralità per l'ordinamento del diritto alla salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Nel caso esaminato dalla Corte nella pronuncia richiamata, un lavoratore addetto alle linee ferroviarie risultava vittima di un infortunio mortale sul lavoro a causa di un proprio intervento anticipato sulla linea, effettuato nonostante l'assenza di prassi in tal senso e in violazione dell'orario specifico di intervento fissato dal datore di lavoro mediante un apposito ordine di servizio.

Ciononostante il datore di lavoro è stato ritenuto responsabile dell'infortunio mortale occorso al dipendente, poiché, ad avviso della Corte: *“la consegna al lavoratore, da parte dell'azienda, delle chiavi necessarie all'esecuzione di un'operazione sui cavi elettrici, prima dell'orario di interruzione della circolazione dei treni, non avrebbe corrisposto alle esigenze di salvaguardia prevenzionale imposte dall'art. 2087 c.c. in capo al datore di*

lavoro, permettendo al lavoratore di porre in essere un comportamento scorretto e pericoloso”.

Secondo la sentenza in commento, infatti, il datore di lavoro deve, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, prevenire anche le condizioni di rischio insite nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia degli stessi lavoratori, dimostrando di aver adottato tutte le misure di salvaguardia idonee a prevenire eventi infortunistici, anche a causa di comportamenti colposi dei prestatori di lavoro.

Invero, solo in ipotesi del tutto eccezionali, la condotta del dipendente è in grado di *“interrompere il nesso di causalità ed esimere il datore di lavoro dalle sue responsabilità”.*

Esclusivamente a fronte del cd. rischio elettivo – ovvero se il contegno del prestatore di lavoro, in conseguenza del quale si verifica l’infortunio sul lavoro, si lega a scelte individuali motivate da impulsi meramente personali o si caratterizza per una palese abnormità rispetto al fine lavorativo – il comportamento del lavoratore si pone come causa esclusiva dell’evento infortunio, spezzando il nesso causale tra attività lavorativa e danno¹⁶².

Ebbene, il rischio elettivo – secondo quanto affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in esame: *“non si è configurato nel caso di specie, in quanto l’operazione di controllo effettuata dal dipendente non era avulsa dall’esercizio della propria attività lavorativa, anche perché, nell’anticipazione temporale dell’intervento tecnico sulla linea ferroviaria da cui è derivato l’infortunio mortale, non sono emersi motivi personali del*

¹⁶²Cass. civ., sez. lav., 5 settembre 2014, n. 18786; Cass. civ., sez. lav., 22 febbraio 2012, n. 2642; Cass. civ., sez. lav., 24 settembre 2010, n. 20221.

lavoratore, tali da poter dimostrare l'interruzione del nesso causale tra la prestazione lavorativa e il verificarsi del danno”.

Nella fattispecie esaminata dalla Corte di Cassazione emerge l'estensione dell'obbligo di sicurezza ed il suo carattere elastico.

La dottrina più attenta¹⁶³ individua nell'art. 2087 c.c. la norma che ha istituito nell'ordinamento giuridico il c.d. obbligo generale di sicurezza, del quale il datore di lavoro è responsabile monosoggettivamente.

Si tratta di un obbligo dal contenuto ampio e generico, che è in grado di adattarsi al mutare della realtà lavorativa e alle esigenze di tutela in esso insite.

L'art. 2087 c.c., per questa ragione, può essere definita come norma in bianco, il cui contenuto varia in funzione della tipologia di attività lavorativa e di interessi giuridici in gioco e che impone al datore di lavoro di adeguare gli standard di sicurezza alle concrete esigenze del settore in cui opera, per preservare l'integrità fisica, la personalità morale e la dignità del lavoratore.

Pertanto, accanto all'onere retributivo, in capo al datore sussiste anche il dovere di garantire un ambiente di lavoro sicuro ed esente da rischi di compromissione fisica e psichica per il dipendente, nell'ambito del dovere di buona fede e correttezza contrattuale, espressione del principio di solidarietà sociale su richiamato.

La violazione dell'obbligo generale di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. determina la responsabilità civile del datore di lavoro, ma

¹⁶³ G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 293.

concorre anche all'integrazione dell'elemento soggettivo dei reati di evento previsti dal diritto penale generale.

Ciò non implica che il datore di lavoro abbia un obbligo assoluto di garantire la sicurezza e che ogni volta che si configuri un danno in ambiente lavorativo egli ne sia il responsabile, ma ai fini della sua responsabilità è indispensabile che l'evento sia pur sempre riferibile a sua colpa, per violazione di doveri comportamentali imposti dalla legge o da una fonte ad essa equiparata o suggeriti dalla tecnica¹⁶⁴.

L'art. 2087 c.c., secondo un'interpretazione letterale, impone l'adozione sia di misure tipiche, cioè normativamente previste, sia di quelle atipiche, da intendere come generiche regole cautelari di scienza, prudenza ed esperienza.

Ai sensi dell'art. 2087 c.c., le misure che il datore deve adottare vanno individuate in base a tre canoni: la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica¹⁶⁵.

La particolarità del lavoro indica lo studio del contesto lavorativo, al fine di comprendere quali misure di salvaguardia sono generalmente più efficienti in condizioni analoghe.

L'esperienza guarda al precedente in situazioni simili e quindi ai rischi che già si sono concretizzati.

La tecnica è il parametro che ha da sempre destato maggiori criticità interpretative e che può essere letto almeno secondo una duplice accezione: tecnica intesa come il massimo *standard* di sicurezza tecnologica possibile da garantire in base alle conoscenze

¹⁶⁴Cfr. Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2007, n. 8710.

¹⁶⁵M. LAI, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 13.

scientifiche esistenti o tecnica vista come lo *standard* di sicurezza tecnologica più ragionevole possibile in virtù delle conoscenze esistenti.

Una lettura più o meno ampia di tale parametro attribuisce in capo al datore un onere di salvaguardia e quindi di diligenza maggiore o minore.

Al di là dell'accoglimento dell'una o l'altra interpretazione del principio di massima sicurezza tecnologica, il datore di lavoro è tenuto ad adeguarsi alle cautele che i risultati del progresso tecnico pongono a sua disposizione e non viceversa a ricercare e/o sperimentare in proprio più avanzati sistemi di prevenzione¹⁶⁶. La Corte costituzionale, infatti, con la sentenza 312 del 1996, ha affermato che, per evitare dubbi d'incostituzionalità ex art. 25 per la loro genericità di disposizioni a cui sono connesse sanzioni penali, deve ritenersi che *“il legislatore si riferisce alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli standards di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive-escludendo che ciò- assegni all'impresa il compito di realizzare innovazioni finalizzate alla sicurezza”*.

¹⁶⁶ A. DELOGU, P. PASCUCCHI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, WKI-Utet giuridica, Milano-Torino, 2014, pp. 2175-2177; A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino 2018, p. 280 s

Non si tratta, in ogni caso, di responsabilità oggettiva.

Inoltre, con l'introduzione del D. Lgs n. 81/2008, si è passati da un modello di responsabilità monosoggettivo, tutto incentrato sul datore di lavoro, ad una forma di responsabilità plurisoggettiva ancorata alla tripartizione: datore di lavoro, dirigenti e preposti come soggetti destinatari degli obblighi di prevenzione e sicurezza.

I due sistemi si eterointegrano e sono espressione di realtà produttive diverse tra loro.

In particolare, il modello di responsabilità plurisoggettiva è proprio di contesti aziendali molto articolati, dove il datore di lavoro non riesce a seguire in prima persona tutte le fasi della produzione e può far ricorso alla delega di funzioni per svolgere la sua attività.

Ciò che il datore non può mai delegare è la valutazione dei rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività produttiva, l'elaborazione del relativo documento e la nomina del responsabile dei servizi di prevenzione e protezione dai rischi, a riprova della scelta legislativa di ritenere responsabile in ultima istanza chi per la posizione di vertice rivestita deve necessariamente conoscere e salvaguardare il contesto aziendale.

L'articolo 2, comma 1, lett. q) del D. Lgs. n. 81/2008 definisce la valutazione dei rischi come: *“valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza”*.

L'art. 17 dello stesso decreto, classificando gli obblighi del datore di lavoro non delegabili prevede che: *“Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività: a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28; b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi”*.

Indelegabilità non significa impossibilità di effettuare la valutazione dei rischi avvalendosi dell'ausilio di altre specifiche professionalità, ma che eventuali carenze di detta valutazione configureranno una responsabilità comunque ascrivibile al datore di lavoro, per la posizione di garanzia della quale è normativamente titolare ex art. 2087 c.c.

Esistono, dunque, compiti non delegabili in quanto ontologicamente collegati alla funzione dell'imprenditore, come le scelte generali strutturali in tema di sicurezza e la dislocazione, sempre su un piano generale, delle risorse.

Ed infatti la responsabilità del titolare dell'azienda non è esclusa, pur in presenza di una valida delega, qualora le deficienze siano dovute a cause strutturali¹⁶⁷.

4.4 Mobbing e compromissione del diritto alla salute, aspetti critici e forme di tutela

Una trattazione a parte, per la delicatezza della tematica, merita la fattispecie del mobbing in ambiente lavorativo.

Questa materia è di grande interesse ed attualità, sia dal punto di vista medico-scientifico, sia dal punto di vista giuridico.

¹⁶⁷Cass. civ., sez. I, 24 settembre 1994, n. 10129

È innegabile che la qualità e la vivibilità dell'ambiente lavorativo incidano in modo significativo sulla salute mentale e fisica dell'individuo.

Un ambiente lavorativo sereno, in cui non vi sono pressioni di tipo psicologico, aumenta la produttività del lavoro e per questo è di impulso al raggiungimento di una sana forma di autodeterminazione personale, ex art. 2 Cost., nonché alla realizzazione professionale di cui all'art. 4 Cost. e, in generale, all'iniziativa economica, prevista dall'art. 41 Cost.

Per tale ragione, l'ordinamento deve farsi carico di questi fenomeni persecutori, denigratori, e oltraggiosi, attraverso azioni di contrasto e repressione, affinché la condotta mobbizzante non diventi un serio impedimento all'esplicazione del diritto al lavoro e, prima ancora, non finisca per compromettere irrimediabilmente la salute del singolo.

Il mobbing può essere posto in essere con comportamenti penalmente rilevanti ai sensi degli artt. 594, 595 e 610 ma più spesso con comportamenti, solo civilmente rilevanti, che provocano un danno risarcibile biologico, esistenziale, alla vita di relazione all'immagine professionale, alla dignità ed alla professionalità in violazione degli artt. 2, 32, e 41 Cost. Può essere realizzato, tuttavia, anche con comportamenti singolarmente legittimi ma che sono attuati con una finalità persecutoria¹⁶⁸.

Dal mobbing deriva sia una responsabilità contrattuale ex artt. 2087, 1218 c.c. che una responsabilità extracontrattuale ex artt. 2049 e 2043 c.c.

¹⁶⁸ In argomento, M. MISCIONE, *Norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro)*, in *Lav. giur.*, 2003, 4, 305 ss.

Il mobbing (da “to mob” – assalire tumultuosamente) viene definito dallo psicologo svedese Heinz Leymann, uno dei massimi esperti in materia, come: *“il terrore psicologico sul luogo di lavoro, che consiste in una comunicazione ostile e contraria ai principi etici, perpetrata in modo sistematico da una o più persone, principalmente contro un singolo individuo, che viene per questo spinto in una posizione di impotenza e impossibilità di difesa e qui costretto a restare da continue attività ostili.*

Queste azioni sono effettuate con un’alta frequenza (almeno una volta alla settimana) e per un lungo periodo di tempo (di almeno sei mesi). A causa dell’alta frequenza e della lunga durata, il comportamento ostile dà luogo a seri disagi psicologici, psicosomatici e sociali”.

Nell’ambito degli studi della psicologia del lavoro presenti nel panorama italiano, la definizione più completa è indubbiamente quella proposta da Harald Ege, psicologo del lavoro esperto di mobbing, che lo definisce come *“una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente ed in costante progresso, in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità”. Il mobbizzato si trova nell’impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell’umore che possono portare anche a invalidità psicofisiche permanenti di vario genere e percentualizzazione¹⁶⁹.*

¹⁶⁹ Così H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 2002, p. 39.

I parametri elaborati in seno alla teoria di Ege sul mobbing sono sette e devo essere tutti presenti ai fini della sua configurazione. Essi sono: ambiente lavorativo, frequenza dell'atto, durata, tipologia di azioni, dislivello tra gli antagonisti, andamento secondo fasi successive e intento persecutorio.

Il mobbing deve, quindi, svolgersi sul posto di lavoro e se esso si ripercuote nella sfera privata del mobbizzato viene denominato doppio mobbing. Il mobbing deve, poi, avere una durata che, normalmente, si deve protrarre da almeno sei mesi, salvo i casi cosiddetti di "quick mobbing" (cioè di frequenza quotidiana, quindi particolarmente devastante, delle azioni ostili) la cui durata può essere abbassata a tre mesi.

Le azioni mobbizzanti individuate da questa teoria devono rientrare in almeno due parametri tra:

attacchi ai contatti umani (ad es. attraverso critiche e rimproveri ingiustificati, gesti e insinuazioni con significato negativo, minacce, limitazioni delle capacità espressive e della libertà di pensiero);

isolamento sistematico (mediante una deliberata negazione di informazioni relative al lavoro o manipolazione delle stesse o divieto per i dipendenti di parlare con il lavoratore o, ancora, collocazione del lavoratore in luogo isolato); cambiamento delle mansioni in senso peggiorativo;

attacchi alla reputazione (con calunnie, offese, abusi, espressioni maliziose, insultanti);

violenza e minacce di violenza (ad es. molestie sessuali, minacce di violenza fisica, adibizione a mansioni nocive per la salute, anche in relazione ad eventuali condizioni di invalidità);

dislivello tra gli antagonisti, ossia tra la vittima e l'aggressore, ove la prima è in condizione di inferiorità rispetto alla seconda per il ruolo rivestito.

Deve, inoltre, esserci un andamento secondo fasi successive.

Il modello Ege prevede in questo senso una fase preparatoria, definita come condizione zero e sei fasi successive: il conflitto mirato, l'inizio del mobbing, i primi sintomi psico-somatici, errori ed abusi dell'Amministrazione del personale, serio aggravamento della salute psico-fisica della vittima ed esclusione dal mondo del lavoro.

Infine, perché possa configurarsi il mobbing è necessario che l'aggressore persegua uno scopo deprecabile nei confronti della vittima, dalla stessa non condiviso e anzi contrastato.

In ambito civile l'incidenza del mobbing sul contratto di lavoro è ancorata alla violazione dell'art. 2087 c.c. La giurisprudenza interpreta gli obblighi fissati dall'art. 2087 c.c. come una pluralità di condotte doverose cui il datore deve attenersi nel corso dello svolgimento della prestazione lavorativa, atte tra l'altro a salvaguardare l'integrità morale e materiale del dipendente e quindi la sua salute, in applicazione del principio di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Da tale previsione deriva per il datore un divieto di tenere direttamente comportamenti lesivi dell'integrità psico-fisica del dipendente e l'obbligo di sorvegliare affinché tali condotte non siano tenute neppure dai superiori gerarchici, preposti e altri dipendenti.

Nell'ipotesi in cui il mobbing si possa ricondurre a motivazioni legate alla religione, al sesso, alla razza, all'orientamento sessuale o a handicap del lavoratore si applica la disciplina prevista dal d.

lgs 215/2003, dal d. lgs 216/2003 e dal d. lgs 5/2010, che qualifica tali condotte come molestie morali, oltraggiose della dignità personale ex art. 2 Cost. In queste circostanze, il lavoratore non deve dimostrare l'intenzione mobbizzante, che viene ritenuta sussistente in via presuntiva, ma deve allegare le circostanze indicatrici della condotta censurabile. Se, poi, dalla condotta mobbizzante derivano episodi di molestie sessuali, si applicherà il D. Lgs 198/2006.

Il perimetro caratterizzante la figura del mobbing, così come delineato dalla Cassazione, si fonda sulla reiterazione e sulla sistematicità delle condotte ostili, ancorché non necessariamente illecite e l'intenzionalità della condotta. La giurisprudenza, tuttavia, ha riconosciuto anche la risarcibilità dei danni da *straining* (o mobbing attenuato) che si attua con un solo comportamento non premeditato e non comportamenti reiterati e premeditati¹⁷⁰.

Poiché il danno da mobbing è perpetrato nello svolgimento della prestazione lavorativa, esso subisce l'applicazione del regime della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

Il termine di prescrizione per far valere la menomazione è decennale, l'onere della prova circa l'inadempimento da parte del datore è a carico del lavoratore danneggiato e consiste nell'allegazione e prova delle condotte persecutorie poste in essere dal datore o conoscenza o conoscibilità delle condotte persecutorie

¹⁷⁰ Cass., 18927 del 2012. In argomento, M. SARTORI, *L'inconfigurabilità del "mobbing" non esclude il diritto del lavoratore al risarcimento dei danni alla persona di cui il lavoratore leso abbia fornito adeguata allegazione e prova*, in *D&L*, 2019, 1019; G. NALIS, *Mobbing, straining e singoli comportamenti vessatori*, in *www.ildirittoamministrativo.it*

poste in essere da altri nell'ambiente in cui egli dovrebbe vigilare in base alla sua posizione di garanzia.

Il forte limite derivante dalla disciplina sul mobbing è quello di non poter assicurare una tutela in forma specifica al danneggiato, ma solo per equivalente ad eccezione delle ipotesi in cui il mobbing sia realizzato attraverso altri comportamenti vietati come il demansionamento o il licenziamento illegittimo.

Il problema più rilevante diviene quindi quello della quantificazione del danno che si manifesta sotto la veste di danno non patrimoniale essendo colpiti essenzialmente la dignità, la professionalità l'immagine e la vita di relazione del lavoratore. Le sezioni unite hanno chiarito che *“il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate.... per cui....non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata «danno esistenziale», perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nella sfera dell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario, né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti in violabili secondo Costituzione”*. In questa ricostruzione il danno esistenziale, ovvero il danno non patrimoniale, è solo quello derivante dalla lesione dei diritti fondamentali della persona lavoratore tutelati dalla Costituzione.

Si discute se il danno non patrimoniale vada qualificato come danno evento o danno conseguenza. La giurisprudenza ha accolto oggi la sua qualificazione come danno conseguenza mentre la Corte costituzionale aveva precedentemente optato per sua qualificazione come danno evento¹⁷¹. In quest'ultimo caso il danno si riteneva conseguenza diretta del comportamento persecutorio ed in *re ipsa* nella stessa violazione del diritto fondamentale mentre la giurisprudenza attuale ritiene sia necessario verificare che tali comportamenti abbiano verificato un effettivo danno al soggetto mobbizzato¹⁷².

Alle difficoltà insite nella prova del danno esistenziale la giurisprudenza ha dato una risposta ammettendo che tale onere possa essere assolto anche solo con elementi presuntivi dimostrando circostanze gravi precise e concordanti¹⁷³.

Più facile invece la prova del danno biologico che può essere assolto con un accertamento medico legale¹⁷⁴.

Altro elemento di difficile prova è quello della volontarietà del comportamento vessatorio che la giurisprudenza considera

¹⁷¹ Corte cost n. 184 del 14 luglio 1986. Sull'opportunità di qualificare la condotta in senso oggettivo piuttosto che soggettivo cfr. le osservazioni di R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 503 ss. e P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro, una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 255 ss.

¹⁷² Cass., ss.uu. 6572 del 2006

¹⁷³ Cass., 5484 del 26 febbraio 2019. In argomento cfr. A. VALLEBONA, *Mobbing: qualificazione, oneri probatori e rimedi*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 2

¹⁷⁴ In argomento P. SANDULLI, *Tutele risarcitorie e tutele indennitarie nel danno biologico*, in *Dir. lav.*, 1995

elemento fondamentale della fattispecie di mobbing¹⁷⁵. La Cassazione si è mostrata spesso severa nel valutare la sussistenza dell'intento persecutorio anche al fine di controllare il fenomeno di un ricorso pretestuoso alla figura del mobbing. Se l'elemento soggettivo configura dolo del datore di lavoro sarà risarcibile anche il danno non prevedibile ex art. 1225 c.c. Le difficoltà di provare l'intento persecutorio sono tuttavia attenuate dalla circostanza che la giurisprudenza (Cass. del 5 novembre 2012, n. 18927) ammette la risarcibilità anche dei danni derivanti da un solo atto vessatorio, richiamando all'uopo la disciplina degli atti discriminatori per i quali la prova a carico del lavoratore è attenuata e che la Cassazione auspica possa trovare una più ampia applicazione.

Grava, invece, sul datore di lavoro l'onere di provare la non imputabilità dell'inadempimento, ovvero di aver garantito, direttamente o indirettamente l'adeguata vigilanza.

Alla luce della forte difficoltà probatoria dell'elemento psicologico del mobbing, la giurisprudenza maggioritaria ritiene sufficiente una presunzione circa la sua esistenza a carico del lavoratore.

¹⁷⁵. Cfr. Cass. 5472/2021); Cass., n. 29767 del 2020; Cass., n. 87 del 2012; cass., n. 3785 del 2009; Cass., n. 5472 del 2021; Cass. n. 22288 del 2019: afferma che è necessario ottenere la prova concreta della finalità persecutoria che può non sussistere anche se i provvedimenti adottati dal datore fossero basati su fatti non pretestuosi, anche se poi giudicati per varie ragioni illegittimi in sede giudiziale. Cass., n. 6079 del 2021 ha affermato che mancava la prova di una strategia di attacco mirato nei confronti della lavoratrice, caratterizzata da intento persecutorio ed esplicitata attraverso condotte vessatorie sistematiche e reiterate quando una buona parte delle sanzioni irrogate si era rivelata legittima.

Per converso, quello a carico del datore è più gravoso, in quanto per andare esente da responsabilità dovrà dimostrare non solo di aver correttamente vigilato, ma anche di aver adottato misure concrete per eliminare o quantomeno minimizzare il danno patito dalla vittima del contesto lavorativo insano¹⁷⁶.

Nella gran parte dei casi, infatti, il lavoratore che subisce una menomazione psichica accertata a causa della condotta mobbizzante altrui riceve esclusivamente un risarcimento del danno per la sua menomazione, che non è di certo in grado di riportare il soggetto esattamente nella posizione in cui si trovava prima dell'illecito.

È per tale motivo che appare imprescindibile una politica preventiva di simili danni da parte del datore di lavoro e quindi la funzione di vigilanza, prevista in modo specifico dal Testo Unico sulla Sicurezza n. 81/2008, assume un rilievo altamente significativo in questi termini.

Probabilmente, un maggiore dialogo tra le rappresentanze sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro in questa tematica sarebbe auspicabile per individuare soluzioni condivise quando ci siano campanelli d'allarme in ordine all'esistenza di condotte mobbizzanti nel contesto lavorativo.

¹⁷⁶ Fra tutte si veda: Cass. civ., sez. lav., 11 settembre 2008, n. 22858.

CAPITOLO III

Tutela del lavoratore ai tempi dell'emergenza sanitaria da Covid 19
e interessi in conflitto.

Sommario: **1. Premessa** **2. La natura giuridica del rischio di contrazione del virus da Covid-19 nei luoghi di lavoro e la responsabilità del datore.** **3. La valenza legale dei Protocolli anti-contagio e la sospensione dell'attività produttiva nell'ottica della tutela della salute del lavoratore.** **4. L'obbligo vaccinale e le sue conseguenze.** **5. Il divieto dei licenziamenti ai tempi del Sars-Cov2 e i dubbi di legittimità costituzionale**

1. Premessa

Pur rientrando l'argomento del presente capitolo nell'ambito della più ampia tematica della tutela della salute, per le questioni sorte è parso opportuno racchiuderlo in un capitolo separato.

L'emergenza pandemica insorta nel 2019, e ancora in atto al momento della stesura del presente lavoro, ha comportato conseguenze altamente pregiudizievoli per l'intera società e, in particolare, per quel che qui viene in rilievo, per il lavoro e per le condizioni di svolgimento dello stesso in condizioni di sicurezza da parte del lavoratore.

Specificamente, il diritto al lavoro ha subito una duplice compromissione: sotto il profilo della tutela della salute del dipendente durante l'esercizio della prestazione, in spregio agli artt. 2 e 32 Cost., e sotto quello dello svolgimento dell'attività lavorativa in sé, di cui agli artt. 1 e 4 Cost.

In merito al primo aspetto, il singolo lavoratore, pubblico o privato, che ha contratto il virus durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, ha subito delle conseguenze altamente pregiudizievoli, soprattutto di natura non patrimoniale, spesso anche irreversibili e culminate nell'evento della morte.

Quando ciò è accaduto, vi è stata una lesione del diritto alla salute e/o alla vita dell'individuo durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, in contrasto con i principi della salubrità e della sicurezza dell'ambiente di lavoro, che il datore deve osservare ai sensi dell'art. 2087 c.c. al fine di preservare la salute e l'integrità fisica e psichica dei suoi dipendenti.

Sebbene sia stata introdotta legislativamente una disciplina emergenziale¹⁷⁷ che ha ampliato gli oneri di sicurezza nei luoghi di lavoro, proprio per contenere e contrastare il contagio da Covid-19, la natura giuridica di questi doveri di sicurezza imposti al datore è stato oggetto di discussione dottrinale.

¹⁷⁷Il Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid- 19 negli ambienti di lavoro fra il Governo e le parti sociali, del 24 aprile 2020, allegato al D.P.C.M. adottato il 26 aprile dello stesso anno, che integra il precedente documento condiviso dal Governo e dalle parti sociali del 14 marzo 2020, adottato in attuazione della misura prevista dal D.P.C.M. dell'11 marzo 2020.

Con riguardo, invece, al secondo aspetto, ovvero quello dello svolgimento dell'attività lavorativa, anch'esso è stato notevolmente inciso dall'emergenza sanitaria, tant'è che, soprattutto nella fase iniziale e più incisiva del contagio, si è vista in moltissimi settori una sospensione, se non addirittura una cessazione, dell'attività lavorativa e/o produttiva.

Specificamente, con riguardo ad alcune categorie di lavoratori particolarmente esposti al rischio del contagio, quali il personale sanitario e le forze dell'ordine - che non hanno mai interrotto la propria attività lavorativa, essendo la stessa qualificabile come servizio di pubblica utilità - sono stati previsti emolumenti stipendiali aggiuntivi e particolari forme di cautela nell'esercizio della prestazione, data la sua indispensabilità.

Per converso, tutte le altre attività lavorative considerate “non essenziali” per la collettività, nella fase antecedente alla scoperta e all'immissione in commercio di un vaccino atto a contrastare la diffusione del contagio, sono state sospese da disposizioni governative *ad hoc*.

Inoltre, svariate aziende, nell'ottica di contemperare le esigenze della produzione e del lavoro con quelle della salute, non solo dei lavoratori, ma anche di tutti i consociati in generale, hanno posto in essere processi di riconversione.

La produzione iniziale è stata, cioè, trasformata in produzione “emergenziale”.

Moltissime attività produttive, avendone le capacità di mezzi e di risorse, hanno iniziato la fabbricazione di dispositivi di protezione individuale delle vie respiratorie (mascherine FFP2 e

chirurgiche) e dato l'incipit ad attività di ricerca in campo farmaceutico e sperimentale, accantonando la produzione ordinaria.

Nel periodo che va da marzo 2019 a maggio 2019, la scelta di politica legislativa è stata quella di far prevalere, nel bilanciamento degli interessi tra diritti fondamentali in conflitto, l'esigenza della tutela della vita e della salute del singolo individuo, ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost., rispetto a quelle della produzione, ex art. 41 Cost. e del lavoro stesso, di cui agli artt. 1, 2 e 4 Cost., anche se questo ha determinato un aumento del debito pubblico già significativo e l'accostarsi alla crisi sanitaria di quella economica.

Le misure introdotte inizialmente attraverso lo strumento del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e, successivamente, mediante quello del Decreto Legge, sono servite a predisporre in ambito sanitario e, più in generale, sociale degli strumenti di salvaguardia dei beni essenziali della vita e della salute.

È indiscusso che i diritti fondamentali dei lavoratori siano stati fortemente incisi dall'emergenza sanitaria degli ultimi anni e occorrerà valutare le ricadute dei mezzi messi a disposizione del lavoratore in questa fase storica ed i riflessi che la disciplina emergenziale potrebbe avere su quella ordinaria una volta cessato definitivamente lo stato di emergenza nazionale¹⁷⁸.

¹⁷⁸ In argomento cfr. ampiamente v. O. MAZZOTTA (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini Editore, Pisa, 2021, con contributi di M. BROLLO, M.T. CARINCI, C. CESTER, D. D'ASCOLA, R. DEL PUNTA, V. FERRANTE, M. FORZIATI, A. MARESCA, M. PEDRAZZOLI, A. PERULLI, R. PESSI, R. ROMEI, F. SCARPELLI, A. SGROI, M. VERZARO, C. ZOLI.

2. La natura giuridica del rischio di contrazione del virus da Covid-19 nei luoghi di lavoro e la responsabilità del datore.

Nel momento iniziale dell'insorgenza del contagio da Covid-19 in Italia - che ha condotto il Consiglio dei Ministri a adottare, il 31 gennaio del 2020, la Delibera¹⁷⁹ relativa allo stato di emergenza nazionale in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili – non si poteva immaginare, né tantomeno prevedere quella che sarebbe stata l'entità delle conseguenze che moltissimi consociati avrebbero subito nella loro sfera giuridica personale e patrimoniale a causa di un agente virale sconosciuto, anche alla comunità scientifica, in termini di pericolosità e mutazione.

Orbene, anche se, in base ad un'analisi superficiale, si potrebbe, in astratto, considerare il virus da Covid-19 contratto sul posto di lavoro un evento eccezionale e, quindi, imprevedibile e inevitabile, del tutto avulso dalla sfera giuridica del datore e dal suo potere di controllo, tale da recidere il nesso causale tra il danno alla salute o alla vita del dipendente e la condotta dell'agente-datore, ai sensi dell'art. 1257 c.c., di diverso avviso è stata la dottrina sul punto.

In particolare, alcuni autori¹⁸⁰ hanno evidenziato come l'insorgenza della crisi pandemica abbia incrementato gli oneri di sicurezza propri del datore nell'organizzare i fattori della

¹⁷⁹Adottata vista la dichiarazione di emergenza internazionale di salute pubblica per il coronavirus dell'Organizzazione mondiale della sanità del 30 gennaio 2020.

¹⁸⁰Così A. INGRAO, *Tutela della salute e della privacy nel rapporto di lavoro ai tempi del Sars-Cov-2*, in *Rivista di Diritto Bancario Supplemento* Fascicolo I – gennaio/marzo 2021.

produzione e ciò anche in assenza di conoscenze scientifiche certe circa la pericolosità e la portata della malattia.

In questo senso il datore di lavoro si deve fare carico, oltre che dei normali rischi legati al tipo di produzione aziendale e alla salubrità dell'ambiente lavorativo, anche del rischio della contrazione del virus durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, con un'estensione della responsabilità civilistica, fissata dall'art. 2087 c.c.

In tale prospettiva, gli oneri di sicurezza vengono ampliati e il datore è obbligato a fare tutto ciò che è materialmente possibile per evitare la contrazione del virus sul posto di lavoro, tutelando la salute fisica e psichica dei suoi lavoratori.

L'azione preventiva del datore si traduce nella fornitura di dispositivi di protezione individuale ulteriori, in aggiunta a quelli classici e propri del tipo di attività lavorativa svolta e, in generale, nell'adozione di tutte le misure nominate e innominate per contrastare il contagio nei luoghi aziendali¹⁸¹.

Questa parte della dottrina, consapevole della pericolosità dell'estensione eccessiva della responsabilità civilistica datoriale in un contesto pandemico internazionale, prospetta la concretizzazione di un rischio generico aggravato¹⁸² in caso di contrazione del virus da Covid-19 sul posto di lavoro¹⁸³.

¹⁸¹Tra gli oneri di sicurezza aggiuntivi possono certamente farsi rientrare, a titolo esemplificativo e non esaustivo, la fornitura di dispositivi di protezione individuale delle vie aeree, la sanificazione degli ambienti di lavoro, l'organizzazione di una turnazione nello svolgimento della prestazione lavorativa, ove possibile, per limitare il contatto tra i dipendenti stessi e il ricorso al lavoro agile, ove attuabile.

¹⁸² I rischi configurabili in ambito lavorativo, cui il singolo lavoratore è esposto, secondo la classificazione elaborata da G. ALIBRANDI, (a cura di F. FACELLO,

La tesi prospettata ritiene, cioè, il nuovo virus capace di incidere in maniera maggiore su tutti i soggetti che durante l'emergenza sanitaria sono stati costretti a recarsi fisicamente sul posto di lavoro, uscendo dalla propria abitazione e ciò a prescindere dalle cautele adottate dal datore durante lo svolgimento della prestazione lavorativa.

Partendo da questo assunto, occorre tenere nettamente distinte la responsabilità civilistica del datore dall'occasione di lavoro cui è eziologicamente collegato il contagio del lavoratore.

In relazione a quest'ultimo aspetto, l'art. 42, comma 2, del c.d. Decreto Cura Italia (d.lgs. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27) ha qualificato la contrazione del virus Covid-19 sul luogo di lavoro come

e P. ROSSI, in *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 322 ss.) si distinguono in: rischio generico, che è quello che grava allo stesso modo su ogni lavoratore, indipendentemente dall'attività lavorativa svolta; rischio specifico, ossia quello derivante dalle particolari condizioni dell'attività lavorativa svolta e/o dell'apparato produttivo dell'azienda; rischio generico aggravato che, pur essendo comune a tutti i cittadini che non svolgono l'attività lavorativa del soggetto assicurato, si pone in rapporto eziologico con la prestazione lavorativa del medesimo (ad esempio l'infortunio *in itinere*).

¹⁸³Altri hanno, invece, reputato l'esposizione al pericolo di contagio da Covid-19 da parte del lavoratore un rischio generico non valutabile ai sensi del T. U. n. 81/2008 (così P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?* in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2019, n. 2, I, 98 ss. e C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, n. 1, 136 ss).

infortunio ¹⁸⁴ del dipendente e stabilito il diritto a percepire l'indennizzo erogato dall'Inail, indipendentemente dall'esistenza di una responsabilità datoriale per la violazione dei suoi doveri di sicurezza.

Tale disposizione prevede che: *“nei casi accertati di infezione da coronavirus (Sars-Cov2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail, che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Qualora la contrazione del virus sia riconosciuta come infortunio sul lavoro, le prestazioni INAIL sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria, con la conseguente astensione dal lavoro”*.

¹⁸⁴La L. n. 80/1898, che ha introdotto l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, all'art. 7 ha fissato l'oggetto della tutela nelle lesioni personali o nella morte del lavoratore derivanti da infortunio, che avvenga per causa violenta in occasione di lavoro. Questa regola viene ribadita sia dall'art. 2 R.D. 1765/1935, sia dall'art. 2, comma 1, T.U. 1124/1965, che recita: *“l'assicurazione comprende tutti i casi di infortunio avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero un'inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni”*.

In base all'art. 2 del T. U. n. 1124/1965 non ogni evento lesivo costituisce infortunio sul lavoro, ma lo è unicamente quello che provochi delle conseguenze individuate legislativamente. Inoltre, in virtù del combinato disposto degli artt. 2 e 210 del Testo Unico appena richiamato, per infortunio s'intende ogni lesione originata, in occasione di lavoro, da una causa violenta che determini la morte della persona, l'inabilità permanente o l'inabilità temporanea dell'attività lavorativa.

La tutela indennitaria, in questi termini, non sostituisce, ma eventualmente si aggiunge a quella civilistica, ove esistente, che rappresenta il danno differenziale.

Questo tipo di scelta legislativa in ordine al ristoro economico del lavoratore contagiato nel contesto aziendale, ossia sul posto di lavoro o durante il tragitto per recarsi presso lo stesso, consente di non rendere eccessivamente gravosa la posizione di garanzia del datore dinanzi ad un virus estremamente pericoloso e mutevole, addossandogli la responsabilità delle conseguenze pregiudizievoli derivanti da un rischio “ignoto” alla comunità, scientifica *in primis*.

Mentre, infatti, la tutela risarcitoria di cui all’art. 2087 c.c. richiede una dimostrazione in ordine all’esistenza di una condotta omissiva o commissiva del datore cui sia eziologicamente riconducibile il danno alla salute o alla vita subito dal lavoratore, la tutela indennitaria sopra richiamata non necessita di una di responsabilità soggettiva e oggettiva del datore per potersi concretizzare.

Nonostante sia stata stabilita, mediante protocolli anti-contagio ¹⁸⁵, l’osservanza di linee guida aventi carattere precauzionale, ossia improntate ad una logica prudenziale per la condizione di incertezza scientifica sui fattori di trasmissione del

¹⁸⁵Si vedano, in particolare: il Protocollo del 14 marzo 2020, poi trasfuso, con modifiche, nel Protocollo, 24 aprile 2020, stipulato tra Governo e Parti sociali, affiancato da altri protocolli da attuare in specifici settori, esemplificativamente, per i cantieri, per il settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo, per i servizi ambientali del 19 marzo 2020, per i servizi sanitari del 24 marzo, per l’edilizia del 24 aprile ecc., Così: S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2020, 2, 375 ss.

contagio del virus e sulle sue conseguenze dannose – che il datore di lavoro deve rispettare per prevenire la diffusione virulenta, ai fini dell'erogazione dell'indennizzo dell'Inail non è necessario che la contrazione del virus in ambiente lavorativo dipenda dalle scelte datoriali nell'organizzare i fattori della produzione.

Del pari è stato normativamente escluso che la contrazione del virus da Sars-Cov2 in ambiente lavorativo determini un'ipotesi di malattia professionale e ciò in quanto, in quest'ultimo caso, come una parte della dottrina¹⁸⁶ ha avuto modo di evidenziare, ai sensi dell'art. 3 del T.U. n. 1124 del 1965, l'onere della prova incombente sul lavoratore al fine di dimostrare la dipendenza della malattia dalle ragioni di servizio sarebbe stato molto più gravoso, richiedendo la contrazione del virus nell'esercizio, oltre che a causa del lavoro¹⁸⁷.

Infatti, la lungolatenza propria della malattia da Covid-19 e, quindi, la sua capacità di manifestarsi entro un arco temporale di quindici giorni dal momento del contagio iniziale, potrebbe

¹⁸⁶In tal senso A. INGRAO, *Tutela della salute e della privacy nel rapporto di lavoro ai tempi del Sars-Cov-2*, in *Rivista di Diritto Bancario Supplemento* Fascicolo I – gennaio/marzo 2021.

¹⁸⁷L'art. 3, comma 1, del Testo Unico prevede, infatti, che: *“L'assicurazione è altresì obbligatoria per le malattie professionali indicate nella tabella allegato n. 4, le quali siano contratte nell'esercizio e a causa delle lavorazioni specificate nella tabella stessa ed in quanto tali lavorazioni rientrino fra quelle previste nell'art. 1. La tabella predetta può essere modificata o integrata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, di concerto con il Ministro per la sanità, sentite le organizzazioni sindacali nazionali di categoria maggiormente rappresentative”*.

determinare una *probatio diabolica* in ordine all'insorgenza della malattia in ambiente di lavoro.

Per ovviare a queste criticità probatorie ed individuare un idoneo strumento di tutela della salute del lavoratore, ammalatosi del virus pandemico, il legislatore ha stabilito come condizioni per beneficiare della tutela indennitaria¹⁸⁸ che la malattia infettiva, ossia l'evento nefasto comportante conseguenze pregiudizievoli per il lavoratore, sia stata occasionata dall'ambiente di lavoro e che essa sia stata determinata da una causa violenta (virulenta nel caso del Covid-19)¹⁸⁹.

La qualificazione come infortunio, anziché come malattia professionale del virus contratto in ambito lavorativo, comportando un alleggerimento dell'onere probatorio in capo al lavoratore ai fini dell'ottenimento del ristoro economico per il pregiudizio non patrimoniale patito, appare una scelta legislativa di favore per la tutela dei diritti fondamentali, quali la vita e la salute, nel dispiegarsi del rapporto lavorativo, ex artt. 2, 4 e 32 Cost.

¹⁸⁸Per tale intendendosi l'insieme degli emolumenti erogati dall'Inail per il danno alla salute e per la compromissione della capacità lavorativa del lavoratore, nonché quelli attribuiti alla sua famiglia per la perdita del reddito nell'ipotesi di decesso dello stesso.

¹⁸⁹C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante la nuova emergenza epidemiologica Covid-19*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 5, 443; L. ZACCARELLI, V. ZACCARELLI, *L'infezione da Covid-19 e le conseguenze in tema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 7, 695 ss. Si veda anche: Cass. sez. lav. n. 5764/1982, n. 8058/1991 e n. 3090/1992, che ha equiparato la causa virulenta alla causa violenta, in applicazione della generale nozione di infortunio sul lavoro ex art. 2, D.P.R. n. 1124/1965.

Venendo all'esame delle condizioni che legittimano l'indennizzo erogato dall'Inail in tali circostanze, appare doveroso soffermarsi sui concetti di "occasione di lavoro" e "causa violenta".

In base all'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi, in una storica pronuncia ¹⁹⁰, sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 per contrasto con l'art. 38 Cost. ¹⁹¹, l'occasione di lavoro non deve essere considerata come la semplice correlazione di tempo e di luogo tra evento e prestazione lavorativa, poiché questo darebbe vita ad un'estensione illimitata dei casi di indennizzo, ma deve riguardare il verificarsi dell'infortunio durante l'esercizio delle incombenze cui il singolo lavoratore è adibito, ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Ad avviso dei giudici costituzionali, con l'assicurazione contro gli infortuni, il legislatore appresta una tutela differenziata per i rischi professionali, quelli cioè cui i lavoratori sono esposti in ragione dello svolgimento della loro attività produttiva, nel senso che è questa a determinare l'esposizione al rischio di un evento lesivo. Alla specificità di tale tutela corrisponde il requisito della professionalità del rischio, espressa nel concetto di "occasione di lavoro".

La giurisprudenza, su questa scia, accoglie una nozione ampia dell'espressione "occasione di lavoro", che non è limitato alla

¹⁹⁰Corte cost., 27 luglio 1989, n. 462, in tema di aggressione da parte di un collega e riconoscimento come "infortunio sul lavoro" della stessa.

¹⁹¹Tale norma, al secondo comma, prevede che ai lavoratori: "siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria".

causalità in senso stretto, ma comprende: *“tutte le condizioni temporali, topografiche e ambientali in cui l’attività produttiva si svolge e nelle quali è imminente il rischio del danno per il lavoratore, sia che tale danno provenga dallo stesso apparato produttivo e sia che dipenda da situazioni proprie e ineludibili del lavoratore e, quindi, da qualsiasi situazione ricollegabile in modo diretto o indiretto all’attività lavorativa. Perché si abbia infortunio sul lavoro indennizzabile ai sensi del citato art. 2, però, non è sufficiente che l’attività lavorativa abbia determinato in capo al lavoratore un rischio generico – ossia un rischio al quale il lavoratore soggiace al pari di tutti gli altri cittadini, indipendentemente dall’attività lavorativa svolta –, bensì occorre che essa abbia determinato o un rischio specifico – ossia un rischio derivante dalle particolari condizioni dell’attività lavorativa svolta e/o dell’apparato produttivo dell’azienda –, ovvero da un rischio generico aggravato – ossia da un rischio che, pur essendo comune a tutti i cittadini che non svolgono l’attività lavorativa dell’assicurato, si pone, tuttavia, in ragione di necessario collegamento eziologico con l’attività lavorativa del medesimo (es.: infortunio in itinere) ”.*

Ad avviso dei Supremi Giudici di legittimità e di una parte della dottrina¹⁹², restano esclusi dalla tutela quegli infortuni conseguenti ad un comportamento estraneo al lavoro, simulato dal lavoratore o le cui conseguenze siano dolosamente aggravate dallo stesso. Non è, cioè indennizzabile il *“rischio generato da un’attività che non*

¹⁹² M. MORELLO, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro* in *Dir. sic. lav.*, 2-2016, che richiama, a sua volta, G. FERRARI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, Cedam, 2004, p. 162 ss.

abbia rapporto con lo svolgimento dell'attività lavorativa o che esorbiti in modo irrazionale dai limiti di essa"¹⁹³.

In questo senso, l'occasione di lavoro finisce per essere un concetto dotato di un'estensione notevole, ma pur sempre collegato in via causale allo svolgimento delle mansioni qui il singolo lavoratore è preposto. L'infortunio non deve semplicemente insorgere sul luogo di lavoro, ma in virtù dello stesso.

Esso può dirsi avvenuto in occasione di lavoro "ogni qualvolta sia il lavoro a determinare il rischio di cui è conseguenza l'infortunio stesso"¹⁹⁴.

Per causa violenta, ad avviso della giurisprudenza e della dottrina¹⁹⁵ più attente, si intende, invece, la componente esterna che arreca danno all'organismo del lavoratore, attraverso un'azione rapida e concentrata nel tempo, che si dispiega nell'ambiente lavorativo.

La causa violenta può concretizzarsi in sforzi muscolari, sostanze tossiche, virus, peculiari condizioni climatiche e microclimatiche.

Secondo orientamento consolidato¹⁹⁶, essa, per essere rilevante ai fini assicurativi, oltre che violenta ed esterna deve determinare un effetto dannoso alla vita o alla salute del lavoratore infortunato ed è indispensabile che l'evento nefasto sia conseguenza immediata e diretta dell'infortunio.

¹⁹³ In tal senso: Cass. civ., sez. lav., 19 aprile 2003, n. 6377.

¹⁹⁴ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Roma, 1913.

¹⁹⁵ In tal senso M. MORELLO, *Alle origini della tutela*, cit.

¹⁹⁶ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 12 dicembre 1989, n. 5514 e Cass. civ., sez. lav., 9 giugno 1994, n. 5602.

Così, la giurisprudenza ha cristallizzato gli elementi che individuano la nozione di causa violenta in relazione all'infortunio sul lavoro: efficienza causale, esteriorità, rapidità e concentrazione.

Inoltre, con riguardo alle malattie infettive e parassitarie, tra le quali può farsi rientrare il Sars-Cov2, i Giudici di legittimità, nel corso del tempo, hanno avuto modo di evidenziare che: *“nell’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, costituisce causa violenta anche l’azione di fattori microbici o virali che, penetrando nell’organismo umano, ne determinino l’alterazione dell’equilibrio anatomico – fisiologico, sempre che tale azione, pur se i suoi effetti si manifestino dopo un certo tempo, sia in rapporto con lo svolgimento dell’attività lavorativa, anche in difetto di una specifica causa violenta alla base dell’infezione”*¹⁹⁷.

In virtù dell’obiettivo difficoltà di ricondurre eziologicamente con certezza matematica l’evento nefasto, consistente nella contrazione del virus da Covid-19, all’occasione di lavoro, si è delineato un orientamento giurisprudenziale in virtù del quale la

¹⁹⁷Cfr. Cass. civ.,sez. lav.. del 12.05.2005, n. 9968 e Cass. civ., sez. lav.., dell’1.06.2000, n. 7306. Nella prima pronuncia, la Suprema Corte ha confermato le statuizioni del giudice d’Appello il quale, in base alle risultanze della c.t.u., aveva ritenuto che la dipendente, assistente socio sanitaria con mansioni di collaborazione con il personale infermieristico, avesse, secondo un calcolo probabilistico, contratto l’infezione da epatite B proprio nell’espletamento dell’attività ospedaliera. Nella seconda sentenza, invece, i supremi Giudici di Legittimità hanno riconosciuto la dipendenza della contrazione dell’epatite dall’attività lavorativa per un infermiere professionale che deduceva di essersi punto con l’ago di una siringa mentre effettuava un prelievo di sangue ad un soggetto ricoverato.

prova in giudizio, in queste ipotesi, può essere fornita anche mediante presunzioni semplici.

Al riguardo, è stato affermato che devono sussistere fatti noti dai quali desumere “l’occasione di lavoro” del contagio come conseguenza ragionevolmente possibile dell’attività prestata, alla stregua di canoni di probabilità, la cui sequenza e ricorrenza devono essere verificabili adoperando le comuni regole di esperienza¹⁹⁸.

La qualificazione normativa dell’infezione da Covid-19 come infortunio sul lavoro prevede l’estensione alla stessa della disciplina relativa all’infortunio in itinere, ossia quello che si verifica durante il tragitto casa-luogo di lavoro, ai sensi dell’art. 12 del D. Lgs. n. 38 del 2000, sempre che sia data prova della sussistenza del nesso di occasionalità tra la contrazione della malattia e il lavoro¹⁹⁹. Tra l’altro, come una parte della dottrina non ha mancato di evidenziare²⁰⁰, sino al termine dell’emergenza

¹⁹⁸Sulla valenza probatoria delle presunzioni, fra tutte: Cass. civ. del 31/10/2011, n. 22656; Cass. civ. del 6/02/2019, n.

3513 e Cass. civ. del 30/05/2019, n. 14762.

¹⁹⁹Pronunciatesi in un caso di aggressione avvenuta nel tragitto casa-lavoro, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno escluso dall’ambito dell’indennizzabilità l’evento dannoso, ritenendolo del tutto scollegato dalla prestazione lavorativa. Piuttosto, in tal caso, ad avviso dei supremi giudici di legittimità, il collegamento tra l’evento lesivo e il normale percorso di andata e ritorno dal lavoro risultava basato su una mera coincidenza cronologica e topografica, tale da escludere l’occasione di lavoro, poiché l’aggressione era dipesa unicamente dai rapporti personali propri della vittima e dell’aggressore (Cass. civ. SS. UU., 7.09.2015, n. 17685).

²⁰⁰P. GHINOY, *L’infezione da covid 19 e la tutela INAIL*, in *Rivista Nuova di Diritto del Lavoro – Lavoro Diritti Europa*, num. 2/2020 (estratto).

sanitaria, la circolare Inail n. 13 del 3 Aprile 2020 prevede l'uso del mezzo di trasporto privato come necessitato - dato l'altissimo pericolo di contrazione del virus che deriva dal far uso dei mezzi pubblici - con relativa copertura assicurativa dell'infortunio in itinere anche in questa circostanza.

Per determinate attività in cui il rischio di esposizione al contagio da Sars-Cov2 è più elevato, una dottrina²⁰¹ ha fatto notare che il rischio aggravato, di cui si è detto in precedenza, come chiarito dalla circolare dell'Inail n. 13 del 3 aprile del 2020, si trasforma in rischio specifico, data l'elevatissima probabilità che il lavoratore, per la natura dell'attività professionale svolta, resti esso stesso vittima del virus.

Il riferimento è alle attività lavorative sanitarie e, in generale a tutti quei lavori che vengono svolti a contatto con il pubblico o, in generale, con l'utenza (front-office, vendita, cassa e anche attività di natura non sanitaria, ma che si dispiega all'interno degli ospedali con mansioni tecniche, di supporto e di pulizia).

Con riguardo a queste tipologie di impiego, tale impostazione dottrinale pone in risalto che esiste sempre una presunzione semplice relativa alla contrazione del virus in occasione di lavoro, per cui sarà comunque necessario un accertamento rigoroso dei fatti e delle circostanze dai quali possa desumersi il contagio in ambito lavorativo, essendo vietato qualunque automatismo in tal senso, come puntualizzato anche dall'Inail, nella sua successiva circolare del 20 maggio 2020.

Inoltre, trattandosi di presunzione semplice, sarà ammessa la prova contraria, ove adeguatamente articolata in giudizio.

²⁰¹P. GHINOY, *op loc. cit.*

Questa impostazione dottrinale, benché ragionevole, non è generalmente condivisa. C'è chi ritiene²⁰² che per il virus da Covid-19 contratto da parte del personale sanitario dovrebbe operare una presunzione quasi assoluta di origine professionale del contagio, stante l'altissima concentrazione del rischio di infezione in ragione del lavoro espletato.

Dovrebbe, cioè, configurarsi per tali categorie professionali una presunzione incontrovertibile in giudizio circa la contrazione del virus a causa del lavoro svolto.

Inoltre, la stessa dottrina pone in risalto alcune lacune soggettive della *lex specialis* di cui all'art. 42 del D.L. n. 18/2020, consistenti, in modo specifico, nella mancata previsione, tra le professioni per le quali opera la tutela assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di quella dei medici titolari di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

Si pone in luce che tale tutela non è neppure prevista dalla disciplina generale di cui all'art. 5 del D. Lgs. n. 38/2000 che, nell'individuare i lavoratori parasubordinati destinatari della tutela assicurativa, opera un rinvio all'art. 49, co. 1, lett. a) – attualmente all'50, co. 1, lett. c-bis) – del T.U. delle imposte sui redditi, il quale esclude l'assimilazione ai fini fiscali a quello di lavoro subordinato del reddito prodotto dalle attività di collaborazione coordinata e continuativa, quando queste abbiano ad oggetto l'esercizio dell'arte o della professione: com'è quella dei medici.

²⁰²S. GIUBBONI, *Obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, WP "Massimo D'Antona", 2020, 417.

L'esclusione operata dall'art. 42 del c.d. Decreto Cura Italia viene criticata dalla dottrina in esame per l'irragionevolezza del trattamento dissimile di casi simili.

Tale censura, a parere di chi scrive, appare condivisibile, dal momento che se la volontà legislativa trasfusa nel su richiamato art. 42 fosse quella di estromettere dalla tutela indennitaria il professionista sanitario sol perché privo di un contratto di tipo subordinato ciò determinerebbe una grave violazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost.

L'esposizione a contagio in ambiente sanitario, così elevata da trasformarsi in rischio specifico, è di tutti gli operatori, a prescindere dal loro inquadramento contrattuale.

Ragion per cui, sarebbe opportuno che ognuno di essi ricevesse protezione adeguata in relazione alla medesima prestazione lavorativa espletata, senza che sia ingiustificatamente favorita una classe di operatori, avente un determinato inquadramento contrattuale, rispetto ad un'altra.

L'impostazione legislativa vista, relativa alla qualificazione come infortunio sul lavoro del virus contratto "in occasione" della prestazione lavorativa, consente di superare la problematica legata alla forma di responsabilità civile o penale del datore per il danno alla salute o alla vita subito dal lavoratore che sia stato vittima del Sars-Cov2.

Resta, però, ferma, in aggiunta a quella indennitaria, l'eventuale responsabilità risarcitoria qualora si fornisca in giudizio la dimostrazione relativa al fatto che il virus, oltre ad essere stato contratto in occasione di lavoro, è dipeso anche dall'omissione

delle cautele datoriali atte a garantire lo svolgimento in sicurezza della prestazione lavorativa.

La scelta di politica legislativa operante in questa materia, ai sensi dell'art. 42 del "Decreto Cura Italia", dipende dalla circostanza in base alla quale anche contesti leciti possono essere fonte di danno.

L'indennizzo serve, quindi, proprio a compensare il pregiudizio derivante da un'attività lecita, ossia il danno verificatosi durante lo svolgimento dell'attività pericolosa, ma utile per la collettività e per questo autorizzata dall'ordinamento.

Nel contesto pandemico, la regola indennitaria ha avuto un'estensione massima, perché anche attività lavorative normalmente non considerate pericolose dal legislatore hanno ricevuto una tutela rafforzata e ciò in quanto il luogo di lavoro, apparentemente sicuro in sé e per sé considerato, è divenuto luogo di circolazione del virus ed è, pertanto, stato trattato dal legislatore alla stregua dell'ambiente lavorativo altamente nocivo.

3. La valenza legale dei Protocolli anti-contagio e la sospensione dell'attività produttiva nell'ottica della tutela della salute del lavoratore.

Come visto, la situazione di emergenza epidemiologica ha comportato un intervento eccezionale del legislatore volto ad apprestare i rimedi più adeguati ad arginare le conseguenze pregiudizievoli causalmente riconducibili alla contrazione del virus in ambito lavorativo.

Alcuni autori si sono, perciò, interrogati sulla natura giuridica dei provvedimenti adottati e di come essi si siano posti rispetto agli

oneri di sicurezza derivanti dall'art. 2087 c.c. e dal Testo Unico sulla sicurezza nei luoghi di lavoro.

Infatti, l'art. 29 bis del c.d. Decreto Liquidità (n. 23 del 2020, convertito nella L. n. 40 del 2020), rubricato "obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19", impone che: *"ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33"*.

Ad avviso di alcuni²⁰³, la normativa d'urgenza si sarebbe andata a sostituire a quella ordinaria prevista dall'art. 2087 c.c.; per altri²⁰⁴, invece, il regime eccezionale di cui all'art. 29 bis avrebbe comportato un'integrazione della disciplina tradizionale in materia di sicurezza sul lavoro, andando così a completare il regime civilistico, secondo gli artt. 1218 e 2087 c.c., in tema di responsabilità per inadempimento del datore.

²⁰³A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, 2, 7 e M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 267 ss.

²⁰⁴A. INGRAO, *Tutela della salute e della privacy*, cit.

Quest'ultima tesi, valorizzata anche da una recente impostazione giurisprudenziale in materia²⁰⁵ - la quale considera la responsabilità del datore per l'omissione della normativa in materia di sicurezza non di natura oggettiva, bensì soggettiva, quindi ricollegabile alla colpa del datore per violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento storico di riferimento – comporta un onere della prova gravoso, tanto per il lavoratore, quanto per il datore.

Se è il lavoratore che deve provare di aver contratto la malattia in dipendenza dell'attività lavorativa, dimostrando, oltre all'esistenza del danno alla salute, anche la nocività dell'ambiente lavorativo nonché il nesso eziologico tra i due, dal canto suo, il datore di lavoro ha l'onere di provare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del fatto dannoso.

In questa prospettiva, le regole di sicurezza imposte con i Protocolli emergenziali vanno ad integrare il sistema di regole cautelari che il datore è tenuto ad osservare, onde assicurare lo svolgimento in sicurezza della prestazione lavorativa.

Tali protocolli, imponenti regole cautelari, sono qualificati²⁰⁶ come atti *latu sensu* normativi e, ancor di più, come integrazioni dei precetti di legge e della normazione secondaria stratificatasi nel periodo dell'emergenza sanitaria che integrano. Ragion per cui essi

²⁰⁵ P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?* in *Dir. sic. lav.*, 2019, n. 2, I, 98 ss. Cass. civ., sez. lav., 29 ottobre 2020, n. 23921.

²⁰⁶ P. PASCUCCI *Coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del D.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto nel D.L. n. 19/20*, in *Dir. sic. lav.*, 1/2020, 117 e ss.

possono farsi rientrare nella nozione di misure generali di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro ex art. 15 del D. Lgs n. 81/2008²⁰⁷.

Essi si impongono a vari livelli, avendo a volte un contenuto tecnico e specifico, altre elastico e generico, per cui necessitano dello sforzo adattivo del datore per concretizzarsi in maniera adeguata nel contesto aziendale.

Quel che è certo è che le previsioni contenute nei protocolli, una volta trasfuse in legge, com'è avvenuto nel contesto pandemico, attraverso l'art. 1, commi 14 e 15, del D. L. 16 maggio 2020, n. 33, convertito nella L. 14 luglio 2020, n. 74, acquistano la forza vincolante della fonte di normazione primaria, determinando un'estensione del dovere di prevenzione del datore nel contesto aziendale, obbligandolo a adottare le misure più idonee a scongiurare la contrazione del virus sul posto di lavoro da parte del dipendente.

Una parte della dottrina²⁰⁸ ha messo in risalto, come si sia posto, a questo punto, un problema in ordine alla necessità di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi da parte del datore di cui all'art. 28 del D. Lgs. n. 81/2008 in relazione al tipo di attività esercitata, tale da includere anche gli obblighi di sicurezza imposti nel contesto pandemico.

²⁰⁷ Così S. GIUBBONI, Covid-19: *obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 417/2020; C. TIMELLINI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d.lgs. 81/2008 e il d.lgs. 106/2009*, Torino, 2009, 55 e ss.

²⁰⁸ S. GIUBBONI, *op cit.*

Se questo è indiscusso con riguardo agli ambienti sanitari, dove si è evidenziata la sussistenza di un rischio specifico di contrazione del nuovo virus, così non è negli altri settori.

Tale orientamento esclude l'obbligo di aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, argomentando che dal T.U. sicurezza emerge la necessità in tal senso solo per i rischi specifici e non anche per quelli generici e che, la contrazione del virus da Covid-19 sia stata qualificata come rischio biologico generico dallo stesso Governo e dalle parti sociali che hanno condiviso ed approvato i protocolli emergenziali.

Tra le misure più significative assunte dai datori di lavoro, in particolare, durante la fase iniziale dell'insorgenza della crisi sanitaria nazionale, oltre alla costante sanificazione degli spazi adibiti al lavoro, alla turnazione dell'attività lavorativa, alla fornitura di dpi, al ricorso al lavoro agile, vi è stata anche la sospensione dell'attività lavorativa, ove la stessa non potesse svolgersi in sicurezza per i deficit aziendali noti al datore e non fosse attuabile il lavoro in delocalizzato per la natura giuridica della prestazione lavorativa.

Questa sospensione dell'attività produttiva è stata addirittura inizialmente imposta dallo stesso Governo, con il D.P.C.M. del 22 marzo 2020 con riguardo alle attività industriali, produttive e commerciali non indispensabili (consentendo la prosecuzione delle sole attività considerate essenziali e di quelle alle stesse funzionali), in una fase storica in cui le conoscenze scientifiche sul virus erano embrionali e limitate.

Il provvedimento di sospensione dell'attività normativamente imposto se, da un lato, si è dimostrato indice rivelatore dell'intento

del legislatore di favorire, nel bilanciamento tra gli opposti interessi fondamentali, il diritto alla salute, ex artt. 2 e 32 Cost, rispetto a quello al lavoro di cui agli artt. 1 e 4 Cost., dall'altro ha comportato una compressione del diritto alla realizzazione professionale, che è lo strumento indispensabile per il lavoratore per assicurarsi, mediante la retribuzione, un'esistenza libera e dignitosa.

Dunque, non può affermarsi che il regime eccezionale operante durante l'emergenza da Covid-19 abbia favorito in tutto e per tutto il lavoratore, dal momento che, per proteggere la sua integrità psico-fisica, lo ha privato, spesso, della sua fonte di sostentamento indispensabile.

4. *L'obbligo vaccinale e le sue conseguenze*

Si è molto discusso, dopo l'inizio della campagna vaccinale, se durante l'emergenza Covid fosse ammissibile l'imposizione ai lavoratori del vaccino specifico e quale siano le conseguenze dell'eventuale rifiuto.

Secondo alcuni in ragione dell'art. 2087 e degli obblighi che da questa norma discendono il datore sarebbe tenuto a salvaguardare la salute anche degli altri lavoratori e della collettività per cui la libertà del singolo lavoratore cederebbe di fronte a tali maggiori esigenze e diritti ed egli sarebbe pertanto legittimato ad imporre la vaccinazione ed a sanzionare l'eventuale rifiuto del lavoratore con il licenziamento²⁰⁹ o più probabilmente con la sospensione dal lavoro²¹⁰.

²⁰⁹ In tal senso A. BOTTINI, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, in *Quotidiano del lavoro. Il Sole 24-Ore*, 2021; S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Stefano Bellomo*, in

Accogliendo la configurazione del Covid come fatto estraneo all'organizzazione del lavoro va affermato anche che il relativo rischio sia estraneo all'obbligazione di sicurezza di cui all'art. 2087; in tali casi si deve anche escludere il potere del datore di imporre la vaccinazione anti Covid. Ove si ritenga, invece che l'obbligazione di sicurezza ricomprende anche i rischi estranei all'attività lavorativa sarebbe più conseguenziale affermare anche il potere del datore di imporre il vaccino. La ricostruzione che consente al datore di lavoro di imporre l'obbligo vaccinale ai lavoratori finirebbe per far ricadere su di lui anche le eventuali conseguenze negative che il vaccino potrebbe arrecare che invece devono necessariamente essere assunte dallo Stato²¹¹.

Labor. Il lavoro nel diritto, in www.rivistalabor.it, 2021; C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di Lavoro: l'opinione di Carlo Cester*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021; V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Vincenzo Ferrante*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021 P. ICHINO, *Liberi di non vaccinarsi, ma non di mettere a rischio la salute altrui*, in www.pietroichino.it, 2020. Più tardi lo stesso autore sconsiglierebbe la sanzione del licenziamento per consigliare quella della sospensione del rapporto, cfr. P. ICHINO, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, in www.pietroichino.it, 2021; Id., *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021.

²¹⁰ F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in www.linkedin.com, dicembre 2020; O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021; ID., *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021;

²¹¹ L. FAILLA, *Sconsigliabile imporre o proporre il vaccino*, in *Quotidiano del lavoro. Il Sole 24-ore*, 14 gennaio 2021

In una ricostruzione costituzionalmente orientata la problematica va interpretata alla luce dell'art. 32 co. 1 Cost., che garantisce l'autodeterminazione in materia sanitaria con il solo limite di non pregiudicare l'interesse della collettività²¹². Diritto che poi va correlato all'altro diritto fondamentale di cui all'art. 41 Cost. richiedendo un razionale bilanciamento d'interessi contrapposti, che va attuato dal legislatore secondo la previsione dell'art. 32 co. 2 Cost. e che non può quindi comportare una ingiustificata compromissione del diritto individuale riconosciuto dal co.1²¹³. Pertanto, l'imposizione dell'obbligo, anche da parte del legislatore, è legittima in quanto misura necessaria e proporzionata.

In assenza di una previsione legislativa dell'obbligo vaccinale²¹⁴ l'imposizione da parte del datore risulterebbe sproporzionata rispetto all'obiettivo di evitare il contagio agli altri lavoratori ed alla collettività, in considerazione dell'esistenza di altre misure che possono essere adottate a tal fine e consigliate anche dagli organismi sanitari, come il distanziamento sociale, le mascherine e la disinfezione delle mani. Pertanto, l'obbligo imposto dal datore comporterebbe uno sproporzionato sacrificio del diritto individuale alla salute a favore del diritto al lavoro.

Sotto altra prospettiva può evidenziarsi che la vaccinazione è indicata come mezzo di protezione individuale e pertanto non è

²¹² D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 39.

²¹³ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità umana*, in *Rivista AIC*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008.

²¹⁴ Tale obbligo fu previsto nel 2017 per i bambini e gli adolescenti, ma per specifici obiettivi e come temporaneo e come tale rivedibile. Cfr. Corte cost. n. 5 del 2018.

possibile imporre la vaccinazione con lo scopo di proteggere la collettività dei lavoratori né gli utenti che entrano in contatto con essi.

Il Covid può giustificare una lettura allargata dell'art. 2087 c.c. che determini la possibilità di imporre ai lavorati nuovi obblighi e che faccia nascere la necessità di incrementare le misure a carico del datore, e dei corrispondenti obblighi dei lavoratori, senza arrivare per questo all'imposizione dell'obbligo vaccinale²¹⁵. Il vaccino, poi, non può ritenersi condizione per lo svolgimento della prestazione lavorativa ed i lavoratori non vaccinati dovranno essere sottoposti a misure alternative che garantiscano la salute loro e dei compagni di lavoro.

Si è altresì escluso che il datore possa tramite l'intervento del medico competente far dichiarare l'inidoneità al lavoro del lavoratore non vaccinato ex art. 279 del d.lgs 81 del 2008 e per questa via giungere al suo licenziamento ove non fosse possibile individuare altre mansioni a cui adibire il lavoratore²¹⁶. Infatti, attraverso il richiamo alla disposizione richiamata si potrà al massimo giungere alla sospensione temporanea, secondo alcuni retribuita²¹⁷, secondo altri no, qualificandosi come ipotesi di

²¹⁵ M. CARBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2021* p. 94 ss.

²¹⁶ in argomento R. Guariniello, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?* in A.a., V.v., *Coronavirus: come ripartire. Dossier*, Wolters Kluwer-Ipsoa, Milano, 2020; G. FALASCA, *Non è così facile licenziare un dipendente che non vuole vaccinarsi. Sosteniamo la scienza senza perdere la certezza del diritto*, in *www.open.online.it*, 2021.

²¹⁷ M. CARBONE, *op. loc cit.*, p. 101.

impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c.²¹⁸, ma non al licenziamento, ovvero all'applicazione di mansioni diverse che nel caso specifico giustificherebbero anche un temporaneo demansionamento. La giurisprudenza ha peraltro affermato che anche il licenziamento per inidoneità del lavoratore è sottoposto al regime del blocco dei licenziamenti introdotto dalla legislazione anti Covid²¹⁹.

Quanto fin qui detto, non riguarda, evidentemente, i soggetti per i quali l'obbligo vaccinale è previsto legislativamente in ragione della prestazione svolta (medici e altro personale sanitario occupato presso strutture sanitarie o assistenziali) dall'art. 4, d. l. n. 76/2021 che prevede altresì la sospensione dal servizio senza retribuzione in caso di rifiuto ed impossibilità di applicare il lavoratore a mansioni diverse anche dequalificanti. La sospensione prevista in tali casi è norma speciale e non può essere estesa ad altre ipotesi²²⁰. Nel caso in esame, infatti l'obbligo è imposto dalla legge come richiesto dall'art. 32 Cost. e si pone per finalità di tutela collettiva, anche in funzione della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Il potere di sospensione dal lavoro consentito al datore in caso di rifiuto del lavoratore di vaccinarsi rientra nel principio di precauzione a cui deve ispirarsi il comportamento del datore per garantire un ambiente lavorativo salubre, che nelle strutture sanitarie al tempo

²¹⁸ P. ICHINO, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, *op.loc. cit.*

²¹⁹ Tribunale Ravenna, sez. lav., sent., 07/01/2021.²²⁰ In argomento v. E. GRAGNOLI, *L'obbligo di vaccinazione e il cosiddetto certificato verde*, in *Dir.merc. lav.*, n3, 2021, p. 587 ss.

²²⁰ In argomento v. E. GRAGNOLI, *L'obbligo di vaccinazione e il cosiddetto certificato verde*, in *Dir.merc. lav.*, n3, 2021, p. 587 ss.

del Covid è certamente particolarmente delicato. Peraltro, è indubbio che è certamente difficile individuare diverse ed anche inferiori mansioni a cui adibire i sanitari di cui alla legge in esame a mansioni diverse.

5. Il divieto dei licenziamenti ai tempi del Sars-Cov2 e i dubbi di legittimità costituzionale.

La sospensione dello svolgimento delle attività produttive non essenziali nel periodo iniziale della pandemia e, in generale, di tutte quelle nelle quali non fosse materialmente possibile per il datore di lavoro, in qualità di garante della sicurezza, assicurare il rispetto degli standard prudenziali legalmente imposti, ha determinato una situazione di crisi economica non solo per i lavoratori, ma per tutti i consociati in generale.

Con riguardo al diritto del lavoro, il legislatore è intervenuto normativamente per cercare di arginare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'impossibilità di rendere la prestazione lavorativa che, nel caso della sospensione dell'attività ex lege, può essere qualificata come impossibilità sopravvenuta della prestazione, facendo venir meno anche il relativo dovere retributivo in assenza di corrispettività tra le prestazioni.

La soluzione di compromesso adottata per salvaguardare gli interessi del lavoratore, senza, tuttavia, rendere inattuabili gli obblighi retributivi del datore, è stata quella di prevedere, tra le altre misure, in particolare, un sistema di integrazione salariale, nonché di inibire i licenziamenti sino al termine del periodo di emergenza nazionale, provvedimento più volte prorogato nel corso dell'ultimo biennio.

Questi strumenti d'intervento in chiave garantista hanno riguardato, in modo particolare, i lavoratori dipendenti, soggetti ritenuti maggiormente vulnerabili dal punto di vista contrattuale rispetto a quelli autonomi.

In riferimento agli strumenti di integrazione salariale ordinari e in deroga e di assegno di integrazione salariale con la causale Covid -19, il governo è intervenuto a più riprese, con una normativa emergenziale²²¹.

Ciò ha consentito di contemperare gli opposti interessi in gioco: quello alla vita e alla salute dei lavoratori con quello alla retribuzione e alle esigenze produttive dell'impresa.

Anche se le misure emergenziali sono state introdotte con il carattere della temporaneità, alcuni²²² hanno fatto notare come il protrarsi della crisi sanitaria e, per l'effetto, la proroga dello stato di emergenza nazionale si siano portati dietro il rischio di determinare

²²¹La normativa cui si fa riferimento è quella fissata dagli artt. dal 19 al 22-*quinquies* del D.L. 18/2020, all'articolo 70-*bis* del D.L. 34/2020, all'articolo 1 del D.L. 104/2020, all'articolo 12 del D.L. 137/2020, all'art. 1, commi 299-308, della L. 178/2020, all'art. 8 del D.L. 41/2021 e all'art. 11 del D.L. 146/2021. Gli interventi di integrazione salariale con causale COVID-19 possono essere autorizzati, con riferimento a periodi di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa decorrenti dal 23 febbraio 2020, per una durata massima di sessantasette settimane per la CIGO e di novantacinque settimane per la CIGD e l'assegno ordinario (dal 1° gennaio 2022, a seguito della riforma introdotta dalla legge di bilancio 2022, assegno di integrazione salariale - AIS), fatto salvo un periodo aggiuntivo per alcune aree territoriali.

²²²In tal senso M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro in prospettiva coronavirus*, in *DPL*, 2020, 22, 1359 ss.; M. CINELLI, «*Il welfare al tempo della pandemia*». *Note a margine, pensando al «dopo»*, in *RDSS*, 2020, 2, 301 ss.

una sostanziale stabilizzazione degli effetti derivanti da questi provvedimenti normativi, con un'ibridazione del sistema.

Passando all'esame, nel merito, di una delle principali misure adottate, il blocco dei licenziamenti²²³ ha avuto, in particolare, lo scopo di dare continuità ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Alcuni autori²²⁴ hanno sottolineato come questa misura, più che di stretta politica del mercato del lavoro, abbia avuto un ruolo di tutela della politica economica *tout court* e che tale funzione si evincerebbe dal fatto che il blocco impedisce in via temporanea le procedure di riduzione del personale e il divieto di recesso per motivi oggettivi caratterizzati da giustificazioni anche diverse ed autonome rispetto a quelle proprie dell'emergenza sanitaria. La conseguenza del licenziamento intimato in violazione delle disposizioni anti Covid è la nullità con la reintegra ad applicazione generalizzata. Il blocco successivamente è stato collegato con la possibilità di usufruire dei trattamenti di integrazione salariale²²⁵ o con l'esonero dei contributi previdenziali.

²²³I cui principali fondamenti normativi si rinvergono nell'art. 8, co. 1, 2,8, 9,10 e 11, d.l. n. 41/2021, nell'art. 40, co. 3, 4, e 5, d.l. n. 73/2021 e, infine nell'art. 4, co. 2, 4 e 8, d.l. n. 99/2021, nonché nell'avviso comune sottoscritto il 29 giugno 2021 in sede governativa da Cgil, Cisl, Uil, Confindustria, Alleanza delle Cooperative e Confapi (AC/2021) in correlazione con il D.L. n. 99/2021.

²²⁴F. SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc. 2, 1° maggio 2020, p. 313.; S. NAPPI, *L'impatto del Covid sulla gestione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. merc lav.*, n. 3, 2021, 613 ss.

²²⁵ Secondo alcuni sarebbe sufficiente l'astratta possibilità di usufruire di tali trattamenti ancorchè non richiesti dal datore: cfr. S. NAPPI, op. ult. cit., p. 620.

Inoltre, secondo questa stessa prospettiva, la disciplina emergenziale relativa al c.d. “blocco dei licenziamenti” avrebbe avuto una dimensione fortemente solidaristica, obbligando il datore a tenere un comportamento socialmente responsabile, finalizzato al mantenimento dell’occupazione, che va al di là della dimensione individuale e che è espressione dell’innesto della solidarietà sociale nel diritto dei contratti, attraverso le clausole della correttezza e della buona fede.

L’iniziale disciplina sulla sospensione dei licenziamenti, ossia l’art. 46 del D. L. n. 18/2020, prevede un blocco sull’intero territorio nazionale, data la diffusione generalizzata del virus in tutto il paese²²⁶.

Tale sospensione riguardò il potere di recesso per ragioni economiche di tutti i datori di lavoro, a prescindere dalle dimensioni della organizzazione produttiva. La disposizione, più volte reiterata²²⁷, – impedisce di avviare licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo.

Il 30 giugno 2021 è venuto meno il divieto generale di licenziamento applicabile a tutti i datori di lavoro previsto dall’art. 8, co. 8 del D.L. n. 41/2021.

Dal 1° luglio 2021 operano alcune misure eccezionali con le quali il legislatore ha prorogato il divieto di licenziamento circoscrivendone, però, l’ambito di applicazione ad alcune tipologie

²²⁶ Questo provvedimento determinò un’estensione delle misure adottate in origine solo nelle “zone rosse” dei comuni lombardi del lodigiano, con il D. L. n. 9 del 2020.

²²⁷ Inizialmente per 60 giorni – fino al 17 maggio 2020 – poi per cinque mesi – fino al 17 agosto 2020.

di impiego²²⁸. Da ultimo, il divieto di licenziamento è stato prorogato sino ad aprile 2022.

Dopodiché, il blocco è stato rimosso con la cessazione dello stato di emergenza nazionale.

Come alcuni hanno sottolineato²²⁹, il legislatore emergenziale si è avvalso di alcuni criteri di selezione per individuare i datori di lavoro soggetti al divieto di licenziamento.

Al riguardo, è stato previsto un regime differente per i datori dotati di alcune caratteristiche²³⁰ soggettive, anche unitamente alla

²²⁸Per i lavoratori del settore terziario e dell'artigianato e, in generale, per le aziende del comparto industriale più in crisi, ovvero tessile, abbigliamento e pelletteria.

²²⁹A. MARESCA, *Il groviglio normativo sul blocco/sblocco dei licenziamenti: come si applica?* in *Riv. it di. lav.*, 2021.

²³⁰Nel primo gruppo rientrano i datori di lavoro per i quali continua ad essere prevista la cig-Covid, cioè “i trattamenti di assegno ordinario e di cassa integrazione salariale in deroga di cui agli articoli 19, 21, 22 e 22-quater del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27” (art. 8, co. 2 e 10, d.l. n. 41/2021) oppure “il trattamento di cassa integrazione salariale operai agricoli (CISOA)” (art. 8, co. 8, d.l. n. 41/2021). In questa ipotesi, il legislatore ha circoscritto l'efficacia temporale del divieto di licenziamento fissandone il termine ultimo al 31 ottobre 2021.

Questo identico divieto e per lo stesso arco di tempo è stato applicato dall'art. 4, co. 2 e 4, d.l. n. 99/2021 anche con riguardo ai “datori di lavoro delle industrie tessili, delle confezioni di articoli di abbigliamento e di articoli in pelle e pelliccia e delle fabbricazioni di articoli in pelle e simili, identificati, secondo la classificazione delle attività economiche Ateco2007, con i codici 13, 14 e 15”. A questi datori di lavoro viene accordato un “trattamento ordinario di integrazione salariale di cui agli articoli 19 e 20 del D. L. 17 marzo 2020, n.18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 per una durata massima di diciassette settimane nel periodo compreso tra il 1° luglio e il 31

fruizione della cig, rispetto a quelli che abbiano esclusivamente fruito della cassa integrazione²³¹.

Taluno ha posto in rilievo che, nel post pandemia, i licenziamenti, svincolati dalla normativa emergenziale, potrebbero aumentare a dismisura rispetto al periodo ante-covid-19, determinando un conflitto sociale d'altri tempi²³².

Quello che, però, ha maggiormente preoccupato la dottrina²³³ è stato il regime della proroga della sospensione dei licenziamenti, tematica che si accompagna a delicate questioni di legittimità costituzionale.

ottobre 2021. Per i trattamenti concessi ai sensi del presente comma non è dovuto alcun contributo addizionale” (art. 4, co. 2, d.l. n. 99/2021).

²³¹In questo caso, si configurano due ipotesi. La prima, prevista dall'art. 40, co. 3 e 4, d.l. n. 73/2021, riguarda “i datori di lavoro privati di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, convertito, con modificazioni, dalla legge dalla legge 21 maggio 2021, n. 69, che a decorrere dalla data del 1° luglio 2021 sospendono o riducono l'attività lavorativa e presentano domanda di integrazione salariale ai sensi degli articoli 11 e 21 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148”. La seconda ipotesi si applica, in base a quanto prevede l'art. 40-bis, co. 1 e 2, d.l. n. 73/2021 inserito dal d.l. n. 99/2021, ai “datori di lavoro di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 maggio 2021, n. 69, che non possono ricorrere ai trattamenti di integrazione salariale di cui al decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148” e “che presentano domanda di integrazione salariale” “per fronteggiare situazioni di particolare difficoltà economica presentate al Ministero dello sviluppo economico”.

²³² G. CANAVESI, *La specialità degli ammortizzatori sociali “Emergenza covid-19: intervento emergenziale o nuovo modello di tutela?”*, in *Dir. rel. ind.*, fasc. 3, 1° settembre 2020, p. 749.

²³³ R. COSIO, *Il blocco dei licenziamenti al tempo del Covid -19. Tra Carte e Corti*, aggiornato al 30 novembre 2020.

Secondo questo orientamento, la situazione emergenziale²³⁴ pandemica va intesa come avente carattere temporaneo ed eccezionale, solo così è possibile sacrificare validamente e legittimamente la libertà d'impresa.

Inoltre, la legislazione d'emergenza deve avere una copertura costituzionale per essere ossequiosa dei dettami ordinamentali.

I principi che entrano in gioco sono, quindi, quelli di cui agli artt. 2 e 32 Cost., nonché quelli previsti dagli artt. 4 e 41 della stessa Costituzione.

Tale tesi ha posto in evidenza che il regime eccezionale poteva dirsi rispettoso del sistema costituzionale esistente solo per il periodo iniziale del blocco dei licenziamenti.

Con la reiterazione del blocco, sono insorti dubbi di legittimità costituzionale in ragione di due circostanze: la proroga non avrebbe copertura legale; la sospensione dei licenziamenti non sarebbe rimedio proporzionato rispetto agli altri valori in gioco.

È stato, cioè, sostenuto che l'automatismo con cui la legislazione d'urgenza ha previsto la proroga del blocco dei licenziamenti, ritenendo, di fatto, in via automatica prevalente il diritto all'occupazione dei lavoratori rispetto alle ragioni dell'impresa, è irragionevole.

Secondo questa visione è sempre necessario un bilanciamento tra gli interessi di pari rango costituzionale, non esistendo valori

²³⁴La disciplina dello stato di emergenza è stata introdotta con legge n. 225/1992 e richiede un presupposto di fatto (nel nostro caso, l'emergenza sanitaria dichiarata dall'OMS), un atto di proclamazione e una previsione di cessazione degli effetti (La durata della dichiarazione dello stato di emergenza non può essere superiore a 180 giorni, prorogabile per non più di altri 180).

insopprimibili in via assoluta nel giudizio di comparazione (come pure è sostenuto da taluno²³⁵) e questo tipo di regola costituzionale potrebbe evincersi anche in base alla lettura del caso Ilva²³⁶.

Se, infatti, la tutela dell'occupazione nella fase iniziale della pandemia poteva dirsi certamente prevalente, lo stesso non può essere affermato avendo riguardo alle fasi successive dell'emergenza sanitaria.

Ad avviso di tale dottrina, nella fase successiva a quella iniziale, probabilmente, anziché fare uso dello strumento della proroga della sospensione dei licenziamenti, sarebbe stato più adeguato ricorrere a misure alternative, utilizzando strumenti maggiormente rispettosi di tutti gli interessi costituzionali in gioco²³⁷.

Inoltre, dubbi di legittimità costituzionale deriverebbero anche dalla formulazione dell'art. 14 del D.L. n. 104/2020, che prevede un "corrispettivo" al blocco dei licenziamenti, ossia i trattamenti di integrazione salariale o l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali. Chi avesse deciso, nel periodo coperto da quella

²³⁵F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in *Federalismi.it*, 32/2020, 18 novembre 2020.

²³⁶Corte cost. sentenza n. 85/2013.

²³⁷A differenza dell'Italia, gli altri Paesi europei hanno introdotto, in linea di massima, misure a sostegno delle imprese simili alla nostra cassa integrazione, mentre solo Spagna e Grecia hanno previsto in aggiunta a tali misure una sospensione dei licenziamenti per ragioni economiche che, tuttavia, non si configurano come un divieto assoluto al pari di quanto previsto in Italia. In Spagna, infatti, il divieto attiene solo ai licenziamenti economici per ragioni legate alle contingenze pandemiche. In Grecia il divieto di licenziamento riguarda soltanto le aziende la cui attività è stata oggetto di sospensione da parte del Governo.

disposizione, di non beneficiare di tali aiuti avrebbe potuto liberamente effettuare operazioni di riduzione del personale.

Secondo alcuni²³⁸, quindi, il divieto di licenziamento di cui sopra sarebbe stato riferibile solo a quegli imprenditori che avessero deciso di fare ricorso all'integrazione salariale.

Si è discusso, perciò, sul se fossero legittimi o meno i licenziamenti intimati nel periodo regolato dall'art. 14 del D.L. n. 104/2020 per coloro i quali non avessero fatto ricorso alla cassa integrazione guadagni per covid-19 e in questi termini è stata prospettata la questione di legittimità costituzionale di cui si è detto in precedenza.

Nonostante le misure della reiterazione del blocco dei licenziamenti abbiano fatto tanto discutere, un dato è innegabile: tale scelta normativa ha mostrato una predilezione per la tutela del lavoratore, parte debole della relazione negoziale, considerato particolarmente vulnerabile durante l'emergenza pandemica.

Non è, però, trascurabile che la valutazione a livello europeo, in particolare espressa dalla Commissione UE, circa le misure adottate dallo Stato italiano per fronteggiare l'emergenza sanitaria, è stata fortemente critica.

È stato, infatti, evidenziato come, in realtà, la scelta concretizzatasi nel blocco dei licenziamenti non è stata effettivamente premiante nei termini del mantenimento dell'occupazione, determinando, al contrario, un ostacolo al

²³⁸A. MARESCA, *Il divieto di licenziamento per covid è diventato flessibile (prime osservazioni sull'art. 14 del D.L. n. 104/2020)*, in *Labor - Il lavoro nel diritto*, 29 settembre 2020.

necessario adeguamento della forza lavoro alle esigenze aziendali²³⁹.

²³⁹Secondo la Commissione UE, la misura avrebbe un effetto distorsivo sul mercato del lavoro, perché ne altererebbe l'andamento fisiologico, creando una discrepanza tra i lavoratori a tempo indeterminato, che sarebbero ingiustificatamente avvantaggiati, rispetto ai precari, gli stagionali e gli interinali.

La Commissione Europea chiede di dare priorità agli investimenti sostenibili che supportino la crescita, la transizione digitale e l'ambiente, fonte: *www.ildiariodeldavoro.it*.

CAPITOLO IV

Forme di tutela lavorista e civilistica dei diritti fondamentali

Sommario: **1.** *Forme di tutela lavoristiche.* **2.** *Rimedi manutentivi e demolitori.* *a) La tutela risarcitoria: il risarcimento in forma specifica o per equivalente.* **3.** *continua.* *b) La nullità.* **4.** *continua.* *c) L'abuso del diritto.* **5.** *continua.* *d) L'abuso del diritto, con specifico riguardo al contratto a termine.* **6.** *continua.* *e) Il contratto in frode alla legge.* **7.** *continua.* *f) il contratto in frode alla legge, con particolare riguardo al caso dell'arruolamento marittimo a tempo determinato.* **8.** *continua.* *g) La frode alla legge nel demansionamento.* **9.** *continua.* *h) I canoni di correttezza e buona fede contrattuale.* **10.** *continua.* *i) L'eccezione d'inadempimento.* **11.** *continua.* *l) La prescrizione dei diritti di credito da lavoro.*

1. *Forme di tutela lavoristiche*

La salvaguardia dei diritti fondamentali del lavoratore involge una disciplina articolata, che intercetta diverse branche del diritto, proprio perché differenti sono le sfaccettature che le situazioni giuridiche soggettive possono assumere nel corso del rapporto di lavoro.

In particolare, nel campo della normazione, il diritto del lavoro si caratterizza per una disciplina speciale ed una generale. La speciale, pur facendo parte della più ampia branca civilistica, si distingue da quella ordinaria per il tecnicismo della materia e conduce a scelte di politica legislativa *ad hoc*, ossia all'introduzione di un regime normativo eccezionale che, tuttavia, non inibisce alle regole proprie del diritto civile di operare in caso di vuoti di tutela e/o in via di integrazione.

Invero, ad esclusione della materia penale, per la quale vige il divieto di applicazione analogica in caso di vuoto normativo e sussiste una riserva di legge in senso forte²⁴⁰, la materia del diritto del lavoro, rientrando nel ramo civilistico - come dimostra la sua collocazione nel libro V del Codice civile - risente delle applicazioni proprie di tale settore.

In questo campo viene fatta applicazione delle norme di sistema che appartengono al diritto civile, soprattutto quando ci sono situazioni di criticità che lo impongono, come nell'ipotesi in cui vi sia uno stato di soggezione del lavoratore alle scelte, talvolta arbitrarie ed irragionevoli, del datore.

Quattro possono essere ritenute le disposizioni legislative in tal senso adoperabili: l'art. 12, comma 2, disp. prel. c.c., l'art. 1218 c.c., l'art. 1339 c.c. e l'art. 2043 c.c.

²⁴⁰ Anche se la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie sono concordi nel ritenere che tale riserva di legge sia soddisfatta anche dalla produzione normativa che avvenga a mezzo decreti legge e decreti legislativi, i primi perché soggetti ad un controllo successivo di legittimità da parte del parlamento; i secondi perché vi è una preventiva autorizzazione parlamentare e quindi, comunque, una forma di controllo sull'attività di normazione specificamente assegnata al governo da parte dell'organo rappresentativo della democraticità statale.

In particolare, il principio di analogia *legis*, di cui all'art. 12, comma 2, delle disposizioni preliminari al cod. civ., è espressione del procedimento mediante il quale l'interprete del diritto, qualora vi sia una lacuna normativa nel disciplinare la fattispecie concreta, applica le norme previste dalla legge per casi simili o materie analoghe, purché tale applicazione non sia vietata dal legislatore e questa regola, non sussistendo alcun divieto in termini, è adoperabile anche nell'ambito lavoristico.

Il principio della responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., pone in luce la tutela esperibile in caso di parziale o totale inadempimento, che involge anche il rapporto lavorativo, essendo lo stesso basato su un contratto, sebbene denotato da regole peculiari.

Il principio della responsabilità aquiliana, di cui all'art. 2043 c.c., opera a completamento del sistema qualora si verificano danni ingiusti a terzi o alle parti della relazione negoziale stessa ed essendo una regola di sistema, essa è adoperabile anche nell'ipotesi in cui il danno derivi dall'esecuzione della prestazione lavorativa.

Tuttavia, a differenza dei principi di analogia, della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale, quello dell'etero integrazione del contratto, mediante inserzione automatica di clausole, prezzi o servizi imposti per legge, ex art. 1339 c.c., è la risultante di una forma di tutela generica per i contraenti della relazione contrattuale, che non sempre si rivela efficace ed in grado di apprestare il rimedio più adeguato alle parti del contratto di lavoro, soprattutto quando in gioco ci siano diritti fondamentali di una di esse.

Ciò in quanto l'art.1339 c.c. oltre che una funzione sostitutiva delle clausole “*contra ius*”, ha anche un ruolo di integrazione coattiva in chiave suppletiva dello schema contrattuale²⁴¹.

La sostituzione automatica di clausole o l'eterointegrazione del contratto di lavoro hanno come conseguenza una forma di tutela generica per i contraenti della relazione contrattuale e, per questo motivo, risultano rimedi deboli a fronte di quella che potrebbe essere una scelta contrattuale personalizzata dalle parti.

Una normativa specifica in materia lavorista o una volontà contrattualizzata tra le parti della relazione lavorativa consentono, quindi, di colmare il *vulnus* del contratto eventualmente esistente con una disciplina specifica e non generica e, per questo, maggiormente efficace.

La maggiore efficacia si spiega in virtù del fatto che il legislatore specializzato in materia riesce a compiere la migliore valutazione e ponderazione degli interessi in gioco, così come le parti della relazione negoziale sono considerate i migliori giudici dei propri interessi.

Nell'intento di definire in maniera puntuale i diritti e gli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, specialmente al fine di tutelare i diritti fondamentali della parte debole della relazione negoziale, il legislatore è intervenuto principalmente con la L. n.

²⁴¹Per un approfondimento della tematica, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, p. 471; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, p. 407 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, in *Il Contratto*, Trattato a cura di P. RESCIGNO, Torino, 1999, passim. In giurisprudenza, cfr. Cass., 21 gennaio 1985, n. 224.

300/1970, introducendo lo Statuto dei Lavoratori che ha costituito la base di partenza della successiva legislazione di protezione²⁴².

La composizione dei contrasti negoziali tra datori e lavoratori, alla luce della suddetta normativa, viene affidata alla contrattazione collettiva nazionale che, mediante il dialogo tra le rappresentanze sindacali dei datori e quelle dei lavoratori, deve realizzare una sintesi, quanto più possibile condivisa, dei diritti e degli obblighi che derivano dal contratto di lavoro nel settore di riferimento. In proposito la giurisprudenza²⁴³ ha affermato che *“il giudice di merito, quand’anche riconosce la nullità di alcune clausole contrattuali collettive, non può operare l’integrazione giudiziale del contratto (attraverso i principi di correttezza e buona fede) introducendo un regolamento di interessi diverso rispetto a quello che le parti sociali hanno raggiunto .. -in quanto non può- ... rompere l’equilibrio che dette parti avevano raggiunto con le scelte compiute”*.

Se è vero che i diritti fondamentali - tra cui rientra il diritto al lavoro in condizioni dignitose, in ambiente salubre, in assenza di discriminazioni di sorta - rappresentano una serie di valori

²⁴² Tale normativa reca un insieme di disposizioni di fondamentale importanza per la tutela della libertà e della dignità dei lavoratori (artt. 1 -13), della libertà sindacale (artt. 14 – 17), della stabilità del rapporto lavorativo, (art. 18) e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro (artt. 19 – 27). Le altre disposizioni centrali e specifiche del diritto al lavoro si individuano nella L. n. 108/1990, che regola i licenziamenti, nella L. n. 92/2012, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita e nel D. lgs. n. 23/2015, relativo al contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nel d. lgs. n. 87 del 2018 che ha rivisitato gran parte della disciplina precedente.

²⁴³ Cass., sez. lav., del 6 luglio 2007, n. 15275

insopprimibili, è anche vero che essi sono soggetti a continui bilanciamenti per risolvere conflitti tra interessi tutti ugualmente rilevanti e che quindi sono costretti a “cedere” vicendevolmente per far sì che ci possa essere la tutela più adeguata a soddisfare l’interesse da ritenere prevalente nel caso di specie²⁴⁴.

Questa forma di bilanciamento e di prevalenza di un interesse sull’altro è maggiormente accettata se attuata sulla base di una forma di dialogo e di condivisione.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al diritto di esercitare la libertà di culto, che include anche quello di praticare la preghiera o comunque il rito quotidiano che la religione richiede.

Se, nell’ordinamento giuridico italiano, al musulmano, che necessita di pregare all’orario prestabilito, fosse negato il diritto di praticare il culto nell’ambiente lavorativo, ci sarebbe una compressione del suo diritto fondamentale. Dall’altra parte, però, non si può negare che l’esercizio del culto in orario lavorativo potrebbe compromettere la produttività del lavoro e il diritto del datore di ottenere la sua controprestazione e di raggiungere il suo obiettivo produttivo, ex artt. 1, 2 e 4 Cost.

²⁴⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, al diritto di esercitare la libertà di culto, che include anche quello di praticare la preghiera o comunque il rito quotidiano che la religione richiede. Se, nell’ordinamento giuridico italiano, al musulmano, che necessita di pregare all’orario prestabilito, fosse negato il diritto di praticare il culto nell’ambiente lavorativo, ci sarebbe una compressione del suo diritto fondamentale. Dall’altra parte, però, non si può negare che l’esercizio del culto in orario lavorativo potrebbe compromettere la produttività del lavoro e il diritto del datore di ottenere la sua controprestazione e di raggiungere il suo obiettivo produttivo, ex artt. 1, 2 e 4 Cost.

Probabilmente, la tutela più efficace non viene in tal caso da una etero integrazione del contratto di lavoro, ma dall'accordo delle parti in seno alle rappresentanze sindacali, ove è possibile raggiungere dei punti di equilibrio per salvaguardare la posizione di tutte le parti contrattuali.

Alle volte, però, nonostante la specialità della materia, può accadere che la tutela lavorista non appresti strumenti pienamente soddisfattivi alla parte debole della relazione negoziale, proprio per la necessità di bilanciare interessi tra loro contrapposti.

In queste ipotesi, il diritto civile puro è utilizzato in chiave rafforzativa e di completamento. Il problema si pone in particolare nel rapporto tra responsabilità civile o nullità, essendo stato discusso da dottrina e giurisprudenza se comportamenti viziati da mancanza di correttezza e buona fede possano, in determinati casi, comportare anziché la responsabilità civile il rimedio più radicale della nullità.

Al riguardo, una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza esalta lo strumento del contratto in frode alla legge, dei canoni di correttezza e buona fede, dell'abuso del diritto, della prescrizione e dell'eccezione d'inadempimento.

Senza nessuna pretesa di esaustività l'indagine che segue tende a mettere in evidenza solo alcuni degli istituti nei quali gli strumenti "civilistici" trovano in materia di lavoro maggiore applicazione e le eventuali loro peculiarità.

Alcuni di questi mezzi di tutela sono manutentivi del rapporto di lavoro, altri demolitori.

I primi fungono da collante delle situazioni giuridiche soggettive e conferiscono a queste maggiore certezza. Ne deriva

una stabilità delle relazioni negoziali e un maggiore ricorso al mercato e al lavoro regolare.

Al contrario, i rimedi demolitori del contratto di lavoro, sebbene svincolino la parte debole dalla relazione negoziale, sovente le procurano anche un ulteriore danno rispetto a quello direttamente ricollegabile all'illecito: la difficoltà di rinvenire una nuova forma di lavoro.

La tutela deve quindi tener conto della duplice esigenza: tutelare l'occupazione e tutelare i diritti fondamentali messi a rischio dall'illegittima utilizzazione dei contratti di lavoro. Per tale ragione il diritto, in materia di lavoro, ma non solo, piega spesso le regole civilistiche alle finalità concrete.

2. Rimedi manutentivi e demolitori. a) *La tutela risarcitoria: il risarcimento in forma specifica o per equivalente.*

Seppure il diritto del lavoro sia un diritto speciale che trova la sua ragione nella tutela del lavoratore subordinato, la necessità di bilanciare interessi tra loro contrapposti induce il legislatore ed a volte la giurisprudenza a considerare più conforme a tale finalità regole astrattamente meno garantiste del lavatore.

Su un piano generale può dirsi che l'ordinamento appresta per la tutela dei diritti diversi strumenti: alcuni garantiscono la conservazione del diritto originario (*Property Rules*, regole di proprietà) come con la tutela inibitoria e restitutoria, altri, invece garantiscono solamente al titolare del diritto un controvalore economico (*Liability Rules*). Lo strumento nella pratica utilizzato dal legislatore cambia non solo in ragione della tipologia di diritto garantito ma anche in ragione della realtà economica e sociale in

cui il diritto opera e degli obiettivi che il legislatore ritiene di voler perseguire²⁴⁵.

In effetti è difficile individuare quali siano i caratteri precipui della responsabilità civile ed ugualmente su quali elementi si fondi la distinzione tra la tutela fondata sulla responsabilità e quella accordata da altri strumenti. La tutela accordata finisce per rispondere, più che al tipo di responsabilità configurata, alla funzione che nel caso specifico l'ordinamento attribuisce ad essa.

La funzione tradizionalmente assegnata alla responsabilità civile dalla giurisprudenza è quella compensativa attraverso l'attribuzione al danneggiato di un'utilità economica equivalente al danno subito²⁴⁶, in tal mondo tuttavia unificando i concetti di responsabilità civile e di risarcimento del danno. La dottrina al contrario ritiene che la funzione precipua sia quella di ristabilire la situazione *quo ante* del danneggiato²⁴⁷ ancorché sia ampiamente condiviso che nessuna delle funzioni elaborate sia in grado da sola di spiegare il meccanismo della responsabilità civile e i diversi aspetti che essa assume nelle fattispecie giuridiche²⁴⁸. In particolare, alle funzioni predette si accompagnano spesso quella "repressiva", "ripristinatoria" o "reintegrativa", "preventiva o di deterrenza"²⁴⁹.

²⁴⁵ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, 114.

²⁴⁶ Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609; Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1890.

²⁴⁷ C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e finzioni*, Jovene, 1985, 83 s

²⁴⁸ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53.

²⁴⁹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 277 ss.; S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura funzioni e «valori» (a proposito di un recente libro)*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 543 ss.

Certo è che le disposizioni normative che disciplinano la responsabilità, in particolare quella extracontrattuale, sono rimaste nel tempo immutate sicché le diverse funzioni della stessa sono ricostruibili, più che in base alle disposizioni codicistiche, in ragione degli obiettivi che l'ordinamento nel suo complesso persegue e che sono sempre più connotate da caratteri sociali che riscrivono e circoscrivono le disposizioni sulla libertà d'impresa e sulla stessa autonomia contrattuale.

La funzione compensativa può essere realizzata con diverse modalità come, per esempio, la reintegrazione della situazione *quo ante* o la sua riparazione. In questa funzione è il danno a costituire la misura del risarcimento, nel senso che il risarcimento deve mirare a ricostituire l'integrale patrimonio del danneggiato da parte dell'autore dell'illecito o dell'inadempimento. Il che comporta come conseguenza che non vi può essere risarcimento senza danno. L'integrale ricostituzione significa, poi, che deve essere risarcito sia il danno emergente che il lucro cessante. In questo caso, poi, il risarcimento non deve comportare un arricchimento (senza causa) del danneggiato, non deve quindi eccedere il danno subito²⁵⁰ anche se esistono ipotesi in cui il nostro ordinamento stabilisce forme di risarcimento superiori al danno subito o addirittura senza danno: da tali eccezioni, tuttavia, non può trarsi l'esistenza di un principio che contraddica l'assunto iniziale.

Certamente il modo di garantire al massimo la tutela del danneggiato è la ricostituzione della situazione che si sarebbe determinata senza l'illecito o l'inadempimento. Il risarcimento

²⁵⁰ Sul punto, Cass. Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564 che ha ammesso, entro certi limiti, *la compensatio lucri cum damno*.

avrebbe in tal caso la effettiva funzione di ricreare nel danneggiato la situazione *quo ante*. L'esecuzione in forma specifica²⁵¹ come l'azione di adempimento sono pertanto i modi in cui il diritto viene pienamente garantito. È noto, che tali strumenti non sono sempre possibili e non lo sono tutte le volte che per la realizzazione dell'interesse creditorio è necessaria la cooperazione del debitore o in presenza di danni non patrimoniali e non risarcibili²⁵².

Dalla formula dell'art. 2058 c.c. risulta tuttavia che il creditore non ha diritto all'esecuzione in forma specifica ma questa può essere concessa dal giudice solo se non è eccessivamente onerosa per il debitore. Nel campo della responsabilità extracontrattuale, poi, il ripristino integrale del diritto violato appare ancora più complesso²⁵³ dal che si desume che, normalmente, la funzione risarcitoria si realizza solamente attraverso un costo economico parametrato ad astratti valori²⁵⁴. Il risarcimento, quindi, non limita

²⁵¹ P. G. MONATERI, *Responsabilità civile e risarcimento del danno in forma specifica*, 2005, in *www.altalex.com*.

²⁵² Peraltro, ancora più complessa appare la risarcibilità del lucro cessante integrale P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 48, 637.

²⁵³ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012., p. 33.

²⁵⁴ È stato osservato che in ambito extracontrattuale un'ipotesi in cui il risarcimento realizza una funzione ripristinatoria specificamente estesa del lucro cessante predeterminato, si ha nell'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale quando al 3° comma, dopo aver previsto che "il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso stabilisce poi "In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al

la libertà individuale di agire anche illegittimamente ed è quindi solo una risposta ad un danno già prodottosi.

La responsabilità civile può avere una funzione deterrente e quindi di prevenzione del comportamento illegittimo solo se il costo dell'operare *contra legem* è più alto del vantaggio che si riceve dallo stesso.

Le ipotesi in cui la responsabilità civile può assolvere alla funzione di deterrenza sono poche: in linea generale ed astratta può dirsi che tale funzione sussiste quando il rapporto tra danno e risarcimento non è prevedibile e tecnicamente calcolabile per cui permane una certa alea sul costo dell'illecito²⁵⁵. L'*Economic Analysis of Law* ha messo in luce che le regole della responsabilità

risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento”: in questi casi il risarcimento seguirebbe più le *property rules* che le *liability rules*. Cfr., sul punto v. P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, *Dir. ind.*, II, 2012, n. 2, IPSOA, 133; C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 2, 109 e ss.; M. GUERNELLI, *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, cit., 215; P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 717; C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7; R.P. MERGES, *Of Property rules, Coase, and Intellectual Property*, in *Col. L. Rev.*, 94, 1994, 2655.

²⁵⁵ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 83.

civile non hanno da sole funzione preventiva²⁵⁶ se non spingono ad adottare regole che tendano a ridurre il costo dei danni.

La funzione sanzionatoria ha avuto nel passato un certo riconoscimento quando veniva ammesso il risarcimento dei danni non patrimoniali in un'epoca in cui gli stessi erano di regola esclusi. Tale funzione si ritiene sussista quando il risarcimento supera il danno effettivamente prodotto²⁵⁷, ipotesi tuttavia da considerare eccezionale²⁵⁸, oggi espressamente ammessa da Cass., n. 16601 del 2017.

È evidente che i confini tra le diverse tipologie di funzioni non sono molto netti ed è vero anche che la responsabilità civile assolve contemporaneamente a più di una di dette funzioni²⁵⁹, tra le quali

²⁵⁶ G. CALABRESI, *The costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, 1970, con commento di A. GAMBARO, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, in *Resp. Civ. prev.*, 1975, p. 382; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 17; ID, *Illecito, (dir. Privato)* in *Enc dir.*, vol. XX, Milano 1970, p. 90.

²⁵⁷ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 72.

²⁵⁸ Osserva G. MONATERI, «E' vero che talvolta si rende necessario sovracompensare la vittima, per disincentivare adeguatamente il danneggiante, ma la responsabilità civile smetterebbe la propria funzione tipica di regolamentazione spontanea delle attività non vietate, se i risarcimenti punitivi fossero ammessi indiscriminatamente, e divenissero uno strumento dirigistico della responsabilità civile nelle mani dei giudici, per graduare a loro piacimento le varie attività sociali». P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 21. La giurisprudenza, d'altro canto, in ossequio alla generale funzione reintegratoria e compensativa riconosciuta alla responsabilità ha più volte escluso la delibazione di sentenze straniere che avevano riconosciuto risarcimenti punitivi.

²⁵⁹ Secondo alcuni, la molteplicità delle funzioni sarebbe riconducibile alla responsabilità extracontrattuale mentre nel campo della responsabilità contrattuale

non va trascurata la funzione di «ottenere un ordine complessivo, decentrato e spontaneo, delle azioni sociali»²⁶⁰. Essa diviene così uno strumento di controllo e regolazione degli operatori del mercato e degli altri soggetti di diritto attraverso la predisposizione di incentivi/disincentivi individuali.

Il carattere reintegratorio sarebbe, quindi, un connotato tipico del risarcimento del danno e non della responsabilità civile.

In conclusione, la funzione reintegrativa/compensativa non è sempre connessa alla responsabilità che invece opera come specchio di obiettivi di politica legislativa, con funzione talvolta compensativa, talaltra reintegratoria, talaltra ancora sanzionatoria e quindi punitiva. Al contempo sono altresì diversi i rimedi connessi alla responsabilità che vanno dall'adempimento al risarcimento in forma specifica o per equivalente, al pagamento di una somma di denaro anche a titolo di indennizzo in favore del soggetto che abbia subito un pregiudizio economicamente valutabile e ciò indipendentemente dal fatto che sia stato commesso un atto anti-giuridico.

In particolare l'ordinamento pare muoversi da una prospettiva in cui la responsabilità dovrebbe comportare il ristoro integrale del danneggiato ad una prospettiva economicistica tradizionale secondo la quale la responsabilità è finalizzata alla minimizzazione dei costi degli incidenti e degli illeciti per il perseguimento di

sarebbero da ricercare le funzioni del risarcimento più che quelle della responsabilità: cfr. M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, op. cit..

²⁶⁰ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit.,

21.

obiettivi di politica economica e che, in una prospettiva legata alla dottrina anglosassone, si articola in modelli rimediali diversi a seconda dei comportamenti delle parti²⁶¹.

Quanto detto trova una sua conferma anche in materia lavoristica.

Le ragioni della tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori ha portato il legislatore in molti casi a stabilire la nullità espressa dei comportamenti lesivi di essi (es. nullità degli atti discriminatori) - peraltro solo per l'atto discriminatorio se ne è affermata la sua rilevanza oggettiva superando il suo inquadramento nel motivo illecito ex art. 1345 c.c.²⁶²- mentre altri comportamenti fondati su un motivo illecito, come ad esempio il licenziamento ritorsivo, non vengono colpiti da nullità ove concorrano con una ragione oggettiva, in base all'applicazione del principio civilistico secondo il quale il motivo illecito determina la nullità degli atti unilaterali se è unico e determinante.

Altre volte, invece, il legislatore, anche in relazione allo stesso fatto illegittimo (licenziamento) ha collegato la tecnica ripristinatoria congiunta a quella risarcitoria, oltre la sola sanzione risarcitoria.

La previsione della reintegra come conseguenza generalizzata a tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo è stata sostituita, quasi

²⁶¹ In materia di licenziamento illegittimo di cui si è detto sopra, ad esempio, la reintegra è prevista solo per i licenziamenti discriminatori e quando lo stesso sia dovuto a "torto marcio" del datore di lavoro. Così A. VALLEBONA *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2018, p. 368 ss.

²⁶² Cfr. Cass., 6575/2016. Ciò opera solo per le discriminazioni dirette, quelle indirette sono invece escluse dall'esistenza di una giustificazione obiettiva e ragionevole.

per intero, con la riforma dell'art. 18 L. 300/70 co. 4 ad opera del Jobs Act, da una tutela indennitaria²⁶³ peraltro “*omnicomprensiva*” dando prevalenza all'esigenza di certezza per il datore sul costo del suo comportamento illegittimo più che a quella del ristoro integrale degli interessi del lavoratore. Ciò perché la tutela dell'occupazione è diventata negli ultimi tempi il fine preponderante dell'ordinamento al quale si piegano anche le logiche risarcitorie. Di questo cambiamento di ottica sulla funzione della responsabilità civile è esplicativa anche la promiscuità con cui il legislatore utilizza i termini risarcimento del danno e indennità nell'art. 18 L. 300/70 co. 4: anche la tutela indennitaria è, quindi, uno dei rimedi connessi alla responsabilità.

Le disposizioni in materia di licenziamento sono poi lo specchio delle diverse funzioni riconosciute dall'ordinamento alla responsabilità civile. In esse è evidenziata oltre la funzione di riparazione del danno e di reintegrazione del diritto del danneggiato, anche una funzione sanzionatoria o deterrente²⁶⁴ potendo le stesse garantire un risarcimento in misura ultra-compensativa abbastanza frequente in altri ordinamenti come

²⁶³ P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, II, 1062.

²⁶⁴ PONZANELLI G., *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461; ID., *La “costituzionalizzazione” dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 356; ID., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, 835; P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazioni del “vorrei ma non posso”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, 341; D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente*, D. BARBIERATO (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue “funzioni”*, Napoli, 2012, 55.

quello nordamericano, ma che da noi aveva trovato scarso accoglimento ma ora rivalutata da Cass., Sez. Un., n. 16601/2017²⁶⁵ la quale osserva che in materia lavoristica sussistono già considerevoli esempi di tutela risarcitoria punitiva²⁶⁶. Nelle ipotesi in cui il legislatore stabilisce un risarcimento che va da una somma minima ad una massima, quella minima costituisce una sanzione con funzione punitiva quando è superiore al danno economico effettivamente subito dal lavoratore e che non richiede una prova specifica. Peraltro, la determinazione di un risarcimento massimo può volgersi anche a danno del lavoratore ed in modo da mortificare il diritto fondamentale leso quando tale risarcimento sia inferiore al danno effettivamente subito.

La materia lavoristica è un campo nel quale funzione storica della responsabilità di tipo reintegratorio o compensativo, si sta progressivamente abbandonando a vantaggio di una responsabilità a servizio di diverse e specifiche esigenze di politica del diritto.

Il legislatore, inizialmente, in ragione della necessità di garantire al lavoratore la realizzazione di diritti fondamentali ha previsto espressamente, in materia di licenziamento ma anche di

²⁶⁵ Cfr. E. BALLETTI, Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro, in *Mass. giur. lav.*, 2019 fasc. 1; D.DI LEMMA, *Lo stato dell'arte dei danni punitivi nella prospettiva lavoristica*, in *Lavoro dir. Europa*, 2017.

²⁶⁶ Si fa riferimento in particolare, oltre alla materia del licenziamento, all'art. 28 del d. lgs. 150 2011 in materia di risarcimento per licenziamento discriminatorio ritorsivo e all'art. 28 del d.lgs. 81 del 2015 che prevedono il risarcimento anche in caso di conversione del contratto a termine in contratto a tempo determinato. La Cassazione ribadisce, poi, che le sanzioni punitive devono essere previste specificamente dal legislatore.

contratto a termine ed altri contratti flessibili, il risarcimento in forma specifica con la reintegra nel posto di lavoro o la trasformazione del contratto flessibile in contratto stabile accompagnati da un risarcimento tendenzialmente integrale del danno subito. Per lungo tempo, quindi, nel bilanciamento tra diritti fondamentali, segnatamente ex art. 41 Cost e art. 4 Cost. il legislatore ha dato preminenza a quest'ultimo garantendone l'effettività discostandosi dalla regola seguita in materia di diritto civile generale che invece predilige la tecnica compensativa per equivalente²⁶⁷.

Tuttavia in un sistema economico in crisi, anche l'obiettivo della tutela dell'occupazione basato come si è visto sulla tutela del posto di lavoro degli occupati e sulla ricerca dell'occupazione a tempo pieno ed indeterminato cede il posto ad un diverso bilanciamento di interessi e di diritti fondamentali nel quale le ragioni dell'impresa hanno una maggiore considerazione sul presupposto che solo la sua sopravvivenza può garantire l'occupazione. La Corte costituzionale (sent. n. 194 del 2018) “ha espressamente negato che il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost., terreno su cui non può non esercitarsi la discrezionalità del legislatore, imponga un determinato regime di tutela (sentenza n. 46 del 2000, punto 5. del Considerato in diritto). Il legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché un tale

²⁶⁷ in argomento, per una ricostruzione della tematica v. ampiamente E. BALLETTI, *Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nel rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, fasc. 3, 519 ss.e bibliografia ivi citata.

meccanismo si articola nel rispetto del principio di ragionevolezza. Il diritto alla stabilità del posto, infatti, «non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme» (sentenza n. 268 del 1994, punto 5. del Considerato in diritto)».

Si è avviato quindi un processo di riscrittura del diritto del lavoro, più flessibile, che mira essenzialmente all'incremento dell'occupazione e che ha investito anche il sistema sanzionatorio a scapito del risarcimento in forma specifica²⁶⁸ e con un contenimento del risarcimento per equivalente²⁶⁹. La nuova normativa ha superato gran parte dei dubbi di costituzionalità che erano stati avanzati, avendo la Corte costituzionale nella sentenza

²⁶⁸ L'art.18 st. considerato prima di applicazione generalizzata è ora una ipotesi residuale, eccezionale, per le ipotesi di licenziamento illegittimo più grave.

²⁶⁹ Questu'ultimo è stato spesso sganciato dal rapporto con il danno subito dal lavoratore preferendo una determinazione tra un minimo ed un massimo che garantisce al datore una maggiore certezza sui rischi economici dell'attività di gestione dell'impresa. Nel sistema previgente, quindi, il risarcimento superava tendenzialmente quello civilistico, oggi invece è tendenzialmente, forfettizzato e di livello inferiore. Sulla materia si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 194 del 2018, che ha dichiarato incostituzionale solamente la circostanza che la discrezionalità del giudice sia stata agganciata solo all'anzianità di servizio. In argomento cfr. A. VALLEBONA, *Licenziamento ingiustificato e indennità crescente: questione di costituzionalità (nota a Trib. Roma sez. lav., 26 luglio 2017)*, in *Mass. giur. lav.*, n. 8-9, 2017, p. 582 ss; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 378/2018, p. 15; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto a «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 379/2018, p. 3.

194 affermato che i diversi regimi introdotti dal d.lgs. n. 23 del 2015, non contrastano “con il «canone di ragionevolezza» e, quindi, con il principio di eguaglianza, se a essa si guarda alla luce della ragione giustificatrice costituita dallo «scopo», dichiaratamente perseguito dal legislatore, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»... - e di- incentivare le assunzioni a tempo indeterminato”, . La Corte ha rilevato inoltre che il nuovo regime dei licenziamenti introdotto dal d.lgs. 23 del 2015 non viola gli artt. 76 e 117, per il tramite del parametro interposto dell’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in quanto il “solo fatto che l’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 ricada in un settore nel quale l’Unione è competente ai sensi dell’art. 153, paragrafo 2, lettera d), del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) non può comportare l’applicabilità della Carta dato che, riguardo alla disciplina dei licenziamenti individuali (e, tanto meno, nella situazione specificamente regolata dall’art. 3, comma 1), l’Unione non ha in concreto esercitato tale competenza, né ha adottato, mediante direttive, prescrizioni minime”.

In conseguenza anche la previsione di una tutela risarcitoria di livello inferiore rispetto ai canoni civilistici risarcitori, può ritenersi legittima purchè sia giustificata, da una sintesi equilibrata dei contrapposti interessi del “lavoro” e della “impresa” (artt. 4 e 41 Cost.). Nella decisione della Corte appare che ultimo baluardo alla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori vada individuato nella discrezionalità del giudice, che non può mai sfociare in arbitrarietà, nella determinazione del ristoro dovuto per la loro lesione, anche

quando questo sia qualificato dal legislatore come indennizzo, avendo questo pur sempre connotati risarcitori²⁷⁰.

3. *continua. b) La nullità*

Gli strumenti contrattuali rimediali a fronte di un'illegittima compromissione dei diritti fondamentali del lavoratore, come anticipato, possono essere demolitori o manutentivi.

I primi incidono sul rapporto giuridico viziato e ne comportano la rimozione dal mondo del diritto, i secondi hanno un effetto conservativo sul rapporto contrattuale.

La tutela del lavoratore, quale parte debole del rapporto, ha finalità che richiamano la tutela del consumatore e presenta numerosi tratti di convergenza rispetto alla tecnica delle nullità di protezione, sempre più diffusa nei rapporti che coinvolgono consumatori o altri soggetti non professionali in situazione di debolezza sul mercato, nullità che segue regole speciali in materia di legittimazione, effetti, rilevabilità, sanatoria, discostandosi alquanto da quello delineato dagli artt. 1418 e seguenti c.c. Pare quindi interessante verificare se sussistono punti di convergenza tra tale nullità e le invalidità in materia di diritto del lavoro.

In materia civilistica le nullità speciali a tutela del soggetto debole si sono sviluppate nel tempo sotto l'influsso del diritto europeo²⁷¹ per ragioni sia economiche che sociali. In materia di

²⁷⁰ Corte cost 419 del 2000; .189/2001, 390/2006 e 166/2012; Cfr. A. Baldassarre, Diritti sociali, in Enc. giur. Treccani 1989.

²⁷¹ In argomento, M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008; A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel*

lavoro prevalgono certamente le ragioni sociali, ma le modifiche agli effetti dell'invalidità introdotte di recente sembrano prendere in considerazione anche, ed in modo sostanziale, le ragioni economiche dell'impresa. Quelle di protezione sono forme di nullità che operano essenzialmente a tutela della parte debole e non dell'interesse generale e tale caratteristica connota anche la disciplina ad esse applicata ricalcata su quella dell'art. 1419 co. 2 che, da eccezione, diventa in tal caso generale²⁷².

In materia di lavoro, la nullità è prevista testualmente per alcuni atti unilaterali come quelli discriminatori, mentre l'art. 2126 c.c. introduce una disposizione speciale in materia di contratto nullo, ma che in realtà non è finalizzata a salvare il contratto, né per il passato né per il futuro, stabilendo solamente il diritto del lavoratore alla controprestazione in ragione dell'irripetibilità della

diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 165 ss.; ID, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2005; G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995; S. POLIDORI, *Disciplina delle nullità e interessi protetti*, Jovene, Napoli, 2001; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 459 ss.; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008.

²⁷² Come in particolare, legittimazione all'azione relativa confinata al solo soggetto "debole" o altrimenti protetto; rilevabilità d'ufficio della nullità coordinata con l'azione della parte debole; incidenza su una parte soltanto del contratto, con esclusione della nullità totale. Cfr. R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1141 ss.

prestazione lavorativa ed infatti, se la prestazione non è avvenuta, la disposizione non può operare.²⁷³.

Un regime particolare di invalidità è poi previsto per i contratti flessibili (a termine e di somministrazione) stipulati in violazione delle norme di legge. Di essi si è già detto in precedenza per osservare come accanto ai rimedi risarcitori per equivalente il legislatore abbia previsto, e prevede ancora in ipotesi e modi attenuati, il risarcimento in forma specifica con la trasformazione del contratto flessibile in contratto di lavoro standard a tempo indeterminato. Si tratta in queste ipotesi di una forma di nullità speciale (art. 32 d. lgs 81 del 2015), in quanto per il periodo precedente la sentenza dichiarativa della nullità e della trasformazione si ha diritto solo ad una indennità nei limiti minimi e massimi fissati dal legislatore. Si tratta pertanto di uno schema non riconducibile alla nullità parziale ex art. 1419 co. 2 c.c. Più complessa ancora la qualificazione dell'illegittimità del contratto di lavoro autonomo coordinato di cui all'art. 2 del d.lgs. 81 del 2015. Se per il lavoro a progetto, previsto dalla normativa precedente, stipulato in violazione delle norme di legge, infatti, poteva parlarsi di conversione del contratto tipico a progetto nullo ex art. 1424 c.c.

²⁷³ Cfr. S. MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 413 ss., cui *adde* A. LEVI, *La prestazione lavorativa di fatto*, in *Dir. merc. lav.*, 2007, 37; G. DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012 1 ss.; E. BARGELLI, *Rimedi contrattuali e restituzioni*, *ivi*, 13 ss.; P. LAMBERTUCCI, A. MARESCA, *Conclusione del contratto di lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, 1, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. MARTONE, Cedam, Padova, 2012, 181-182.

in contratto di lavoro subordinato ²⁷⁴, più complessa è la qualificazione delle collaborazioni coordinate e continuative organizzate dal committente. La legge pare piuttosto funzionalizzata a definire cosa si deve intendere per subordinazione più che ad introdurre una nuova tipologia contrattuale. Non si dovrebbe quindi parlare né di nullità né di conversione essendo il contratto organizzato dal committente subordinato fin dalle origini, a conferma del fatto che nel diritto del lavoro rileva non tanto la legittimità formale del contratto nel momento genetico, ma le modalità di esecuzione dello stesso²⁷⁵. Per questa ragione nel diritto del lavoro, quindi, le declaratorie d'invalidità del contratto (a termine e di somministrazione) sono rimodulate mediante l'indennità onnicomprensiva e sottratte al regime generale della mora *credendi*, in quanto incentrate sul parametro di congruità del mezzo allo scopo piuttosto che su astratti schemi concettuali²⁷⁶.

Proprio questa è la peculiarità del diritto del lavoro finalizzato a tutelare una prestazione nel suo divenire, che nel momento genetico distingue le nullità previste in questo settore dalle nullità

²⁷⁴ L. RATTI, *Conversione del contratto e rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017

²⁷⁵ O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve a, la riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, 557 ss., spec. 560; S. CIUCCIOVINO, *Le «collaborazioni organizzate dal committente» nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 321 ss.; T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 155 ss. e di P. TOSI, *L'art. 2, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1117 ss.

²⁷⁶ L. RATTI, *Nullità di protezione e contratto di lavoro: una convergenza apparente*, in *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro*, 2017, fasc. 4

di protezione, le quali hanno lo scopo di eliminare lo squilibrio giuridico ed economico e rimodulare il contenuto contrattuale. Il controllo nel merito del contratto è effettuato dunque per verificare l'equità del regolamento, la sua giustezza. Ciò spiega altresì le differenze che si pongono sul piano dell'azionabilità dell'azione di nullità lasciata nel diritto civile alla parte interessata ed estesa, invece, in materia di lavoro spesso anche ad altri soggetti come il sindacato o gli enti previdenziali²⁷⁷.

4. *continua. c) l'abuso del diritto.*

Ulteriore istituto adoperabile in caso di violazione di un diritto fondamentale nell'ambito del rapporto lavorativo è quello dell'abuso del diritto²⁷⁸, che si ricollega al contratto di lavoro irrispettoso del canone di correttezza e buona fede.

Se, infatti, il contratto di lavoro conferisce la libertà al datore di organizzare i fattori della produzione e di scegliere quale interesse sociale ed economico perseguire, ciò non implica che egli possa

²⁷⁷ cfr. M. PROTO, *Crisi del contratto e nullità di protezione*, in *Variazioni su Temi di Diritto del lavoro.*, 2017, fasc. 4.

²⁷⁸ L'abuso del diritto è una figura di elaborazione dottrinale. Esso è percepito come fenomeno sociale che incide sulla politica legislativa e che ne orienta le scelte, così P. RESCIGNO in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 25, che richiama M. ROTONDI, *l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1923. Tale figura è fortemente ricollegata dalla stessa dottrina a quella dell'eccesso di potere della pubblica amministrazione, ossia all'utilizzo della facoltà per ragioni diverse da quelle per le quali è stata attribuita dalla legge. In argomento v. ancora U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir., Aggiorn.* II, Milano, 1998, 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1988.

esercitare i poteri che l'ordinamento gli conferisce con qualsiasi modalità o decidere di sciogliersi dal vincolo contrattuale “*ad nutum*” in modo scorretto.

La libertà del titolare di una posizione giuridica attiva è stata negli ultimi tempi riletta in chiave sociale. L'abuso si presenta quindi come un limite esterno alla libertà, e serve a correggere l'impostazione liberale classica dei rapporti economici basata, quest'ultima, sull'uguaglianza formale dei soggetti. La giurisprudenza²⁷⁹ ha chiarito che l'abuso del diritto è “*criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva*”, precisando che tale abuso “*lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i*

²⁷⁹ Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106

quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso”

La condotta del datore deve essere corretta e adeguata e soprattutto non abusiva; lo stesso vale per il lavoratore, che deve improntare la sua azione alla correttezza e non esercitare le sue facoltà in modo arbitrario o per un fine diverso da quello individuato dalla legge²⁸⁰.

²⁸⁰ Si ritiene che: “È legittimo il licenziamento disciplinare del lavoratore pubblico che, abusando dei propri diritti, provochi grave disservizio e disagio in ufficio mediante continue istanze di accesso agli atti, ventilate denunce penali, ricorsi e domande di ogni tipo, volti allo scopo di esercitare pressione per ottenere il trasferimento in un'altra sede”. (Cass., sez. lav., 25 gennaio 2016, n. 1248).

La Cassazione (sent. 22 ottobre 2019, n. 26956) afferma che: “Il comportamento del prestatore di lavoro subordinato che, in relazione al permesso ex art. 33 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, si avvalga dello stesso non per l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, integra l'ipotesi di abuso del diritto, giacché tale condotta si palesa, nei confronti del datore di lavoro, come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente, e integra, nei confronti dell'ente di previdenza erogatore del trattamento economico, un'indebita percezione dell'indennità e uno sviamento dell'intervento assistenziale.

Il Codice civile del 1942, pur essendo privo di disposizioni rubricate “abuso del diritto”, richiama il concetto di abuso in diverse clausole generali.

Un riferimento si rinviene, per antitesi, nei più volte richiamati artt. 1175 e 1375 c.c., in ordine alla correttezza contrattuale e, in maniera indiretta, nel divieto degli atti emulativi di cui all’art. 833 c.c., in materia di proprietà, che la giurisprudenza e la dottrina dominanti ritengono norma di sistema dell’ordinamento e quindi soggetta ad applicazione generalizzata.

L’istituto dell’abuso del diritto, elaborato a livello dottrinale, ha, quindi, una duplice declinazione: l’utilizzo di una posizione giuridica soggettiva attiva al solo fine di arrecare un pregiudizio ad altri oppure l’uso della situazione qualificata per un fine diverso da quello per il quale è stata conferita dall’ordinamento.

Secondo la giurisprudenza perché si configuri l’abuso sono necessari quattro elementi: la titolarità del diritto; che l’esercizio di quel diritto possa essere svolto secondo una pluralità di modalità, che la modalità di esercizio scelta sia svolta secondo modalità censurabili secondo un criterio di valutazione giuridico ed extra-giuridico; che a seguito di tale esercizio si verifichi una sproporzione tra il beneficio del titolare ed il sacrificio della controparte²⁸¹.

Buona fede oggettiva e abuso del diritto si integrano a vicenda: la buona fede è un canone generale a cui ancorare il comportamento delle parti: qualora la finalità perseguita non sia quella voluta dall’ordinamento, si avrà abuso²⁸². La correttezza

²⁸¹ Cass., n. 3462 del 2007.

²⁸² Cass., n. 20106 del 2009

impronta il comportamento delle parti, la buona fede è un criterio informatore dell'interpretazione ed esecuzione del contratto, ad essi si contrappone l'abuso del diritto²⁸³.

Dottrina e giurisprudenza hanno individuato nella buona fede, altresì, un criterio d'integrazione del contratto²⁸⁴. Da ciò deriva che uno dei profili del principio della correttezza è il dovere di ciascun contraente di tutelare l'utilità e gli interessi dell'altro, purché non generi un apprezzabile sacrificio di altri valori. La Cassazione²⁸⁵ ha affermato che *“I principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 cod. civ., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto”*.... per cui *“si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e*

²⁸³ Cass., n. 22819 del 2010.

²⁸⁴ In argomento cfr. ampiamente CORTE DI CASSAZIONE, *Contratti in genere- effetti del contratto eterointegrazione*, Relazione tematica n. 116 del 10 settembre 2010, (red. A. SCRIMA).

²⁸⁵ Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106

buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso".

Si sostiene in dottrina che, nel caso in cui la violazione dei principi di buona fede e correttezza configuri un abuso del diritto, a prescindere dal rimedio risarcitorio, la sanzione può consistere, nella paralisi dell'azione, o nella perdita dello stesso diritto e, ancora, nella nullità o annullabilità o inefficacia dell'atto la cui adozione comporta la violazione del precetto di buona fede oggettiva²⁸⁶.

In ambito più strettamente contrattuale, si potrebbe affermare che l'abuso del diritto si ricollega al dovere di tutelare l'aspettativa della controparte una volta cristallizzato un certo quadro negoziale, per cui il comportamento delle singole parti deve essere rispettoso

²⁸⁶ La giurisprudenza di legittimità, con le sentenze delle S.U. n. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007, ha negato che la violazione di regole comportamentali, quali buona fede e correttezza, possa determinare la nullità del contratto, a meno che ciò non sia esplicitamente previsto dalla norma, in relazione a specifiche fattispecie.

degli obblighi di prestazione e protezione che ne derivano. Tale dovere assume particolare rilevanza nel rapporto di lavoro in ragione del fatto che il diritto del lavoro circoscrive e funzionalizza i poteri del datore di lavoro. L'autonomia privata del datore di lavoro è sottoposta a limiti maggiori in ragione dello squilibrio tra la posizione del datore e quella del lavoratore. A tutela di quest'ultimo la giurisprudenza fa un'applicazione generalizzata dell'istituto dell'abuso del diritto come limite ai poteri datoriali. Di conseguenza la Cassazione²⁸⁷ ha concluso che *“il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano....oggi, i principi della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti”*. È stato quindi precisato che la buona fede è espressione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. ed in conseguenza di ciò il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata non viola la libertà d'iniziativa economica riconosciuta al privato, in quanto non

²⁸⁷ Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106

sanziona la scelta economica ma gli atti con i quali ad essa è stata data attuazione.

L'abuso si può configurare pertanto nell'esercizio di qualunque potere datoriale.

Tra questi, a titolo esemplificativo, si fa riferimento all'abuso del diritto invocato dalla giurisprudenza per sanzionare il recesso del datore durante il periodo di prova ai sensi dell'art. 2096 c.c.. La disposizione stabilisce che: *“durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso”*.

Come chiarito dalla giurisprudenza²⁸⁸, il patto di prova annesso al contratto di lavoro ha la funzione causale per il datore di verificare l'attitudine del lavoratore all'apprendimento delle mansioni per le quali è stato assunto e per il lavoratore di comprendere se il rapporto soddisfa i suoi interessi e vale la pena di consolidare l'impiego²⁸⁹. Pertanto, se il lavoratore dimostra, alla luce del periodo eccessivamente breve della prova, che il licenziamento è causalmente illecito, in quanto non ha consentito l'effettivo esperimento della prova, andrà dichiarata la nullità della disdetta. Per tale ragione è necessario che nel patto di prova siano specificate le mansioni che sono oggetto della prova e che le stesse siano sufficientemente chiare e definite sin dall'origine²⁹⁰ ed altresì

²⁸⁸Cfr. sul punto: Cass. civ., sez.lav., 9 marzo 2020, n. 6633; Cass. civ.,sez. lav., 7 marzo 2013, n. 5677 e Cass. civ., sez. lav., 30 luglio 2009, n. 17767.

²⁸⁹ In questa prospettiva è illegittimo un patto di prova fissato tra contraenti che sono già stati legati da un precedente vincolo negoziale inerente alle stesse mansioni di un identico rapporto di lavoro. In tal senso Cass. civ., sez. lav., 17 luglio 2015, n. 15059 e Cass. civ. sez. lav. , 13 novembre 2018, n. 29193

²⁹⁰Cfr. Cass. civ., sez. lav., 10 ottobre 2006, n. 21698.

che la prova abbia una durata adeguata a rendere effettiva la sperimentazione delle stesse²⁹¹.

L'art. 2096 c.c. prevede una disdetta libera dal periodo di prova con un regime eccezionale rispetto a quello ordinario del licenziamento, che deve essere sempre giustificato. Tuttavia, il recesso del datore intimato in questo frangente di tempo deve essere coerente con la funzione per la quale è consentita la stipulazione del contratto²⁹². Per realizzare tale obiettivo la giurisprudenza ha utilizzato il riferimento agli obblighi di correttezza e buona fede ed al correlato istituto dell'abuso del diritto per individuare limiti legali al potere di disdetta, altrimenti libero.

Sebbene, cioè, il datore sia titolare di una posizione giuridica soggettiva di diritto potestativo, potendo utilizzare il potere di recesso di cui all'art. 2096, comma 3, senza motivazione alcuna e

²⁹¹La Corte Costituzionale, in una sua risalente pronuncia (Corte cost 189/1980), aveva per prima stabilito che il licenziamento del lavoratore è illegittimo quando risulti che non è stata consentita, per la inadeguatezza della durata dell'esperimento o per altri motivi, quella verifica del comportamento e delle qualità professionali alle quali il patto di prova è preordinato.

²⁹² L'apposizione legittima della clausola di prova è subordinata a diverse condizioni: la forma scritta *ad substantiam*, contestuale all'assunzione, che menzioni il patto di prova e la sua durata, l'indicazione specifica delle mansioni oggetto del contratto e l'effettiva funzionalità del patto. La mancanza della forma scritta rende nullo il patto. La giurisprudenza, al riguardo, ha puntualizzato che il requisito della forma scritta "*deve sussistere sin dall'inizio del rapporto, senza alcuna possibilità di equipollenti o sanatorie*", con la conseguenza che un patto di prova sottoscritto a rapporto già instaurato è radicalmente nullo. Così: Cass. civ., sez. lav., 22 ottobre 2010, n. 21758.

²⁹²Cfr. Cass. civ., sez. lav., 10 ottobre 2006, n. 21698.

senza che il lavoratore vi si possa opporre, questa facoltà non deve tradursi in una scelta meramente arbitraria del soggetto che ne è titolare, ancorata alle sue ragioni individuali e del tutto avulse dal contratto. Quando ciò accade, si è in presenza di una condotta abusiva, in violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. che, secondo una parte della giurisprudenza, va sanzionata con il rimedio della nullità dell'atto di recesso²⁹³. Peraltro, dalla violazione degli articoli di cui sopra potrebbero emergere motivi illeciti o discriminatori anch'essi causa di nullità del recesso del datore.

5. continua. d) l'abuso del diritto, con specifico riguardo al contratto a termine

Una applicazione interessante dell'abuso del diritto può leggersi nella giurisprudenza in materia di contratto a tempo determinato, originariamente disciplinato dalla l. 230 del 1962, poi modificata dal D. Lgs n. 368/2001²⁹⁴, con il quale il legislatore italiano dava recepimento alla direttiva comunitaria in tema di contrattazione a termine. La disciplina, contenuta oggi nel D. Lgs n. 81/2015, è stata innovata dal c.d. "Decreto Dignità" (D.L. n. 87 del 2018, poi convertito nella L. n. 96/2018), per rafforzare la posizione del lavoratore e successivamente dal c.d. "Decreto Sostegni" (D. L. n.

²⁹³Cass. civ., sez. lav., 10 ottobre 2006.

²⁹⁴ Al D.lgs. n. 368/01 che aveva timidamente effettuato un'apertura all'ammissibilità dei contratti a tempo determinato, hanno fatto seguito tre riforme: La L. n. 183/10 (c.d. "Collegato Lavoro"), la L. n. 92/12 (c.d. "Legge Fornero") e la L. n. 78/14 (c.d. "Jobs Act" del Governo Renzi) – che unitariamente considerate hanno liberalizzato l'utilizzo dei contratti a termine, incrementando le forme di precariato già esistenti.

41 del 2021, poi convertito in L. n. 69/2021) e dal c.d. “Decreto Sostegni bis”, (D.L. n. 73/2021, convertito dalla L. 106/2021) nel periodo dell'emergenza sanitaria da Covid-19, la quale ha inciso fortemente anche sul lavoro e sulle sue modalità di esercizio.

Senza voler qui ripercorrere le tappe e le problematiche del contratto a termine dalla legge 230 del 1962 fino ad oggi, rileva ora ricordare, ai fini della nostra indagine, che la regola che subordinava la stipulazione di tale contratto a specifiche ragioni è stata nel tempo modificata ed attenuata fino ad arrivare nel 2012 al contratto a termine “acausale”. Ugualmente a limiti specifici sono stati subordinati la proroga o il rinnovo del contratto con lo stesso lavoratore.

L'innovazione fondamentale che l'aggiornato d. lgs. n. 81/2015 ha comportato, rispetto al passato, è stato il recupero di forme di condizionalità e, quindi, di controllo nell'utilizzo del contratto a termine.

La liberalizzazione del contratto a termine voluta dal c.d. “Jobs Act” con la rimozione della necessità della motivazione nell'apposizione del termine al contratto di lavoro, come regola valida non solo per il primo accordo concluso, ma anche in caso di rinnovi successivi, aveva reso il contratto a termine del tutto acausale e questo aveva sollevato immediatamente delle criticità. Questa disciplina non consentiva, infatti, di effettuare alcun sindacato giudiziale sulle ragioni della temporaneità del vincolo contrattuale e neppure sulla facoltà del rinnovo, rimessa alla libera scelta del datore.

La giurisprudenza ha tentato di recuperare una forma di controllo attraverso lo strumento dell'abuso del diritto, sul

presupposto che libertà di esercizio non significa, invero, arbitrarietà e che le scelte di autodeterminazione aziendale non devono essere irragionevoli.

Un significativo chiarimento in tal senso viene dalla giurisprudenza sul “caso Renault”²⁹⁵, che è stata sviluppata in ambito civilistico, ma che si ritiene abbia una portata generale in tutto l’ordinamento per il rilievo dei principi che ha imposto²⁹⁶. Con questa pronuncia, i Supremi Giudici di legittimità hanno chiarito che il recesso *ad nutum*, ossia la libertà di scioglimento dal vincolo negoziale svincolata da qualsiasi ragione di esercizio, non implica il recesso *ad libitum*, ovvero l’arbitrarietà assoluta, abusiva e del tutto irragionevole di utilizzo di tale strumento.

Di questi principi ha dato applicazione la giurisprudenza anche in materia di contratto a termine. Di recente il tribunale di Firenze, ha riconosciuto l’abuso del diritto anche quando le causali non erano richieste dal legislatore, essendo stati indicati altri diversi limiti alla stipulazione del contratto a termine (durata massima, percentuale sui contratti a tempo indeterminato), sul presupposto che il contratto era diretto a soddisfare esigenze stabili e durevoli

²⁹⁵Si fa riferimento alla sent. Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106 in cui l’oggetto è il recesso *ad nutum* dai contratti di concessione di vendita intimato dalla Renault a diversi suoi concessionari in maniera abusiva, approfittando cioè della sua posizione dominante.

²⁹⁶Cfr. C. ROMEO, *Recesso ad nutum e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2009, p. 2009 ss.; P. RESCIGNO, *forme singolari di esercizio dell’autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 589 ss; E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. Comm.*, 2011, II, p. 295 ss.

dell'impresa²⁹⁷. I contratti stipulati in regime di acausalità ovviamente non indicano le ragioni che giustificavano il ricorso al lavoro a termine ma il giudice dichiara nulli i contratti in oggetto, in quanto configurano abuso del diritto perché, pur legittimi formalmente, erano diretti a soddisfare esigenze stabili non perseguibili con i contratti a termine, come si desumerebbe anche dalla normativa comunitaria in materia²⁹⁸. Da ciò il Tribunale conclude che *“ne consegue dunque che in ossequio agli inderogabili principi comunitari sopra richiamati, le norme interne devono essere interpretate nel senso che l'art. 1 D.lgs. 368/01 prima e l'art. 19 d.lgs. 81/15, impongono che esigenze stabili e durevoli di occupazione debbano essere soddisfatte esclusivamente tramite contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato essendo, in tal caso, vietato l'utilizzo del contratto a tempo determinato”* con la conseguente dichiarazione di nullità del contratto esaminato. La decisione è stata criticata, poiché il richiamo alla normativa comunitaria diviene così, in concreto, una leva per effettuare un controllo causale, non ipotizzato dalla legge e perché verrebbe introdotta una causale non prevista nella la normativa vigente *ratione temporis* ovvero il ricorso al contratto a

²⁹⁷ Trib. Firenze, 26 settembre 2019, n. 749

²⁹⁸ Dall' Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato del 18.3.1999, come interpretato dalle sentenze della Corte di giustizia *Angelidaki*, (cause riunite da C-378/07 a C-380/07, 23 aprile 2009) e *Kucdeveci* (C-555/07, 19 gennaio 2010), il Tribunale di Firenze deduce che il contratto a tempo determinato non può essere utilizzato per *“esigenze permanenti e durevoli”*. In argomento v. DIAMANTI, *Reiterazione di contratti a termine in ragione dell'età e diritto comunitario. Interpretazione conforme e disapplicazione*, in *RIDL*, 2012, p. 540.

termine soltanto per “*particolari e specifiche esigenze transitorie*”²⁹⁹.

La nullità colpisce la clausola di apposizione del termine con la conseguenza che il contratto si considera a tempo indeterminato: tale conseguenza è ora espressamente prevista anche nel caso di contratto a termine illegittimo dall’art. 20 co.2 del decreto 81, ma era già affermata dalla giurisprudenza. La previsione legislativa della trasformazione era precedentemente stabilita solo per la prosecuzione di fatto dell’attività, per la riassunzione illegittima e per il superamento della durata massima.

Come anticipato, nel 2018, il legislatore è intervenuto con il c.d. “Decreto Dignità”, che è andato a modificare la disciplina di cui al D. Lgs n. 81/2015 sul contratto a termine.

Questo intervento si prefiggeva lo scopo di restituire dignità al lavoratore, combattere il precariato ed assicurare maggiore stabilità al rapporto lavorativo.

Le novità del decreto in parola possono essere sintetizzate in: durata massima del contratto a termine, che da 36 mesi è stata ridotta a 24; rinnovi, che anziché cinque possono essere non più di quattro, rispettando la durata massima complessiva del contratto pari a 24 mesi; proroghe, in quanto superata la quarta il contratto si trasforma a tempo indeterminato; giustificazione causale all’apposizione del termine obbligatoria, fatta eccezione per il primo contratto che non abbia durata superiore a 12 mesi.

²⁹⁹ D. BELLINI, *commento* a Trib. Firenze, 26 settembre 2019, in www.rivistalabor.it, 2019 che ha riconosciuto nella decisione una portata creativa ed innovativa.

Sempre al fine di salvaguardare la posizione del lavoratore, il legislatore prevede causali tipiche per il rinnovo e per la proroga del contratto che superi i 12 mesi di durata: necessità temporanee e oggettive, che costituiscano un'anomalia nell'ordinaria attività lavorativa; esigenze di sostituzione di altri lavoratori; esigenze correlate e incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria.

La sanzione alla violazione delle limitazioni indicate è la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto.

È imposto, inoltre, un limite numerico: il numero di lavoratori assunti a tempo determinato non deve superare più del 20% dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione.

Negli ultimi anni, in ragione della crisi pandemica in atto, il legislatore è nuovamente intervenuto in materia di contrattazione a termine, cercando di operare un bilanciamento tra le ragioni della produzione, rallentate dalla crisi sanitaria e quelle dei lavoratori.

Gli interventi significativi in questo campo si sono avuti con l'art. 17 del c.d. "Decreto Sostegni" e successivamente con l'art. 41 bis del "Decreto Sostegni – bis".

Il primo decreto ha riguardato, specificamente, l'introduzione di un regime eccezionale in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da Covid19: l'ammissibilità del rinnovo e della proroga del contratto, anche in assenza delle condizioni di cui all'art. 19 del d. lgs. n. 81/2015, per un periodo massimo di 12 mesi e per una sola volta.

L'acausalità della proroga o del rinnovo del contratto così reintrodotta aveva una finalità, più che di ritorno al passato, di

supporto temporaneo del mercato del lavoro, devastato dall'emergenza epidemiologica: lo dimostra la sua validità temporale, fissata fino al 31 dicembre 2021.

Il secondo intervento normativo ha, invece, previsto un'ulteriore causale in aggiunta a quelle che l'art. 19 del d. lgs. n. 81/2015: l'art. 41 bis della L. n. 106/2021, aggiunge la lettera b-bis) al suddetto art. 19, in forza della quale, l'ulteriore condizione per poter stipulare un contratto a tempo determinato, della durata superiore a dodici mesi, e sempre nel limite massimo dei ventiquattro mesi, è che la clausola deve corrispondere a *“specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di cui all'art. 51”*.

Si sono così ampliate le condizioni alle quali può essere stipulato il contratto a termine ed è ritornato ad essere più forte il pericolo di condotte abusive da parte del datore.

In ragione di tale rischio e della consapevolezza che di esso ha il legislatore, la nuova legge richiede che la contrattazione collettiva individui in modo puntuale, ossia univoco e preciso, le ulteriori causali dell'apposizione del termine al contratto, rispetto a quelle già normativamente previste.

Non devono esserci rinvii vaghi o generici, ma la clausola individuata dalla Contrattazione collettiva deve essere esaustiva.

Nonostante l'opera di normazione attuale in materia di contrattazione a termine cerchi di essere quanto più possibile puntuale e di circoscrivere il ricorso ad essa, non sempre l'intento è raggiunto e in questa debolezza normativa si annidano i rischi di condotte abusive da parte del datore.

Per questo motivo, il principio del divieto di abuso del diritto, come applicazione dei canoni di correttezza e buona fede contrattuali ex artt. 1175 e 1375 c.c., resta uno strumento essenziale per poter disporre un vaglio di merito sulle scelte di politica aziendale del datore di lavoro privato e sulla loro rispondenza ad esigenze oggettive³⁰⁰.

Quando ciò si verifica recupera spazio il sindacato giudiziale, in applicazione dei canoni di buona fede e correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c. come più alta espressione del divieto di abuso del diritto e il giudice ha il potere di inibire la condotta del datore di lavoro di apposizione del termine al contratto.

L'abuso del diritto, per la sua portata generale, è applicabile anche nell'ambito del lavoro pubblico, oggi privatizzato dal d. lgs. n. 165/2001.

In queste ipotesi, tuttavia, alla nullità del contratto consegue esclusivamente il diritto al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 36 del Tupa e beneficia di un regime probatorio agevolato ex art. 32, comma 5, L. 183/2010.

³⁰⁰ Ciò dovrebbe comportare l'irrelevanza delle motivazioni soggettive del datore che lo spingono a prevedere un termine di durata del rapporto: motivazioni soggettive che, in realtà, oggi, sino al 30 settembre 2022, potrebbero anche entrare nel contratto, se individuate come ulteriore causale del termine apposto dalla contrattazione collettiva. Pericolo che deriva dalla circostanza che tali accordi possono essere sottoscritti da "contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria ". Nel caso di accordi aziendali il rischio di una prevaricazione del datore potrebbe sussistere.

Inoltre, ha diritto ad un'indennità compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, applicando i criteri previsti dalla norma sui licenziamenti (L. 604/1966).

E' esclusa invece la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato in rispetto della regola di cui all'art. 97 Cost.

In generale, la materia della contrattazione a termine è l'esempio di come la normativa speciale sul diritto del lavoro può a volte non essere pienamente soddisfattiva delle ragioni del lavoratore, per cui, al fine di garantire forme di impiego dignitose, si rende necessario ricorrere agli strumenti propri del diritto civile in via di completamento.

In base alla realtà normativa attuale, è possibile affermare che le discipline, quella prevista dagli artt. 19-29 del d. lgs. 81/2015, quella individuata dall'art. 36 del D. Lgs 165/2001 e quella ancorata agli artt. 1175 e 1375 c.c. sono complementari e si eterointegrano.

6. continua. e) Il contratto in frode alla legge

La tematica dell'abuso del diritto si lega strettamente a quella della frode alla legge, essendo il primo spesso legato alla realizzazione della seconda.

La nullità del negozio giuridico può derivare dalla frode alla legge, di cui all'art. 1344 c.c., la norma recita: “*si reputa altresì illecito il contratto quando costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*”. Si tratta di un particolare tipo di contratto in cui la causa è apparentemente *secundum ius*, ma

ove la funzione economico individuale dell'intera operazione negoziale è in concreto illecita. Il legislatore, con l'art. 1344 c.c., opera un'estensione della regola dell'illiceità della causa ex art. 1343 c.c. Secondo la giurisprudenza, "presupposto indefettibile perché si possa parlare di contratto in frode alla legge è che il negozio posto in essere non realizzi quella che è una causa tipica o comunque meritevole di tutela ex art. 1322, secondo comma, cod. civ., - bensì una causa illecita in quanto appunto finalizzata alla violazione della legge"³⁰¹.

La finalità della norma è quella di evitare che il divieto previsto dall'art. 1343 c.c. sia aggirato mediante un accordo negoziale che è di per sé rispettoso della legge, ma che si inserisce in un'operazione negoziale articolata in cui l'illiceità riguarda lo scopo complessivo, che viene realizzato mediante il collegamento di più negozi tra loro avvinti da un'unica funzione causale³⁰².

L'orientamento maggioritario la classifica come un'operazione contrattuale complessa, in cui il contratto non è unico, ma è la risultante di una serie di accordi negoziali funzionalmente collegati tra loro e finalizzati al raggiungimento di uno scopo ultimo che è vietato dal legislatore, in applicazione della tesi della causa in concreto³⁰³.

³⁰¹ Cass. civ., n. 8499 del 2018.

³⁰² G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano 1970, p. 68; A. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. Dir. comm.*, 1990, I, 161; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992; P. CENDON, (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale*, VI, Torino 2000, 320.

³⁰³ Due sono le teorie elaborate dalla dottrina sul c.d. contratto in frode alla legge: la teoria oggettiva e la teoria soggettiva.

In base alla teoria oggettiva il contratto deve considerarsi in frode alla legge quando, mediante patti aggiunti, realizza lo stesso risultato che la norma imperativa vieta. Questo contratto è conforme alla legge dal punto di vista del contenuto e dell'oggetto, ma contrasta con essa nello spirito. La critica mossa a questa impostazione è che se il contratto raggiunge un risultato identico a quello proibito dalla disposizione violata, allora esso si pone direttamente contro la stessa. Non servirebbe, al riguardo, reputare illecita la causa. Su questa scia, l'art. 1344 sarebbe un'inutile ripetizione dell'art. 1343 c.c.

Secondo un'altra teoria, detta soggettiva, è in frode alla legge il contratto che realizza non lo stesso, ma un risultato analogo a quello che la disposizione vieta, secondo un'interpretazione che deve tener conto delle reali volontà dei contraenti. Questa tesi distingue, inoltre, il contratto in frode alla legge, ex art. 1344 c.c., dal contratto contro la legge, disciplinato dall'art. 1343 c.c. Il primo si attua attraverso un contratto lecito che, oltre al risultato tipicamente previsto dalla norma, ne realizza uno ulteriore vietato. Il secondo, invece, è una manifesta e diretta violazione normativa.

Al di là delle teorie elaborate sul contratto in frode alla legge, il cuore dell'indagine sull'operazione contrattuale è rappresentato dalla c.d. "causa in concreto", ossia, come definita da dottrina autorevole (G.B. FERRI *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966), dalla funzione economico – individuale che le parti intendono raggiungere con l'operazione negoziale. La causa diviene, in tal modo, la sintesi ultima di tutti gli indici costitutivi del negozio. Essa è l'espressione oggettivata delle finalità soggettive e individuali delle parti contraenti, che si deve nettamente distinguere dalla c.d. "causa in astratto", tesi elaborata da altra rilevante dottrina (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino Rist. 1994, 170, 207), che faceva coincidere la causa con il tipo normativo.

L'accoglimento della concezione della causa in concreto, impostazione preponderante a livello dottrinale (si veda sul punto: M. BIANCA, *Diritto civile*. 3. Il contratto, Milano, Giuffrè, 1987), consente, oggi, di effettuare un controllo di liceità su ogni accordo negoziale, anche su quello tipico.

Al fine di stabilire se la causa dell'operazione negoziale sia o meno illecita, occorre, perciò, guardare al collegamento funzionale esistente tra i vari contratti e a quale sia la giustificazione causale unica dell'intera operazione. Si è in tal modo reso più complesso il compito del giudice, che deve non solo verificare il rispetto delle regole formali dell'operazione posta in essere dalla parte ma anche la sua liceità sostanziale.

In relazione agli effetti della frode alla legge si ripropone il dibattito tra effetti/sanzioni demolitori o manutentivi: dal combinato disposto degli artt. 1344 e 1418 c.c., sembrerebbe doversi ricavare la conseguenza della nullità del negozio in frode alla legge³⁰⁴, secondo altri quello della nullità parziale, con caducazione della clausola fraudolenta³⁰⁵, altri ancora ritengono che la conseguenza più adeguata sia la produzione degli effetti della norma che si intendeva eludere³⁰⁶. Queste due ultime teorie trovano applicazione concreta proprio in materia di lavoro.

Nell'ambito del diritto del lavoro, un atto negoziale può, senza dubbio, dirsi affetto da illiceità della causa se prevede la violazione di un diritto insopprimibile della persona. Questa causa illecita può anche essere la risultante di un collegamento negoziale apparentemente lecito. Si fa riferimento in tali casi alla causa in concreto utilizzata in giurisprudenza ed in dottrina per contrastare

Viene, così, rimosso il binomio tipicità-meritevolezza, potendo ogni operazione negoziale essere censurata sotto il profilo della illiceità causale, se in concreto emerge che essa è utilizzata per la realizzazione di un fine *contra ius*.

³⁰⁴ L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, ESI, Napoli, 2014

³⁰⁵ Cass., n. 8856 del 1996 e n. 10586 del 1994.

³⁰⁶ U. MORELLO, voce *Negozio in frode alla legge*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.

l'abuso del diritto e per individuare l'elemento discriminante in virtù del quale il giurista valuta se un atto privato ha il requisito della meritevolezza e non è *contra legem*³⁰⁷.

7. continua. f) La frode alla legge nel contratto a termine con particolare riguardo al caso dell'arruolamento marittimo a tempo determinato.

Un'ipotesi di contratto in frode alla legge individuata dalla giurisprudenza attiene alla stipulazione di plurimi contratti a tempo determinato con il medesimo lavoratore, nelle stesse mansioni e con lo svolgimento di una prestazione dal contenuto identico. Ciò fa presumere l'insussistenza di ragioni obiettive che giustificano l'uso del contratto a termine, unicamente in danno del lavoratore.

³⁰⁷ G. IACCARINO, *Il contratto nella prospettiva del notaio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2018, p. 1149; in giurisprudenza v. Cass. civ., SS. UU., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, 9, 1, c. 2460, con nota di F.S.COSTANTINO, *Adempimento di debito altrui fallimento del solveris, al vaglio delle Sezioni Unite (con chiose su causa concreta e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*, in *Foro it.*, 2010, 9, 1, c. 2460; in *Contr.*, 2010, 11, p. 1000, con nota di A. DI BIASE, *La rilevanza della causa concreta nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7-8, 1, p. 748, con nota di M. GIULIANO, *Adempimento del debito altrui e la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità ed onerosità dell'atto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7-8, 1, p. 748; in *Fall.*, 2010, 7, p. 799, con nota di G. MINUTOLI, *Onerosità e gratuità dell'ademppimento del terzo, vantaggio compensativo e onere della prova*; in *Corr. giur.*, 2010, 9, p. 1190, con nota di A. RESTUCCIA, *Regime di revocabilità fallimentare del pagamento eseguito dal terzo successivamente dichiarato fallito*; in *Giur. it.*, 2010, 10, p. 2080, con nota di M. SPIOTTA, *La "causa concreta" del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*.

Il tema della frode alla legge nei contratti a termine riceve interessanti spunti dalla pratica dei rinnovi dei contratti a tempo determinato per i lavoratori del settore marittimo che ha avuto una grande diffusione nel sistema italiano. La materia è stata oggetto di disamina a livello nazionale ed europeo, con particolare riguardo al contratto di arruolamento a termine previsto dal Codice della Navigazione³⁰⁸, che ha introdotto una legislazione speciale in relazione al diritto del lavoro nel mare³⁰⁹. L'art. 1 del cod. nav.,

³⁰⁸ Cfr. Cass., n. 11997 e n. 14828 del 2018; a livello europeo, v. CGUE, “*Fiamingo et al.*” cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 sent., del 3-7-2014, che si è pronunciata sulla compatibilità della direttiva 1999/70/Ce e del relativo accordo quadro sul contratto a tempo determinato con la disciplina nazionale del contratto di arruolamento a termine.

³⁰⁹ La dottrina parla di “specialità aggravata”. In tal senso, L. GIASANTI, *Collegato Lavoro, legge Fornero e lavoro nautico: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2012, X, 291-317. In argomento cfr. anche A. ANTONINI, *L'autonomia del diritto della navigazione, il ruolo del diritto comune e la posizione sistematica della legislazione sulla navigazione da diporto*, in *Diritto dei Trasporti* 2/2014 p. 457 e ss.; B. PORZIO, *I contratti a termine nel lavoro marittimo: diritto speciale o diritto comune? Le ordinanze interlocutorie*, Cass. civ., sez. lav., 20 giugno 2013, n. 15560 e n. 15561, e 9 luglio 2013, n. 16980, in *Diritto marittimo* 2014, p. 68 ss.; M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino 2017, p. 232; F. Arena, *Contratti di lavoro nautico a termine e frode alla legge. Nota a Cassazione, sez. lavoro, n. 11997/2018*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2019, 253 ss.

Sul punto, la Cassazione con la sent. n. 62 dell'8/01/2015 ha affermato che: *L'applicabilità anche al lavoro nautico dell'accordo quadro sul contratto di lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70 CE non implica di per sé anche l'applicabilità al contratto di arruolamento della normativa italiana che all'accordo ha dato esecuzione, vale a dire il D. Lgs. n. 368/2001, stante il principio di specialità sancito dall'art. 1 c. nav., che ammette l'operatività del*

prescrive che “*in materia di navigazione, marittima, interna ed aerea, si applicano il presente codice, le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi ad essa relativi*”, potendo essere applicato il diritto comune solo “*ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e non ve ne siano di applicabili per analogia*”. L’art. 326 dello stesso Codice, nel regolamentare il contratto a tempo determinato, stabilisce quanto segue: “*Il contratto a tempo determinato e quello per più viaggi non possono essere stipulati per una durata superiore ad un anno; se sono stipulati per una durata superiore, si considerano a tempo indeterminato. Se, in forza di più contratti a viaggio, o di più contratti a tempo determinato, ovvero di più contratti dell’uno e dell’altro tipo, l’arruolato presta ininterrottamente servizio alle dipendenze dello stesso armatore per un tempo superiore ad un anno, il rapporto di arruolamento è regolato dalle norme concernenti il contratto a tempo indeterminato. Agli effetti del*

diritto comune solo in caso di mancanza di norme poste direttamente dal diritto speciale nautico o da questo ricavabili per analogia.

L’art. 326, 3 comma, c. nav., costituisce, in via generale ed astratta, una misura adeguata e idonea a prevenire abusi nel susseguirsi di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, giacchè la necessità di un intervallo di tempo superiore ai 60 giorni tra un’assunzione e l’altra, non consentendo al datore di lavoro una valida programmazione dell’attività, disincentiva la frantumazione di un unico reale rapporto di lavoro a tempo indeterminato in plurimi apparenti rapporti a termine. Nondimeno, anche la presenza di una normativa astrattamente idonea a prevenire abusi non esclude che, in concreto, ricorra un esercizio della facoltà di assumere a tempo determinato in frode alla legge sanzionabile ex art. 1344 c.c., ipotesi che va verificata caso per caso dal giudice di merito esaminando, tra l’altro, il numero dei contratti e l’arco temporale complessivo in cui si sono succeduti. Nello stesso senso Cass. civ., sez. lav., n. 14828 del 2018.

comma precedente, la prestazione del servizio è considerata ininterrotta quando fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorre un periodo non superiore ai sessanta giorni”.

La materia del contratto di arruolamento a termine è peculiare, perché intercetta sia il diritto del lavoro comune, ossia le previsioni al riguardo fissate dal d. lgs. n. 368/2001 sul contratto a tempo determinato, sia la disciplina propria del Codice Civile, in via residuale, per quanto non espressamente normativizzato dal legislatore speciale ex art. 12 disp. prel. c.c.³¹⁰. A partire dall'entrata in vigore della Costituzione italiana, il Codice della Navigazione deve necessariamente fare applicazione dell'art. 3 della Carta costituzionale, ossia del principio di uguaglianza. Orbene, nella materia del diritto del lavoro speciale, praticato in acque marittime, non è possibile riservare un trattamento dissimile a casi analoghi e viceversa. Ciò comporta l'obbligatorietà delle regole proprie del diritto del lavoro comune anche con riguardo ai rapporti lavorativi che si svolgono via mare. L'eventuale differenza di trattamento si giustifica solo sulla base di effettive esigenze oggettive legate alla sicurezza della navigazione, così come più volte ribadito dalla Corte costituzionale nelle sue pronunce³¹¹. Dopo l'affermazione

³¹⁰Si veda sul punto: B. BALLETTI, *Necessità di una riforma legislativa del rapporto di lavoro nautico*, in *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, I, Padova 2005, p. 150; L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1996, 287 ss.

³¹¹ Cfr. Corte cost. 19 febbraio 1976, n. 129, 20 aprile 1977, n. 66; 3 aprile 1987, n. 96. Nello stesso senso Cass. civ., sez. lav., 9 luglio 1979, n. 3939, *Dir. lav.*, 1980, II, 317.

dell'obbligatorietà del diritto europeo nell'ordinamento interno, la normativa speciale non può porsi in conflitto neppure con le disposizioni cogenti dello stesso, pena la violazione dell'art. 117, 1 comma, Cost.³¹²

In modo specifico, la materia rileva per la pratica elusiva che il contratto a termine dell'arruolato nautico³¹³ può realizzare ex art. 1344 c.c.

La Cassazione ha più volte chiarito che la specialità del contratto a termine nel settore marittimo non esclude "l'esistenza di un eventuale intento fraudolento che riveli un abuso dello

³¹² Per tale ragione si è caldeggiata una riforma della materia: cfr. B. BALLETTI, *Necessità di una riforma legislativa del rapporto di lavoro nautico*, op. loc. cit. Sulla necessaria attenuazione del regime di specialità cfr. E. MINALE COSTA, *Lavoro nella navigazione*, in *Digesto priv. Comm.*, Torino, 1992, p. 402 e ss.; G. M. BOI, *Il lavoro marittimo: l'armonizzazione delle norme di diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in *Il lavoro nei trasporti*, (a cura di M. Cottone), Milano 2004, p. 11.

30 Sull'argomento si veda L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, op. cit. p. 71 e ID., *Il lavoro nautico*, in *Diritto del lavoro, Commentario*, diretto da F. CARINCI, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, ed. II, Torino, 2007, p. 2028 ss.; C. E. LUCIFREDI, *Il lavoro marittimo fra ordinamento comunitario e tutele nazionali*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, I, *Dir. maritt.*, 2010, p. 475 e ss.

³¹³ In tal senso B. PORZIO, *I contratti a termine nel lavoro marittimo: diritto speciale o diritto comune?* Le ordinanze interlocutorie della Cass. civ., sez. lav., 20 giugno 2013, n. 15560 e n. 15561, e 9 luglio 2013, n. 16980, in *Diritto marittimo* 2014, p. 68 ss.; M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino 2017, p. 232. La quale, in particolare, esamina l'applicabilità del principio sancito dall'art. 1344 c.c. nel settore del diritto del lavoro.

strumento pur astrattamente legittimo³¹⁴”. Il problema si è posto a decorrere dall’introduzione della L. n. 230/1962, poi abrogata e successivamente sostituita dalla disciplina oggi fissata dal D. Lgs 368/2001 ulteriormente modificata nel 2018. La L. n. 230/1962, aveva stabilito un regime molto restrittivo circa l’ammissibilità del contratto a termine e gli interpreti si chiesero che forza espansiva potesse avere questa previsione rispetto al Codice della Navigazione. La disposizione sulla quale si incentrò il dibattito³¹⁵ fu, specificamente, l’art. 2³¹⁶ relativamente alla proroga del contratto, alla prosecuzione della prestazione oltre la scadenza del termine e alla successione dei contratti come forma di elusione delle disposizioni di legge.

³¹⁴ Cass. civ., sez. lav., n. 11997 e 14828 del 2018; Cass. civ., sez. lav., 5787 del 2014.

³¹⁵ In particolare, da L. MENGHINI, in *“I contratti di lavoro”* cit., 332 ss.

³¹⁶ La lettera dell’art. 2 così recitava: *“Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, eccezionalmente prorogato, non più di una volta e per un tempo non superiore alla durata del contratto iniziale, quando la proroga sia richiesta da esigenze contingenti ed imprevedibili e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato, ai sensi del secondo comma dell'articolo precedente. Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato il contratto si considera a tempo indeterminato fin dalla data della prima assunzione del lavoratore. Il contratto si considera egualmente a tempo indeterminato quando il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di quindici ovvero trenta giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata rispettivamente inferiore o superiore a sei mesi e, in ogni caso, quando si tratti di assunzioni successive a termine intese ad eludere le disposizioni della presente legge”*.

Mentre la disciplina civilista era molto stringente sul punto, quella propria del Codice della Navigazione prevedeva e prevede tuttora unicamente un limite complessivo di durata al contratto a termine, ai sensi dell'art. 362, comma 2, che non può essere superiore ad un anno, stabilendo inoltre che il rinnovo dello stesso contratto non può avvenire prima di 60 gg. Spesso attraverso rinnovi nei termini di legge si raggiunge lo scopo di eludere la disposizione sulla durata massima del contratto a termine nel settore marittimo.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità al lavoro marittimo della previsione di cui al primo periodo del 2 comma dell'art. 2 della legge n. 230/1962 - per la quale se il rapporto prosegue oltre la scadenza del termine, il contratto andava immediatamente considerato a tempo indeterminato - ha ritenuto che la normativa prevista dal Codice della Navigazione sia speciale e, quindi, autonoma rispetto a quella fissata dal diritto comune e non vi siano ragioni di disparità di trattamento per violazione del principio di uguaglianza tra i lavoratori ex art. 3 Cost. La disciplina civilista è, poi, mutata ancora con l'introduzione dell'art. 12, comma 1, della L. 196/1997, che andò a sostituire il tanto discusso art. 2 L. n. 230/1962.

Neppure la nuova normativa andò esente da critiche, in quanto incise sull'abbreviazione degli intervalli di tempo tra un contratto a termine e l'altro, ma non ripropose più il divieto delle successive assunzioni volte ad eludere le disposizioni di legge. Alcuni autori, alla luce di questo vuoto normativo, ritennero di poter fare applicazione dell'istituto del contratto in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c., con unificazione di tutti i negozi in un unico

contratto a tempo indeterminato, quando l'uso di una pluralità di contratti a termine per la frequenza e la durata del rapporto con il lavoratore dimostrasse la necessità di soddisfare esigenze di lavoro stabili e durature³¹⁷. Questo orientamento si fece strada anche successivamente all'entrata in vigore della direttiva n. 70/99 Ce e del D. Lgs n. 368/2001. Il recepimento della direttiva in parola fu attuato per far sì che la disciplina italiana fosse conforme a quella dell'accordo europeo in tema di regolamentazione del contratto a tempo determinato, anche al fine di evitare abusi nell'utilizzo dello strumento. In virtù dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP raggiunto in seno al Consiglio Europeo, dal quale è derivata l'adozione della direttiva 70/99, le parti sociali hanno affermato il rilievo, anche per l'Unione, del contratto a termine come forma di lavoro flessibile e in alcune circostanze la sua maggiore rispondenza alle esigenze della parte datoriale e dei lavoratori. L'obiettivo dell'accordo, come si legge alla clausola n. 1 dello stesso, era non solo quello di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, ma anche quella di *“creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”*. La clausola 3 definisce, poi, le condizioni per ritenere legittima la previsione di un termine al contratto di lavoro, ossia: *“condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un*

³¹⁷ L. MENGHINI in nota a Sentenza della Cass. civ., sez. lav., 8 gennaio 2015, n. 62 per rivista del diritto alla navigazione, in *europeanrights.eu*; ID, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, introduzione in *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, IPSOA, 2002, 18.

evento specifico”. Inoltre, alla clausola 5, si prevede che gli stati membri introducano misure al fine di prevenire gli abusi derivanti dall’uso del contratto a termine, stabilendo: *“ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; il numero di rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”*.

In ossequio a tali prescrizioni, l’ordinamento italiano ha recepito, con il D. Lgs n. 368/2001, la direttiva 70/99, al fine di rendere la normativa italiana conforme alle previsioni dell’UE in materia³¹⁸.

L’art. 5, comma 4 bis, prevede il limite massimo di 36 mesi alla successione dei contratti a termine e che: *“qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l’altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2”*.

Pertanto, nell’ottica di una coerenza del sistema, si può ragionevolmente ritenere che il Codice della Navigazione non possa sfuggire, nonostante la specialità della materia, alle garanzie previste dall’Unione Europea per la tutela dei lavoratori a tempo determinato.

³¹⁸ La disciplina generale dei contratti di lavoro a tempo determinato oggi è contenuta nel d. lgs. 81/2015 agli artt. 19-29.

In questa prospettiva, lo strumento del contratto in frode alla legge, di cui all'art. 1344 c.c., può essere utilizzato come norma di chiusura del sistema e mezzo generale, di repressione dei contratti elusivi dei divieti imposti dal legislatore, anche con riguardo al settore marittimo, in caso di successione di contratti di arruolamento a tempo determinato, tutti formalmente leciti, quando emerga che essi in realtà sono conclusi al solo scopo di evitare la stipulazione di un unico contratto a tempo indeterminato con il lavoratore e non vi sono ragioni oggettive che giustificano la temporaneità del contratto e la sua successiva reiterazione.

Tale tesi viene avvalorata anche dall'impostazione della Corte di Giustizia dell'UE che, chiamata a pronunciarsi nel "Caso Fiamingo" sull'applicabilità dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 70/99 CE al lavoro nautico, con sentenza del 4 luglio 2014, ha dato risposta affermativa al quesito.

La Corte di Cassazione, inoltre, con due ordinanze interlocutorie del 20.6.2013, ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE sul se la clausola 5 dell'accordo quadro sopra richiamato osti alla normativa nazionale italiana del contratto di arruolamento marittimo a tempo determinato, previsto dall'art. 326 del cod. nav., nella parte in cui quest'ultima esclude in caso di utilizzo di una successione di contratti a termine che essi siano trasformati in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

L'art. 326 cod. nav. prevede, infatti, ai commi 2 e 3 che: *“Se, in forza di più contratti a viaggio, o di più contratti a tempo determinato, ovvero di più contratti dell'uno e dell'altro tipo, l'arruolato presta ininterrottamente servizio alle dipendenze dello stesso armatore per un tempo superiore ad un anno, il rapporto di*

arruolamento è regolato dalle norme concernenti il contratto a tempo indeterminato. Agli effetti del comma precedente, la prestazione del servizio è considerata ininterrotta quando fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorre un periodo non superiore ai sessanta giorni”.

La censura sollevata dai Supremi giudici atteneva all'inidoneità dell'art. 326 del Cod. Nav. a prevenire gli abusi derivanti dalla successione di contratti a termine, abusi che la clausola 5 dell'accordo quadro alla direttiva 70/99 mira a scongiurare.

Infatti, nel caso di specie è sufficiente che tra un contratto e l'altro non intercorrano più di 60 giorni per evitare la sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato. Sarebbe, cioè, sufficiente predisporre il rinnovo al cinquantanovesimo giorno perché la reiterazione del termine possa avvenire all'infinito.

La Corte di Giustizia ha affermato al riguardo che la disciplina del Cod. Nav. può dirsi astrattamente adeguata a soddisfare i criteri della clausola 5 fissati dall'accordo quadro europeo.

La stessa Corte di Giustizia ha, però, rimesso ai giudici italiani l'onere di indagare caso per caso se nella fattispecie concreta esista o meno una pratica elusiva della contrattazione a termine.

La giurisprudenza italiana³¹⁹ ha, poi, avuto modo di fare applicazione del principio affermato dalla Corte di Giustizia con

³¹⁹Con la sent. Cass. civ., sez. lav., 16 maggio 2018, n. 11997, la Corte ha esaminato il ricorso di un lavoratore iscritto nei registri della gente di mare, arruolato da Rete Ferroviaria italiana S.p.A. con successivi contratti per uno o più viaggi e per una durata massima di 78 giorni cadauno, confermando le statuizioni

riguardo all'elusività del termine apposto al contratto di arruolamento marittimo, smorzando il dibattito sul punto.

La massima della decisione della Corte richiama l'art. 1344 c.c., come norma di sistema dotata di una forza espansiva rafforzata, stabilendo che: "L'art. 1 cpv. cod. nav. non osta all'applicazione del generale principio civilistico previsto dall'art. 1344 c.c. non esistendo nel codice della navigazione norme che diversamente regolino la fattispecie del contratto in frode alla legge. Sebbene, infatti, l'art. 326 ultimo comma cod. nav. preveda che la prestazione del servizio debba essere considerata ininterrotta, quando fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorra un periodo non superiore ai sessanta giorni, ciò non comporta, al contrario, che, di per sé, la circostanza che i contratti separati da intervalli superiori ai sessanta giorni siano sempre e comunque legittimi e che non si debba indagare circa l'esistenza di un eventuale intento fraudolento che riveli un abuso dello strumento pur astrattamente legittimo".

Tirando le somme del discorso, nel caso in cui venga accertato che il contratto dell'arruolato marittimo, reiterato nel tempo rispettando l'intervallo non superiore a 60 giorni tra un accordo e l'altro, sia sprovvisto di ragioni oggettive che ne giustifichino la

dei precedenti gradi di giudizio. Il dipendente aveva inizialmente adito il Tribunale di Messina, domandando la declaratoria di nullità dei contratti a termine sottoscritti e il riconoscimento della sussistenza di un unico contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'ente. La richiesta era stata accolta dal Tribunale, poi confermata in II grado, con sent. n. 26/2016 della Corte d'Appello territorialmente competente, che sottolineava l'illegittimità dei contratti di arruolamento intercorsi tra le parti dal 2005 al 2008, per frode alla legge.

temporaneità, l'organo giudicante dichiarerà la violazione dell'art. 1344 c.c. e, per l'effetto, la nullità del termine apposto al contratto ex art. 1418 c.c., ordinando la conversione del rapporto in un contratto a tempo indeterminato sin dall'origine.

8. continua. g) La frode alla legge nel demansionamento.

Una parte della dottrina³²⁰ e della giurisprudenza³²¹ fa riferimento alla frode alla legge in caso di demansionamento del lavoratore per motivi di riorganizzazione aziendale.

Con l'espressione demansionamento si indica l'adibizione del lavoratore a mansioni ricomprese in un livello di inquadramento inferiore rispetto a quello pattuito all'interno del contratto individuale di lavoro o a quello corrispondente alle mansioni da ultimo svolte.

Questa operazione finisce per far regredire il lavoratore dal punto di vista dell'esperienza e delle professionalità acquisite e, di conseguenza, svilisce la sua dignità personale e professionale, ex artt. 2 e 4 Cost.

Il datore di lavoro, nell'esercizio dei suoi poteri direttivi, può adibire il lavoratore a mansioni inferiori solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge ex art. 2103 c.c., come

³²⁰ In argomento A. CARACCILO, *Demansionamento consentito e frode alla legge*, *Annali dip. Jonica*, 2021, 35; U. GARGIULO, *Lo ius variandi nel "nuovo" art. 2103 c.c.*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, p. 620 e ss.; M.A., *La disciplina delle mansioni dopo il "Jobs act"*, in *Giur. it.*, 2016, p. 757 e ss.; L. PAOLITTO, *La nuova nozione di equivalenza di mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in E. GHERA e D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, p. 155 e ss.

³²¹ Cfr. sul punto, fra tutte, Cass. SS. UU. 26 novembre 2006 n. 25033.

modificato dall'art 3 del d.lgs. n.81 del 2015, e negli altri casi previsti dalla legislazione speciale.

L'art. 2103 c.c. stabilisce a quali condizioni il demansionamento è lecito.

Esso può avvenire in tre ipotesi: quando vi sia una modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla posizione del lavoratore (art. 2103, comma 2, c.c.); quando vi sia un'espressa previsione in tal senso da parte del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro applicato al settore di riferimento (art. 2103, comma 4, c.c.); quando sussista un contratto individuale di modifica delle mansioni stipulato nelle sedi protette, che risponda all'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle proprie condizioni di vita (art. 2103 co. 6 c.c.).

Mentre non suscitano particolari perplessità per i casi annoverati dai commi 4 e 6 della disposizione richiamata, lo stesso non può dirsi con riguardo al comma 2 dello stesso articolo.

Come alcuni³²² hanno rimarcato, la “*modifica degli assetti organizzativi aziendali*” appare un'espressione legislativa fumosa e vaga, che si appresta, spesso, a condotte elusive da parte del datore di lavoro e che riproduce su altro piano i dubbi che forniva il concetto di equivalenza delle mansioni contenuto nella formulazione dell'art. 13 st. lav. Con la riforma del 2015 le maglie

³²² G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 3, n. 29; U. GARGIULO, *Lo ius variandi nel “nuovo” art. 2103 c.c.*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, p. 620 e ss; A. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.it* – 233/2014.

del mutamento delle mansioni si allargano ed in parte si oggettivizzano quando si fa riferimento al parametro dello “stesso livello d’inquadramento”, ma poi il riferimento alla modifica degli assetti organizzativi, sembra consentire utilizzazioni non corrette del potere organizzativo.

Proprio in virtù della genericità della formula, il datore di lavoro potrebbe apportare una qualsiasi variazione all’assetto aziendale, in modo da essere poi legittimato a demansionare il lavoratore, avendo in realtà quest’ultimo obiettivo come unico e reale scopo dell’intera operazione negoziale.

La giurisprudenza³²³, già prima del d.lgs. del 2015, sulla regolamentazione delle mansioni del lavoratore e sul divieto di declassamento aveva affermato che l’art. 2103 c.c. vada interpretato *“stante le statuizioni di cui alla sentenza delle Sezioni Unite del 26 novembre 2006 n. 25033 e in coerenza con la ratio sottesa ai numerosi interventi in materia del legislatore – alla stregua della regola del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un’organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti l’esternalizzazione dei servizi o la loro riduzione a seguito di processi di riconversione o ristrutturazione aziendali, l’adibizione del lavoratore a mansioni diverse, e anche inferiori, a quelle precedentemente svolte – restando immutati il livello retributivo – non si pone in contrasto con il dettato costituzionale, se essa rappresenti l’unica alternativa*

³²³ Cass. civ., sez. lav., 5/4/2007 n. 8596, che richiama Cass. civ., SS. UU., 26/11/2006 n. 25033.

praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”.

Sono quindi vietati utilizzi elusivi della modifica degli assetti organizzativi aziendali e qualora siano riscontrati il demansionamento operato in ragione di essi deve essere sanzionato con il rimedio della nullità ex artt. 1344 e 1418 c.c. per illiceità della causa in concreto. Il datore, infatti, non avendo esercitato i propri poteri datoriali con correttezza e buona fede ha abusato dei poteri conferiti dalla legge utilizzandoli per finalità diverse da quelle consentite³²⁴. Ugualmente nullo e per gli stessi motivi dovrebbe considerarsi l'eventuale accordo concluso con il lavoratore³²⁵ secondo alcuni, sul presupposto di un vizio del suo consenso da accertare preliminarmente³²⁶.

La nullità dell'atto di demansionamento ex art. 1344 c.c. - per una modifica fittizia dell'assetto organizzativo aziendale, avente, in realtà, come unico fine quello di declassare il dipendente realizza l'effettivo interesse del lavoratore in quanto con esso non si produce l'estinzione del rapporto lavorativo, ma il ricollocamento del lavoratore nelle funzioni precedentemente svolte, ove sia

³²⁴ F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1, 1998, p. 1; R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in *Dir. priv.*, III, Cedam, Padova, 1997, p. 403 ss.; D. GAROFALO, *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, *Intervento ai Seminari di Bertinoro*, XV ed., 21-22 novembre 2019, Bologna.

³²⁵ In questi termini DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.it. 263/2015, 9

³²⁶ C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2016.

ancora materialmente possibile, il mantenimento del medesimo livello di inquadramento e della relativa retribuzione e, in ogni caso, il risarcimento del danno.

Il risarcimento riguarderà essenzialmente il danno non patrimoniale, essendo quello patrimoniale garantito dal mantenimento del precedente livello e della relativa retribuzione.

Tale danno consegue alla violazione degli artt. 2013 e 2087 c.c.³²⁷ e quindi comporta una responsabilità contrattuale del datore di lavoro per la lesione ai beni della dignità, professionalità, immagine, vita di relazione, ed alla sfera essenziale del lavoratore, tutti beni non patrimoniali rientranti nell'art. 2 Cost. e perciò risarcibili³²⁸.

Dottrina e giurisprudenza hanno discusso sul se tale danno si produca automaticamente come conseguenza del demansionamento, configurandosi come danno evento e quindi non necessitando di prova relativamente alle conseguenze prodotte dallo stesso³²⁹. Secondo altra dottrina, invece, che accoglie la configurazione del danno non patrimoniale come danno

³²⁷ M. BROLLO, *Le mansioni: la rivoluzione promessa nel "Jobs Act"*, in *Labor*, 2017, 6, 619; M. SIGNORELLI, *L'evoluzione giurisprudenziale del danno da demansionamento: una ricostruzione sistematica*, Parte I, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1494; A. ZILLI, *Demansionamenti vecchi e nuovi*, tutti ricompresi nel Jobs Act., in *Labor*, 2017, 3, 317.

³²⁸ Fino alle sentenze di San Martino dell'8 novembre 2008, nn. 26972, 2973, 2974, il danno esistenziale costituiva una autonoma fattispecie di danno.

³²⁹ In tal senso, Cass. civ., nn. 8721 e 10157 del 2004; Cass. civ., n. 13299 del 1992: in dottrina v. L. DE ANGELI, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. lav.*, 2017, 613 ss.; M. PETRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PETRAZZOLI, (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 1995.

conseguenza, il profilo del demansionamento e quello del danno alla personalità vanno mantenuti distinti³³⁰ ed il lavoratore è tenuto a provare quest'ultimo in ragione della circostanza che "l'attribuzione di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento"³³¹. I profili della prova sul punto sono stati attenuati dall'orientamento della giurisprudenza che accoglie la possibilità della prova presuntiva³³² riaprendo al contempo alla configurazione del risarcimento come sanzione punitiva. Sarà pertanto sufficiente provare lo stato di mortificazione in cui il lavoratore si trova a seguito del demansionamento riconoscendo il disvalore sociale del comportamento del datore.

La tematica si innesta e si collega strettamente a quella del licenziamento per motivi oggettivi di cui all'art. 3 l. 604 del 1966. Tale licenziamento è ritenuto sussistente in presenza di una riorganizzazione dell'attività del datore di lavoro che sia volta a migliorarne l'efficienza nell'ambito del mercato di interesse. Il licenziamento del lavoratore in queste ipotesi, proprio in ragione del bilanciamento tra art. 41 e art. 4 Cost., è ritenuto legittimo solo se, la riorganizzazione è effettiva e coinvolge necessariamente il

³³⁰ In tal senso Cass., n. 10361 2004 e L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione nel diritto del lavoro*, in Arg. Dir. Lav., 2007, 1189.

³³¹ Cass., civ., SS.UU., 6572 del 2006.

³³² Cass., civ., n.6965 del 2020. Cfr. anche Cass. civ., SS. UU. n. 4063 del 2010 che afferma: "il giudice...può desumere l'esistenza del relativo danno in base agli elementi di fatto relativi alla durata della qualificazione e delle altre circostanze del caso concreto, potendo procedere ad una valutazione equitativa del danno".

lavoratore da licenziare, anche se è stato assolto l'obbligo di *repechage*, operazione da eseguire con correttezza e buona fede. In altri termini alla riorganizzazione deve conseguire l'esternalizzazione dell'attività svolta dal lavoratore licenziato, la riduzione o soppressione di quella parte di attività con la soppressione di quel posto, ancorché tale riorganizzazione non dipenda da difficoltà economiche dell'impresa³³³. La violazione di tale obbligo comporta l'illegittimità del licenziamento con l'applicazione del diverso regime sanzionatorio, dipendente dalla dimensione aziendale e dalla data di assunzione del lavoratore. Oggi la giurisprudenza tende ad individuare nella mancanza di *repechage* un'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, ciò in ragione della circostanza che il nuovo art. 2103 c.c. considera possibile, in questo caso, anche il demansionamento del lavoratore³³⁴ con il più severo regime di invalidità previsto per questa ipotesi di licenziamento, che può sfociare nella reintegra ove ritenuta possibile ed adeguata dal giudice, reintegra oramai non più necessitata³³⁵.

9. continua. h) I canoni di correttezza e buona fede.

Altro strumento in chiave rimediabile prospettato dalla giurisprudenza in caso di violazione di un diritto fondamentale in ambito lavorativo, ex art. 2 Cost., è rappresentato dai canoni di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., come

³³³ Cfr. Cass., civ., sez. lav., n. 41586 del 2021

³³⁴ Cass. civ., sez. lav., n. 4673 del 2021.

³³⁵ Cass. civ., sez. lav., n. 7471/2020; Cass. civ., sez. lav., n. 26460/2019.

modalità di vaglio circa il corretto e leale comportamento delle parti della relazione contrattuale³³⁶.

Di questi obblighi posti a presidio della tutela della sfera giuridica della controparte si è già parlato nell'ambito dell'istituto dell'abuso del diritto. In questa sede saranno svolte alcune considerazioni integrative e indicate alcune fattispecie nei quali la giurisprudenza ha sanzionato il comportamento del datore facendo riferimento alla correttezza e buona fede.

Il canone della buona fede e della correttezza negoziale è un principio di condotta operante a livello ordinamentale che la giurisprudenza maggioritaria considera una fonte di eterointegrazione di ogni contratto³³⁷ e che opera anche negli

³³⁶In dottrina è stato chiarito che il canone di correttezza non si esaurisce nei richiami normativi, ma ha un contenuto più ampio, che opera a prescindere da un espresso richiamo normativo, in questi termini F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 562. La buona fede, invece, può essere intesa come forma di integrazione del contratto che, secondo alcuni, dovrebbe avere il posto dell'equità (Cosi S. RODOTÀ, *le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p.112). Secondo l'impostazione classica derivante dal diritto romano, la buona fede è, invece, criterio di valutazione del comportamento, diverso dall'equità che le parti tengono quando adempiono l'obbligazione, così C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss., P. SCHLESINGER, *il Codice civile, Commentario*, Milano 1999; G.B. FERRI, *il negozio giuridico*, Padova, 2001.

³³⁷Il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, “*richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore*” – deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a

ambiti in cui l'autonomia contrattuale è più ampia (all'art. 1322, comma 2 c.c.).

La correttezza comportamentale è richiamata da diverse norme del Codice civile e ciò consente di porne in luce la centralità. Basti pensare all'art. 1337 c.c. che richiede alle parti, già durante lo svolgimento della trattativa, ossia nella fase che precede la stipula, di comportarsi secondo buona fede.

Altre volte il canone di buona fede è criterio di interpretazione del contratto ex art. 1366 c.c.

Autorevole dottrina afferma che il dovere di buona fede in senso oggettivo, da non confondersi con quella in senso soggettivo³³⁸ *“non si presta ad essere predeterminato nel suo contenuto, in quanto esso richiede comportamenti diversi in relazione alle concrete circostanze”*³³⁹.

Sono, quindi, le peculiarità della materia a caratterizzare il dovere generico di buona fede.

In virtù del suo contenuto aperto, l'obbligo di correttezza e buona fede ha suscitato diversi problemi interpretativi circa la sua portata nell'ambito del rapporto di impiego. Essa coinvolge sia gli obblighi del datore che quelli del lavoratore. In relazione a quest'ultimo ha sollevato criticità l'inquadramento dei doveri

prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile (Cass. civ. SS.UU. 25.11.2008, n. 28056).

³³⁸Essa è legata alla consapevolezza del soggetto agente: ad esempio secondo l'art. 1147 c.c. è in buona fede colui che possiede ignorando di ledere l'altrui diritto.

³³⁹ M. BIANCA, in *Diritto civile*, Vol. 3 *il Contratto*, Giuffrè 1987, pag. 479.

previsti dagli artt. 2094, 2104 e 2105 c.c. sui doveri di collaborazione e di fedeltà del lavoratore. Ci si è chiesti, cioè, se tali obblighi espressamente positivizzati con riguardo al rapporto di lavoro fossero o meno perfettamente sovrapponibili ai principi generali di correttezza e buona fede contrattuali. È prevalso l'orientamento secondo cui anche nel rapporto di lavoro di tipo subordinato i canoni di correttezza e buona fede, previsti dagli artt. 1175 e 1375 c.c., sono fonte di obblighi accessori e integrativi di tutte le parti del contratto³⁴⁰.

In riferimento alla posizione del datore, si ritiene che i principi di correttezza e buona fede rilevino quando sono imposti per legge, in base al contratto individuale e alla contrattazione collettiva di un determinato settore e che abbiano un ruolo fondamentale nel delineare il modo in cui i poteri datoriali possono essere esercitati³⁴¹.

³⁴⁰ Con riguardo alla posizione del lavoratore, si è affermata l'idea che egli sia onerato da doveri integrativi consistenti in obblighi di comunicazione e di preparazione all'adempimento.

Particolare attenzione è stata riservata dalla giurisprudenza al dovere di fedeltà del dipendente: secondo la tesi più risalente (Cass. civ., sez. lav., n. 7529/1995), esso coincide con i principi generali di correttezza e buona fede. In base ad un orientamento più attuale, invece, come anticipato, gli artt. 1175 e 1375 c.c. hanno un contenuto ben più ampio e impongono al lavoratore di astenersi da ogni condotta che possa confliggere con i doveri legati al suo inserimento nell'organizzazione dell'impresa, anche con riguardo a comportamenti extralavorativi (Cfr. Cass., civ., sez. lav., 9.1.2015, n. 144 e Cass. civ., sez. lav., 26.11.2014, n. 25161). In tal senso il dipendente deve evitare di svolgere attività che ritardino la sua guarigione in caso di malattia (Cass., civ., sez. Lav., 21.4.2009, n. 9474)

³⁴¹ Cfr. Cass., civ., sez. lav., 10.4.1996, n. 3351.

La buona fede oggettiva nel contratto di lavoro si estrinseca, quindi, nel dovere per le parti del rapporto obbligatorio di comportarsi in modo solidale e altruista, al fine di salvaguardare gli interessi della controparte nei limiti del proprio sacrificio, in diretta applicazione dell'art. 2 Cost. e consente un sindacato giudiziale sull'accordo negoziale di lavoro, che potrà sfociare in rimedi manutentivi o demolitori.

Invero, il contratto di lavoro è un negozio a prestazioni corrispettive e, quindi, sinallagmatico, nel quale la prestazione della singola parte trova la propria giustificazione causale nella controprestazione dell'altra e, pertanto, in cui sussiste un equilibrio normativo tra le singole prestazioni³⁴².

Dunque, se da una parte l'accordo deve soddisfare le esigenze produttive, dall'altra esso deve salvaguardare la posizione del singolo lavoratore, senza richiedere sforzi intollerabili di esecuzione della prestazione.

Questo contratto, come ogni accordo negoziale, è denotato non solo dagli obblighi di prestazione, che si qualificano in base al tipo di attività da svolgere, ma anche da obblighi di protezione, cioè da regole di condotta che devono essere rispettate al fine di realizzare la "corretta" prestazione dovuta ex art. 1175 c.c.

In quest'ottica la prestazione lavorativa deve essere svolta in modo da non arrecare un sacrificio ingiustificato né al datore di lavoro, né tantomeno al dipendente.

³⁴² Esso attiene ai diritti e agli obblighi che da ogni contratto derivano e non deve essere confuso con l'equilibrio economico, che indica la corrispondenza di valore tra le prestazioni oggetto del contratto.

Dato il rilievo dei canoni di buona fede e correttezza, già nella fase prodromica alla stipula del contratto di lavoro sono imposti oneri di correttezza comportamentale anche alle informazioni che il datore di lavoro può raccogliere in sede di esame delle candidature dei lavoratori e alla circostanza che le sue indagini non possono mai estendersi ad aspetti non inerenti alle professionalità richieste al lavoratore per la tipologia di prestazione che si accinge a svolgere³⁴³.

Altre volte, i principi generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. vengono utilizzati per sanzionare un ordine illegittimo del datore e per legittimare il rifiuto del dipendente di eseguire lo stesso³⁴⁴.

Correttezza e buona fede del datore, ad esempio, vengono valorizzate anche con riguardo all'immediatezza nell'effettuare una contestazione disciplinare, sia che essa comporti l'adozione di una sanzione, sia nel caso in cui l'esito sia quello del licenziamento disciplinare del lavoratore³⁴⁵.

Con riguardo all'impatto che l'onere di correttezza e buona fede ha sul potere organizzativo del datore rileva un caso esaminato dalla giurisprudenza, in tema di provvedimento di trasferta formativa non ottemperato da parte del dipendente, poi sfociato nel licenziamento dello stesso.

In questa pronuncia si è posto in evidenza che: “ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., l'imprenditore può predisporre, anche

³⁴³ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato Cicu Messineo Mengoni*, Giuffrè. 2003, Vol. III, pag. 265.

³⁴⁴ Così Cass. civ., sez. lav., n. 31086/2018.

³⁴⁵ Così Cass. civ., sez. lav., 13.2.2012, n. 1995

unilateralmente, norme interne di regolamentazione attinenti all'organizzazione tecnica e disciplinare del lavoro nell'impresa, con efficacia vincolante per i prestatori di lavoro. Ma perché questo potere privato non tramodi in arbitrio e perda ogni collegamento con l'interesse all'ordinato svolgersi dell'attività lavorativa, occorre, principalmente sulla base dell'art. 1175 c.c., che il suo esercizio sia funzionale alle esigenze tecniche, organizzative e produttive dell'azienda, restando escluso che il datore di lavoro possa impartire disposizioni e prescrizioni che, incidendo sulla posizione lavorativa del prestatore d'opera, risultino prive di fondamento logico o del tutto avulse dalle ragioni attinenti all'organizzazione, alla disciplina e all'attività produttiva dell'impresa. In altri termini, non possono trovare legittimazione nei poteri datoriali quei provvedimenti che, in assenza di ragioni attinenti ai fini della organizzazione aziendale, arrecano ingiustificato disagio ai lavoratori”.

La Corte di Cassazione, nella risoluzione del caso posto alla sua attenzione, ha fatto proprie le argomentazioni del giudice di secondo grado e ritenuto che il provvedimento di trasferta fosse in concreto illegittimo, anche se formalmente ineccepibile e privo di volontà punitiva o ritorsiva, in quanto la società datoriale non aveva fornito alcuna prova circa la necessità che la lavoratrice acquisisse maggiore professionalità in base al disposto trasferimento di sede lavorativa. I Supremi giudici hanno, del pari, considerato priva di rilevanza la circostanza che in sede di stipula del contratto di lavoro l'interessata avesse consentito l'invio in qualunque sede, poiché per essere legittimo e rispettoso dei principi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. l'ordine di trasferimento doveva

essere suffragato da esigenze reali. La conseguenza, nel caso di specie, è stata la declaratoria di illegittimità del provvedimento di trasferta e del successivo licenziamento comminato, mentre è stato considerato legittimo il rifiuto della dipendente ad ottemperare all'ordine di trasferimento, ai sensi dell'art. 1460 c.c.

Questa pronuncia si presta a spunti di riflessione significativi: in special modo, si può evidenziare come l'esercizio di una facoltà datoriale lecita, con modalità arbitrarie e del tutto scollegate da concrete necessità aziendali, faccia diventare l'atto stesso illegittimo, con il conseguenziale travolgimento di tutti i provvedimenti eventualmente assunti a valle.

Inoltre, l'illegittimità e la pretestuosità dell'ordine datoriale vengono considerati alla stregua di un inadempimento degli obblighi di condotta che dal contratto derivano, tali da legittimare l'eccezione di inadempimento della controparte.

In queste ipotesi, la risposta dell'ordinamento in chiave rimediale si può ritenere pienamente soddisfacente delle ragioni del lavoratore, dal momento che l'autorità giudiziaria ordina la reintegra nel posto di lavoro e condanna al pagamento delle differenze retributive sino a quel momento maturate e, in ogni caso, al risarcimento del danno.

Anche in relazione al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro, che si estrinseca nelle previsioni di cui agli artt. 2086 e 2094 c.c., è stato affermato che di esso non deve essere compiuto un uso improprio, contrario ai canoni di correttezza e buona fede.

Inoltre, in relazione alla scelta di variazione delle mansioni del lavoratore, facoltà datoriale nell'esercizio del suo potere di organizzare i fattori della produzione, la giurisprudenza ha avuto

modo di sottolineare che se si accerta che il mutamento peggiorativo è illegittimo, questo può giustificare il rifiuto da parte del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa.

Il mutamento di mansioni è illegittimo quando avviene al di fuori delle ipotesi normativamente individuate dal legislatore all'art. 2103 c.c.

Il rifiuto del lavoratore è secondo buona fede se si realizza mediante un comportamento che, oltre a non contrastare con i principi generali della correttezza e della lealtà, risulta oggettivamente ragionevole e logico nel senso di trovare concreta giustificazione nel raffronto tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate, in relazione ai legami di corrispettività e contemporaneità delle medesime³⁴⁶.

La buona fede oggettiva permea la condotta del datore anche in merito ai suoi doveri di sicurezza e di salvaguardia della salute e dell'incolumità psico-fisica dei suoi dipendenti di cui all'art. 2087 c.c.

In questa prospettiva a livello giurisprudenziale è stata elaborata la figura del c.d. "straining", dall'inglese "to strain", della quale si è parlato in precedenza, che si deve distinguere da quella classica del mobbing e che si colloca a metà strada tra esso e il semplice stress occupazionale³⁴⁷.

³⁴⁶Così Cass. civ., sez. lav., n. 12121/1995.

³⁴⁷La Cassazione è intervenuta fissando i presupposti di configurabilità dello Straining, nella sent. n. 31485/2018, da intendersi come situazione lavorativa stressogena imputabile unicamente al datore di lavoro.

Nel caso di specie, vi era stato il licenziamento per motivo oggettivo di un lavoratore dopo un trasferimento di ramo di azienda e il ricorrente si doleva della

Trattasi di una situazione stressogena per il lavoratore, che non richiede la reiterazione degli atti vessatori dell'intento persecutorio per potersi configurare e, secondo una parte della giurisprudenza, nemmeno dell'elemento soggettivo consistente nell'intento persecutorio.

In sintesi, il datore di lavoro deve evitare “situazioni stressogene che diano origine ad una condizione che, per caratteristiche, gravità, frustrazione personale o professionale possa presuntivamente ricondurre a questa forma di danno più tenue³⁴⁸ anche in caso di mancata prova di un preciso intento persecutorio³⁴⁹”. Ciò che va sempre dimostrato in giudizio è la presenza di un danno ricollegabile eziologicamente alla condotta stressogena del datore³⁵⁰.

violazione dell'art. 2087 c.c. da parte del datore, per aver subito condotte vessatorie.

La Corte ha, però, ritenuto che non fosse configurabile una forma di straining, in quanto nei precedenti gradi di giudizio era emersa l'esistenza di una situazione conflittuale tra datore e lavoratore che si protraeva da diverso tempo e che non poteva ascriversi esclusivamente alla condotta del datore. In svariate circostanze, infatti, era stato lo stesso lavoratore ad accentuare la situazione di tensione con comportamenti che avevano legittimato contestazioni disciplinari. Il ricorso è stato, perciò, respinto.

³⁴⁸ Cfr. Sul punto Cass. civ.,sez. lav., n. 15159/2019 e Cass. civ.,sez. lav., n. 18164/2018.

³⁴⁹ In tal senso: Cass. civ.,sez. lav., n. 3291/2016; Cass. civ.,sez. lav., n. 7844/2018; e Cass. civ. Sez., Lav., n. 24883/2019.

³⁵⁰ Cfr. Sul punto Cass. civ.,sez. lav., n. 15159/2019 e Cass., civ.,sez. lav., n. 18164/2018.

Nella valutazione di tale fattispecie parte della dottrina³⁵¹ e della giurisprudenza ha fatto riferimento ai canoni di correttezza e buona fede.

In quest'ottica si potrebbe ritenere che i principi in parola, se violati, farebbero presumere la sussistenza di una colpa del datore nell'organizzare i fattori della produzione e la sua conseguente responsabilità contrattuale.

Un'altra significativa applicazione del canone di buona fede e correttezza contrattuali è stata compiuta dalla giurisprudenza con riguardo all'equilibrio normativo del contratto.

L'equilibrio normativo attiene ad una corrispondenza causale tra i diritti e gli obblighi di cui le parti contrattuali sono titolari. Il parametro per valutare l'equilibrio dello scambio nel sinallagma alla luce del criterio della buona fede è il sacrificio apprezzabile richiesto, che non deve essere insostenibile per nessuna delle parti³⁵².

Se dal vaglio giudiziale sull'equilibrio del contratto risultasse un sacrificio ingiustificato e intollerabile per uno dei contraenti,

³⁵¹P. SCUDELLER, *Lavoro subordinato: buona fede e correttezza*, in *Riv. dir.prat. lav.*, n. 8/2019.

³⁵²“La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia, tra l'altro, in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del “neminem laedere”, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico”, così, tra le tante, Cass. civ., 4.3.2003, n. 3185).

contrario al canone di correttezza e buona fede - in base al quale non dovrebbe essere richiesto un sacrificio particolarmente gravoso se lo stesso risultato può essere raggiunto con modalità meno onerose per la parte - la conseguenza dovrebbe essere la nullità dell'accordo o, secondo altri, il contratto andrebbe riequilibrato.

Secondo una certa prospettiva³⁵³, il contratto irrispettoso del canone della buona fede e della correttezza sarebbe nullo perché ingiusto e quindi immeritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, facendo applicazione della teoria della causa in concreto ³⁵⁴, che consente di effettuare un controllo di meritevolezza causale su ogni contratto, anche su quelli tipici.

Infatti, la causa del contratto, oltre a non essere illecita e pur non dovendo perseguire necessariamente un'utilità sociale, deve essere concretamente utile per le parti, ragionevole, proporzionata, logica e a tal fine non deve richiedere sacrifici sproporzionati o eccessivi a nessuna di esse.

³⁵³In applicazione delle statuizioni della Corte Costituzionale, con le ordinanze del 21 ottobre 2013, n. 284 e del 26 marzo 2014, n. 77, che qualifica la buona fede come giustizia dello scambio nei contratti simmetrici.

³⁵⁴L'introduzione del concetto di causa in concreto viene generalmente ricondotta alla Sent. Cass., sez., civ., 2006, n. 10490, in cui i giudici di legittimità hanno sostenuto che la causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi degli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, quale funzione individuale e specifica, al di là del modello astratto utilizzato. In dottrina i riferimenti alla causa in concreto sono plurimi, tra i vari: F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *Contratti*, 2007, p. 621 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Civile. Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 1115, dove si fa affermare che la causa non deve essere "capricciosa"; R. SENIGAGLIA, *un'ermeneutica del concetto di causa: solidarietà orizzontale e contratto*, in *Jus Civile*, 2016, pag. 506 ss.

Secondo altri, invece, il contratto di lavoro che non ossequiasse il principio di correttezza e buona fede inciderebbe sull'equilibrio normativo³⁵⁵ (ossia sui doveri e sui diritti dei contraenti) e imporrebbe alle parti l'onere di rinegoziare l'accordo al fine di riequilibrarlo, in omaggio al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., stante l'impossibilità per il giudice di interferire con le scelte negoziali da esse precedentemente compiute in ossequio al principio *pacta sunt servanda*.

Probabilmente, nell'ottica della conservazione del rapporto lavorativo, in questi casi può ritenersi maggiormente utile il rimedio manutentivo, consistente nell'onere di rinegoziazione.

10. continua. i) *L'eccezione di inadempimento.*

Il rimedio civilistico dell'eccezione d'inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., già analizzato nel corso del lavoro con riguardo all'obbligazione di sicurezza gravante sul datore, è stato variamente utilizzato in dottrina e in giurisprudenza allo scopo di salvaguardare il lavoratore dall'utilizzo distorto dei poteri da parte del soggetto forte della relazione contrattuale³⁵⁶.

Si può affermare che esso, unitamente ai rimedi volti a contrastare l'abuso del diritto e la violazione del dovere di buona fede e correttezza da parte del datore, rappresenta uno dei principali

³⁵⁵In riferimento all'equilibrio contrattuale tra le ragioni del creditore e quelle del debitore si veda A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, p. 1 ss.

³⁵⁶In tal senso L. SCARANO, *Note critiche sull'applicazione dell'art. 1460 c.c. al rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009 e A. RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *Riv. dir. lav.*, 2010, p. 121.

strumenti a disposizione del lavoratore per contrastare le illegittimità comportamentali della parte forte della relazione negoziale.

Esso è stato qualificato come una forma di autotutela privata a fronte dell'inadempimento altrui.

Le ipotesi legittimanti la reazione contrattuale dell'eccezione d'inadempimento hanno una portata ampia, che alcuni autori ricollegano direttamente al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., espresso dalla buona fede e dalla correttezza contrattuale.

Ogni parte è, infatti, tenuta a doveri di collaborazione per facilitare l'adempimento dell'altra, al fine di ottenere l'esatta prestazione dovuta, di cui all'art. 1218 c.c.

In tal senso, occorre previamente individuare ciò che consente di definire esatto l'adempimento del datore.

Ampliare o restringere il contenuto degli oneri di prestazione e di protezione del datore di lavoro equivale ad accordare una tutela maggiore o minore al dipendente in caso di vizi che inficino il contratto.

Al riguardo, deve preliminarmente distinguersi il rifiuto della prestazione non dovuta dal rifiuto della prestazione dovuta in via di eccezione.

Si configura il rifiuto della prestazione non dovuta in quelle circostanze in cui il datore di lavoro esorbita quelli che sono i limiti del proprio potere e richiede al lavoratore l'esecuzione di un'attività diversa da quella contrattualmente pattuita.

Il travalicamento di questi limiti comporta l'illegittimità dell'ordine e la facoltà per il lavoratore di agire in autotutela con l'eccezione d'inadempimento.

L'onere che viene posto in capo al lavoratore, in queste circostanze, è unicamente quello di offrire al datore l'esatta prestazione dovuta che, se non accettata, comporta il trasferimento del rischio dell'inadempimento sulla sua persona (*c.d. mora credendi*)³⁵⁷.

Il travalicamento dei limiti dei poteri datoriali si configura, ad esempio, quando il datore adibisce il lavoratore a mansioni diverse e peggiorative rispetto a quelle per le quali è stato assunto o a quelle successivamente acquisite.

In questo caso si ha una situazione d'inadempimento datoriale, che giustificata l'inadempimento del lavoratore, il quale può tutelarsi con la mancata esecuzione della prestazione non dovuta, purché abbia previamente offerto quella a cui era effettivamente tenuto.

La situazione d'inadempimento datoriale comporta, in deroga all'art. 1463 c.c., il persistere dell'obbligo di corrispondere l'intera retribuzione al lavoratore in forza della traslazione del rischio dell'inadempimento dalla sfera giuridica del debitore a quella del creditore³⁵⁸, ex art. 1207 c.c.

³⁵⁷Sul punto si veda G. CATTANEO, *La mora del creditore*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 1973.

³⁵⁸ In tal senso, in giurisprudenza: Cass. civ., sez. lav., 7 dicembre 1991, n.13187, nonché Cass. civ., sez. lav., 3 febbraio 1994 n. 1088.

Diverso è, invece, il caso dell'eccezione d'inadempimento come modalità di reazione del lavoratore ad un inadempimento del datore ad un obbligo contrattualmente imposto³⁵⁹.

Questa ipotesi si riscontra, ad esempio, quando viene violato il dovere di retribuzione.

L'eccezione di inadempimento contrattuale di cui all'art. 1460 c.c. conferisce alla parte del rapporto a prestazioni corrispettive il diritto di paralizzare le pretese di quella che per prima si sia resa inadempiente e legittima il rifiuto di esecuzione della propria prestazione, che diviene temporalmente inesigibile, senza che possa ritenersi sussistente al riguardo una situazione d'inadempimento³⁶⁰.

La principale finalità di tale rimedio è, perciò, quella di provocare un adempimento spontaneo del datore ai suoi obblighi contrattuali e di prevenire i suoi potenziali futuri inadempimenti e le sue azioni contrattuali scorrette, onde assicurare maggiore stabilità al rapporto di impiego in omaggio ai principi di solidarietà e di buona fede negoziale³⁶¹.

³⁵⁹ A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995, p. 131.

³⁶⁰ Così, ad esempio, la Cassazione con la sentenza del 15 ottobre 2021, n. 28353 è intervenuta per chiarire l'ambito applicativo dei controlli del datore di lavoro e i diritti dei lavoratori a fronte dell'inadempienza del primo in materia di sicurezza: un lavoratore può legittimamente rifiutare la propria prestazione in assenza di tutele antinfortunistiche, obbligo non ascrivibile al lavoratore ma unicamente al datore di lavoro, cogente con l'esigenza di effettività di tutela e con la stessa natura primaria degli interessi coinvolti.

³⁶¹ L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento. Art. 1460 – 1462 (Vol. II)*, commentario del codice civile, 1988.

Entrambi gli strumenti che l'ordinamento giuridico mette a disposizione del lavoratore, sia quello del rifiuto della prestazione non dovuta, sia quello della mancata esecuzione della prestazione dovuta in via di eccezione, assolvono lo scopo di salvaguardare lo svolgimento del rapporto lavorativo da parte del soggetto debole della relazione negoziale, secondo modalità rispettose della sua dignità contrattuale e dell'equilibrio negoziale.

Tutti i rimedi sin qui visti possono, quindi, essere utilizzati in chiave di completamento della disciplina lavorativa, qualora l'analisi della fattispecie concreta evidenzia un'inadeguatezza o un'insufficienza dei rimedi tipici a salvaguardare il lavoratore da condotte abusive o elusive del datore che, di fatto, compromettano la sua libertà e dignità nello svolgimento dell'attività lavorativa.

Tuttavia, non si può non osservare che tale rimedio espone il lavoratore al rischio che, ove giudizialmente sia accertata la legittimità del comportamento datoriale, il lavoratore che abbia rifiutato la propria prestazione sia considerato inadempiente e come tale suscettibile di sanzione disciplinare che può arrivare al licenziamento.

11. continua. l) La prescrizione dei diritti di credito da lavoro.

Il diritto fondamentale del lavoratore ad una retribuzione equa e sufficiente ex art. 36 Cost, quale strumento di garanzia dell'autodeterminazione personale ex art. 2 Cost. e diritto della personalità³⁶², aveva trovato una forte tutela attraverso le decisioni

³⁶² Inizialmente si discusse addirittura della imprescrittibilità dei crediti da lavoro, richiamando la disciplina civilistica di cui all'art. 2934, comma 2, c.c., che fissa l'imprescrittibilità dei diritti indisponibili e degli altri diritti indicati

della Corte costituzionale che hanno affermato l'illegittimità degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c. "limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto"³⁶³.

Come è noto, secondo la Consulta, il lavoratore a causa del *metus* in cui versa nei confronti della parte forte del rapporto, il datore di lavoro, sarebbe indotto a non esercitare i propri diritti. Sarebbe rinvenibile, secondo la Corte, una situazione simile a quella disciplinata dall'art. 2113 c.c. il quale, sancendo l'irrinunciabilità dei diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, stabilisce la sospensione dei termini per l'impugnazione durante la vigenza del rapporto di lavoro. Il mancato esercizio dei propri diritti, attraverso l'impugnazione, sarebbe quindi equiparabile ad una rinuncia agli stessi. La Corte tuttavia escluse che tale *metus* sussistesse quando il lavoratore fosse tutelato in maniera forte nei casi di licenziamento ingiustificato o ritorsivo come nei rapporti di pubblico impiego o nei casi in cui fosse applicabile la tutela reale di cui all'art. 18 st. lav. In questi casi la sospensione non operava e la prescrizione decorreva durante il rapporto.

dalla legge. Più avanti, si affermò l'idea della imprescrittibilità del solo diritto alla retribuzione ex art. 36 Cost, distinguendolo dal diritto ai singoli ratei retributivi che sarebbero invece prescrivibili.

Gli altri diritti di credito derivanti dal rapporto di lavoro vennero qualificati diritti patrimoniali irrinunciabili, ma non imprescrittibili.

³⁶³ Le tappe fondamentali del percorso intrapreso dalla Corte costituzionale sono rappresentate dalla sentenza n. 63 del 1966, la n. 143 del 1969 e la n. 174 del 1972.

Le decisioni della Corte, unanimamente accolte³⁶⁴, non hanno risolto tutte le problematiche in materia, specialmente nei casi di contratti flessibili e/o illegittimi in relazione alle quali, anche di recente la Cassazione ha confermato che la situazione di *metus* va valutata in concreto: «*Ai fini della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto è necessario che lo stesso sia regolato da una disciplina che, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia del recesso alla sussistenza di circostanze oggettive e predeterminate e, sul piano processuale affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo; è irrilevante che il rapporto di lavoro debba essere regolato, in astratto, da una diversa normativa più garantistica*»³⁶⁵. In altri termini è la situazione come conosciuta dal lavoratore e concordata tra le parti a dover essere assistita da una tutela reale e non quella derivante dall'eventuale successiva dichiarazione di invalidità del contratto stipulato.

Essendo state incentrate le decisioni della Consulta essenzialmente sulla paura del licenziamento che verrebbe meno, secondo la stessa, nei casi in cui si applichi la tutela reale e la

³⁶⁴ Cass. SS. UU. 10 gennaio 2006, n. 141 e Cass., ss.uu. 1268 del 1976 la quale afferma “*non è unica per qualsiasi rapporto di lavoro ma dipende [...] dal grado di stabilità del rapporto stesso*”, dovendosi “*ritenere stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una disciplina la quale sul piano sostanziale subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obbiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo*”.

³⁶⁵ Cass. civ., sez. lav., 12 dicembre 2017, n. 29774.

stabilità del rapporto, si discute se gli arresti della giurisprudenza sul punto siano ancora validi e/o come debbano essere valutati alla luce delle modifiche alla disciplina dei licenziamenti introdotti dalla legge Fornero³⁶⁶ (l. 92 del 2012) e dal Jobs Act. (l. 23 el

³⁶⁶L'art. 18 della Legge 300/1970 come modificato dalla legge 92/2012 prevede una serie di tutele differenti a seconda della gravità del vizio che inficia il licenziamento. Si distinguono, in particolare, quattro differenti tipi di tutela: 1) una tutela reintegratoria "piena", che si applica a prescindere dal numero di lavoratori occupati, in tutti i casi di nullità del licenziamento perché discriminatorio o comminato in costanza di matrimonio o in violazione delle tutele previste in materia di maternità o paternità oppure negli altri casi previsti dalla legge; nei casi di inefficacia del licenziamento perché intimato oralmente; 2) una tutela reintegratoria "attenuata", che si adopera in caso licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo illegittimo per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra in una delle condotte punibili con sanzione conservativa sulla base del CCNL applicabile, nonché nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo quando il fatto contestato è manifestamente infondato: in tal caso il giudice annulla il licenziamento, dispone la reintegra e condanna il datore di lavoro al pagamento del risarcimento del danno oltretutto al versamento dei contributi previdenziali per tutto il periodo fino alla reintegrazione effettiva; 3) una tutela meramente "obbligatoria", quando il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro. In tal caso il giudice, dichiarando risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento, condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; 4) una forma di tutela "ridotta" se il licenziamento sia illegittimo per carenza di motivazione o per inosservanza degli obblighi procedurali previsti per il licenziamento disciplinare o per il giustificato motivo oggettivo. In tali casi il giudice, dichiarando l'inefficacia del licenziamento, condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità variabile tra sei e dodici mensilità della retribuzione

2015)³⁶⁷ che hanno riscritto l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori limitando fortemente la reintegrazione nel posto di lavoro sostituita nella maggior parte dei casi da una tutela indennitaria. A fronte del mutato conteso normativo parte della giurisprudenza, per ora di solo merito, e della dottrina³⁶⁸ ha ritenuto che la disciplina attuale in materia di licenziamento non garantisca più al lavoratore il libero esercizio dei propri diritti per cui dovrebbe essere affermata la sospensione dei termini di prescrizione durante il rapporto di lavoro.

Il Tribunale di Milano con la sentenza del 16 dicembre 2015, n. 3460 ha evidenziato il venir meno del requisito della “resistenza”,

globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro.

³⁶⁷ Il D. Lgs. n.23/2015 prevede che il datore è obbligato a reintegrare il lavoratore ingiustamente licenziato nei casi tassativi di: 1) licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15 della Legge n. 300 del 1970 (ai sensi dell'art. 2, comma 1); 2) licenziamento nullo per espressa previsione di legge (ex art. 2, comma 1); 3) licenziamento inefficace perché intimato in forma orale (art. 2, comma 1, ultima parte); 4) licenziamento rispetto al quale il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (ex art. 2, comma 4); 5) licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa rispetto al quale sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (in base all'art. 3, comma 2).

Al di fuori dei suddetti casi, per il licenziamento ingiustificato al lavoratore spetta unicamente un'indennità che varia da un minimo di quattro ad un massimo di ventiquattro mensilità.

³⁶⁸ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Torino, 2015, p. 916.; C. ROMEO, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, in *Lav. giur.*, 2016; V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 554 s.

così statuendo: «si deve prendere atto dell'entrata in vigore dal 18 luglio 2012 della L. n. 92 del 2012 che ha modificato la tutela reale di cui all'articolo 18 SL, prescrivendo, al comma cinque di tale norma, delle ipotesi nelle quali, anche a fronte di un licenziamento illegittimo, la tutela resta solo di tipo indennitario, senza possibilità di reintegrazione (...) Sicché, si deve ritenere che da tale data i lavoratori, pur dipendenti da azienda sottoposta all'articolo 18 SL, potessero incorrere per la durata della relazione lavorativa nel timore del recesso nel far valere le proprie ragioni, a fronte della diminuita resistenza della propria stabilità»³⁶⁹

Nello stesso senso il Tribunale di Velletri che ha affermato “è lecito ritenere che l'incertezza circa la tutela assicurabile in caso di recesso, anche giudizialmente ritenuto illegittimo, determini per il lavoratore una situazione psicologica che può spingerlo a non esercitare il proprio diritto per timore di essere licenziato [così venendosi a trovare in una situazione di *metus*], essendo venuta meno quella ‘stabilità reale’ del rapporto la cui sussistenza costituiva condizione essenziale per rendere la decorrenza della prescrizione quinquennale in corso di rapporto compatibile con la Costituzione. Infatti, la nuova formulazione dell'art. 18 prevede, al comma 5, alcuni casi in cui, anche a fronte di un licenziamento illegittimo, la tutela per il lavoratore è solo di tipo indennitario”³⁷⁰.

³⁶⁹ Nello stesso senso C. Appello di Torino, 8 gennaio 2019

³⁷⁰ Ord. del 4 luglio 2019. Nello stesso senso v. anche C. App. Torino, dell'8 gennaio 2019.

Devono segnalarsi tuttavia anche impostazioni diametralmente opposte di dottrina³⁷¹ e giurisprudenza che ritengono invece che, anche alla luce dell'attuale normativa, i lavoratori a cui si applica l'art. 18 riformato siano assistiti da una sufficiente garanzia per cui non sussista un *metus* che gli impedisca di esercitare i propri diritti. Per tale ragione la prescrizione decorrerebbe anche durante la vigenza del rapporto.

In tal senso si è espresso il Tribunale di Roma affermando che «*in tema di prescrizione dei crediti retributivi, anche dopo la riforma introdotta dalla legge n. 92 del 2012, permanendo la necessità che il licenziamento sia collegato ad esigenze specifiche e predeterminate e potendo, in difetto, il giudice rimuoverne gli effetti, deve ritenersi che il rapporto di lavoro nelle imprese che soddisfano il requisito dimensionale risulti comunque assistito da una “forza di resistenza” tale da giustificare il decorso della prescrizione in costanza di rapporto*»³⁷². Ugualmente, più di recente, il Tribunale di Torino con la decisione dell'8 gennaio 2020 ha affermato: la “*cd. reale contemplata dall'articolo 18 Statuto lavoratori, benché più circoscritta rispetto al passato, è tuttavia ancora operante, non soltanto per l'ipotesi di licenziamento*

³⁷¹ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., p. 454. Sul tema si veda anche M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 621 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 751 ss. Cfr. anche F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 880 ss.

³⁷²Trib. Roma del 21 maggio 2018, n. 4125.

ritorsivo o altrimenti nullo, ma anche con riferimento al recesso datoriale non sorretto da giustificato motivo soggettivo o da giusta causa, qualora il fatto contestato non sussista oppure non rientri fra le condotte punibili con una sanzione conservativa (articolo 18, comma 4); analoga tutela è prevista nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, quando emerga la manifesta insussistenza del fatto posto a base del recesso (articolo 18 comma 7). È innegabile, dunque, che il lavoratore dipendente di un'azienda soggetta al regime dell'articolo 18 benefici tuttora, in caso di licenziamento, di una tutela più ampia ed incisiva rispetto a quella riconosciuta al suo omologo, il cui rapporto di lavoro ricada nella sfera di applicazione dell'articolo 8, L. 604/1966”³⁷³

Il Tribunale, tuttavia, non esclude in assoluto, nel caso in cui trovi applicazione l'art. 18 st. come novellato dalla normativa più recente, una situazione di *metus* del lavoratore, ma ritiene che questo debba essere addotto e provato dal lavoratore anche se con presunzioni.

Sembra, quindi, vada delineandosi un orientamento che, sia in ragione della non necessarietà della tutela reale asserita a livello europeo, sia in ragione del mutato contesto economico e sociale che ha determinato una revisione della normativa sul lavoro, considera che anche la tutela indennitaria, unita alle ragioni giustificatrici del licenziamento, sia una tutela sufficiente come peraltro emerge dalla già richiamata sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale. Da alcuni, infine, si auspica un nuovo

³⁷³ nello stesso senso Trib. Roma 21 maggio 2018, n. 4125; Trib. Novara 10 luglio 2017, n. 282; Trib. Milano 14 giugno 2017, n. 1752; Trib. Milano 7 ottobre 2016, n. 2576,

intervento chiarificatore della Corte costituzionale ³⁷⁴ o del legislatore³⁷⁵ che riveda il sistema della prescrizione legale anche tenendo conto che altri crediti del lavoratore collegati a diritti fondamentali come il risarcimento del danno per violazione dell'art. 2087 c.c. sono al di fuori del sistema di garanzie delineato dalla Corte costituzionale con le sentenze del 1966 e del 1972 che si riferiscono alla sola retribuzione. Per questo la Corte di Cassazione ha costantemente affermato che la prescrizione decorre dal momento in cui l'evento dannoso si è verificato (indipendentemente dall'applicabilità, al rapporto di lavoro, della tutela reale o obbligatoria contro i licenziamenti), non avendo tale diritto natura retributiva e, dunque, essendo soggetto alla disciplina ordinaria della prescrizione (sia quanto a durata che decorrenza)³⁷⁶.

³⁷⁴ In argomento cfr. anche M. MARCHE, *La prescrizione dei crediti da lavoro dipendente dopo la legge Fornero*, in *Nuovo not. giur.*, 2020, 129 ss.; R. FABOZZI, *L'assenza di certezze in tema di prescrizione dei crediti retributivi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2018,9, ss.

³⁷⁵ Così A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 415 ss.; F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti da lavoro e la L. n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 898 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 Stat. Lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. Giur. Lav.* 2012, p. 752 ss.

³⁷⁶ Così, Per tutte Cass. civ., sez. lav., 28 luglio 2010, n. 17629, in *Giur. it.*, 2011, p. 1116; Cass. civ., sez. lav., 11 settembre 2007, n. 19022, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, p. 185.

BIBLIOGRAFIA

- M. P. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio– Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, Milano, 2007.
- M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino 2017.
- R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1141 ss.
- A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 165 ss.
- A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003.
- G. ALIBRANDI, (a cura di FACELLO, F. e ROSSI, P.) in *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, Giuffrè, 2002.
- G. ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, 2018 .
- C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>
- A. AMATO, *Il diritto al riposo tra religione e organizzazione del lavoro*, in *Lav. nella Giur.*, 2016, 6, 565.
- M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012.
- G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *questionegiustizia.it*, 2018
- C. AMIRANTE, *Introduzione a Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998.

- G. ANDREONE, *L'identità culturale di un popolo appesa ai muri della scuola. In margine alla sentenza della Grande Camera nel caso Lautsi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 572 ss.
- A. ANTONINI, *L'autonomia del diritto della navigazione, il ruolo del diritto comune e la posizione sistematica della legislazione sulla navigazione da diporto*, in *Diritto dei Trasporti* 2/2014. 457 e ss.
- L. ANTONINI, *L'autonomia finanziaria delle Regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 4.
- F. ARENA, *Contratti di lavoro nautico a termine e frode alla legge. Nota a Cassazione, sez. lavoro, n. 11997/2018*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2019, 253 ss.
- G. ASSENNATO, *Il caso «Taranto» e il rapporto ambiente-salute nelle autorizzazioni ambientali*; in *Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014.
- A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989.
- B. BALLETTI, *Necessità di una riforma legislativa del rapporto di lavoro nautico*, in *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, I, Padova 2005.
- E. BALLETTI, *Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nel rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, fasc. 3, 519
- E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2019 fasc. 1
- G. BARBAGALLO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'ordinamento italiano* in www.giustiziaamministrativa.it.
- A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, ^[1]_[SEP] *Relazione all'incontro di studio fra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia (Siviglia 26-28 ottobre 2017)*, in www.cortecostituzionale.it.
- D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in D. BARBIERATO (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Napoli, 2012.
- E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum*

- tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. Comm.*, 2011, II, 295 ss.
- E. BARGELLI, *Rimedi contrattuali e restituzioni*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 13 ss.;
- S. BARONE-G. VENTURI, *Ilva Taranto: una sfida da vincere*; in *Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014
- F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, Bologna, 1951
- D. BELLINI, commento a Trib. Firenze, 26 settembre 2019, in www.rivistalabor.it, 2019
- S. BELLOMO, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Stefano Bellomo*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021.
- N. BOBBIO, *L'Età dei Diritti*, ET Saggi 2014.
- A. BERTI SUMAN, *Diritti fondamentali <<la Corte UE ritiene non discriminatorio il divieto di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro>>* in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 10.
- M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987.
- C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.,
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino Rist. 1994.
- L. BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento. Art. 1460 – 1462 (Vol. II), commentario del codice civile*, 1988.
- A. BOTTINI, *Inidoneo e poi licenziabile chi non si vaccina*, in *Quotidiano del lavoro. Il Sole 24-Ore*, 2021.
- R. BLANPAIN e M. COLUCCI, *L'organizzazione internazionale del lavoro – diritti fondamentali dei lavoratori e politiche sociali*, Napoli, 2007.
- G. M. BOI, *Il lavoro marittimo: l'armonizzazione delle norme di diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in *Il lavoro nei trasporti*, (a cura di M. Cottone), Milano 2004.

- S. BOLOGNA, M. FAIOLI, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 2, 375 ss.
- P. BRICCO, *Le logiche della magistratura e del diritto, le ragioni dell'impresa e del lavoro*, in *Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014.
- M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il "Jobs Act"*, in *Giur. it.*, 2016, p. 757 e ss..
- M. BROLLO, *Le mansioni: la rivoluzione promessa nel "Jobs Act"*, in *Labor*, 2017, 6, 619.
- G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base: Il welfare nell'era dell'innovazione*, Associazione Gruppo Abele Onlus - Torino, 2017.
- F. BUFFA, *Discriminazione della pubblica amministrazione e tutela del lavoratore – mobbing ed abusi*, Repubblica di San Marino, 2004.
- G. CALABRESI, *The costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, 1970.
- G. CANAVESI, *La specialità degli ammortizzatori sociali "Emergenza covid-19: intervento emergenziale o nuovo modello di tutela?"*, in *Riv. dir. rel. ind.*, fasc. 3, 1° settembre 2020, p. 749
- E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli, 2017.
- U. CARABELLI, *Un convegno interdisciplinare sul reddito di cittadinanza: qualche spunto per il dibattito politico*, in *RGL, giurisprudenza on line, Newsletter n. 10/2021*
- A. CARACCILOLO, *Demansionamento consentito e frode alla legge*, in *Annali dip Jonica*, 2021, 35.
- M. CARBONE, *Vaccinazione anti-Covid, autodeterminazione del lavoratore e riflessi sul rapporto di lavoro*, in *Dirittifondamentali.it - Fascicolo 1/2021*, 94 ss.
- M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel*

- “Jobs Act”, e oltre, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, n. 378/2018.
- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto Civile. Le obbligazioni*, Milano, 2008.
- F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Roma, 1913.
- A. CAROSI, *Prestazioni sociali e vincoli di bilancio*, in *Atti del convegno Incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo*, in *cortecostituzionale.it*, (7 ottobre 2016).
- L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, ESI, Napoli, 2014.
- L. CASO, *Il costo dei diritti e la loro tutela tra Unione europea e autonomie territoriali*, in *upel.va.it*, 2018, in *rivistacorteconti.it*. 2018 e in *cortecostituzionale.it*, 2018.
- C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003.
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- D. CASTRONOVO, “Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 luglio 2011 e in www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- G. CATTANEO, *La mora del creditore*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 1973.
- M. CAVINO, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana* in: “Dignità, eguaglianza e Costituzione”, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2019.
- P. CENDON, (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale*, VI, Torino 2000, 320.
- C. CESTER, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di Lavoro: l’opinione di Carlo Cester*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021.

- A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*; in *Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014.
- M. CINELLI, *Il welfare al tempo della pandemia*. Note a margine, pensando al «dopo», in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 2, 301 ss.
- S. CIUCCIOVINO, *Le «collaborazioni organizzate dal committente» nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 321 ss.,
- C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996.
- G. COLAVITTI, C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *rivistaaic.it*.
- A. COLELLA, *Donne musulmane e lavoro in Medio Oriente e Nord Africa, Diacronie. Studi di Storia Contemporanea: Proiezioni individuali e agire collettivo nella storia. Ruoli sociali, aspetti politici e nodi storiografici tra pubblico e privato*, 32, 4/2017, 29/12/2017, URL http://www.studistorici.com/2017/12/29/colella_numero_32/
- COM (2000) 1, *Comunicazione della Commissione Europea sul principio di precauzione*.
- R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 28 dicembre 2017.
- R. CONTI., *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati*, in www.diritticomparati.it, 1, 2018, 280 ss..
- R. COSIO, *Il blocco dei licenziamenti al tempo del Covid -19. Tra Carte e Corti*, aggiornato al 30 novembre 2020.
- R. COSIO, *Le sentenze della Corte di giustizia sul velo islamico*, in *Lavoro nella Giur.*, 2017, 5, 443.

- F.S. COSTANTINO, *Adempimento di debito altrui fallimento del solveris, al vaglio delle Sezioni Unite (con chiose su causa concreta e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*, in *Foro it.*, 2010, 9, 1, c. 2460
- A. O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: profili costituzionali*, Napoli, 2017.
- V. CRISAFULLI E L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990.
- E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *osservatorioaic.it*, fasc 2, 2021.
- M. CROCE, *Sulla laicità dello Stato nelle aule giudiziarie: il caso della praticante velata*, in *www.forumcostituzionale.it*,
- G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1992
- M. DANI, *Recensione a A.O. Cozzi, Diritti e principi sociali nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: profili costituzionali (2017)*, in *Riv. dirr. comparati*, 2018, 315.
- DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT 263/2015, 9
- L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. lav.*, 2017, 613 ss..
- B. DEIDDA-A. NATALE, *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso Ilva. Uno sguardo di insieme*, in *Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, n. 2, 2014.
- A. DELOGU, P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, WKI-Utet giuridica, Milano-Torino, 2014, pp. 2175-2177.
- R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in *Dir. priv.*, III, Cedam, Padova, 1997.

- G. DE NOVA, *Il contratto e le restituzioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012 1 ss.
- A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L'ideologia nei rapporti privati*, Napoli, 1980
- A. DI BIASE, *La rilevanza della causa concreta nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*, in *Contr.*, 2010, 11, p. 1000
- G. DI GASPARE, *Il principio lavoristico nella Costituzione della Repubblica*, in *Astridonline.it*.
- D. DI LEMMA, *Lo stato dell'arte dei danni punitivi nella prospettiva lavoristica*, in *Lavoro dir. Europa*, 2017.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, 114.
- I. DI SPILIMBERGO, *Licenziamento disciplinare e controlli sul lavoratore- il difficile contemperamento tra controlli sul lavoratore e potere disciplinare*, in *Giur.it.*, 2017, 6, 1408.
- A. DI STASI, "Brevi considerazioni intorno all'uso giurisprudenziale della nozione di dignità umana da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea" in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, pp.861-873, Bari Cacucci Editore, 2019.
- M. DONDI, *La Costituzione Repubblicana: i principi dell'antifascismo e il valore umano del lavoro*, in *Storia e Futuro*, 2008, p. 1 ss.
- H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 2002.
- C. ESPOSITO, *Commento all'art.1 della Costituzione*, in *Rass. dir. pubblico*, 1948 e in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 1 ss.
- L. FAILLA, *Sconsigliabile imporre o proporre il vaccino*, in *Quotidiano del lavoro. Il Sole 24-ore*, 14 gennaio 2021.
- R. FABOZZI, *L'assenza di certezze in tema di prescrizione dei crediti retributivi*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, 9, ss.
- G. FALASCA, *Non è così facile licenziare un dipendente che non vuole vaccinarsi. Sosteniamo la scienza senza perdere la certezza del diritto*, in *www.open.online.it*, 2021.

- S. FATONE, *Organizzazioni di tendenza ed attività imprenditoriale: tutela del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Giur. It*, 1994, 7.
- L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in www.ristretti.it, 1.
- L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Bari, 2002 e 2008.
- L. FERRAJOLI, “*Dignità e libertà*”, in *Rivista di filosofia del diritto*, il Mulino, 2019.
- V. FERRANTE, *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l’opinione di Vincenzo Ferrante*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021.
- G. FERRARI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Padova, Cedam, 2004.
- G. B. FERRI *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966.
- G.B. FERRI, *il negozio giuridico*, Padova, 2001.
- M. FIERRO R. NEVOLA D. DIACO (a cura di), *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Relazione della delegazione della Corte costituzionale all’incontro con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia*^[1]_[SEP]Varsavia, 30-31 marzo 2006, pp.31e 32, in www.cortecostituzionale.it.
- F. GALGANO, *Abuso del diritto: l’arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1, 1998, p. 1.
- C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 2.
- A. GAMBARO, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, in *Resp. Civ. prev.*, 1975, p. 382.
- U. GARGIULO, *Lo ius variandi nel “nuovo” art. 2103 c.c.*, in *Riv. giur. lav.*, 2015.

- C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante la nuova emergenza epidemiologica Covid-19*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 5, 443.
- D. GAROFALO, *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, *Intervento ai Seminari di Bertinoro*, XV ed., 21-22 novembre 2019, Bologna.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 562.
- P. GHINOY, *L'infezione da covid 19 e la tutela INAIL*, in *Rivista Nuova di Diritto del Lavoro – Lavoro Diritti Europa*, num. 2/2020 (estratto).
- M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Cedam, Padova, 2008;
- L. GIASANTI, *Collegato Lavoro, legge Fornero e lavoro nautico: alcune riflessioni*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2012, X, 291-317.
- M. GIORGIANNI, *Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani*, in www.diritticomparati.it July 17, 2014.
- S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it* – 417/2020.
- S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto a «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, n. 379/2018, p. 3.
- M. GIULIANO, *Adempimento del debito altrui e la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità ed onerosità dell'atto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7-8, 1, p. 748.
- E. GRAGNOLI, *L'obbligo di vaccinazione e il cosiddetto certificato verde*, in *Dir. merc. lav.*, n. 3 2021
- R. GUARINIELLO, *Covid-19: l'azienda può obbligare i lavoratori a vaccinarsi?* in A.a., V.v., *Coronavirus: come ripartire. Dossier*, Wolters Kluwer-Ipsa, Milano, 2020.

- R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1992, 230.
- A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*. in <http://www.diritticomparati.it>, 2, 2014.
- M. GUERNELLI, *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, cit., 215;
- G. IACCARINO, *Il contratto nella prospettiva del notaio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2018, p. 1149
- P. ICHINO, *Trattato Cicu Messineo Mengoni, Il contratto di lavoro*, Giuffrè 2003, Vol. III, pag. 265.
- P. ICHINO, *Liberi di non vaccinarsi, ma non di mettere a rischio la salute altrui*, in www.pietroichino.it, 2020.
- P. ICHINO, *Il dovere di vaccinarsi di fonte contrattuale*, in www.pietroichino.it, 2021.
- P. ICHINO, *Perché e come l'obbligo di vaccinazione può nascere anche solo da un contratto di diritto privato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021.
- A. INGRAO, *Tutela della salute e della privacy nel rapporto di lavoro ai tempi del Sars-Cov-2*, in *Rivista di Diritto Bancario Supplemento Fascicolo I – gennaio/marzo 2021*.
- S. LAFORGIA in “*Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*”, Napoli, 2018, p. 81.
- M. LAI, *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 13.
- P. LAMBERTUCCI, A. MARESCA, *Conclusione del contratto di lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, 1, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. Martone, Cedam, Padova, 2012.
- C. LAZZARI, *Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 2020, n. 1, 136 ss.

- A. LEVI, *La prestazione lavorativa di fatto*, in *Dir. merc. lav.*, 2007, 37;
- M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 14.
- C. E. LUCIFREDI, *Il lavoro marittimo fra ordinamento comunitario e tutele nazionali*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, I, *Dir. maritt.*, 2010, p. 475 e ss.
- N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma Bari 1977, p. 34 ss.
- M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2017, p. 95.
- S. MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 413 ss.
- V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 554 s.
- S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico in Rivista AIC*, Annuario 2013, *Spazio costituzionale e crisi economica*, Napoli, p. 55 ss.
- M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro in prospettiva coronavirus*, in *DPL*, 2020, 22, 1359 ss.
- A. MARESCA, *Il groviglio normativo sul blocco/sblocco dei licenziamenti: come si applica?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2021.
- A. MARESCA, *Il divieto di licenziamento per covid è diventato flessibile (prime osservazioni sull'art. 14 del D.L. n. 104/2020)*, in *Labor - Il lavoro nel diritto*, 29 settembre 2020.
- A. MARESCA, *Il rischio di contagio da COVID-19 nei luoghi di lavoro: obblighi di sicurezza e art. 2087 c.c. (prime osservazioni sull'art. 29-bis della l. n. 40/2020)*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, 2, 7.
- A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., p. 454.

- M. MARAZZA, *L'art. 18 nuovo testo dello statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 621 ss.
- M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 267 ss.
- M. MARCHE, *La prescrizione dei crediti da lavoro dipendente dopo la legge Fornero*, in *Nuovo not. giur.*, 2020, 129 ss.
- C. MARCHESE, (a cura di), *Diritti sociali e vincoli di bilancio*, Servizio studi della Corte costituzionale, Stage 14 in *cortecostituzionale.it*, 2014.
- F. MARTINES, *Procedimenti pregiudiziali e applicazione di parametri costituzionali ed europei a tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, <http://www.osservatoriosullefonti.it>, 1, 2018.
- L. MASERA, *Dal caso Eternit al caso Ilva: nuovi scenari in ordine al ruolo dell'evidenza epidemiologica nel diritto penale*; in *Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014.
- A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali, Parte prima: prospettive sul futuro sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, in *dir. pen. contemporaneo*, 2017. 79 ss.
- M. G. MATTAROLO, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Padova, 1983.
- F. MAZZIOTTI, *Diritti fondamentali e solidarietà, nei rapporti di lavoro*,¹²¹ in *Il lavoratore tra diritti della persona e doveri di solidarietà, Atti dei convegni in onore di Sergio Magrini Giancarlo Perone Pasquale Sandulli*, a cura di R. Pessi, A. Vallebona, Torino, 2011;
- F. MAZZIOTTI, *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, 2017, p. 39 ss.
- M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, XXIII, p. 339 e ss.
- O. MAZZOTTA, *Vaccino anti-Covid e rapporto di lavoro*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021.
- O. MAZZOTTA *Dibattito istantaneo su vaccini anti-covid e rapporto di lavoro: l'opinione di Oronzo Mazzotta*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, in www.rivistalabor.it, 2021;

- O. MAZZOTTA (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini Editore, Pisa, 2021, con contributi di M. Brollo, M.T. Carinci, C. Cester, D. D'Ascola, R. Del Punta, V. Ferrante, M. Forziati, A. Maresca, M. Pedrazzoli, A. Perulli, R. Pessi, R. Romei, F. Scarpelli, A. Sgroi, M. Verzaro, C. Zoli.
- L. MENGHINI, in “*I contratti di lavoro*” cit., 332 ss.
- L. MENGHINI, nota a Sentenza della Cass., sez. lav., 8 gennaio 2015, n. 62 per rivista del diritto alla navigazione, in *europeanrights.eu*.
- L. MENGHINI., *Il lavoro nautico*, in *Diritto del lavoro, Commentario*, diretto da F. Carinci, II, *Il rap porto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, ed. II, Torino, 2007, p. 2028 ss..
- L. MENGHINI, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, IPSOA, 2002.
- L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1996, 287.
- R.P. MERGES, *Of Property rules, Coase, and Intelletual Property*, in *Col. L. Rev.*, 94, 1994, 2655.
- D. MESSINETTI, Abuso del diritto, in *Enc. dir., Aggiorn.* II, Milano, 1998, 1 ss.
- E. MINALE COSTA, *Lavoro nella navigazione*, in *Digesto priv. Comm.*, Torino, 1992, p. 402 e ss..
- G. MINUTOLI, *Onerosità e gratuità dell'ademmpimento del terzo, vantaggio compensativo e onere della prova*, in *Fall.*, 2010, 7, p. 799.
- M. MISCIONE, norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro), in *Lav. Giur.*, 2003, 4, 305 ss.
- V. M. MOGHADAM, “*Towards gender equality in the Arab/Middle East Region: Islam, culture, and Feminist Activism*”, cit., p. 29.
- F. MODUGNO, in *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, 34.

- G. MONACO, La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative, in *Pol. dir.*, 2011, 49 ss.
- P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, UTET, 2006.
- P.G. MONATERI, *Responsabilità civile e risarcimento del danno in forma specifica*, 2005, in www.altalex.com.
- M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al presidente della Commissione europea J.M. Barroso*, 9 maggio 2010.
- L. MONTUSCHI, Attualità della sanzione nel diritto del lavoro, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, 1189.
- D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2015, 39
- M. MORELLO, *Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. sic. lav.*, 2-2016.
- U. MORELLO, voce *Negoziato in frode alla legge*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.
- A. MORELLI, L. TRUCCO, *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, XV.
- C. MORTATI, *Principi fondamentali: art. 1*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, vol. I, artt. 1-12, Zanichelli, 1975
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1976.
- G. NALIS, *Mobbing, straining e singoli comportamenti vessatori*, in www.ildirittoamministrativo.it.
- S. NAPPI, *L'impatto del Covid sulla gestione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, n. 3/2021
- U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 62 e ss.
- U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.
- A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Torino UTET, 2008,

p. 34.

F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC attuativa dell'art. 13 del trattato sull'Unione Europea*, in DE, 2001, 906 ss.

G. ORLANDINI, *I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Europeanrights Newsletter*, 2014.

G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 Stat. Lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. Giur. Lav.* 2012, p. 752 ss.

A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, 3^a ed., 140 ss

A. PACE, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, in *Riv. quadr. dir. int.*, 3/2007, 451 ss.

V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003 p. 294.

V. PACILLO, *Il divieto di discriminazione religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, www.olir.it, 2004, pag. 4.

S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007.

S. PALMISANO, *Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un'indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in *Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2014.

F.M. PALOMBINO, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, p. 134 ss.

F.M. PALOMBINO, *La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi: un uso incongruo della nozione di "simbolo passivo"*, in *Riv. dir. internaz.*, 2011, p. 463 ss.,

- L. PAOLITTO, *La nuova nozione di equivalenza di mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in E. GHERA e D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, p. 155 e ss..
- P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazioni del "vorrei ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, 341.
- P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, *Dir. ind.*, II, 2012, n. 2, Ipsoa, 133.
- P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 717;
- G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano 1970, p. 68.
- P. PASCUCCI, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?* in *Dir. sic. lav.*, 2019, n. 2, I, 98 ss.
- P. PASCUCCI *Coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del D.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto nel D.L. n. 19/20*, in *Dir. sic. lav.*, 1/2020, 117 e ss.
- P. PASSAGLIA, *Religione, abbigliamento e diritto: verso l'apertura di una nuova fase (dall'indumento come «signe religieux» all'indumento come «dissimulation du visage»)?*, in *Foro it.*, 2010, parte IV, col. 443
- G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995
- M. PEDRAZZOLI, *Aziende di tendenza*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sez. comm., Torino, 1987, vol. II, 106.
- M. PEDRAZZOLI, *Tutela della tendenza e "Tendenzschutz"*, in *DLRI*, 1987, 749.
- M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PEDRAZZOLI, (a cura di), *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 1995.

- P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, II, 1062.
- A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, 1 ss.
- V. A. PERULLI e V. BRINO, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, Torino, 2015.
- A. POGGI, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale* in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. V, Napoli, 2004, 2263 e ss.
- F. POLITI, "Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana", Torino, 2018, 123 ss.
- PONZANELLI G., *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461.
- G. PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 356.
- G. PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, 835.
- S. POLIDORI, *Disciplina delle nullità e interessi protetti*, Jovene, Napoli, 2001.
- B. PORZIO, *I contratti a termine nel lavoro marittimo: diritto speciale o diritto comune? Le ordinanze interlocutorie Cass. sez. lav., 20 giugno 2013, n. 15560 e n. 15561, e 9 luglio 2013, n. 16980*, in *Diritto marittimo* 2014, p. 68 ss.
- S. PRISCO, *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in *costituzionalismo.it*, 2007.
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, Ufficio del Segretario generale, Ufficio studi e rapporti internazionali, *L'esercizio della libertà religiosa in Italia*, 2013.
- F. PROSPERI, *I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo*, in *Contratto e Impr.*, 2012, 4-5, 1001.
- M. PROTO, *Crisi del contratto e nullità di protezione*, in *Variazioni su Temi di diritto del Lavoro*, 2017, fasc. 4.

- A. PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 161.
- A. QUADRIO CURZIO, *Perché rifare la costituzione economica italiana*, in *il Mulino*, 45, 1996, n. 4.
- A. QUADRIO CURZIO, *Una costituente per l'interesse nazionale in economia*, in *Aspenia*, 2006, n. 34.
- L. RATTI, *Funzioni della dignità e regolazione del rapporto individuale di lavoro*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2020, fasc. 3.
- L. RATTI, *Nullità di protezione e contratto di lavoro: una convergenza apparente*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2017, fasc. 4.
- L. RATTI, *Conversione del contratto e rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2017.
- O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve a, la riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, 557 ss.
- P. RESCIGNO in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.
- P. RESCIGNO, *Forme singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 589 ss.
- G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2958 ss.
- A. RESTUCCIA, *Regime di revocabilità fallimentare del pagamento eseguito dal terzo successivamente dichiarato fallito*, in *Corr. giur.*, 2010, 9, 1190.
- A. RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *Riv. dir. lav.*, 2010, p. 121.
- F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *Contratti*, 2007, p. 621 ss..

- F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, 2018.
- F. RIMOLI, *Stato sociale (dir.cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, *Aggiornamenti*, Roma, 2004.
- J. RIVERO LAMAS, *Diritti fondamentali e contratto di lavoro: efficacia orizzontale e controllo costituzionale*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2004, 2.
- G. RIVOSECCHI, *Poteri, diritti e sistema finanziario tra centro e periferia*, in *Rivista AIC*, 2019, n.3, 5.
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 2227 ss.
- C. ROMEO, *Recesso ad nutum e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2009.
- C. ROMEO, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, in *Lav. giur.*, 2016.
- V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2005.
- M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1923.
- L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 31 gennaio 2018.
- L. S. ROSSI, *Il «triangolo giurisdizionale» e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in www.federalismi.it, 1.8.2018.
- A. RUGGERI, *Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione*, in *Colsultaonline*, 2019, 500 ss.
- A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, in www.diritticomparati.it, 3, 2017, 234 ss..

- R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, eBook 2016.
- C. SCOGNAMIGLIO, L'integrazione del contratto, in *Il Contratto*, Trattato a cura di P. Rescigno, Torino, 1999.
- C. SALVI, voce *Abuso del diritto. 1) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1988.
- C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e finzioni*, Jovene, 1985.
- P. SANDULLI, *Tutele risarcitorie e tutele indennitarie nel danno biologico*, in *Dir. lav.*, 1995.
- F. SANTONI, *Libertà nella scuola, interessi religiosi*, in *RIDL*, 1995, II, 380.
- F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, 1983.
- F. SANTONI, *I rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza a carattere religioso e confessionale*, in *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, Napoli, 1989.
- F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti da lavoro e la L. n. 92/2012*, *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 898 ss.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2016.
- L. SAPORITO, F. SORVILLO, L. DECIMO, *Lavoro, discriminazioni religiose e politiche d'integrazione*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 2017 e in www.statoechiese.it, n. 18/2017.
- M. SARTORI, *L'inconfigurabilità del "mobbing" non esclude il diritto del lavoratore al risarcimento dei danni alla persona di cui il lavoratore lesa abbia fornito adeguata allegazione e prova*, in *D&L*, 2019, 1019.
- L. SCARANO, *Note critiche sull'applicazione dell'art. 1460 c.c. al rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009.
- G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018.

- G. SCACCIA., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Rivista AIC*, in www.osservatorioaic.it, 7 maggio 2018.
- G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, fasc. 6/2019, 166 ss.
- F. SCALIA, *Principio di precauzione e ragionevole bilanciamento dei diritti nello stato di emergenza*, in federalismi.it, 32/2020, 18 novembre 2020.
- V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 459 ss..
- L. SCARANO, *Note critiche sull'applicazione dell'art. 1460 c.c. al rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009.
- F. SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 2, 1° maggio 2020, p. 313.
- F. SCARPELLI, *Rifiuto del vaccino e licenziamento: andiamoci piano!*, in www.linkedin.com, dicembre 2020.
- P. SCHLESINGER, *il Codice civile, Commentario*, Milano 1999
- S. SCIARRA, *Europa e lavoro. Solidarietà e conflitti in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013.
- S. SCIARRA, *Comunicazione "Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali" COM (2017)*.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, F. Angeli, 1978,
- R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 503 ss.
- A. SCRIMA, *Contratti in genere- effetti del contratto eterointegrazione*, Corte di Cassazione, *relazione tematica* n. 116 del 10 settembre 2010,

- P. SCUDELLER, *Lavoro subordinato: buona fede e correttezza*, in *Riv. dir. prat. lav.*, n. 8/2019.
- R. SENIGAGLIA, *un'ermeneutica del concetto di causa: solidarietà orizzontale e contratto*, in *Jus Civile*, 2016, pag. 506 ss.
- S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura funzioni e «valori» (a proposito di un recente libro)*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 543 ss.
- M. SIGNORELLI, *L'evoluzione giurisprudenziale del danno da demansionamento: una ricostruzione sistematica*, Parte I, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 5, 1494.
- A. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it* 233/2014.
- G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità umana*, in *Rivista AIC*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008.
- A. SITZIA, *I limiti del controllo della posta elettronica del lavoratore: una chiara presa di posizione della Grande Camera della Corte eur. dir. uomo*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2017, 12, 1652, *Giur. It.*, 2017, 6, 1408.
- C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958.
- E. SORDA, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in www.forumcostituzionale.it.
- A. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it* – 233/2014.
- M. SPIOTTA, *La "causa concreta" del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*, in *Giur. it.*, 2010, 10, p. 2080.
- D. TEGA, *La sentenza n. 269/2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2018.
- C. TIMELLINI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in L.

- GALANTINO (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d.lgs. 81/2008 e il d.lgs. 106/2009*, Torino, 2009,
- P. TOSI, *L'art. 2, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1117 ss.
- T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 155 ss.
- P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 48, 637.
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- P. TRIMARCHI, *Illecito, (dir. Privato)* in *Enc dir.*, vol. XX, Milano 1970, p. 90.
- P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro, una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 255 ss.
- M. J. VACCARO *Legge di interpretazione autentica e personale ATA (art. 6, par. 1, CEDU)*, in *Cedu e ordinamento italiano*, a cura di A. Di Stasi, Torino, 2016.
- A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995.
- A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino 2018.
- A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino 2015.
- A. VALLEBONA, *Licenziamento ingiustificato e indennità crescente: questione di costituzionalità (nota a Trib. Roma sez. lav., 26 luglio 2017)*, in *Mass. giur. lav.*, n. 8-9, 2017.
- A. VALLEBONA, *Mobbing: qualificazione, oneri probatori e rimedi*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 2.
- F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giappichelli, 2012.

S. VERNUCCIO, *La sentenza 269/2017: La Corte costituzionale di fronte alla questione dell'efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. Ord. 3831/2018)* in *Aic, Osservatorio costituzionale*, fasc 2/2018, 9.

G. VIDIRI, *Controlli datoriali sui dipendenti e tutela della privacy nel nuovo art. 4 stat.lav.*, in *Corriere Giur.*, 2016, 11, 1389.

G. VIDIRI, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 3, n. 29.

L. ZACCARELLI, V. ZACCARELLI, *L'infezione da Covid-19 e le conseguenze in tema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 7, 695 ss.

V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei Diritti Fondamentali in Europa*, 2019.

A. ZILLI, *Demansionamenti vecchi e nuovi, tutti ricompresi nel Jobs Act.*, in *Labor.*, 2017, 3, 317.

C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2016.