

OPAC SBN - Istituto centrale per il catalogo unico

Scheda: 1/1

Livello bibliografico	Monografia
Tipo documento	Testo a stampa
Titolo	Vol. 4: Contratto di lavoro e organizzazione
Fa parte di	Trattato di diritto del lavoro / diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci , 4
Comprende	· Tomo 1: Contratto e rapporto di lavoro / a cura di Michel Martone · Tomo 2: Diritti e obblighi / a cura di Marco Marazza
Lingua di pubblicazione	ITALIANO
Paese di pubblicazione	ITALIA
Codice identificativo	IT\ICCU\MOD\1596165

Dove si trova

- [AL0238](#) [TO0YL](#) Biblioteca N. Bobbio del Dipartimento di giurisprudenza e scienze politiche, economiche e sociali dell'Università degli studi del Piemonte Orientale Amedeo Avogadro - DIGSPES - Sede di Alessandria - Alessandria - AL
- [AN0169](#) [UMCSG](#) Biblioteca Fondazione Angelo Colocci - Jesi - AN
- [AN0195](#) [ANAMC](#) Biblioteca dell'Assemblea legislativa delle Marche - Sezione Giuridica - Ancona - AN - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [BN0095](#) [NAP01](#) Biblioteca del Dipartimento di diritto, economia, management e metodi quantitativi della Università degli studi del Sannio (D.E.M.M.) - Benevento - BN
- [BO0036](#) [UBOIG](#) Biblioteca Giuridica Antonio Cicu - Alma Mater Studiorum - Università di Bologna - Bologna - BO - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [BO0280](#) [UBOLE](#) Biblioteca dell'Assemblea legislativa della Regione Emilia-Romagna - Bologna - BO - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [BR0043](#) [BRIPY](#) Biblioteca forense C. Monticelli - Brindisi - BR - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [CA0159](#) [CAGSA](#) Biblioteca regionale - Cagliari - CA
- [CB0098](#) [MOLBU](#) Biblioteca di Ateneo dell'Università degli Studi del Molise - Campobasso - CB - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [CN0265](#) [UTOUA](#) Biblioteca Universitaria Cuneese - Cuneo - CN - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [FE0068](#) [UFESG](#) Biblioteca di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Ferrara - Ferrara - FE - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [FG0126](#) [FOGU1](#) Biblioteca di Area Economico Giuridica - Foggia - FG - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [FI0098](#) [CFICF](#) Biblioteca nazionale centrale - Firenze - FI
- [FI0597](#) [UFIKE](#) Biblioteca di scienze sociali dell'Università degli studi di Firenze - Firenze - FI
- [FR0098](#) [RML53](#) Centro Servizi Bibliotecari di Area Giuridico-Economica - Cassino - FR
- [MC0175](#) [UMCPR](#) Biblioteca di Diritto privato e del lavoro italiano e comparato del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di

Macerata - Macerata - MC

- [MI0162](#) [LO101](#) Biblioteca comunale centrale - Milano - MI
- [MI0669](#) [USMK6](#) Biblioteca di scienze politiche Enrica Collotti Pischel dell'Università degli studi di Milano - Milano - MI
- [MI1334](#) [USML1](#) Biblioteca del Dipartimento di diritto privato e storia del diritto dell'Università degli studi di Milano - Milano - MI
- [MI1336](#) [USML8](#) Biblioteca del Dipartimento di economia, diritto del lavoro e diritto tributario dell'Università degli studi di Milano - Milano - MI
- - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [MO0169](#) [MODUG](#) Biblioteca universitaria giuridica dell'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia - Modena - MO - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [MO0180](#) [MODUI](#) Biblioteca Universitaria di area Scientifico-Tecnologica "Enzo Ferrari", Università degli studi di Modena e Reggio Emilia - Modena - MO - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [MT0029](#) [BAS01](#) Biblioteca provinciale Tommaso Stigliani - Matera - MT - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [PD0158](#) [PUV00](#) Biblioteca universitaria di Padova - Padova - PD
- [PD0258](#) [PUV25](#) Biblioteca del Dipartimento di diritto privato e diritto del lavoro dell'Università degli studi di Padova - Padova - PD
- [PD0368](#) [PUV39](#) Biblioteca Ruggero Meneghelli del Dipartimento di diritto comparato dell'Università degli studi di Padova - Padova - PD
- [PR0076](#) [PARGF](#) Servizio biblioteca di giurisprudenza dell'Università degli studi di Parma - Parma - PR - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [PU0127](#) [URBAG](#) Biblioteca delle facoltà di Giurisprudenza e Scienze politiche dell'Università degli studi di Urbino - Urbino - PU - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [RM0267](#) [BVECR](#) Biblioteca nazionale centrale - Roma - RM
- [RM0731](#) [RMGCG](#) Biblioteca Centrale Giuridica - Roma - RM
- [RM0978](#) [RMSPR](#) Biblioteca interdipartimentale di scienze giuridiche-Sezione di diritto privato-Sapienza Università di Roma - Roma - RM
- [RM1007](#) [RMSSP](#) Biblioteca di Scienze politiche dell'Università degli studi di Roma La Sapienza - Roma - RM - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [RM1660](#) [RMG25](#) Biblioteca del Tribunale amministrativo regionale del Lazio - Roma - RM - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [TE0045](#) [TERR3](#) Biblioteca Polo Umanistico dell'Università degli studi di Teramo - Teramo - TE
- [TO1203](#) [UTOBB](#) Biblioteca Norberto Bobbio dell'Università degli Studi di Torino - Torino - TO
- [TS0276](#) [TSASG](#) Biblioteca del Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università degli studi di Trieste - Trieste - TS - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [TV0163](#) [PUV49](#) Biblioteca Luigi Chierighin dell'Università umanesimo latino S.p.A. - Treviso - TV - - *il documento potrebbe non essere disponibile*
- [VE0190](#) [VEABE](#) Biblioteca di Area economica Gino Luzzatto dell'Università Ca' Foscari Venezia - Venezia - VE - - *il documento potrebbe non essere disponibile*

INDICE SOMMARIO

TOMO PRIMO

<i>Introduzione al trattato</i> di Mattia Persiani - Franco Carinci	Pag. XXXVII
<i>Introduzione al tomo primo</i> di Michel Martone	» XLIII

PARTE I

IL CONTRATTO DI LAVORO

CAPITOLO PRIMO

LA SUBORDINAZIONE. UNA CATEGORIA DEL NOVECENTO

Michel Martone

1. Prospettive d'indagine	Pag. 3
2. Subordinazione: nozione e funzioni	» 5
3. La costruzione della subordinazione nel pensiero dottrinale	» 11
4. La subordinazione nell'elaborazione giurisprudenziale	» 24
5. Ripensare la subordinazione	» 41

CAPITOLO SECONDO

L'AUTONOMIA PRIVATA ED I LIMITI ALLA DISPONIBILITÀ DEL TIPO

Sezione Prima

FATTISPECIE ED EFFETTI NEL DIRITTO DEL LAVORO

Roberto Pessi

1. Subordinazione e impresa	Pag. 49
2. Qualificazione e statuto protettivo	» 51

3. La tassatività del tipo	Pag.	56
4. Metodo tipologico e metodo sussuntivo	»	61
5. Autonomia privata e detipicizzazione della subordinazione	»	67
6. Volontà effettiva e volontà simulata	»	69
7. Libertà contrattuale ed effetti	»	73
8. Giudizio di approssimazione e vincolo di legge	»	79
9. Diritto positivo e bilanciamento dei valori	»	86

Sezione Seconda

PROCEDURE DI CERTIFICAZIONE

Germano Dondi

1. La certificazione: modifiche recenti della disciplina e ampliamento della <i>ratio legis</i>	Pag.	91
2. Oggetto dell'istituto e rilievi critici	»	93
3. Organi abilitati alla certificazione e competenza	»	103
4. Il procedimento di certificazione dei contratti e l'applicabilità di esso anche agli altri casi di certificazione	»	110
5. Natura del provvedimento certificativo e sua efficacia giuridica	»	115
6. Rimedi esperibili nei confronti della certificazione: <i>a)</i> il ricorso al giudice amministrativo	»	120
7. (<i>Segue</i>): <i>b)</i> il ricorso al giudice ordinario	»	122
8. La certificazione del regolamento interno delle cooperative: <i>a)</i> caratteristiche e funzione	»	126
9. (<i>Segue</i>): <i>b)</i> gli organi di certificazione del regolamento cooperativo	»	129
10. Attività di assistenza e di consulenza delle parti	»	132
11. La certificazione dei contratti d'appalto	»	135
12. Osservazioni conclusive	»	138

CAPITOLO TERZO

CONCLUSIONE DEL CONTRATTO DI LAVORO

Piero Lambertucci-Arturo Maresca

1. Il contratto individuale di lavoro quale <i>fonte genetica</i> del rapporto di lavoro subordinato	Pag.	147
2. Il contratto individuale di lavoro quale <i>fonte di disciplina</i> del rapporto di lavoro subordinato	»	150
3. I soggetti del contratto di lavoro	»	151
4. (<i>Segue</i>): la capacità del lavoratore	»	153
5. La conclusione e gli elementi <i>essenziali</i> del contratto di lavoro (accordo delle parti, oggetto, causa)	»	157

6. La forma del contratto di lavoro	Pag.	162
7. Il rilievo dei vizi di volontà, la simulazione e la frode: casistica	»	167
8. L'invalidità del contratto di lavoro	»	179
9. La disciplina del patto di prova	»	191
10. Gli obblighi di informazione al lavoratore e le comunicazioni obbligatorie alle autorità competenti	»	199
11. L'impatto dell'art. 8 l. 14 settembre 2011, n. 148 sulla disciplina della conclusione del contratto individuale di lavoro	»	201

CAPITOLO QUARTO

L'APPOSIZIONE DEL TERMINE

Luigi Menghini

1. Introduzione	Pag.	212
1.2. Finalità e limiti costituzionali	»	213
1.2.1. Il contratto a termine come esempio paradigmatico di alcuni tratti recenti del diritto del lavoro italiano	»	216
1.3. I limiti del presente studio	»	219
1.4. Osservazioni minime sul metodo	»	220
2. Evoluzione normativa	»	222
2.1. Dal divieto dei vincoli a vita al favore per i rapporti stabili	»	222
2.2. L'abuso dell'istituto e la legge 18 aprile 1962, n. 230	»	228
2.3. Gli effetti della legge n. 230 del 1962 e le sue successive modifiche	»	230
2.4. Un nuovo modello di disciplina: il lavoro a termine autorizzato dalla contrattazione collettiva	»	235
2.5. Il « Pacchetto Treu », la direttiva comunitaria ed il d. lgs. n. 368/2001	»	239
2.6. Il dibattito sulla precarietà, il Governo di centro sinistra e le innovazioni del 2007	»	243
2.7. La reazione dell'attuale Governo e le leggi n. 133/2008 e n. 183/2010	»	244
3. La disciplina europea	»	247
3.1. Il significato generale dell'Accordo europeo	»	247
3.2. I limiti alla stipula del primo ed unico contratto: Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e Corte di Cassazione	»	249
3.3. Gli strumenti volti a prevenire gli abusi derivanti da una successione di contratti a termine	»	256
3.4. La clausola di non regresso da Mangold a Vino	»	260
3.4.1. Il concetto di « ambito coperto dall'accordo »	»	262
3.4.2. Il concetto di « attuazione della direttiva »	»	263
3.4.3. Il livello generale di tutela e le possibili compensazioni	»	269
3.4.4. Le conseguenze della violazione della clausola	»	272

4. La normativa nazionale	Pag. 273
4.1. Il contratto di lavoro a termine come eccezione o deroga al contratto di lavoro a tempo indeterminato	» 273
4.2. I limiti sostanziali all'utilizzo del lavoro a termine	» 275
4.2.1. I limiti sostanziali di carattere oggettivo	» 275
4.2.1.1. La temporaneità delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine	» 275
4.2.1.2. I divieti di assunzione a termine	» 278
4.2.1.3. I limiti quantitativi	» 280
4.2.2. I limiti sostanziali di carattere soggettivo	» 282
4.2.2.1. Il contratto volto a favorire le assunzioni a termine di alcune aziende: le condizioni di legittimità ed il confronto con l'accordo europeo	» 283
4.2.2.1.1. I contratti a termine volti ad incentivare le assunzioni da parte delle aziende di trasporto aereo ed esercenti i servizi aeroportuali	» 283
4.2.2.1.2. I contratti a termine volti ad incentivare le assunzioni da parte di Poste Italiane	» 285
4.3. La successione fraudolenta di contratti a termine, la disciplina europea ed il limite dei 36 mesi	» 292
4.4. I limiti formali e la questione della specificazione nel contratto delle ragioni per cui si assume: Corte Costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di Giustizia sulle ragioni sostitutive	» 300
4.4.1. La sentenza n. 214/2009 della Corte Costituzionale	» 302
4.4.2. Le sentenze « gemelle » della Cassazione del gennaio 2010 e quelle successive di febbraio, marzo ed aprile	» 303
4.4.3. La sentenza Sorge e la soluzione articolata del problema	» 305
4.5. Le conseguenze derivanti dall'illegittimità dell'apposizione del termine per carenza delle condizioni sostanziali e formali	» 308
4.5.1. Il sistema precedente alle recenti innovazioni	» 309
4.5.2. I termini di decadenza	» 312
4.5.3. « Conversione » e risarcimento del danno dopo la legge n. 183/2010	» 316
4.5.3.1. Finalità della novella: risparmi per tutte le imprese e ulteriore sanatoria a favore di Poste Italiane	» 317
4.5.3.2. Il significato delle innovazioni del 2010: l'indennità sostituisce o si cumula con il risarcimento del danno?	» 318
4.5.3.3. I problemi di legittimità costituzionale	» 323
4.5.3.4. I problemi di conformità con la disciplina europea	» 328

5. Contrattazione collettiva e lavoro a tempo determinato: dall'art. 23 della l. n. 56/1987 agli accordi di prossimità	Pag.	329
5.1. L'introduzione di ulteriori ipotesi di lavoro a termine	»	330
5.2. La contrattazione collettiva nel d. lgs. n. 368 del 2001: abolizione di diritto e permanenza di fatto della individuazione negoziale di ipotesi di lavoro a termine	»	335
5.3. Contrattazione collettiva e limiti quantitativi di utilizzo del lavoro a termine	»	336
5.4. Ulteriori deleghe alla contrattazione nel d. lgs. n. 368 del 2001	»	338
5.5. Contrattazione collettiva, limiti alla successione dei contratti e diritto di precedenza nella manovra dell'estate 2008	»	340
5.6. Deleghe alla contrattazione collettiva e Collegato lavoro 2010 .	»	343
5.7. Lavoro a termine ed accordi di prossimità	»	343
5.7.1. Accordi di prossimità ed unico contratto	»	344
5.7.2. Accordi di prossimità e successione di contratti a termine	»	346
5.7.3. Soggetti, livelli negoziali e natura delle previsioni pattizie	»	347

CAPITOLO QUINTO

PRESTAZIONE DI FATTO

Piera Campanella

1. Genesi e <i>ratio</i> della disciplina della prestazione di fatto	Pag.	349
2. (<i>Segue</i>): Le improprietà della formula legislativa	»	352
3. La prestazione di fatto e l'esecuzione del rapporto	»	354
4. La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro	»	359
5. La « negazione di effetto » all'invalidità	»	361
5.1. Il raffronto con la disciplina dell'indebito	»	361
5.2. La produzione di effetti contrattuali: rilievi critici	»	362
5.2.1. La tesi della sanatoria	»	362
5.2.2. La tesi del contratto di fatto	»	364
5.2.3. La tesi della irretroattività delle pronunzie di invalidità .	»	365
5.3. Gli effetti legali della norma e la rilevanza giuridica della prestazione di fatto	»	367
6. La fattispecie della prestazione di fatto e la sua natura	»	370
7. I limiti alla rilevanza giuridica della prestazione di fatto: l'illiceità dell'oggetto o della causa	»	372
7.1. (<i>Segue</i>): I parametri dell'illiceità e la violazione dei principi di ordine pubblico	»	377
7.2. (<i>Segue</i>): Casistica	»	379
7.3. L'ammissibilità di una tutela residuale della prestazione di fatto illecita	»	384

8. Il lavoro prestato in violazione delle norme di tutela del lavoratore .	Pag.	385
8.1. (<i>Segue</i>): Casistica	»	387
9. La disciplina di tutela della prestazione di fatto del lavoro	»	389
10. L'ambito applicativo della disciplina	»	394

PARTE II

I POTERI DEL DATORE DI LAVORO

CAPITOLO SESTO

IL POTERE DIRETTIVO E L'ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO

Sezione Prima

LINEAMENTI DEL POTERE DIRETTIVO

Mattia Persiani

1. Introduzione storica	Pag.	401
2. Inquadramento di teoria generale	»	404
3. Origine del potere direttivo	»	407
4. Il potere direttivo tra contratto e organizzazione	»	410
5. Le caratteristiche del potere direttivo	»	412
6. Il potere direttivo come potere giuridico	»	415
7. Potere direttivo e potere di conformazione	»	417
8. Potere direttivo, <i>jus variandi</i> e potere disciplinare	»	421
9. Collocazione nella sistematica civilistica	»	424

Sezione Seconda

IL DIRIGENTE D'AZIENDA

Paolo Tosi

1. Origine e definizioni della categoria	Pag.	427
2. La qualificazione nella giurisprudenza. Il dirigente <i>alter ego</i>	»	429
3. (<i>Segue</i>): La clausola di « riconoscimento formale » e l'evoluzione della definizione giurisprudenziale	»	430
4. La categoria nei contratti collettivi di settore	»	433
5. La disciplina legale ablativa. In particolare, orario di lavoro, <i>part time</i> e termine	»	437
6. (<i>Segue</i>): Il recesso <i>ad nutum</i> : l'art. 10 della legge n. 604/1966 e la <i>ratio</i> dell'esclusione	»	440

6.1. Ambito della categoria e licenziamento disciplinare. Gli effetti della violazione dell'art. 7 st. lav.	Pag.	443
6.2. Ambito della categoria ed esclusione dei limiti legali del licenziamento	»	450
6.2.1. L'ipotesi del demansionamento	»	453
7. La disciplina contrattuale del licenziamento	»	454
7.1. Dalla giustizia arbitrale alla giustizia ordinaria	»	455
7.2. La « giustificatezza »	»	458
7.2.1. Profili di affinità con la « responsabilità dirigenziale » del dirigente pubblico privatizzato	»	461
7.3. L'« opzione » per la prosecuzione del rapporto	»	464
7.4. L'indennità speciale prevista dall'accordo interconfederale del 27 aprile 1995	»	466
8. La disciplina contrattuale delle dimissioni	»	469

Sezione Terza

**LA CLASSIFICAZIONE DEI LAVORATORI SUBORDINATI IN CATEGORIE
E L'INQUADRAMENTO UNICO**

Roberta Nunin

1. La classificazione dei lavoratori subordinati in categorie	Pag.	471
2. Le origini del sistema di inquadramento: rilievo e funzione dell'art. 2095 c.c.	»	473
3. L'individuazione della nozione di mansione, qualifica e categoria. Il procedimento logico-giuridico per la determinazione dell'inquadramento	»	478
4. Le categorie professionali: la distinzione tra impiegati ed operai	»	483
5. (<i>Segue</i>): I dirigenti (rinvio)	»	489
6. (<i>Segue</i>): La « nuova » categoria dei quadri	»	491
7. Le categorie di origine contrattuale: intermedi e funzionari	»	496
8. L'inquadramento unico ed i suoi effetti sul sistema	»	497
9. Obbligo di buona fede, principio di parità di trattamento, divieto di discriminazioni	»	502
10. Il diritto alla qualifica. La legittimità del c.d. « sovrainquadramento »	»	506
11. Prime riflessioni sulle ricadute in materia di inquadramento e mansioni del disposto dell'art. 8 del d.l. n. 138/2001	»	509

Sezione Quarta

**LE MANSIONI DEL LAVORATORE:
INQUADRAMENTO E *JUS VARIANDI*.
MANSIONI, QUALIFICHE, *JUS VARIANDI***

Marina Brollo-Marta Vendramin

1. Mansioni e qualifica: i significati e l'uso dei termini	Pag.	513
2. Mansioni e qualifica al cospetto del lavoro che cambia. Criticità e prospettiva di indagine	»	517
3. La disciplina legale: l'art. 2103 c.c. come novellato dall'art. 13 st. lav.	»	520
4. L'individuazione delle mansioni di assunzione e gli obblighi di informazione	»	525
4.1. (<i>Segue</i>): Il c.d. ruolo professionale	»	529
5. La questione della fonte del mutamento di mansioni: lo <i>jus variandi</i>	»	530
6. L'equivalenza come limite alla modifica orizzontale delle mansioni	»	533
7. I confini «esterni» dell'equivalenza: le mansioni «ultime effettivamente svolte»	»	534
7.1. (<i>Segue</i>): Le mansioni promiscue	»	536
8. I confini «interni» dell'equivalenza: la clausola generale imperniata sulla professionalità del lavoratore	»	539
8.1. La nozione rigida: la tutela della professionalità «statica»	»	542
8.2. La nozione flessibile: la tutela della professionalità «dinamica»	»	546
9. L'elasticità della garanzia retributiva	»	552
10. La nullità dei patti contrari e le mansioni inferiori	»	554
10.1. Il sacrificio della professionalità nel gioco dei valori: la derogabilità del divieto dei patti contrari. A) Le deroghe dettate dalla legge	»	556
10.2. B) Le deroghe dettate dalla giurisprudenza	»	559
10.3. Le nuove frontiere della giurisprudenza tra equivalenza flessibile e contrattazione collettiva	»	563
10.4. La contrattazione collettiva. Flessibilità organizzativa ed equivalenza professionale: tendenze recenti	»	567
11. L'assegnazione a mansioni superiori	»	569
12. La c.d. promozione automatica	»	572
12.1. Le mansioni «superiori»	»	573
12.2. Il periodo di svolgimento delle mansioni superiori	»	575
12.3. La copertura del posto messo a concorso	»	577
12.4. La sostituzione dei lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto	»	579
12.5. Il trattamento economico	»	583
13. La non corrispondenza delle mansioni svolte all'inquadramento. La c.d. «qualifica convenzionale» e il diritto alla qualifica: cenni	»	585

14. Le tutele contro il mutamento di mansioni. A) L'ipotesi dell'esercizio legittimo del potere datoriale	Pag.	587
14.1. B) L'ipotesi dell'esercizio illegittimo del potere datoriale	»	588
14.2. La <i>querelle</i> del risarcimento del danno	»	592
15. L'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011: verso una flessibilità gestionale negoziata a livello aziendale (o territoriale)?	»	593
15.1. I limiti « esterni » alla facoltà di deroga delle specifiche intese	»	596
15.2. I limiti « interni » alla facoltà di deroga delle specifiche intese	»	597
15.3. Antefatti	»	598
15.4. Le ipotesi di deroga	»	602

Sezione Quinta

I TEMPI DI LAVORO

Maria Giovanna Mattarolo

1. La regolamentazione dei tempi di lavoro: interessi e finalità	Pag.	604
2. Flessibilità dell'orario e poteri del datore di lavoro	»	610
3. L'evoluzione della disciplina	»	622
4. Le nozioni di orario di lavoro e di riposo	»	626
5. Orario normale di lavoro e giornata lavorativa	»	634
6. Lavoro straordinario e modulazione dell'orario	»	640
7. Durata massima globale dell'orario	»	650
8. Riposo giornaliero e pause	»	654
9. Riposi settimanali	»	659
10. Ferie annuali	»	666
11. Lavoro notturno	»	680
12. Il ruolo della contrattazione collettiva	»	691
13. Disapplicazioni e discipline speciali	»	697
14. L'apparato sanzionatorio	»	702
15. L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: ulteriori deroghe alla disciplina dell'orario?	»	705

Sezione Sesta

IL LUOGO DI LAVORO

Luigi Angiello

1. Il trasferimento del lavoratore	Pag.	710
2. (<i>Segue</i>): I presupposti	»	712
3. (<i>Segue</i>): La motivazione	»	722
4. (<i>Segue</i>): Le formalità	»	730
5. (<i>Segue</i>): La disciplina della contrattazione collettiva	»	736

6. La trasferta. Nozione	Pag.	742
7. (<i>Segue</i>): Il trasfertismo	»	747
8. Il trattamento economico nei mutamenti del luogo di lavoro	»	748
9. (<i>Segue</i>): « L'indennità estero »	»	752
10. Il diritto di resistenza del lavoratore al trasferimento. La tutela <i>ex</i> art. 700 c.p.c.	»	761

CAPITOLO SETTIMO

IL POTERE DISCIPLINARE

Sezione Prima

PRELIMINARI AL POTERE DISCIPLINARE

Mattia Persiani

1. Considerazioni preliminari	Pag.	769
2. Le origini storiche del potere di licenziamento	»	774
3. Le origini storiche del potere disciplinare	»	775
4. Il fondamento del potere disciplinare	»	778
5. La teoria istituzionale non è idonea a fornire una spiegazione appa- gante	»	780
6. Il significato della previsione legislativa di un potere disciplinare del datore di lavoro	»	783
7. Potere disciplinare e principio di parità delle parti	»	785
8. Potere disciplinare e contratto individuale di lavoro subordinato	»	787
9. Valutazioni conclusive sul fondamento del potere disciplinare	»	789
10. Responsabilità disciplinare e responsabilità civile nella dottrina classica	»	790
11. Responsabilità disciplinare e responsabilità civile nella dottrina più recente	»	793
12. Le sanzioni disciplinari come pene private e il potere disciplinare come diritto potestativo	»	799

Sezione Seconda

IL POTERE DISCIPLINARE

Maurizio Del Conte

1. Il potere disciplinare: le origini e la questione del suo fonda- mento	Pag.	802
2. La tesi istituzionalistica, per la quale il potere disciplinare è funzio- ne dell'interesse dell'impresa, e la tesi contrattualistica, per la quale		

il potere trova il suo fondamento soltanto nel contratto. La posizione della giurisprudenza	Pag.	806
3. Le due tesi contrapposte al confronto con l'art. 7 della legge 300/1970. Prevalere dalle tesi contrattualistica	»	809
4. Le sanzioni disciplinari. Finalità e contenuti che le distinguono dalla risposta all'inadempimento secondo le regole del diritto civile	»	811
5. Potere disciplinare e sua rilevanza esterna al contratto	»	813
6. Autonomia del potere disciplinare e concorso col diritto dei contratti	»	815
7. Cumulo tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile per inadempimento del lavoratore	»	816
8. Azione disciplinare e autotutela del datore di lavoro	»	818
9. Il 1° comma dell'art. 7 dello statuto. Sanzioni disciplinari e pubblicità del testo che le prevede	»	822
10. L'onere di affissione – La sentenza 1208/88 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione	»	825
11. Il problema della tipizzazione delle sanzioni disciplinari fra comportamenti illeciti strettamente attinenti all'organizzazione aziendale, conoscibili solo se espressamente previsti, e quelli manifestamente contrari all'etica comune o agli interessi dell'impresa o aventi rilevanza penale	»	830
12. La difficile tenuta della distinzione tra sanzioni conservative e sanzioni estintive quale criterio determinativo dell' inclusione nel codice disciplinare	»	833
13. L'assolutezza dell'onere di affissione mantiene il carattere di assolutezza nella evoluzione della giurisprudenza	»	835
14. Il principio di proporzionalità tra condotta e sanzione	»	837
15. Nella valutazione delle proporzionalità della sanzione assume particolare rilievo la recidiva	»	840
16. Il licenziamento disciplinare	»	844
17. (<i>Segue</i>): La tipizzazione delle fattispecie di licenziamento disciplinare	»	846
18. Il trasferimento disciplinare	»	850
19. Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro somministrato	»	855

Sezione Terza

IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

Maurizio Del Conte

1. La contestazione dell'addebito	Pag.	858
2. Il requisito di specificità	»	862
3. La contestazione dei fatti e delle sanzioni applicabili	»	865

4. Irrilevanza del processo di formazione della volontà del datore di lavoro e la titolarità del potere di irrogazione	Pag.	866
5. Le indagini preliminari	»	869
6. Immediatezza come principio costitutivo della legittimità del provvedimento disciplinare	»	870
7. Immutabilità	»	875
8. La difesa del lavoratore	»	879
9. Sul diritto di accesso ad atti e documenti utili alla difesa del lavoratore	»	883
10. L'audizione del lavoratore	»	885
11. L'assistenza del rappresentante sindacale <i>ex art. 7, 3° comma</i>	»	891
12. La sospensione cautelare	»	893
13. L'applicazione della sanzione. Termini contrattuali	»	895
14. Il procedimento arbitrale	»	898
15. L'applicabilità della tutela statutaria ai dirigenti d'azienda	»	901

CAPITOLO OTTAVO

L'OBBLIGO DI DILIGENZA

Emanuele Menegatti

1. L'obbligazione di lavoro come obbligazione di <i>facere</i>	Pag.	907
2. L'obbligazione di lavoro come obbligazione di « mezzi »	»	912
3. Risultato, comportamento dovuto e organizzazione del lavoro nella definizione dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa	»	919
4. La diligenza come criterio di misurazione della prestazione lavorativa	»	921
5. La mancanza di diligenza come fondamento della responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro	»	934
6. La mancanza di diligenza come fondamento della responsabilità disciplinare del lavoratore	»	943
7. Lo scarso rendimento	»	946
8. Le note di qualifica	»	951
9. Il dovere di obbedienza	»	954

CAPITOLO NONO

OBBLIGO DI FEDELTA'
ED IL PATTO DI NON CONCORRENZA*Alessandro Boscati*

1. Obbligo di fedeltà, patto di non concorrenza e concorrenza sleale nella sistematica del codice civile	Pag.	959
--	------	-----

2. La nozione di fedeltà e il contenuto dell'art. 2105 c.c.	Pag.	960
3. Durata dell'obbligo di fedeltà	»	971
3.1. (<i>Segue</i>): I comportamenti da tenere in caso di malattia	»	974
4. Il divieto di trattare affari per conto proprio o di terzi in concorrenza	»	979
5. L'obbligo di segreto aziendale	»	991
5.1. Sottrazione e riproduzione in giudizio di documenti aziendali	»	1002
5.2. Il diritto di critica e di denuncia del lavoratore	»	1006
6. Le conseguenze della violazione dell'obbligo di fedeltà	»	1015
7. Il patto di non concorrenza	»	1018
8. (<i>Segue</i>): I requisiti di forma e di durata	»	1021
8.1. (<i>Segue</i>): Il limite di durata	»	1024
9. (<i>Segue</i>): I limiti di oggetto e di luogo	»	1029
9.1. I limiti di oggetto	»	1029
9.1.1. La considerazione dell'attività svolta dal datore di lavoro	»	1030
9.1.2. Si vieta lo svolgimento di un'attività	»	1032
9.1.3. L'ampiezza dell'attività vietata	»	1034
9.1.4. L'individuazione concreta dei limiti. In particolare la garanzia dell'esplicazione della professionalità acquisita	»	1036
9.2. I limiti territoriali	»	1038
10. (<i>Segue</i>): Il corrispettivo	»	1041
10.1. Modalità di pagamento del corrispettivo	»	1046
11. (<i>Segue</i>): Le conseguenze della violazione del patto	»	1050

CAPITOLO DECIMO

LA SOSPENSIONE DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO

Sezione Prima

LA SOSPENSIONE DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO

E LA TUTELA DELLA SALUTE

Riccardo Vianello

1. Considerazioni introduttive	Pag.	1059
2. Sospensione della prestazione di lavoro e tutela della salute: le fonti della disciplina	»	1080
3. La nozione di malattia	»	1083
4. Il campo di applicazione della tutela di malattia	»	1101
5. Gli obblighi del lavoratore	»	1102
5.1. (<i>Segue</i>): La comunicazione e la certificazione della malattia	»	1103
5.2. (<i>Segue</i>): L'obbligo di reperibilità e il regime dei controlli	»	1113

5.3. (<i>Segue</i>): La sindacabilità della certificazione medica	Pag. 1129
5.4. (<i>Segue</i>): Il rispetto dei doveri di correttezza e buona fede durante lo stato di malattia: i problemi del rifiuto delle cure e dello svolgimento di altra attività lavorativa o extraprofessionale	» 1133
6. I diritti del lavoratore	» 1141
6.1. La tutela economica: il diritto alla retribuzione o all'indennità di malattia	» 1141
6.2. (<i>Segue</i>): Il computo dei periodi di assenza nell'anzianità di servizio	» 1157
6.3. (<i>Segue</i>): La conservazione del posto di lavoro	» 1158
6.4. La contribuzione figurativa per i periodi di malattia	» 1174
6.5. La tutela sanitaria: il diritto all'assistenza e alle cure	» 1174
6.6. (<i>Segue</i>): Patologie particolari e tutela di malattia: a) l'assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi	» 1176
6.7. (<i>Segue</i>): b) L'astensione dal lavoro per cure idrotermali (brevi cenni)	» 1178
6.8. (<i>Segue</i>): c) Ipotesi particolari	» 1185
6.9. (<i>Segue</i>): d) Condizioni patologiche (parzialmente) equiparabili alla malattia	» 1189

Sezione Seconda

**LA SOSPENSIONE DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO
E LA TUTELA DELLA FUNZIONE GENITORIALE**

Riccardo Vianello

1. La tutela della maternità e della paternità: cenni introduttivi e ambito di applicazione	Pag. 1197
2. Accesso al lavoro e svolgimento della prestazione lavorativa	» 1203
3. Il particolare regime della sospensione della prestazione di lavoro: i congedi di maternità e di paternità	» 1208
4. (<i>Segue</i>): Adozioni e affidamenti	» 1214
5. (<i>Segue</i>): Il trattamento economico, normativo e previdenziale dei congedi di maternità e di paternità	» 1216
6. (<i>Segue</i>): Il congedo parentale	» 1224
7. (<i>Segue</i>): Riposi, permessi e congedi	» 1229
8. (<i>Segue</i>): I congedi per la malattia del figlio	» 1233
9. La conservazione del posto di lavoro: a) il divieto di licenziamento	» 1235
10. (<i>Segue</i>): b) Le dimissioni	» 1240
11. (<i>Segue</i>): c) Il diritto al rientro e alla conservazione del posto	» 1241

*Sezione Terza***LA SOSPENSIONE DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO COME STRUMENTO
PER IL SODDISFACIMENTO DI ESIGENZE PERSONALI E SOCIALI***Riccardo Vianello*

1. La sospensione della prestazione di lavoro per ragioni di carattere personale: <i>a)</i> I permessi per motivi di studio	Pag. 1243
2. (<i>Segue</i>): <i>b)</i> I congedi formativi	» 1246
3. (<i>Segue</i>): <i>c)</i> I congedi e i permessi per particolari eventi personali o familiari: il congedo matrimoniale	» 1248
4. (<i>Segue</i>): I congedi per eventi e cause particolari	» 1250
5. (<i>Segue</i>): I congedi e i permessi in caso di disabilità	» 1253
6. La sospensione della prestazione di lavoro per ragioni di carattere solidaristico e sociale: <i>a)</i> I riposi giornalieri per i donatori di sangue	» 1255
7. (<i>Segue</i>): <i>b)</i> I permessi per i donatori di midollo osseo	» 1256
8. (<i>Segue</i>): <i>c)</i> L'aspettativa per l'impiego in attività di protezione civile e per lo svolgimento di operazioni di soccorso alpino e speleologico	» 1257
9. (<i>Segue</i>): <i>d)</i> L'aspettativa per l'attività di cooperazione allo sviluppo	» 1259
10. La sospensione della prestazione di lavoro per ragioni di interesse pubblico: <i>a)</i> Il servizio militare	» 1259
11. (<i>Segue</i>): <i>b)</i> L'aspettativa e i permessi per funzioni pubbliche elettive	» 1263
12. (<i>Segue</i>): <i>c)</i> L'aspettativa e i permessi per altre funzioni pubbliche	» 1267
13. (<i>Segue</i>): <i>d)</i> I permessi per motivi elettorali	» 1268

TOMO SECONDO

<i>Introduzione al tomo secondo</i> di Marco Marazza	Pag. XXI
--	----------

CAPITOLO PRIMO**LIMITI E TECNICHE DI CONTROLLO SUI POTERI
DI ORGANIZZAZIONE DEL DATORE DI LAVORO***Marco Marazza*

1. I poteri di organizzazione, dell'attività e del lavoro	Pag. 1271
2. I limiti e le tecniche di controllo dei poteri di organizzazione dell'attività tra tutele individuali e tutele collettive	» 1273
3. Contratto e poteri di organizzazione del lavoro	» 1278

3.1. Poteri, organizzazione dei lavori e qualificazione della fattispecie	Pag. 1281
4. Poteri di organizzazione del lavoro ed assenza di un vincolo di scopo	» 1283
5. I limiti, positivi e negativi, interni ed esterni, dei poteri di organizzazione del lavoro	» 1285
6. La natura specificativa e costitutiva dei poteri di organizzazione del lavoro	» 1287
6.1. I riflessi della natura giuridica dei poteri di organizzazione del lavoro sulla tipicità o atipicità delle sue manifestazioni	» 1293
7. L'oggetto del contratto ed i limiti interni del potere direttivo in senso proprio ad efficacia specificativa	» 1295
7.1. (<i>Segue</i>): Nell'organizzazione delle mansioni e dei tempi di lavoro	» 1296
7.2. (<i>Segue</i>): In materia di disciplina nei luoghi di lavoro e di regolamento aziendale	» 1301
8. I limiti dei poteri ad efficacia costitutiva: il controllo causale del potere	» 1305
9. Il controllo dei poteri secondo le clausole generali di correttezza e buona fede	» 1306
10. Poteri di organizzazione del lavoro ed inadempimento	» 1310
11. Potere direttivo in senso proprio ed obblighi di cooperazione del creditore. L'esercizio del potere come obbligo	» 1311
12. Potere direttivo in senso proprio e verifica di continenza rispetto all'obbligazione di lavoro	» 1314
13. Potere direttivo in senso proprio ed invalidità	» 1316
14. Poteri ad efficacia costitutiva, invalidità per contrasto con norme imperative di legge e vizi per violazione del contratto collettivo di lavoro	» 1317
15. Illegittimo esercizio del potere direttivo ed autotutela del lavoratore: l'eccezione di inadempimento	» 1318

CAPITOLO SECONDO

I DIRITTI PATRIMONIALI

Sezione Prima

CONTRATTO DI LAVORO E CORRISPETTIVITÀ

Tiziano Treu

1. I principi e la distribuzione delle fonti	Pag. 1323
2. L'art. 36 Cost. e il modello economico della Costituzione	» 1325
3. La duplice specialità della prestazione retributiva. Sufficienza e proporzionalità	» 1327

4. Retribuzione sufficiente e contratti collettivi	Pag. 1329
5. Principi costituzionali e lavoro autonomo	» 1333
6. Proporzionalità e parità di trattamento	» 1334
7. L'art. 36 Cost. e le retribuzioni flessibili	» 1337
8. La corrispettività « speciale » della retribuzione	» 1338
9. La funzione sociale della retribuzione	» 1339
10. Retribuzione e <i>benefits</i>	» 1341
11. La residualità delle fonti legislative	» 1343
12. Gli interventi sul costo del lavoro	» 1344
13. La giurisprudenza sulla nozione di retribuzione	» 1346
14. Le componenti fiscali e contributive del costo del lavoro. Il cd. salario familiare	» 1348
15. Il controllo contrattuale delle dinamiche retributive: l'accordo del 1993	» 1351
16. (<i>Segue</i>): L'accordo del 2009	» 1352
17. La retribuzione variabile e la contrattazione decentrata	» 1355
18. Autonomia privata e attribuzioni patrimoniali del datore di lavoro	» 1358
19. Le incerte garanzie della retribuzione sufficiente	» 1361
20. Ragioni e proposte di una legislazione sui minimi salariali	» 1364
21. Il significato istituzionale della legislazione sui minimi salariali	» 1366
22. Livelli e strumenti del salario minimo	» 1367
23. Retribuzione e struttura contrattuale	» 1370
24. I criteri di misurazione della retribuzione	» 1371
25. Stabilità e controindicazioni della disciplina contrattuale delle retribuzioni	» 1373

Sezione Seconda

LA RETRIBUZIONE

Enrico Gragnoli-Matteo Corti

A) LA RETRIBUZIONE FRA AUTONOMIA INDIVIDUALE, REGOLAZIONE COLLETTIVA E PRINCIPI COSTITUZIONALI

1. La tutela della retribuzione nel sistema costituzionale	Pag. 1375
2. Il principio di sufficienza della retribuzione	» 1380
3. Il principio di proporzione della retribuzione	» 1384
4. Il problema della determinazione della retribuzione nel lavoro privato e nella struttura economica contemporanea	» 1388
5. La retribuzione, il contratto collettivo nazionale e quello individuale	» 1391

**B) LA RETRIBUZIONE
E I SUOI ELEMENTI COSTITUTIVI**

1. Retribuzione e corrispettività	Pag. 1397
2. Retribuzione corrispettivo e retribuzione parametro	» 1405
3. Gli elementi della retribuzione: la retribuzione base (minimi tabel- lari e automatismi retributivi)	» 1415
4. Gli elementi aggiuntivi della retribuzione: superminimi, indennità	» 1429
5. Retribuzione indiretta e differita	» 1435
6. Maggiorazioni	» 1448

**C) LE FORME DELLA RETRIBUZIONE E LE MODALITÀ
DELLA SUA CORRESPONSIONE**

1. Le forme della retribuzione: la retribuzione a tempo	Pag. 1454
2. Il cottimo	» 1458
3. La partecipazione agli utili e ai prodotti, le provvigioni	» 1469
4. La retribuzione in natura: in particolare i <i>fringe benefits</i>	» 1477
5. La retribuzione variabile	» 1483
6. Le modalità di adempimento dell'obbligo retributivo	» 1488

Sezione Terza

**LA RETRIBUZIONE UTILE AI FINI FISCALI
E AI FINI PREVIDENZIALI**

Pasquale Sandulli

1. L'equiparazione degli imponibili: i profili di criticità	Pag. 1495
2. Gli elementi distintivi	» 1500
3. Le incertezze in sede amministrativa	» 1502
4. Le esclusioni nell'impianto tributario	» 1504
5. Le esclusioni ai fini previdenziali	» 1510
6. Applicazioni giurisprudenziali	» 1513
7. La retribuzione imponibile fra minimi e massimi	» 1515
8. Una riflessione finale	» 1518

Sezione Quarta

TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO E PREVIDENZA COMPLEMENTARE

Angelo Pandolfo-Silvia Lucantoni

1. L'indennità di anzianità e il trattamento di fine rapporto	Pag. 1519
2. La riforma del 1982	» 1528

3. Sistema di calcolo	Pag. 1534
3.1. La retribuzione quale base di calcolo del TFR	» 1538
3.2. Rivalutazione	» 1543
3.3. Cumulo dell'indennità di anzianità	» 1544
4. Anticipazioni del TFR	» 1546
5. Fondo di garanzia e privilegi	» 1552
6. Trasferimento d'azienda ed altre vicende particolari	» 1557
7. Prescrizione, acquiescenza, rinunce e decadenza	» 1560
8. Il regime tributario	» 1564
9. TFR e previdenza complementare	» 1565
10. Modalità di destinazione alle forme pensionistiche complementari	» 1570

Sezione Quinta

LE INVENZIONI E LE OPERE DELL'INGEGNO

Silvia Ciucciovino

1. Introduzione	Pag. 1573
2. Presupposti comuni alle diverse fattispecie	» 1577
3. Ambito di applicazione soggettivo	» 1580
4. Le invenzioni di servizio e di azienda	» 1585
5. Il corrispettivo dell'invenzione di servizio e l'equo premio per l'invenzione d'azienda	» 1590
6. Le invenzioni libere o occasionali	» 1595
7. Le invenzioni dei ricercatori delle università e degli enti pubblici di ricerca	» 1600
8. La tutela giurisdizionale	» 1605

CAPITOLO TERZO

I DIRITTI DELLA PERSONA

Sezione Prima

**LAVORO E PERSONALITÀ DELL'UOMO NELLA NUOVA SOCIETÀ:
LE NUOVE PROSPETTIVE IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI
TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO INTERNAZIONALE**

Erik Longo

1. Il discorso sui diritti nella nuova società	Pag. 1609
1.1. L'avvenire dei diritti	» 1611
2. Livelli	» 1614
2.1. Livello statale	» 1615

2.2. Livello internazionale	Pag. 1619
2.3. Livelli sovranazionali	» 1622
2.4. Livelli sub-statali	» 1624
3. Categorie	» 1626
3.1. Diritti della personalità	» 1629
3.2. Diritti e libertà fondamentali	» 1634
3.3. Diritti dell'uomo	» 1638
4. Sfere	» 1639
4.1. Eguaglianza e divieto di discriminazioni nel diritto europeo	» 1639
4.2. Consenso informato e diritto a rifiutare le cure	» 1642
4.3. Danno psichico e danno esistenziale	» 1645
4.4. <i>Mobbing</i>	» 1647
4.5. Informazione e riservatezza	» 1648
5. Spunti conclusivi	» 1650

Sezione Seconda

OBBLIGO E DIRITTO ALLA ESECUZIONE DELLA PRESTAZIONE

Vincenzo Ferrante

1. Premessa: natura contrattuale del rapporto ed esecuzione della prestazione	Pag. 1652
2. Obbligo alla esecuzione della prestazione	» 1656
3. L'inadempimento	» 1661
4. L'impossibilità sopravvenuta e la specialità del rapporto di lavoro	» 1666
5. Diritto alla esecuzione della prestazione	» 1668
6. La mora del creditore	» 1676
7. La formazione come diritto nel rapporto di lavoro	» 1679
8. (<i>Segue</i>): In particolare nei contratti a contenuto formativo	» 1684
9. Rimedi risarcitori	» 1686

Sezione Terza

ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO ED INTEGRITÀ PSICO-FISICA DEL LAVORATORE

Michele Lepore

1. Premessa	Pag. 1689
2. Evoluzione normativa dell'obbligo di sicurezza: dal risarcimento alla prevenzione dei danni da lavoro	» 1691
2.1. Articolo 2087 del Codice Civile: la nascita di un autonomo dovere di sicurezza a carico dell'imprenditore	» 1693
3. Dalla nozione di imprenditore dell'art. 2087 c.c. alla nozione di datore di lavoro, dirigenti e preposti	» 1695
3.1. Il datore di lavoro	» 1696

3.2. I dirigenti	Pag. 1699
3.3. I preposti	» 1700
4. La procedimentalizzazione degli obblighi di sicurezza: l'organizzazione del lavoro quale obbligo trasversale di sicurezza ai sensi dell'art. 28, 2° comma, lett. d) del d. lgs. 81 del 2008 modificato dal d. lgs. 106 del 2009	» 1702
4.1. La procedimentalizzazione dell'obbligo di sicurezza: la delega di funzioni (art. 16)	» 1703
4.2. La procedimentalizzazione dell'obbligo di sicurezza: I nuovi obblighi di vigilanza	» 1706
5. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche	» 1708
6. Il modello di organizzazione e di gestione come esimente della responsabilità penale dei datori di lavoro e dei dirigenti	» 1711

Sezione Quarta

LE PRESTAZIONI DI SICUREZZA

Michele Lepore

1. L'obbligazione di sicurezza e il principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile	Pag. 1713
1.1. L'art. 2087 c.c. e la disciplina legislativa di prevenzione tecnologica degli anni '50	» 1713
1.2. Dal principio della prevenzione tecnologica al principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile	» 1716
1.3. Il principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile alla luce della nuova normativa contenuta nel d. lgs. 81/2008	» 1719
1.3.1. La normativa tecnica del d. lgs. 81/2008 relativa ai luoghi di lavoro	» 1720
1.3.2. La normativa tecnica del d. lgs. 81/2008 relativa alle attrezzature di lavoro	» 1722
2. La responsabilità penale del datore di lavoro e il concorso di colpa del lavoratore	» 1728
2.1. Irrilevanza delle condotte colpose del lavoratore attinenti all'esecuzione delle prestazioni di lavoro	» 1728
2.2. Comportamenti dei lavoratori che influiscono sul grado della colpa del datore di lavoro	» 1730
2.3. Comportamenti colposi dei lavoratori che escludono la responsabilità penale del datore di lavoro	» 1732
2.4. Comportamenti abnormi del lavoratore posti in essere nello svolgimento di mansioni proprie	» 1735
3. La sicurezza negli appalti e nei contratti d'opera	» 1736
3.1. I lavori rientranti nel Titolo I capo III del d. lgs. 81/2008	» 1736

3.1.1. Il diverso ambito di riferimento degli obblighi dei committenti e degli appaltatori o lavoratori autonomi . . .	Pag. 1738
3.1.2. Casi di corresponsabilità del committente a prescindere dal campo di applicazione stabilito dall'art. 26 del d. lgs. 81/2008	» 1742
3.1.3. I costi di sicurezza	» 1742
3.2. I lavori rientranti nel Titolo IV relativo ai cantieri temporanei o mobili	» 1745
3.2.1. Gli obblighi dei committenti o dei responsabili dei lavori	» 1747
3.2.2. Gli obblighi dei coordinatori di sicurezza in fase di progettazione e di esecuzione	» 1750
4. La tutela della salute e sicurezza di alcune tipologie di lavoratori previste nel d. lgs. n. 276/2003	» 1754
4.1. La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori somministrati .	» 1754
4.2. La tutela della salute e sicurezza dei collaboratori coordinati e a progetto	» 1756
4.3. La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori distaccati . . .	» 1759
4.4. La tutela della salute e sicurezza dei frequentatori, a vario titolo, degli ambienti di lavoro	» 1760
4.5. La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori occasionali di tipo accessorio	» 1761
5. L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali; i danni risarcibili e la tutela morale del lavoratore	» 1762
5.1. Il risarcimento del danno non patrimoniale dopo la sentenza a Sezioni Unite 11 novembre 2008, n. 26972	» 1762
5.2. Danno biologico e risarcibilità del danno differenziale	» 1766

Sezione Quinta

TUTELA DELLA RISERVATEZZA E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI DEI LAVORATORI

Mariapaola Aimo

1. Un intreccio di fonti a tutela di un poliedrico diritto alla <i>privacy</i> . .	Pag. 1771
2. Il trattamento dei dati personali dei lavoratori: a) principi e regole « per tutti i trattamenti »	» 1776
2.1. (<i>Segue</i>): b) « Regole ulteriori » e differenziate per il trattamento di dati nel lavoro pubblico e nel lavoro privato	» 1782
3. Mercato del lavoro e <i>privacy</i>	» 1789
4. Gestione del rapporto di lavoro e <i>privacy</i>	» 1797
5. La circolazione dei dati personali dei lavoratori	» 1803
6. Controlli sui lavoratori e nuove tecnologie	» 1807
7. In attesa della disciplina organica di settore	» 1817

*Sezione Sesta***DISCRIMINAZIONI, MOLESTIE, MOBBING***Stefano Giubboni-Silvia Borelli*

1. Premessa	Pag. 1820
2. Breve quadro sinottico dell'evoluzione delle fonti del diritto antidiscriminatorio	» 1822
3. Significati e funzioni dei principi di non discriminazione	» 1826
4. Il lessico antidiscriminatorio	» 1831
5. Struttura del giudizio antidiscriminatorio	» 1836
6. Gli specifici fattori di rischio: genere	» 1841
7. Maternità, paternità e matrimonio	» 1854
8. Orientamento sessuale	» 1856
9. Nazionalità, razza, origine etnica	» 1863
10. Disabilità	» 1869
11. Età	» 1874
12. Religione, convinzioni personali e motivi sindacali (cenni e rinvio)	» 1878
13. Contratti di lavoro non-standard	» 1880
14. Le nozioni di molestia e <i>mobbing</i>	» 1885
15. I rimedi contro il <i>mobbing</i>	» 1895

*Sezione Settima***IL DANNO ALLA PERSONA
NEL RAPPORTO DI LAVORO***Alberto Pizzoferrato-Anna Montanari*

1. Le origini del danno alla persona	Pag. 1902
2. Il risarcimento dei danni non patrimoniali in ambito lavoristico	» 1911
3. La svolta del 2003: la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.	» 1918
4. L'intervento delle Sezioni unite del 2006: la ricomparsa del danno esistenziale	» 1925
5. Il danno non patrimoniale nelle storiche decisioni delle S.U. del 11 novembre 2008	» 1928
6. I più recenti sviluppi in tema di danno non patrimoniale	» 1936

CAPITOLO QUARTO
LA GARANZIA DEI DIRITTI

Sezione Prima

LE RINUNCE E LE TRANSAZIONI

Francesco Basenghi

1. Le ambiguità del quadro di riferimento ed i precedenti regolativi .	Pag. 1945
2. L'art. 2113 c.c. ed il rapporto tra (in)derogabilità e (in)disponibilità	» 1948
3. I diritti assolutamente indisponibili: una presenza virtuale	» 1956
4. Le rinunce	» 1962
5. Le transazioni	» 1966
6. L'invalidità negoziale	» 1971
7. Derogabilità e disponibilità assistite	» 1976
8. Le conciliazioni	» 1979

Sezione Seconda

PRESCRIZIONE E DECADENZA

Marco Novella

1. Prescrizione e decadenza tra garanzia dei diritti dei lavoratori e certezza dei rapporti giuridici	Pag. 1990
2. Indisponibilità dei diritti e prescrizione	» 1993
3. Prescrizione dei diritti del lavoratore: prescrizione ordinaria e prescrizione breve	» 1996
4. Decorrenza della prescrizione	» 2001
5. Prescrizione differita del diritto alla retribuzione	» 2003
6. Stabilità e instabilità putativa	» 2007
7. Ulteriori deviazioni, in alcune specifiche ipotesi, dalle comuni regole di decorrenza della prescrizione	» 2013
8. Imprescrittibilità delle azioni e prescrittibilità dei diritti: il contributo della giurisprudenza alla certezza dei rapporti giuridici	» 2016
9. Prescrizione presuntiva	» 2021
10. Decorrenza dei termini di decadenza, decadenza convenzionale, rapporti tra prescrizione e decadenza	» 2025
11. Nuove scadenze legali e vincoli di sistema	» 2032

CAPITOLO QUINTO

CRISI DI IMPRESA E TUTELE DEL LAVORO

*Sezione Prima***LA CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI***Domenico Garofalo*

Premessa: evoluzione e qualificazione dell'istituto Pag. 2044

A) CASSA INTEGRAZIONE E RAPPORTO DI LAVORO

1. Criteri di scelta dei lavoratori da sospendere	Pag. 2066
1.1. La comunicazione preventiva dei criteri	» 2071
1.2. I limiti esterni nella scelta dei lavoratori in esubero (divieto di discriminazione)	» 2077
1.3. La rotazione	» 2080
1.4. Il mutamento dei criteri di scelta	» 2086
1.5. Il sindacato giudiziale sui criteri di scelta e sulla loro applicazione	» 2087
2. Sospensione e obblighi del datore di lavoro interni al rapporto di lavoro	» 2088
2.1. L'incidenza sugli istituti diversi dalla retribuzione mensile (ferie, permessi <i>ex lege</i> n. 104/1992, festività infrasettimanali, Tfr, indennità di preavviso, diritti sindacali)	» 2088
2.2. Illeciti datoriali di natura permanente preesistenti e incidenza della sospensione	» 2101
2.3. Ammortizzatori sociali e contratti formativi	» 2101
2.4. CIG e altre cause di sospensione del rapporto	» 2103
2.5. La tutela del lavoratore nel caso di illegittima collocazione in CIG	» 2109
3. Sospensione del rapporto di lavoro, integrazione salariale e obbligatezza retributiva	» 2115
3.1. Anticipazione del trattamento vs. pagamento diretto	» 2115
3.2. Mancato intervento dell'integrazione salariale e responsabilità del datore di lavoro	» 2123
3.3. Profili giurisdizionali	» 2129
4. Sospensione e obblighi del datore di lavoro esterni al rapporto di lavoro	» 2131
4.1. Sospensione dell'attività lavorativa con intervento CIGS e obblighi <i>ex lege</i> n. 68/1999	» 2131
4.2. Cassa integrazione guadagni e flessibilità	» 2136
5. Cassa integrazione guadagni e obblighi del lavoratore	» 2138
5.1. Obblighi interni al rapporto - Lo svolgimento di attività lavo-	

rativa durante il periodo di godimento della CIG: i riflessi sui rapporti di lavoro e previdenziale	Pag. 2138
5.2. Obblighi esterni al rapporto: la condizionalità	» 2147

B) PROCEDURA E PROCEDIMENTALIZZAZIONE

6. Il ruolo e le funzioni del sindacato nell'intervento CIG: la c.d. procedimentalizzazione	Pag. 2163
6.1. Per l'intervento CIGO	» 2169
6.2. Per l'intervento CIGS	» 2172
6.3. L'attivazione della consultazione per l'intervento CIG a iniziativa del datore di lavoro	» 2177
6.4. La procedura amministrativa	» 2180
6.4.1. Per la CIGO	» 2180
6.4.2. Per la CIGS	» 2182

C) LE PRESTAZIONI

7. Le prestazioni	Pag. 2189
8. La base di calcolo della CIG	» 2196

D) LE VARIE IPOTESI DI INTERVENTO

9. La Cassa per l'Integrazione dei Guadagni Ordinaria	Pag. 2197
9.1. Le causali di intervento	» 2197
9.2. Il campo di applicazione oggettivo e soggettivo della CIGO	» 2200
9.3. La durata del trattamento CIGO	» 2204
9.4. La CIG in edilizia e in agricoltura	» 2204
10. La Cassa per l'Integrazione dei Guadagni Straordinaria	» 2205
10.1. Il campo di applicazione della CIGS	» 2205
10.2. I « numeri » della CIGS	» 2212
10.3. Le causali di intervento CIGS	» 2216
10.4. La durata del trattamento CIGS	» 2219
10.5. I contratti di solidarietà	» 2225
11. La CIG in deroga	» 2228

Sezione Seconda

CONTRATTO E RAPPORTO DI LAVORO NELL'IMPRESA DICHIARATA INSOLVENTE

Marco Marazza-Valentina Anibaldi

1. Insolvenza dell'impresa e procedure concorsuali nel diritto del lavoro	Pag. 2234
---	-----------

1.1. (<i>Segue</i>): L'insolvenza e la prosecuzione (provvisoria o definitiva) dell'attività produttiva	Pag. 2237
1.2. (<i>Segue</i>): Gli effetti giuslavoristici della cessazione dell'attività o della mancata disposizione della sua continuazione	» 2239
2. Gli effetti dell'insolvenza sulla risoluzione o sulla prosecuzione del rapporto di lavoro subordinato tra disciplina di diritto comune (diritto del lavoro) e di diritto speciale (diritto fallimentare e diritto del lavoro delle procedure concorsuali)	» 2241
2.1. (<i>Segue</i>): E sulla sospensione dei rapporti di lavoro subordinato (il regime speciale di CIGS nelle procedure concorsuali)	» 2248
2.2. (<i>Segue</i>): E sui contratti d'opera (anche coordinata e continuativa) e di associazione in partecipazione	» 2252
3. Insolvenza e disdetta dei contratti collettivi (art. 72, r.d. n. 267/1942; art. 50, d. lgs. n. 270/1999)	» 2253
4. Gli effetti della dichiarazione di insolvenza sui crediti di lavoro	» 2254
4.1. (<i>Segue</i>): I crediti di lavoro subordinato come crediti privilegiati	» 2255
4.2. (<i>Segue</i>): Insolvenza e blocco delle azioni esecutive	» 2262
4.3. (<i>Segue</i>): Gli effetti dell'insolvenza sugli accessori dei crediti di lavoro (interessi legali e rivalutazione monetaria)	» 2264
4.4. (<i>Segue</i>): Crediti di lavoro e regime della prededuzione (il trattamento di fine rapporto, l'indennità sostitutiva del preavviso e le eventuali ulteriori indennità legate alla risoluzione del rapporto di lavoro)	» 2268
5. I crediti di lavoro nell'accordo di ristrutturazione del debito di cui all'art. 182 <i>bis</i> , r.d. n. 267/1942	» 2275
6. L'accordo sul pagamento dei debiti previdenziali nella transazione fiscale (art. 182 <i>ter</i> , r.d. n. 267/1942)	» 2278
7. Procedure concorsuali, vicende circolatorie dell'azienda ed applicazione dell'art. 2112 c.c.	» 2280
8. La circolazione del patrimonio aziendale delle imprese in crisi ma non insolventi e delle imprese in amministrazione straordinaria in caso di continuazione o mancata cessazione dell'attività (art. 47, 4° comma <i>bis</i> , legge n. 428/1990)	» 2285
9. Insolvenza dell'impresa e circolazione del patrimonio aziendale in deroga all'art. 2112 c.c. (art. 47, 5° comma, legge n. 428/1990)	» 2288
9.1. Vicende circolatorie nel fallimento	» 2289
9.1a: l'affitto di azienda	» 2289
9.1b: la retrocessione	» 2292
9.1c: la vendita dell'azienda	» 2295
9.2. Cessione di azienda e liquidazione coatta amministrativa	» 2297
9.3. La cessione di azienda nel concordato preventivo consistente nella cessione di beni	» 2298
9.4. La cessione di azienda nell'amministrazione straordinaria nel-	

la quale l'attività è cessata o, comunque, non ne è stata disposta la continuazione	Pag. 2301
9.5. Amministrazione straordinaria, cessione di beni con finalità liquidatoria e disapplicazione dell'art. 2112 c.c. (art. 27, 2° comma, lett. a) e b bis), d. lgs. n. 270/1999 ed art. 56, 3° comma bis, d. lgs. n. 270/1990)	» 2302
9.6. La cessione d'azienda nelle imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali (art. 1, 13° comma, d.l. n. 134/2008, convertito con modificazioni in legge n. 166/2008)	» 2303

Sezione Terza

**INSOLVENZA DELL'IMPRESA
E TUTELA PREVIDENZIALE DEL REDDITO**

Domenico Garofalo

1. L'evoluzione della disciplina comunitaria per la tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro	Pag. 2306
1.1. Premessa	» 2306
1.2. La nozione di insolvenza	» 2308
1.3. I soggetti protetti	» 2310
1.4. La tutela accordata	» 2312
1.5. Gli organismi di garanzia	» 2313
2. L'attuazione della normativa comunitaria nell'ordinamento interno	» 2314
3. L'evento protetto	» 2330
3.1. La nozione di insolvenza	» 2330
3.2. L'estensione della tutela alle procedure non dismissive	» 2334
3.3. Amministrazione straordinaria e intervento del Fondo di garanzia per il t.f.r.	» 2335
3.4. L'insolvenza « transnazionale »	» 2344
3.5. Insolvenza del datore non soggetto al fallimento e onere probatorio del lavoratore	» 2347
4. I soggetti destinatari della tutela	» 2356
4.1. La nozione di « lavoratore subordinato »	» 2356
4.2. L'unitario regime di tutela degli « aventi diritto »	» 2358
4.3. « Aventi diritto » diversi dai superstiti	» 2361
5. Le prestazioni	» 2362
5.1. La garanzia del trattamento di fine rapporto nelle procedure concorsuali	» 2363
5.1.1. (<i>Segue</i>): Nell'ipotesi di insolvenza senza procedura concorsuale	» 2369
5.1.2. Il requisito della cessazione del rapporto di lavoro subordinato	» 2373
5.1.3. Trasferimento d'azienda e t.f.r.	» 2379

5.1.4. Il pagamento dei crediti accessori	Pag. 2385
5.2. I crediti di lavoro diversi dal t.f.r	» 2390
5.2.1. Il contenuto della garanzia sotto il profilo temporale	» 2390
5.2.2. Massimali e finalità della tutela	» 2399
5.2.3. Interessi e rivalutazione	» 2403
5.3. La tutela della posizione contributiva	» 2405
5.3.1. (<i>Segue</i>): Quella obbligatoria	» 2409
5.3.2. (<i>Segue</i>): Quella complementare	» 2413
6. La prescrizione del diritto alle prestazioni a carico del Fondo di Garanzia	» 2419
7. L'intervento CIGS nelle procedure concorsuali	» 2428
8. Una osservazione conclusiva	» 2435

LAVORO E PERSONALITÀ DELL'UOMO NELLA NUOVA
SOCIETÀ: LE NUOVE PROSPETTIVE IN MATERIA
DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI
TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO INTERNAZIONALE

Erik Longo

SOMMARIO: 1. Il discorso sui diritti nella nuova società. – 1.1. L'avvenire dei diritti. – 2. Livelli. – 2.1. Livello statale. – 2.2. Livello internazionale. – 2.3. Livelli sovranazionali. – 2.4. Livelli sub-statali. – 3. Categorie. – 3.1. Diritti della personalità. – 3.2. Diritti e libertà fondamentali. – 3.3. Diritti dell'uomo. – 4. Sfere. – 4.1. Eguaglianza e divieto di discriminazioni nel diritto europeo. – 4.2. Consenso informato e diritto a rifiutare le cure. – 4.3. Danno psichico e danno esistenziale. – 4.4. *Mobbing*. – 4.5. Informazione e riservatezza. – 5. Spunti conclusivi.

1. Il discorso sui diritti nella nuova società

Il discorso sui diritti ed il lessico relativo sono tra i protagonisti indiscussi delle scienze giuridiche contemporanee ⁽¹⁾. Basterebbe percorrere una qualsiasi biblioteca di una facoltà di legge per accorgersi del grande numero di volumi, riviste e voci enciclopediche dedicate al tema. Ma anche uscendo dalle aule universitarie, si avverte che il protagonismo dei diritti è più palese di quanto si possa immaginare. L'evoluzione dei diritti e i loro reciproci rapporti evidenziano molti dei dilemmi del nostro tempo, quasi che il campo dei diritti e delle libertà possa essere usato come uno dei laboratori privilegiati per sperimentare le soluzioni rispetto a

⁽¹⁾ Il celebre capitolo dal quale il libro di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, p. 184 prende il nome, inizia con la frase: « *The language of rights now dominates political debate in the United States* ».

questioni di amplissima portata ⁽²⁾. Viviamo davvero in una società in cui il discorso politico ed economico a tutti i livelli, dal particolare all'universale, è dominato dalla centralità del tema dei diritti e dalla loro preferenza rispetto ad altri beni come l'utilità sociale, il benessere complessivo o l'efficienza del mercato ⁽³⁾, tanto che si può riconoscere nei diritti – soprattutto in forza dello slancio neo-colonizzatore della civiltà occidentale – la vera « moneta » avente valore legale in tutti gli ordinamenti ⁽⁴⁾.

Come mai il discorso sui diritti ha avuto questa grande fortuna? I motivi vanno ricercati principalmente nel processo di « universalizzazione » dei diritti umani avviatosi dopo il secondo conflitto mondiale ⁽⁵⁾. La « fortuna » dei diritti deriva « purtroppo » dagli atroci fatti storici avvenuti prima e durante la seconda guerra mondiale: la lotta contro i regimi totalitari avvenuta negli anni '40 ha imposto di impiegare e valorizzare il linguaggio dei diritti, prima come arma contro il « nemico » e poi come fondamento e fattore di legittimazione per la costruzione di nuovi ordinamenti. A partire da quegli anni, il discorso sui diritti è andato incontro a una diffusione crescente, tanto da divenire un tema di assoluta centralità nel dibattito politico, un vero e proprio crocevia per molteplici discipline giuridiche e un passaggio obbligato per le scienze filosofiche e politiche. Nel giro di alcuni anni i diritti sono divenuti per l'occidente il te-

(2) G. SALERNO, *I nostri diritti*, Roma-Bari, 2002, p. 14.

(3) A. SEN, *Lo sviluppo è libertà: perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2001, pp. 260 e 261.

(4) A. SCOLA, *Sinfonia dei diritti se sono disponibili*, in *Il Sole 24 ore* (inserto « Domenica »), 5-9-2010, p. 28 « il diritto ha un ruolo specifico in ciascuna società: un ruolo che non è più ormai solo regolativo, di normalizzazione dei rapporti. L'idea di cambiamento sociale, di evoluzione all'interno di una medesima società sembra quasi inevitabilmente assumere dei connotati giuridici. Quando si parla di cambiamento, si attinge quasi sempre – e forse anzitutto – all'esperienza giuridica. Pare che quando una società giudica se stessa, o un'altra comunità, cerchi nel diritto i parametri del giudizio. Il diritto è divenuto, per così dire, uno dei linguaggi in cui parla l'universale ». Su questo aspetto vedi anche quanto ha scritto M. ZANICHELLI, *Il discorso sui diritti: un atlante teorico*, Padova, 2004, p. 10 ss.

(5) C. ZANGHÌ, *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1 ss.; A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 2004; P. COSTA, *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione dell'ONU del 1948*, in *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, a cura di T. Mazzarese e P. Parolari, Torino, 2010, p. 15 ss.

ma centrale delle agende politiche dei governi e delle istituzioni internazionali e il modo con cui nella cultura giuridica (anti-totalitaria) si è inteso reagire all'illimitatezza del potere, all'annichilimento del soggetto e all'irrelevanza dei suoi diritti ⁽⁶⁾.

È in questo periodo, come ha puntualizzato Bobbio, che si sono andati rafforzando quei fenomeni che insieme producono la cd. « età dei diritti » dell'uomo, cioè la positivizzazione, la generalizzazione e la internazionalizzazione ⁽⁷⁾. E seppure dopo la seconda guerra mondiale non sono terminati i conflitti e le grandi violazioni dei diritti ⁽⁸⁾, il lungo periodo iniziato dopo la firma dei trattati di pace ha costituito come proprio fondamento il cd. « diritto ad avere diritti » ⁽⁹⁾ uguali e inalienabili per ogni uomo e donna ⁽¹⁰⁾. È in questa prospettiva che l'universalismo dei diritti è stato interpretato non già come un punto di partenza acquisito ma come un risultato faticosamente « costruito ».

1.1. *L'avvenire dei diritti*

Molti autori hanno sottolineato che oggi ci troviamo a vivere in uno scenario alquanto diverso da quello creato dopo il 1945. Dalla fine della seconda guerra mondiale il discorso sui diritti non solo non ha mai perso valore ma è apparso addirittura « inflazionato », al punto che rispetto alla situazione venutasi a creare dopo la seconda guerra mondiale, l'ultimo decennio del Novecento e l'inizio del secolo attuale hanno mostrato l'avvio di un impetuoso processo di dilatazione del numero dei diritti, di cui intendiamo sottolineare alcune delle caratteristiche generali.

La *prima* è quella che viene descritta con la locuzione « moltiplicazione » dei diritti fondamentali; un fenomeno espresso non soltanto nel-

⁽⁶⁾ G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Jus*, 2, 1950, p. 177 ss.

⁽⁷⁾ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 66 ss.

⁽⁸⁾ L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, 2000, p. 42 ss.

⁽⁹⁾ Come ha affermato H. HARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996, p. 410 ss.

⁽¹⁰⁾ T. MAZZARESE, *Ripensare la cultura dei diritti?*, in *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, a cura di T. Mazzarese e P. Parolari, Torino, 2010, p. 127 ricorda che questa è l'età che ha fatto « del riconoscimento dei diritti inerenti al rispetto della dignità umana "il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo" ».

la proclamazione di nuove Carte dei diritti fondamentali – di cui la più recente e nota è forse la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea approvata a Nizza nel 2000 – ma anche, e soprattutto, attraverso la creazione per via giurisprudenziale di « nuovi diritti » ad opera delle autorità giurisdizionali ⁽¹¹⁾. L’evoluzione di queste carte ed il rapporto tra interpreti collocati negli ordinamenti interni e internazionali o sovranazionali sono un chiaro esempio di quanto i cataloghi dei diritti siano aperti alle più diverse sollecitazioni e trasformazioni ⁽¹²⁾.

Vi è una *seconda* caratteristica da sottolineare. La continua dilatazione del discorso sui diritti si alimenta dall’esterno ⁽¹³⁾. Tutti i diritti, anche quelli largamente condivisi nella loro più generale formulazione, subiscono, nel momento della loro interpretazione ed applicazione, torsioni e condizionamenti imposti dal contrapporsi di diverse visioni antropologiche e politiche ⁽¹⁴⁾. Le trasformazioni descritte in precedenza, ad esempio, sono state possibili anche grazie all’imporsi di una nuova concezione di uomo nel periodo precedente alla seconda guerra mondiale ⁽¹⁵⁾. Concezione che si è espressa, da una parte, come maggiore attenzione alla « dignità » dell’uomo e, dall’altro, come superamento di una visione astratta della persona ⁽¹⁶⁾ e dall’irrompere di

⁽¹¹⁾ M. CARTABIA, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Iustitia*, 4, 2008, p. 399 ss.

⁽¹²⁾ P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Milano, 2008, p. 406: « il crisma della “definitività” che ogni processo costituente tende ad attribuire ai valori e ai diritti posti alla base dell’edificio è un argomento della retorica costituzionale tanto indispensabile alla costruzione del nuovo ordine quanto destinato ad essere falsificato dalla storia ».

⁽¹³⁾ Come ha ricordato S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le corti in europa*, in *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, a cura di S.P. Panunzio, Padova, 2007, p. 4 « i diritti, prima che essere situazioni giuridiche soggettive, sono espressione di civiltà, di costumi, di valori e di mentalità comuni; al tempo stesso, attraverso un processo circolare, essi sono un fattore di integrazione e di identità culturale e politica ».

⁽¹⁴⁾ M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003; J. RAWLS, *Il diritto dei popoli*, Torino, 2001.

⁽¹⁵⁾ M. ZANICHELLI, *Il discorso sui diritti: un atlante teorico*, Padova, 2004, p. 20 ss.; J. WALDRON, *Rights and needs: The myth of disjunction*, in *Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives*, a cura di A. Sarat e R. Kearns, Ann Arbor, 1996; I. TRUJILLO PÉREZ, *La questione dei diritti sociali*, in *Ragion Pratica*, 14, 2000, p. 43 ss.

⁽¹⁶⁾ A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 7.

un'idea di uomo considerato nello specifico dei suoi *status* sociali ⁽¹⁷⁾.

Uno degli esempi più evidenti di questa novità è identificabile proprio all'interno della nostra Costituzione nel principio « lavoristico ». L'espressione « fondata sul lavoro » contenuta nell'art. 1 della Costituzione, lungi dall'identificare una scelta contingente e slegata da un'idea generale di persona, è invece proprio l'espressione più chiara di quanto si va affermando ⁽¹⁸⁾.

La *terza* caratteristica di questa dilatazione è rappresentata dai possibili conflitti e contrasti che possono sorgere nel rapporto tra dimensione interna ed internazionale della tutela. I diritti del Novecento sono l'espressione di un universalismo che al fondo tenta di mediare tra i rischi della frammentazione politica dello spazio e la necessità di trovare un ambiente necessario al dispiegarsi dei diritti stessi. Difatti, se da un lato questi ultimi sono usati come strumenti oppositivi contro gli stati, dall'altro si confida nell'intervento degli stati stessi perché i diritti possano venire ad esistenza ed essere tutelati ⁽¹⁹⁾. Nell'orizzonte internazionale appare chiaro che i diritti mantengono la loro forza legittimante e una posizione monopolistica nel « mercato dei simboli di legittimazione » fintanto che assecondano il processo costante di « trasformazione » sociale che essi stessi veicolano ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ J. MARITAIN, *Cristianesimo e democrazia*, Milano, 1977; E. MOUNIER, *Le personnalisme*, Paris, 1950. A incrinare il monolitico orizzonte « individualistico » del discorso dei diritti sono intervenuti alcuni « diritti » la cui realizzazione postula il ricorso a parametri diversi da quelli ordinariamente considerati, come i diritti sociali e in parte anche i diritti delle minoranze.

⁽¹⁸⁾ La formula dell'art. 1, infatti, come ha indicato efficacemente esprime una « *sineddoche* (*pars pro toto*) ». Essa è in realtà l'« espressione della persona umana, portatrice dei valori riconosciuti dall'art. 2 sia come diritti soggettivi sia come principi oggettivi assunti a parametri di legittimazione materiale del diritto positivo ». Cfr. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti individuali dell'uomo e doveri di solidarietà*, in *Costituzione, lavoro e pluralismo sociale*, a cura di M. Napoli, Milano, 1998, p. 7.

⁽¹⁹⁾ Nonostante i processi di globalizzazione, gli organismi internazionali e sovranazionali hanno progressivamente eroso, data la loro crescente rilevanza, l'autonomia degli Stati e incidono in modo sempre più consistente sulla vita degli individui appartenenti ai vari ordinamenti nazionali, è ancora dagli Stati che dipende in larga misura l'implementazione dei diritti e ad essi il discorso dei diritti non può non fare riferimento. U. ALLEGRETTI, *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina, 2002.

⁽²⁰⁾ L'esempio più interessante è la recente attrazione che i diritti hanno avuto nella legittimazione della guerra: gli interventi armati di uno stato o di una coalizione di stati

2. Livelli

Il fenomeno della *dilatazione* trova una prima espressione nella moltiplicazione delle « sedi » nelle quali i diritti vengono proclamati e garantiti. A differenza del passato, oggi ci troviamo di fronte ad una proliferazione di ordinamenti giuridici posti su livelli differenti ⁽²¹⁾. Tali ordinamenti impongono forti limitazioni per la sovranità statale tanto verso l'alto quanto verso il basso e costringono conseguentemente a riconsiderare il concetto di costituzione e di garanzia dei diritti ⁽²²⁾.

Di fronte alla proliferazione dei livelli di tutela è opportuno fermarsi a considerare quali sono le ragioni che ne sono alla base. Pur senza poter essere esaustivi sul punto, bisogna riconoscere che se, da un lato, il fenomeno esprime la tensione crescente tra lo slancio universalistico e la garanzia delle differenze culturali locali nella protezione delle libertà esso mostra, dall'altro, il rapporto non semplice tra processi democratici e sviluppo delle stesse libertà.

La grande produzione di documenti sui diritti a cui assistiamo induce ad un ragionamento più serio che parte con il chiedersi quale tipo di tutela è accordata a ciascun livello, perché un conto è la mera proclamazione a cui si aggiungono strumenti per garantire l'effettività dei diritti, un conto è la mera enunciazione delle libertà senza la contemporanea previsione di strumenti rivolti a garantirne l'efficace protezione ⁽²³⁾.

divengono oggi legittimi in nome della tutela dei diritti umani. Non è un caso, infatti, che quando i governi ed i parlamenti decidono l'impiego di contingenti militari all'estero deliberano l'impiego di risorse economiche per fini « umanitari ». P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, op. cit., spec. pp. 412 e 413.

⁽²¹⁾ Si possono individuare nell'ordine: livello internazionale, livello sovranazionale, livello statale e livello infrastatale o sub statale. In dottrina da ultimo si è soffermato sul tema A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Annali 2010, Milano, 2010.

⁽²²⁾ Per quanto riguarda più nello specifico questo secondo aspetto, il problema si pone con particolare riferimento all'ordinamento comunitario e all'ordinamento del Consiglio d'Europa, da un lato, e con riguardo alle regioni, dall'altro. E. DE MARCO, *Percorsi del « nuovo costituzionalismo »*, Milano, 2008, p. 83 ss.

⁽²³⁾ Sia a livello internazionale che a livello regionale sono frequenti i casi di documenti giuridici con valore solo ricognitivo dei diritti già previsti a livello nazionale. Si pensi a tutto il dibattito sul « valore » giuridico delle carte internazionali o al dibattito sulle disposizioni di principio degli statuti regionali.

2.1. *Livello statale*

Le costituzioni moderne intrattengono un rapporto costitutivo con i diritti fondamentali, traendo proprio dall'esigenza di tutelare questi ultimi la loro più profonda ragion d'essere. Esiste un vero e proprio nesso di strumentalità tra il contenuto delle carte costituzionali e la finalità di assicurare la protezione dei diritti ⁽²⁴⁾.

Abbiamo ricordato in avvio che le scelte costituzionali operate dai costituenti dopo la seconda guerra mondiale rappresentarono soprattutto una risposta politico-giuridica agli orrori avvenuti prima e durante la seconda guerra mondiale ⁽²⁵⁾. Non è un caso, dunque, che le carte costituzionali approvate in quegli anni ebbero – secondo i tempi e le ideolo-

⁽²⁴⁾ Per concepire questo punto di partenza occorre fare riferimento alle due esperienze che più hanno influenzato il costituzionalismo occidentale alla fine dell'800: l'esperienza costituzionale americana e francese. Con la Costituzione Americana del 1787 e con la Costituzione francese del 1791 per la prima volta le libertà assunsero il rango di « diritti », configurandosi come limiti al potere sovrano. P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 1881 ss.; A. D'ATENA, *Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali*, in *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, a cura di A. D'Atena e P. Grossi, Milano, 2004, p. 21 ss. Quanto alle tecniche utilizzate dal costituzionalismo a questo scopo, la prima che viene in considerazione è quella che potremmo qualificare attraverso la scelta « organizzativa » dei costituenti americani e francesi: vuol dire che né la Costituzione né la tutela costituzionale dei diritti si risolvono senza residui in un mero catalogo di diritti, perché quest'ultimo riceve efficacia solo se viene dettata contestualmente una disciplina organizzativa che presenta determinati caratteri. Di questo si vede un chiaro esempio nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, nel cui articolo 16 si legge la nota frase: « una società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti né è determinata la separazione dei poteri è priva di Costituzione ». Traducendo questa enunciazione in termini contemporanei alcuni autori hanno messo in luce la stretta relazione che c'è tra la parte sostanziale e la parte organizzativa delle costituzioni. Cfr. in particolare M. LUCIANI, *La Costituzione dei diritti e le costituzione dei poteri, noterelle brevi su un metodo interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Crisafulli*, a cura di AA.VV., Padova, 1983.

⁽²⁵⁾ L'evoluzione costituzionale successiva alla diffusione di questi due modelli, dominata nella prima metà del '900 dalle esperienze totalitarie che si affermano in molti paesi europei, tra cui l'Italia, segna invece una involuzione radicale dei paradigmi propri dello Stato liberale, dando vita a quella fase che è stata definita dello « statalismo esasperato », che legittimò anche grazie alla dottrina dei diritti pubblici subiettivi una fortissima limitazione dei diritti. P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, *op. cit.*, p. 1885.

gie – una matrice unitaria ⁽²⁶⁾ che ben si salda con l'obiettivo di realizzare l'« unificazione politica attraverso la regolazione dei conflitti di una società pluralista » ⁽²⁷⁾.

La Costituzione italiana, ad esempio, al pari di altre carte costituzionali coeve, ha creato un ponte verso la tradizione anglo-americana dei diritti dell'uomo come valori anteriori o superiori rispetto a ogni potere pubblico e, perciò, come autentici fondamenti costituzionali dell'intero ordinamento giuridico ⁽²⁸⁾. Rispetto alla tradizione precedente legata soprattutto alla teoria della « autolimitazione » dello Stato elaborata nella dottrina tedesca ⁽²⁹⁾, i costituenti italiani hanno voltato pagina ricollegandosi alla opposta concezione propria del diritto americano che poneva al centro i « diritti inviolabili » ⁽³⁰⁾.

Dal punto di vista dei diritti sono tre gli elementi di novità più importanti del nuovo panorama costituzionale.

⁽²⁶⁾ P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, op. cit., p. 396: « in Italia come in Francia e in Germania, pur nella varietà dei processi che vi si svolgono, l'ordine si fonda sul primato della persona e sull'attribuzione ad essa di alcuni diritti fondamentali. Né diversa è l'ispirazione che alimenta i progetti di creazione di una nuova Europa: di un ordine transnazionale capace di limitare l'onnipotenza delle sovranità statali e anch'esso fondato sulla centralità del soggetto e dei suoi diritti ».

⁽²⁷⁾ Le costituzioni contemporanee, quasi tutte formate sul dogma della rigidità, non solo riconoscono e trasformano i diritti e le libertà affermati nel periodo precedente irrobustendoli di un folto numero di garanzie e limiti, ma ne introducono anche di nuovi (diritti sociali *in primis*). Esse, tuttavia, contengono alcune differenze: le formule, la struttura e persino le garanzie si rassomigliano, sono molto vicine per l'impostazione di fondo e il fraseggio attraverso disposizioni di principio, ma rispecchiano ognuna la caratteristica propria dei contesti e del processo costituente che le ha prodotte. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, p. 5 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, I, Torino, 2002, p. 20 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, a cura di P. Ridola e R. Nania, Torino, 2006, p. 25 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, op. cit., p. 25 ss.; R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, p. 11 ss.

⁽²⁸⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 1, Torino, 1992, p. 62 ss.

⁽²⁹⁾ E. CASETTA, *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 791 ss.

⁽³⁰⁾ L'invulnerabilità assoluta non è più attributo che promana dalle supreme istituzioni costituzionali e da chi ne impersona fisicamente la sovranità (monarca o assemblee rappresentative), ma è invece un connotato indelebile dei diritti dell'uomo. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 3 ss.; P. CARETTI, *Diritti fondamentali*, op. cit., p. 1881 ss.

a. Il *primo* è rappresentato dalla definitiva apertura delle costituzioni alla società, cioè alle reali condizioni di vita e alla trama di relazioni sociali nelle quali la vita umana si dispiega ⁽³¹⁾. Questo mutamento, coincidente con la funzione stessa delle costituzioni e il superamento della condizione liberale di separazione tra la società civile e l'organizzazione costituzionale ⁽³²⁾, ha comportato un aumento del catalogo dei diritti, in linea con l'esigenza costituzionale di ordinare la diffusione e l'effettività dei diritti per una comunità più ampia di persone considerate nella loro concretezza di vita ⁽³³⁾. L'art. 2 della Costituzione – vera e propria chiave di volta dell'architettura costituzionale – chiarisce ciò in maniera incontrovertibile e con una formulazione ancora insuperata, tanto limpida quanto originale nel panorama delle costituzioni europee ⁽³⁴⁾. In questo senso, la libertà del singolo è inevitabilmente una libertà « condivisa », cioè un dato in cui la dimensione individuale – che pur è affermata – si salda e si integra con la inevitabile socialità della persona umana. La dimensione collettiva, meglio comunitaria, non è dunque ritenuta come opposta o conflittuale rispetto a quella individuale, bensì è ritenuta una naturale espressione del dinamismo proprio di ogni soggetto (uno svolgimento della personalità).

b. Il *secondo* elemento di novità è la ripresa – come già indicato – dell'impostazione adottata nelle esperienze americana e francese. Nella Costituzione italiana, però, si andò oltre. I costituenti mutarono i termini della garanzia americana dei diritti trasformando il dogma della « rigidi-

⁽³¹⁾ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 653 ss.

⁽³²⁾ P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, op. cit., p. 396; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993.

⁽³³⁾ Nelle esperienze costituzionali europee del secondo dopoguerra è possibile cogliere questi tratti comuni nel principio di intangibilità della dignità umana, nel principio di eguaglianza, nel principio di effettività dei diritti proclamati nelle costituzioni.

⁽³⁴⁾ L'art. 2 Cost. mostra che la nostra Costituzione non esprime una visione individualista – né tanto meno « collettivista » – quanto *personalista*. La letteratura sul punto è sterminata. Tra tutti si vedano in particolare: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 67 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, op. cit., p. 136; V. ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1991, p. 101; P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989.

tà » costituzionale secondo la tendenza in atto nel costituzionalismo contemporaneo, che configura la superiorità della Costituzione come una garanzia (nei confronti della stessa legge ordinaria) rivolta ad assicurare la priorità delle istanze (valori) sottese alle libertà e l'indisponibilità alle maggioranze parlamentari dei fondamenti del patto costituzionale. Così al dogma liberale dell'onnipotenza del Parlamento si è sostituita l'estensione alla legislazione della legalità costituzionale, divenuta per il potere legislativo quello che la legalità « legislativa » rappresentava per il potere esecutivo. Ma vi è di più, perché a queste novità si accompagna la costituzionalizzazione degli stessi strumenti di garanzia dei diritti: in tutte le carte costituzionali approvate si prevede la libertà di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi e, soprattutto, un controllo incidentale del rispetto dei principi costituzionali da parte di un organo giudiziario apposito ⁽³⁵⁾.

c. Il *terzo* elemento di novità è quello dell'efficacia della disciplina costituzionale dei diritti fondamentali. Le disposizioni costituzionali rivolte ad identificare i diritti sono norme giuridiche vincolanti per i loro destinatari (devono essere osservate a pena di conseguenze giuridiche) ⁽³⁶⁾ e impongono ai giudici di applicarle direttamente, senza invocare l'intermediazione del legislatore. È questa la ragione per la quale, in materia di diritti di libertà può parlarsi di « autosufficienza » del riconoscimento costituzionale e di « immediatezza » dei diritti in parola ⁽³⁷⁾. Una tale concezione è estremamente densa di implicazioni, tra cui si può certamente ricordare l'efficacia diretta delle norme costituzionali sia nei rapporti con l'autorità pubblica sia nei rapporti tra privati (cd. Drit-

⁽³⁵⁾ Pur non essendo garantita la possibilità di adire direttamente mediante forme di accesso diretto alla giustizia costituzionale, la giurisprudenza costituzionale opererà da questo momento come un vero e proprio « giudice costituzionale delle libertà », secondo la nota affermazione coniata da M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955.

⁽³⁶⁾ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 11 « una Costituzione deve essere interpretata e intesa, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura (...) di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati ».

⁽³⁷⁾ P. GROSSI, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, 2, Padova, 2008.

twirkung) ⁽³⁸⁾ – nel senso che le norme costituzionali danno immediato fondamento ad una pretesa soggettiva azionabile nei confronti di qualsiasi altro soggetto privato ⁽³⁹⁾ – e poi l'inclusione accanto al profilo della garanzia anche di un « obbligo di promozione » da parte dei poteri pubblici ⁽⁴⁰⁾.

2.2. Livello internazionale

Durante lo stesso periodo in cui in molti paesi europei si stavano scrivendo le nuove costituzioni degli stati democratici, un altro grande processo di evoluzione della garanzia e protezione dei diritti stava avvenendo sul versante internazionale: la produzione di trattati rivolti alla tutela della persona umana ⁽⁴¹⁾. Dalla Dichiarazione universale dell'uomo delle Nazioni Unite (la Carta di San Francisco del 10 dicembre del 1948) un numero sempre maggiore di stati, su scala mondiale o regionale, sottoscrisse una serie di accordi aventi a tema i diritti ⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 32.

⁽³⁹⁾ Molti esempi di applicazione diretta si rinvencono nell'art. 32 Cost. (diritto alla salute) e nell'art. 36 Cost. (rapporto di lavoro). Esiste poi anche un'efficacia orizzontale che opera indirettamente, nel senso di vincolare il legislatore ad attuare questo principio nella disciplina di determinati ambiti o nel senso di costituire un canone di interpretazione del diritto privato e delle clausole del diritto civile, come per esempio accade nel caso della legge n. 300/1970 (statuto dei lavoratori), della legge 152/1975 (riforma del diritto di famiglia) e più recentemente nel d.lgs. 196/2003 (codice del trattamento dei dati personali). Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, p. 166 ss.; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, op. cit., p. 44.

⁽⁴⁰⁾ Intendendo in tale dinamica i diritti come le componenti essenziale per una compiuta realizzazione della personalità umana. Si pensi ad esempio a quanto è descritto nell'art. 3, 2° comma, della Costituzione italiana. Su tale punto A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, 2002.

⁽⁴¹⁾ P. DE SENA, *Diritti dell'uomo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 1868 ss.

⁽⁴²⁾ Dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU), la Carta sociale europea (Tonno 1961), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (aperto alla sottoscrizione a New York nel dicembre del 1966), il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (anch'esso aperto alla sottoscrizione a New York nel dicembre del 1966), la Convenzione

Tali atti hanno letteralmente trasformato il diritto internazionale contemporaneo attraverso due fenomeni: da un lato, con l'individuazione di una serie di diritti riferibili agli esseri umani in quanto tali (indipendenti dagli stati e superiori ad essi); dall'altro, attraverso la creazione di veri e propri sistemi internazionali di tutela dei diritti umani, rivolti a creare una sorta di rete di salvataggio nel caso in cui gli ordinamenti statali e i loro sistemi interni di garanzia si rivelassero insufficienti o manchevoli nella salvaguardia dei diritti dei cittadini.

a. Il *primo* fenomeno va sotto il nome di « positivizzazione » dei diritti umani. Da questo punto di vista la Dichiarazione Universale delle Nazioni Unite del 1948 rappresenta certamente la fonte primaria e comune delle successive iniziative ⁽⁴³⁾. Con essa viene formulata ed annunciata al mondo una Dichiarazione che, senza avere, di per sé, un valore giuridicamente vincolante, si propone come una sorta di « manifesto »: i diritti essenziali dell'essere umano sono (debbono essere) assunti a fondamento di un ordine (nazionale e internazionale) legittimo. Si tratta, appunto, di una dichiarazione che non « crea » diritti, ma li annuncia, e li

americana sui diritti umani (San Jose, 22 novembre 1969), l'Atto finale della Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa (Helsinki, 1 agosto 1975), la Carta di Banjul dei diritti dell'uomo e dei popoli (Nairobi, 20 giugno 1981).

⁽⁴³⁾ Ognuna delle carte internazionali approvate successivamente, malgrado le differenze, hanno origine nella Dichiarazione Universale; tanto che se si guarda alle classificazioni ed ai principi generali in esse contenute (dignità umana, eguaglianza, solidarietà, ecc.) appare evidente la somiglianza e la comune derivazione. D'altronde, l'approvazione dello statuto delle Nazioni Unite aveva consacrato l'inizio di un nuovo ordine mondiale in cui l'esigenza della tutela dei diritti non era più soltanto lasciata agli interessi dei singoli stati, ma era una condizione essenziale per assicurare la pace e la sicurezza internazionali, tanto che proprio a partire da questo ambito si era venuta a realizzare una delle forme più intense di limitazione della sovranità nazionale, ovvero la progressiva erosione di quel principio di « non interferenza » negli affari degli stati a causa dell'emergere di centri di normazione e controllo esterni agli stati stessi. Cfr. A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova, 2002, p. 3 secondo il quale « il principio di non-interferenza ha perso rilievo non soltanto nell'ambito delle procedure di regolamentazione delle controversie istituite da diversi trattati internazionali, bensì anche, in misura crescente ed in termini più generali, ogni qual volta siano in gioco gravi violazioni dei diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti, a prescindere dall'adesione del singolo Stato ad uno specifico strumento convenzionale ». Su tali aspetti v. anche C. ZANGHÌ, *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, in *Enc. Giur.*, XI, 1989, p. 1 ss.

annuncia presentandoli come « universali », in quanto patrimonio originario dei soggetti umani come tali: « *all human beings are born free and equal in dignity and rights* »⁽⁴⁴⁾.

b. Il secondo fenomeno completa la dinamica evidenziata. Assieme alla positivizzazione dei diritti fondamentali si accompagna in una certa misura la moltiplicazione delle sedi giurisdizionali di tutela dei diritti fondamentali e anche qui la lenta – ma progressiva – dislocazione di tale compito dalle corti statali alle corti internazionali⁽⁴⁵⁾.

L'internazionalizzazione dei diritti umani, che in fondo promuove i diritti come attributi propri della persona, non ha solo un'importanza storica grande nella costruzione del nuovo ordinamento mondiale ma ha uno specifico rilievo costituzionale. Tale processo ha, infatti, una notevole influenza sui sistemi di protezione degli stati. Il circuito regolativo da essi realizzato non si sostituisce a quello degli stati, ma interagisce con essi. Le manifestazioni più vistose di questa interazione sono rappresentate dai casi in cui i patti internazionali sui diritti ricevono un riconoscimento espresso da parte dei documenti costituzionali⁽⁴⁶⁾, ma il processo presenta anche una portata più ampia, interessando anche ordinamenti statali in cui mancano clausole costituzionali di questo tipo. Infine, è sempre più frequente che i giudici nazionali (e, in particolare, gli organi di giustizia costituzionale) usino gli accordi internazionali sui diritti come un « coefficiente ermeneutico », tendendo a leggere le rispettive costituzioni alla luce di questi⁽⁴⁷⁾.

(44) M.A. GLENDON, *Tradizioni in subbuglio*, Soveria Mannelli, 2007, p. 49 ss.

(45) Di questo fenomeno parleremo più avanti portando gli esempi della UE e della CEDU.

(46) Si pensi in particolare, alla costituzionalizzazione della CEDU da parte dell'Austria, avvenuta nel 1962, o alle previsioni contenute nella Costituzione portoghese del 1976 e nella Costituzione spagnola del 1978, secondo le quali le disposizioni sui diritti fondamentali devono essere interpretate in armonia con gli accordi internazionali in materia (o con documenti internazionali di altra natura, come la Dichiarazione di S. Francesco del 1948).

(47) Una tendenza che ha diverse implicazioni, come l'attenuazione della differenza tra i diritti riconosciuti a tutti gli uomini e quelli riservati ai soli cittadini, ma anche la modifica della disciplina dei paesi aderenti su numerosi settori. Penso soprattutto ad ampi

2.3. *Livelli sovranazionali*

Dal livello internazionale possiamo distinguere, per trattarli separatamente, alcuni sistemi che vengono chiamati « sovranazionali ». Per la precisione, con questo termine intendiamo quelle aggregazioni di stati che hanno una natura diversa da quella dei classici ordinamenti internazionali, perché intanto realizzano una maggiore cooperazione tra di essi ma, soprattutto, perché molte delle decisioni prese in questi livelli spiegano – nonostante l’attuazione da parte delle istituzioni statali – efficacia diretta nei confronti dei cittadini degli stati aderenti.

Usando questo metro, nel vecchio continente occorre distinguere tra due ordinamenti, quello creato dagli stati europei membri del Consiglio d’Europa nel 1950 con il Trattato di Roma e quello realizzato dagli stati aderenti alle Comunità europee (oggi Unione Europea) dal 1950. Rispetto alle convenzioni internazionali di tipo classico, questi due strumenti regionali hanno natura ed effetti molto diversi che qui sintetizziamo.

a. Il primo ordinamento, oltre a riconoscere alcuni diritti dell’uomo prevede anche una particolare forma di tutela giudiziaria attraverso l’istituzione della Corte europea dei diritti dell’uomo (con sede a Strasburgo), composta da un numero di membri pari a quello degli Stati contraenti. La CEDU funziona come uno strumento internazionale di tutela dei diritti del tutto autosufficiente, perché unisce proclamazione e garanzia dei diritti⁽⁴⁸⁾: alla Corte di Strasburgo possono ricorrere tanto gli Stati tanto le persone fisiche o i gruppi di privati cittadini, a condizione che abbiano esaurito tutti i possibili rimedi che l’ordinamento giuridico di appartenenza predispone al fine di ottenere la tutela del diritto in questione. L’eventuale sentenza definitiva di condanna della Corte comporta per lo Stato condannato l’obbligo di ripristinare la situazione del singolo che è stata lesa e, in caso ciò si riveli impossibile, di provvedere ad un equo risarcimento del danno causato.

Pur non essendo ancora arrivato a completa definizione, il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento della CEDU è stato oggetto

settori del diritto civile, come la disciplina delle adozioni, ma anche al diritto del lavoro ed in particolare alle garanzie dei lavoratori.

⁽⁴⁸⁾ F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovranazionali di civiltà*, Torino, 2002, p. 39 ss.

negli ultimi anni di un progressivo ripensamento tanto da parte dei giudizi interni quanto dei giudici europei. Per quanto riguarda l'ordinamento nazionale bisogna rammentare che nelle sentenze n. 348 e 349/2007 la Corte costituzionale ha chiarito la propria posizione ermeneutica circa il valore delle norme della CEDU per il diritto interno ⁽⁴⁹⁾: d'ora in avanti d'ora in avanti le norme della Convenzione europea costituiranno parametri interposti nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi nazionali, in virtù dell'art. 117, 1° comma, della Costituzione ⁽⁵⁰⁾.

b. Diverso è il secondo sistema di protezione dei diritti realizzato invece a livello dell'Unione Europea. Anche qui ci limiteremo a descrivere l'ultimo sviluppo, ovvero l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha modificato l'art. 6 del Trattato UE « comunitarizzando » la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 e introducendo la possibilità che l'UE aderisca alla CEDU. La svolta di Lisbona si inserisce in un percorso avviatosi da più tempo e più precisamente da quando le Corti costituzionali nazionali dell'Italia e della Germania hanno indirettamente rivolto alla Corte di giustizia la richiesta di sviluppare un sistema di tutela dei diritti fondamentali di livello comunitario ⁽⁵¹⁾. Il

⁽⁴⁹⁾ L'intervento della Corte costituzionale è stato preparato da tempo sotto la spinta di rilevanti evoluzioni della giurisprudenza interna. Già nel corso degli anni Novanta la Convenzione europea e la giurisprudenza della CEDU hanno acquisito un'autorevolezza crescente, sia presso i giudici ordinari, sia presso la Corte costituzionale. Già da molti anni i giudici ordinari, le magistrature supreme e la Corte costituzionale tengono in adeguata considerazione le decisioni della Corte di Strasburgo come elementi guida nell'interpretazione delle leggi interne operando una sorta di « interpretazione conforme a Convenzione ». B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 4, 2002, p. 1303 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2006, p. 491 ss.; A. GUAZZAROTTI-A. COSSIRI, *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rass. Adv. Stato*, 3, 2006.

⁽⁵⁰⁾ M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei « nuovi diritti »*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, p. 539 ss.

⁽⁵¹⁾ Come rileva *Op. ult. cit.*, p. 544 « originariamente i diritti fondamentali elaborati nell'Unione europea non avrebbero dovuto sostituirsi a quelli garantiti dalle Costituzioni nazionali, ma piuttosto affiancarsi ad essi, proteggendo i cittadini negli ambiti in cui le Costituzioni nazionali non potevano agire, vale a dire principalmente nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie. Ben presto, però, la giurisprudenza della Corte di

passaggio successivo è stato l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali nel dicembre 2000. Da quel momento la situazione della tutela dei diritti nell'UE ha proceduto in maniera più spedita ⁽⁵²⁾. I diritti fondamentali hanno assunto nell'integrazione quel ruolo che negli anni passati avevano svolto il mercato interno e i rapporti economici ⁽⁵³⁾. La Carta, infatti, segna un decisivo spartiacque negli interventi della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali ⁽⁵⁴⁾.

2.4. *Livelli sub-statali*

Anche le competenze esercitate dai livelli sub-statali producono importanti limitazioni ai poteri sovrani degli stati. Soprattutto in paesi come l'Italia e la Spagna è in atto un processo di regionalizzazione che prevede l'attribuzione agli enti sub-statali del potere di ampliare o elevare il grado di protezione di certi diritti costituzionali (specie quelli sociali) sia attraverso l'attribuzione di competenze che coincidono con i diritti (es. « tutela della salute », « ordinamento della comunicazione » ecc.) sia attraverso l'impiego di clausole costituzionali che fissano il ruolo dello stato e delle regioni, distinguendo tra un « livello » di tutela « essenziale » garantito dallo stato e un livello di garanzia *oltre* l'« essenziale » che dovrebbero fornire le regioni ⁽⁵⁵⁾.

Guardando più da vicino il nostro paese dobbiamo focalizzarci sulla

giustizia ha iniziato a proiettarsi anche all'interno degli ordinamenti costituzionali nazionali, secondo i principi della dottrina della *incorporation* ».

⁽⁵²⁾ A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2001, p. 849 ss.

⁽⁵³⁾ M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'UE*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007.

⁽⁵⁴⁾ Tanto che non appare esagerato affermare che siamo entrati in una nuova stagione della giurisprudenza europea in tema di diritti, segnata da una significativa tendenza espansiva negli ambiti di competenza degli Stati membri e da un progressivo accentramento della tutela dei diritti fondamentali in capo alla Corte di Giustizia stessa con un inevitabile effetto di « omogeneizzazione » della tutela. Sul punto v. G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2006, pp. 13 e 14.

⁽⁵⁵⁾ Ci si riferisce alla clausola inserita nella nostra Costituzione dalla legge costituzionale n. 3/2001 all'art. 117, 2° comma, lett. m), in base alla quale lo stato è titolare della

situazione seguente alla riforma del Titolo V, Parte Seconda della Costituzione realizzata con le leggi costituzionali n. 1/1999 e n. 3/2001. La prima ha ridisegnato i contorni del potere statutario delle regioni ordinarie dando vita ad una nuova stagione statutaria, la seconda ha riscritto totalmente le norme sulla competenza legislativa e regolamentare statale e regionale, introducendo per la prima volta un criterio simile a quello usato nelle forme di governo federali, per cui sono enumerate solo le competenze dello Stato centrale e sono individuate in via residuale quelle degli Stati membri, e ha modificato il criterio di attribuzione delle competenze amministrative, basandolo sui principi di sussidiarietà, di differenziazione e di adeguatezza ⁽⁵⁶⁾.

Il nuovo Titolo V della Costituzione stabilisce un rapporto esplicito e diretto tra l'articolazione territoriale del potere legislativo ed amministrativo e la tutela dei diritti civili e sociali. La nuova formulazione dell'art. 117 Cost. prevede la competenza regionale in materie che certamente hanno riflessi sui diritti ⁽⁵⁷⁾. Queste regole, tuttavia, sono bilanciate dall'esistenza di una serie di clausole generali che hanno come finalità quella di assicurare la garanzia su « tutto il territorio nazionale » del principio di eguaglianza previsto in Costituzione. Alla prova dei fatti tali clausole hanno limitato fortemente ogni « slancio » delle regioni verso la tutela di « nuovi » diritti e i tentativi di attribuire una garanzia diversa a libertà già oggetto di tutela a livello nazionale o in-

competenza a determinare i « livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale ». Fin da subito la Corte costituzionale, chiamata a dare un'esegesi di tale norma, ha sottolineato che una clausola di tale tipo indica una precisa scelta verso un ruolo attivo delle regioni nella tutela dei diritti « oltre l'essenziale » (cfr. sent. n. 282/2002). In dottrina sul punto sia consentito richiamare le considerazioni svolte in A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e « livelli essenziali » nelle materie regionali*, in *Le Regioni*, 6, 2003, p. 1210 ss.

⁽⁵⁶⁾ P. CARETTI, *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti 2005*, a cura di P. Caretti, Torino, 2006, p. 1 ss.

⁽⁵⁷⁾ Materie che spostano in capo al legislatore regionale numerose decisioni su diritti sociali (« istruzione », « tutela della salute », « sicurezza sociale », « tutela e sicurezza del lavoro ») e materie che implicano la regolazione di ambiti che hanno un'incidenza sulla tutela dei diritti civili (si pensi alle competenze su « professioni » e « ordinamento della comunicazione »).

ternazionale ⁽⁵⁸⁾. Su ambedue i profili è intervenuta la Corte costituzionale, la quale in questi anni ha dovuto risolvere numerose controversie promosse dal governo nei confronti delle leggi regionali. Sotto il primo profilo, si possono ben ricordare le sentenze della Corte in materia di tutela regionale contro il « mobbing » ⁽⁵⁹⁾ e le sentenze sulle norme che statuti regionali della Toscana, dell'Emilia-Romagna e dell'Umbria intendevano prevedere una tutela per nuovi diritti ⁽⁶⁰⁾. Invece, sotto il secondo profilo, ricordiamo le sentenze che hanno dichiarato incostituzionali le norme di alcune regioni per violazione proprio della competenza statale a determinare i livelli essenziali di tutela dei diritti che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ⁽⁶¹⁾.

3. Categorie

Oltre che dai livelli, il discorso sui diritti di questi anni è caratterizzato dalla contemporanea moltiplicazione di strumenti e metodi di « classificazione ». Si usa ricorrere a categorie basate su distinzioni tra tipi di diritti, come quella tra diritti negativi e positivi ⁽⁶²⁾, diritti civili e diritti sociali, o a distinzioni che si basano sulle « generazioni » dei diritti o, ancora, a tassonomie basilari che usano distinguere tra diritti umani, diritti fondamentali e diritti della personalità.

Come si può vedere già dai pochi esempi, l'uso delle categorie è un dato fondamentale del discorso sui diritti; esse sono un ottimo strumento per analizzarli, per sistematizzarli e per condurre entro schemi apparentemente logici la loro complessità.

In questo paragrafo prenderemo ad esame le categorie che abbiamo

⁽⁵⁸⁾ Su questi temi sia consentito richiamare a E. LONGO, *Regioni e diritti*, Macerata, 2007.

⁽⁵⁹⁾ V. Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *Regioni*, 2004, p. 728.

⁽⁶⁰⁾ V. Corte cost. 2 dicembre 2004, n. 372 in *Corriere Giur.*, 2005, 1, p. 113; Corte cost. 6 dicembre 2004, n. 378, in *Foro It.*, 2005, 1, p. 295; Corte cost. 6 dicembre 2004, n. 379, in *Foro It.*, 2005, 1, p. 293.

⁽⁶¹⁾ Orientamento espresso dalla Corte cost. già a partire da Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282 in *Giur. It.*, 2002, con nota di Covino.

⁽⁶²⁾ Una delle tassonomie più usate è quella che distingue libertà « da » e libertà « di » elaborata da I. BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1969. Sul punto v. anche N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, p. 56.

chiamato basilari: diritti della personalità, diritti fondamentali e diritti umani. Diversamente dalle parti precedenti, per introdurre l'argomento riteniamo valga la pena anzitutto sgombrare il campo da tre rischi che crediamo siano insiti nell'uso delle classificazioni.

a. Il primo rischio deriva dalla loro relatività. Analizzando le diverse categorie dogmatiche ci si accorge che le conclusioni cui arrivano autori che sposano tesi contrapposte presentano più di una somiglianza; spesso declamazioni teoriche differenti si servono di « modelli operazionali » (per usare un termine filosofico) del tutto simili ⁽⁶³⁾. Si comprende meglio quanto si sta affermando se si guarda alle tre categorie che analizzeremo tra poco: diritti della personalità, diritti dell'uomo e diritti o libertà fondamentali. Tutte e tre, pur con importanti sfumature, esprimono fenomeni convergenti, solo che il lemma « diritti della personalità » appartiene al lessico del diritto civile, il lemma « diritti dell'uomo » viene usato per lo più nel diritto internazionale, mentre il terzo « diritti o libertà fondamentali » appartiene al linguaggio del diritto costituzionale ⁽⁶⁴⁾.

b. Il secondo rischio che deriva dall'applicare la logica degli inventari dei diritti è quello di cadere nella « logica » della contrapposizione. Usiamo un esempio per capire meglio il valore di tale rilievo. Sappiamo che i diritti riconosciuti dalla Costituzione italiana e da altre costituzioni sono comunemente distinti in due grandi categorie ⁽⁶⁵⁾: i diritti di libertà e i diritti sociali (oggi sempre più chiamati « diritti socio-economici »). Della fondatezza di questa distinzione raramente si dubita, al punto che spesso essa è presentata in una versione particolarmente forte, secondo cui i diritti di libertà e i diritti sociali sarebbero non solo diversi sotto

⁽⁶³⁾ Il sospetto che si ha in questi casi è che ci si trovi di fronte ad problemi di puro « nominalismo », sul quale gravano pesanti ipoteche non solo di carattere dogmatico ma anche ideologico.

⁽⁶⁴⁾ G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti: i diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Bari-Roma, 2002, pp. 12 e 13.

⁽⁶⁵⁾ Secondo alcuni a queste due si potrebbe aggiungere una terza categoria, rappresentata dai diritti politici, che consistono nei poteri di autonomia pubblica (diritto di voto, diritto di accedere alle cariche pubbliche, diritto di costituire e aderire ad associazioni partitiche, ecc.), sono indubbiamente diversi dai diritti di libertà, concepiti come diritti di compiere azioni. Per questa distinzione v. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, op. cit., pp. 26-27.

qualche aspetto rilevante, ma anche difficilmente conciliabili o (addirittura) incompatibili; nel senso che la tutela degli uni avverrebbe quasi inevitabilmente o (addirittura) necessariamente a scapito della tutela degli altri ⁽⁶⁶⁾. Per risolvere questo problema si usa parlare di « bilanciamento »: tutti i diritti nascono limitati e vanno temperati a vicenda, senza possibilità di costituire gerarchie tra di essi ⁽⁶⁷⁾.

c. Il terzo rischio implicito nell'uso delle classificazioni deriva dalla intrinseca complessità del discorso giuridico. Le classificazioni sono utili per sintetizzare, ma spesso producono una complessità più elevata. È normale, infatti, che all'interno delle diverse classificazioni gli studiosi tendano a costruire sottoinsiemi o specificazioni, così che quando certe classificazioni non bastano o sono troppo strette nel discorso giuridico si tende a postulare l'esistenza di nuove categorie, facendo transitare nel discorso giuridico situazioni o rapporti che prima magari non avevano una base giuridica cui riferirsi. Nei continui ampliamenti legati a richieste, rivendicazioni e pretese di nuovi riconoscimenti e di nuove protezioni e tutele si rileva quanto i diritti siano costantemente esposti ai rischi della « vaghezza » (o astrattezza), che può riguardare sia la definizione del loro contenuto sia la loro giustificazione, nonché la definizione degli obblighi correlativi ⁽⁶⁸⁾. Si pensi, a tale proposito, alla creazione di nuovi diritti o anche alla creazione di nuove famiglie di questi, come i cd. « diritti di quarta generazione » ⁽⁶⁹⁾.

Nonostante l'esistenza di questi pericoli, l'uso delle categorie e delle classificazioni assume un grande valore. La risorsa delle definizioni che ad esse si accompagnano sta, infatti, nella capacità di indicare denominatori comuni di tipo normativo che possono contribuire a rendere uniforme il linguaggio dei diritti ed anche a precisare i comportamenti che gli

⁽⁶⁶⁾ A questa idea dell'incompatibilità non di rado si è associata una « svalutazione » dei diritti sociali, ridotti al rango di mere politiche sociali legittimamente perseguibili (aspirazioni sociali, dal punto di vista del soggetto) solo fin quando non mettano a repentaglio i fondamentali valori della libertà umana.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. R. BIN, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002, pp. 60-62.

⁽⁶⁸⁾ T. CASADEI, *Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e « diritto diseguale »*, in *Ragion pratica*, 2, 2008, p. 291.

⁽⁶⁹⁾ Secondo il linguaggio di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, op. cit.

esseri umani debbano tenere all'interno di società che aspirano ad essere giuste ⁽⁷⁰⁾.

3.1. *Diritti della personalità*

Non si può ragionare delle forme di dilatazione della garanzia dei diritti senza considerare il caso dei diritti della personalità. Tale categoria appartiene, come è noto, al vasto campo del diritto civile. Una ricerca del significato che gli studiosi danno a questa tipologia di diritti rivela l'inesistenza di una comune opinione circa il contenuto, la definizione e il numero di essi ⁽⁷¹⁾. Nel codice civile italiano – che pure ha innovato molto rispetto al passato attraverso la previsione di numerose norme a tutela della persona e dei diritti di questa – non appare una categoria con questo nome ⁽⁷²⁾. Sono state le scuole del diritto tedesche, prima, e successivamente quelle francesi e italiane a coniare una tale nozione per indicare

⁽⁷⁰⁾ Il grande valore di queste sistematizzazioni sta principalmente nell'essere riuscite ad esportare nel mondo legale concetti che appartenevano alla filosofia ed alla morale, attribuendo ad essi un valore imperativo.

⁽⁷¹⁾ Le incertezze e incoerenze dottrinali erano dovute per lo più ad « una cultura giuridica che modellava ogni posizione attiva del soggetto sulla base del diritto di proprietà e conseguentemente tendeva ad escludere ed a ritenere estranei alla sfera giuridica diritti ispirati ad una ratio così differente (e per i quali il bene protetto non si colloca nella realtà esterna al soggetto, ma inerisce, al contrario, necessariamente alla sua persona), che si ritenevano inalienabili, irrinunciabili, inestinguibili e del tutto svincolati dal modo corrente di intendere i fatti illeciti e la responsabilità che ne derivasse, riportata tradizionalmente alla lesione “economica” del patrimonio individuale » M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, pp. 60 e 61.

⁽⁷²⁾ Le differenze tra il codice civile del 1942 e il codice del 1865 sono notevoli. Quest'ultimo riprendeva l'impostazione del codice Napoleonico che non dettava alcuna disciplina dei diritti della personalità. La ragione di questa mancanza è da rintracciare nella concezione dei diritti che si aveva in quel momento storico. Mentre la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* si riferiva principalmente agli aspetti pubblicistici ed al rapporto individuo-stato, il *Code civil* era un « codice del patrimonio » e in tale senso non conteneva nessun appiglio ai diritti della personalità. Per una ricostruzione di queste differenze e delle novità che introduce il codice del 1942 v. F.D. BUSNELLI, *Per una rilettura del « diritto delle persone » di cinquant'anni fa*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, I, p. 91 ss.

la tutela della persona intesa come soggetto titolare di diritti originari e innati ⁽⁷³⁾.

Storicamente, infatti, il problema dei diritti della personalità viene in rilievo nel momento in cui la tutela civilistica si libera del dibattito sulla persona oggetto o soggetto di diritti e si spinge fino a identificare la protezione per beni morali dell'individuo come l'onore, l'integrità psicofisica, lo *status* sociale, la reputazione, il nome e poi altre tipologie di beni immateriali come il diritto d'autore e il diritto di invenzione ⁽⁷⁴⁾. Tale categoria appare la più significativa espressione di un'idea dell'uomo non più circoscritta esclusivamente all'« avere » ed allargata invece all'« essere » della persona ⁽⁷⁵⁾.

Sotto questo aspetto, come è stato rilevato, ha certamente esercitato una notevole influenza l'evoluzione del contratto individuale di lavoro, mettendo in luce la specialità del rapporto di lavoro subordinato, nel quale è implicata la persona stessa del lavoratore e non soltanto l'energia fisica che il lavoratore svolge o il risultato economico che la prestazione produce ⁽⁷⁶⁾.

L'attenzione alla condizione dell'uomo in quanto tale e, più in particolare, alla sua concreta condizione fanno dei diritti della personalità uno dei mezzi più fecondi per consentire l'emergere della protezione giuridica di nuove posizioni soggettive. Questo scopo ha fatto il pari con

⁽⁷³⁾ M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, op. cit., p. 55 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Z. ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv. (sezione civile)*, XIII, Torino, 1995, p. 432. Su questi aspetti vedi anche P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 2 il quale ricorda il motivo alla radice dei dubbi che vennero sollevati contro questa categoria, legato all'uso della nozione del diritto soggettivo ed alla sua costruzione sulla logica dell'istituto « dominicale » ed alla necessaria patrimonialità del rapporto obbligatorio. Diversamente nei diritti della personalità l'interesse da proteggere sembra atteggiarsi in modo diverso dai rapporti patrimoniali, sicché « il bene che il soggetto mira a difendere o a conseguire non si trova fuori di lui, situato nella realtà del mondo della natura a lui estranea. Inerisce invece alla sua persona medesima, alla sua individualità fisica, o alla sua esperienza di vita morale e sociale ».

⁽⁷⁵⁾ In ragione dell'implicazione, nel rapporto, dell'intera persona del lavoratore, si comprende perché la retribuzione che gli è dovuta (art. 36 Cost.) debba essere adeguata alle generali necessità di vita del prestatore, oltre che alla quantità del lavoro prestato. P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, op. cit., p. 2.

⁽⁷⁶⁾ *Op. ult. cit.*, p. 3.

l'essenza stessa di tale categoria e con la ricostruzione del suo senso. Difatti, già all'avvio del dibattito sui diritti della personalità, gli autori che hanno proposto ricostruzioni dogmatiche di questo tipo di diritti si sono scontrati su due problemi di fondo: da un lato, se debba configurarsi l'esistenza di un unitario e generale diritto della personalità ovvero se non si debbano individuare figure con caratteri tipici e, dall'altro lato, su quale debba essere il contenuto comune da riconoscere alle varie manifestazioni della personalità tutelata.

Su questi temi si sono confrontate due visioni del diritto molto distanti ⁽⁷⁷⁾ che qui ricostruiamo in modo estremamente sintetico: la prima, denominata « teoria pluralista » e la seconda, denominata « teoria monista ».

a. Coloro che hanno elaborato la tesi « pluralista » affermano che per tutelare la personalità è necessario individuare singole e specifiche situazioni protette ⁽⁷⁸⁾, le quali prendono il nome dei vari attributi che contraddistinguono i diritti (nome, onore, immagine, reputazione, ecc.). Esisterebbero, perciò, tanti diritti della personalità quanti sono gli interessi della persona tutelati da parte dell'ordinamento. Così tale categoria comprenderebbe solo quei diritti espressamente positivizzati in una norma giuridica apposita di modo che non si può parlare di un diritto unitario a protezione della propria personalità, ma di vari e specifici diritti a protezione di quei singoli e determinati interessi che l'ordinamento ha ri-

⁽⁷⁷⁾ A dire il vero in dottrina non sono mancati orientamenti ulteriori che hanno tentato di dimostrare la insufficienza delle due tesi monista e pluralista. Per una sintetica esposizione di queste tesi v. G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2003, p. 256.

⁽⁷⁸⁾ Tra tutti cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, I. La norma giuridica – i soggetti*, Milano, 1978, p. 147; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 72; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, 2^a edizione, Milano, 1982, p. 22 ss.; G. GIACOBBE, *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 810 ss.; E. ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1965, p. 234 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Sciajola e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 37 ss.; G. PUGLIESE, *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, in *AA.Vv., Alcuni problemi sui diritti della personalità*, Milano, p. 3 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, *op. cit.*, p. 5 ss.

conosciuto come rilevanti ⁽⁷⁹⁾. La conseguenza immediata di questa teoria è una concezione della responsabilità civile come rimedio applicabile tendenzialmente alla sola lesione di diritti soggettivi ⁽⁸⁰⁾.

b. All'opposto di questa visione c'è la tesi cd. « monista » ⁽⁸¹⁾. I sostenitori di tale orientamento postulano l'esistenza di un unitario e generale diritto della personalità, di cui le singole espressioni legislative rappresenterebbero le esemplificazioni formalizzate ⁽⁸²⁾. Alla base di questa opinione c'è l'idea che la persona umana rimane punto di riferimento d'un totalitario obbligo di astensione da ogni ingerenza, creandosi intorno ad essa una barriera di protezione senza soluzione di continuità. Alcuni autori hanno rilevato che l'idea di un diritto generale ed unitario della personalità sarebbe preferibile e possibile; così come avviene per il diritto di proprietà, che pur avendo una indefinita serie di facoltà per realizzarsi comunque riceve una definizione unitaria ⁽⁸³⁾. Questa costruzione, da un lato, consentirebbe di evitare la frammentazione della persona umana nel disegno giuridico di tutela fornita alle singole individualità e, dall'altro, favorirebbe la tutela di interessi emergenti che ancora non hanno una base normativa ⁽⁸⁴⁾. Essa, infatti, delega ai giudici il com-

⁽⁷⁹⁾ Tra gli autori che hanno contribuito ad affinare questo orientamento dottrinario emerge l'opera di A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, op. cit., p. 22 il quale riconosce che nel linguaggio giuridico si parla di « diritti della personalità » e non di un « diritto alla personalità ». E per diritti « diritti della personalità » egli intende « quei diritti soggettivi, la cui funzione, rispetto alla personalità, si specializza, costituendo il "minimum" necessario e imprescindibile del suo contenuto ».

⁽⁸⁰⁾ Come ricorda G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, op. cit., pp. 256 e 257 « si può scorgere nelle teorie pluraliste, specialmente in quelle più "restrittive", il retaggio della tutela penale della personalità (...), la quale evidentemente implica una tipizzazione delle ipotesi di tutela ».

⁽⁸¹⁾ Pur con alcune significative sfumature, si possono indicare tra gli autori che hanno sostenuto questa tesi: T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1957, p. 246 ss.; M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, op. cit., p. 66 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il cd. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 458 ss.; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1984, p. 137 ss. 137; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 356 ss.

⁽⁸²⁾ D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, op. cit., p. 356 ss.

⁽⁸³⁾ P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, op. cit., p. 5.

⁽⁸⁴⁾ *Op. ult. cit.*, p. 5 « col parlare di generale diritto della personalità, si è ritenuto

pito di proteggere (o, addirittura, creare) diritti pur in difetto di una precisa disciplina legislativa, incoraggiando in tal modo il ricorso ad una tecnica argomentativa, tipica dei sistemi di anglosassoni secondo cui « i rimedi precedono i diritti »⁽⁸⁵⁾. Si comprende in tal modo come mai nel momento in cui la via aquiliana è stata aperta, in buona sostanza, a tutte le situazioni giuridicamente protette – con una estensione esponenziale dell'area dell'atipicità dell'illecito⁽⁸⁶⁾ – vi sia stata una maggiore attrazione verso la dottrina monista, che individua una complessiva situazione tutelata lasciando all'interprete la verifica del singolo caso⁽⁸⁷⁾.

In termini generali tra l'una e l'altra opzione vi è una differenza notevole che richiama in fondo un problema di « uso » politico del diritto e in particolare una differenza sul modo di concepire la risarcibilità del danno⁽⁸⁸⁾.

3.2. *Diritti e libertà fondamentali*

Il lessico dei diritti o libertà fondamentali appartiene all'area del diritto costituzionale. La nozione di diritti fondamentali richiama l'idea della fondazione e attraverso di essa la circostanza che i diritti siano attribuiti da norme che hanno una particolare importanza in considerazione tanto del loro contenuto quanto della loro posizione nella gerarchia

di poter risolvere le dispute circa il diritto alla riservatezza e all'intimità della vita privata, e di risolvere in modo affermativo, senza bisogno di estendere o di applicare in via analogica norme destinate a proteggere esigenze diverse (ad esempio, le norme sui segni distintivi o sull'immagine) ».

⁽⁸⁵⁾ Z. ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, op. cit., p. 433.

⁽⁸⁶⁾ *Op. ult. cit.*, p. 436.

⁽⁸⁷⁾ Secondo l'approccio monista il valore della persona non è frantumabile in tanti diritti della personalità. A garanzia di questa visione soccorre la stessa concezione di persona che è contenuta negli artt. 2 e 3 della Costituzione, in cui il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo considerato come singolo e come partecipe alle comunità intermedie e la garanzia dello sviluppo pieno della personalità costituiscono un segno della protezione unitaria della personalità. In questo senso la teoria monista si ispirerebbe ad una lettura « aperta » dell'art. 2 Cost., rendendo così possibile non solo la configurazione ma anche la legittimazione costituzionale di nuovi diritti della personalità.

⁽⁸⁸⁾ G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, op. cit., p. 258.

delle fonti ⁽⁸⁹⁾. I diritti fondamentali sono perciò quelli previsti a livello statale in un documento fondativo, come ad esempio una Costituzione o una Carta fondamentale.

Già abbiamo detto che nei regimi costituzionali formatisi nel XX secolo giunge a maturazione l'esigenza di porre dei limiti al potere delle assemblee legislative e non solo al potere esecutivo; un'esigenza manifestatasi fin dall'inizio del secolo che torna a evidenziarsi nel dibattito costituente degli anni '40 e '50 caricandosi di una valenza ancor più decisiva. I costituenti, infatti, non poterono fare a meno di prendere posizione a favore dei diritti in contrapposizione con l'orrore prodotto dai totalitarismi. I diritti, perciò, vennero chiamati a reggere il nuovo edificio costituzionale, ad esserne la base immodificabile: vennero assunti come « fondamentali » e « fondanti » a prescindere da una loro esplicita e rigorosa base filosofica, al fine di esprimere valori meta-statali che tuttavia non avessero il carattere di *moral rights* ma un valore giuridico prescrittivo (non svolgessero la funzione di descrivere fenomeni statici, ma di suggerire linee di sviluppo e di evoluzione dell'ordinamento) ⁽⁹⁰⁾.

Ma come mai si espresse l'esigenza che i diritti fossero circondati da speciali forme di protezione e potessero assurgere a « fondamenti » di un « nuovo » ordinamento? La risposta a questa domanda credo sia stata individuata molto efficacemente da quella parte della dottrina che ha sottolineato l'estremo valore « culturale » espresso dai diritti nelle Costituzioni, i quali non solo pongono al centro delle nuove costruzioni statali la persona umana e la sua dignità, ma sono anzitutto un modo per preservare ed affermare l'identità di una intera comunità politica: metodo espresso appunto nella Costituzione come « atto fondativo » ⁽⁹¹⁾.

a. L'estrema novità apportata dal nuovo processo costituzionale si può comprendere bene se si guarda all'articolo 2 della Costituzione, vero e proprio modello generale della protezione dei diritti fondamentali. Que-

⁽⁸⁹⁾ G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, p. 8 ss.

⁽⁹⁰⁾ Questa è la linea di sviluppo che ha seguito la Corte costituzionale che con la sentenza n. del 1988 ha dichiarato. V. a tale proposito A. SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti fondamentali*, in *I diritti fondamentali oggi*, a cura di AA.VV., Padova, 1995, p.; SALERNO, *I nostri diritti*, op. cit., p. 32 ss.

⁽⁹¹⁾ M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei « nuovi diritti »*, op. cit., p. 573.

sto articolo contiene quattro assolute novità rispetto al passato: anzitutto si attribuisce carattere di « inviolabilità » ai diritti fondamentali ⁽⁹²⁾; in secondo luogo viene data priorità ai diritti dell'uomo come valori anteriori o superiori rispetto ad ogni potere pubblico e perciò come autentici fondamenti costituzionali dell'intero ordinamento giuridico ⁽⁹³⁾; in terzo luogo si introduce il principio del pluralismo sociale attraverso l'ampliamento dei titolari dei diritti inviolabili: non solo l'uomo singolo ma anche le « formazioni sociali » nelle quali l'individuo si fa persona; in quarto luogo, viene riconosciuto il nesso imprescindibile che lega i diritti e i doveri di solidarietà di ogni categoria ⁽⁹⁴⁾.

Giova accennare al fatto che l'interpretazione di questo articolo ha generato due problemi connessi di non poco momento. Il primo riguarda l'individuazione di quali, tra i diritti espressamente previsti e riconosciuti dalla Costituzione, debba essere considerato « inviolabile », mentre il secondo concerne il carattere « chiuso » o « aperto » (verso l'esterno) della categoria dei « diritti inviolabili ». Se il primo problema non ha dato adito a grandi questioni, per cui può ritenersi pacifico che la categoria debba estendersi a tutti quei diritti che sono essenziali nell'ottica di una forma di stato democratico-sociale ⁽⁹⁵⁾, il secondo ha dato vita ad una notevole polemica nella dottrina costituzionalista e più in generale nella scienza giuridica, tra coloro che hanno ritenuto irriducibili-inviolabili non solo i diritti enumerati in Costituzione ma anche quelli ivi non espressamente previsti. Il dibattito è notevolmente conosciuto e in questa sede si può rinviare alle ricostruzioni compiute in questi anni ⁽⁹⁶⁾. Ricordiamo peraltro che l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale è quello di utilizzare l'art. 2 Cost. e, più precisamente la formula dei diritti inviolabili, come sostegno rispetto a diritti non solo esplicitamente ma anche implicitamente riconducibili ad altre norme costituzionali. Difatti, non si esclude che l'art. 2 operi, in sede di interpretazione, come principio espansivo do-

⁽⁹²⁾ A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, op. cit.

⁽⁹³⁾ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, op. cit., p. 2.

⁽⁹⁴⁾ E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, op. cit.

⁽⁹⁵⁾ A. PIZZORUSSO, *Delle persone fisiche*, op. cit., p. 30.

⁽⁹⁶⁾ E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, I, Torino, 2006, p. 46 ss.

tato di grande forza maieutica nell'opera di individuazione dei diritti oltre quelli enumerati ⁽⁹⁷⁾.

b. L'altro snodo importante per comprendere il modo in cui la Costituzione repubblicana considera i diritti fondamentali è contenuto nell'art. 3. Le due regole contenute nel 1° comma della « pari dignità sociale » e giuridica (a prescindere dalle « differenti condizioni sociali e personali ») descrivono lo sfondo sociale della Costituzione ⁽⁹⁸⁾. Tali previsioni non enunciano astrazioni ma principi che hanno una base concreta, che postula la necessità di considerare tutti gli uomini come potenzialmente titolari di eguali situazioni giuridiche sia attive che passive.

Il principio di eguaglianza non esclude, come è stato affermato in dottrina, la tutela della diversità, di modo che il 1° comma dovrà essere interpretato nel senso che deve aversi « pari trattamento tra situazioni eguali », con conseguente cancellazione delle diversità, e « trattamento differente fra situazioni diverse », senza cancellare le differenze ma avendo rispetto per esse.

L'eguaglianza del 1° comma, detta formale, è completata con la previsione dell'art. 3, 2° comma, che introduce l'eguaglianza di tipo sostanziale. Esso si può scomporre in tre principi ⁽⁹⁹⁾: quello che assegna alla Repubblica il compito di « rimuovere gli ostacoli » che la persona trova durante il cammino della vita; quello che deriva dalla previsione della necessità di far partecipare tutti i lavoratori all'organizzazione del Paese; quello della tutela degli interessi che travalicano la sfera individuale, perché hanno una dimensione collettiva e non individualistica.

Proprio sotto questo aspetto si suole ricondurre alla affermazione

⁽⁹⁷⁾ La svolta verso la lettura aperta dell'art. 2 Cost. si è consolidata nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sent. n. 561 del 1987, in materia di libertà sessuale. Precedentemente la Corte si era espressa per una lettura aperta dell'art. 2 Cost. solo nel caso dei diritti dei transessuali (sent. n. 161 del 1985). In quel caso però già la legge aveva riconosciuto alcuni diritti in materia di rettificazione del sesso e la Consulta si era limitata a rilevare che tale riconoscimento non contrastava con la Costituzione, affermando incidentalmente il diritto all'identità sessuale sulla base dell'art. 2 Cost. V. sul punto BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit., p. 24 ss.; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, p. 53 ss.

⁽⁹⁸⁾ F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003.

⁽⁹⁹⁾ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit., p. 91.

espressa dell'eguaglianza sostanziale l'inserimento dei diritti sociali entro il catalogo costituzionale, in ragione del fatto che questi ultimi avrebbero il loro *proprium* nella rimozione di quegli ostacoli che di fatto impediscono la partecipazione di tutti alla vita civile, politica ed economica ⁽¹⁰⁰⁾. Allo stesso modo l'art. 3, 2° comma, Cost. è considerato (insieme all'art. 2) la matrice che porta al riconoscimento e alla tutela di interessi diffusi e collettivi (si pensi alla tutela dei consumatori o al tema della tutela ambientale ⁽¹⁰¹⁾).

c. Insieme agli artt. 2 e 3, un altro gruppo di principi importanti per identificare la categoria dei diritti fondamentali è contenuto nell'art. 4. Il lavoro è un segno distintivo netto tanto dello sviluppo della personalità dell'uomo quanto del pluralismo su cui si fonda il nostro ordinamento. Nell'ambito della libertà e della pari dignità, infatti, il principio lavoristico è il più idoneo ad esprimere il valore della persona. L'importanza di questo principio si comprende bene guardando al folto numero di disposizioni dedicate al rapporto di lavoro, alle condizioni del lavoratore e alla tutela dei soggetti deboli contenute nella prima parte della Costituzione.

A chiusura dell'argomento dei diritti fondamentali occorre un accenno al problema dei nuovi diritti. Abbiamo fatto accenno in precedenza all'art. 2 della Costituzione ed al fatto che esso è stato ritenuto dalla Corte costituzionale come una « clausola aperta » mediante la quale vengono fatto confluire diritti non previsti espressamente in Costituzione nella categoria dei diritti fondamentali. Tratteremo nel prosieguo le implicazioni di questa impostazione, ma vogliamo fin da ora sottolineare che anche dopo molti anni tale tema non ha perso di interesse. Nonostante vi siano state numerose sentenze della Corte costituzionale che hanno riconosciuto il valore a nuove pretese soggettive, il tema dei nuovi diritti riveste oggi un'importanza decisiva soprattutto in un momento in cui si registra, accanto alla proclamazione, anche una moltiplicazione delle sedi giurisdizionali dei diritti ⁽¹⁰²⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. Romboli, Torino, 1994, p. 79 ss.

⁽¹⁰¹⁾ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, op. cit.

⁽¹⁰²⁾ M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei « nuovi diritti »*, op. cit., p. 538 ss.

3.3. *Diritti dell'uomo*

Quando parliamo di diritti umani come di una categoria, di solito ci riferiamo al modo in cui i diritti sono stati tradotti nel linguaggio del diritto internazionale. In precedenza abbiamo indicato quale è l'atto che si assume a fondamento del discorso sui diritti dell'uomo, cioè la Dichiarazione universale del 1948, ora dobbiamo interrogarci su quale è il contenuto di questo atto. Ripartiamo dal motivo che spinse in seno alle Nazioni Unite ad approvare dopo poco tempo un catalogo di diritti ⁽¹⁰³⁾. La formulazione della Dichiarazione avviene all'interno di un cammino che ha la sua origine nella stessa reazione delle potenze alleate ai tragici eventi accaduti durante il XX secolo e si basa, infatti, sul rifiuto generalizzato nei confronti dell'aberrante sterminio di massa dei popoli ⁽¹⁰⁴⁾. Nella Dichiarazione per la prima volta trova affermazione l'idea secondo cui l'esistenza e la legittimità dei diritti deve essere del tutto indipendente dal loro riconoscimento da parte, non solo dei governi, ma anche della stessa società. In una parola, l'obiettivo della Dichiarazione è quello di cristallizzare i diritti in una visione storica e neutra considerandoli come delle « proprietà » inerenti la condizione umana. Nella Dichiarazione, infatti, i diritti umani sono al contempo « fondanti » e « infondati » ⁽¹⁰⁵⁾. Evocano l'essere umano come tale eppure non sono radicati in nessun ordinamento perché sono *meta* statuali ⁽¹⁰⁶⁾.

Quello che intendiamo dire è ben descritto nella Dichiarazione e dunque vale la pena di analizzarlo brevemente. La carta non sceglie alcuni diritti come fondamentali. Al contrario presenta tutti i diritti come indispensabili allo sviluppo della personalità di ogni essere umano. Certamente il principio che ispira la carta è l'eguaglianza. Nei primi articoli ci si riferisce a tale principio non solo attraverso la sua menzione espressa ma anche mediante la formulazione del divieto di discriminazioni e l'impossibilità di distinguere tra cittadini e stranieri. Seguono poi, nei successivi articoli, l'elencazione e l'esposizione dei contenuti dei singoli di-

⁽¹⁰³⁾ M.A. GLENDON, *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione universale dei diritti umani*, Macerata, 2009.

⁽¹⁰⁴⁾ P. COSTA, *Dai diritti del cittadino ai diritti dell'uomo: alle origini della Dichiarazione dell'ONU del 1948*, *op. cit.*, p. 15 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, *op. cit.*, p. 400.

⁽¹⁰⁶⁾ *Op. ult. cit.*, p. 401.

ritti. Si ritrovano in sostanza le grandi categorie che abbiamo già visto nel caso dei diritti fondamentali: diritti civili, diritti politici e diritti sociali.

4. Sfere

Il terzo modo in cui si declina la *dilatazione* del discorso sui diritti è rappresentata dalla estensione della tutela dei diritti a situazioni prima non tutelate. Abbiamo detto in avvio del presente saggio che l'attuale stagione dei diritti fondamentali è caratterizzata dal fenomeno della espansione della tutela che si manifesta in vari modi. Vi è una moltiplicazione dei diritti (fondamentali) che si esprime attraverso l'adozione di nuove carte fondamentali e la creazione di sedi giudiziarie a livello sovranazionale, ma vi è soprattutto un fenomeno di creazione giurisprudenziale di « nuovi » diritti e l'allargamento delle fattispecie di danno non patrimoniale risarcibili ⁽¹⁰⁷⁾. Abbiamo usato a tale proposito l'espressione « sfere ». La parola vuole evocare le dimensioni della libertà che variano a seconda dei contesti in cui si esplicano i comportamenti umani e la qualificazione giuridica che essi conseguentemente assumono.

4.1. Eguaglianza e divieto di discriminazioni nel diritto europeo

Del principio di eguaglianza e delle sue caratteristiche abbiamo già parlato in precedenza all'interno dei diritti fondamentali. In questo paragrafo analizzeremo le trasformazioni più recenti che ha subito tale principio.

È noto che l'affermazione dei diritti lungo la storia è avvenuta soprattutto realizzando le istanze di eguaglianza e redistribuzione di coloro che non ricevevano garanzia delle proprie aspettative attraverso l'azione dei regimi politici. Il percorso storico e le numerose accezioni che questo principio assume nei vari campi della vita sono anche alla base dei molteplici significati che l'eguaglianza riceve nel linguaggio giuridico ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei « nuovi diritti »*, op. cit., p. 537 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ L. PALADIN, *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 521 ss.

Lasciando da parte le problematiche relative al valore dell'eguaglianza nel diritto interno ⁽¹⁰⁹⁾, concentriamoci sulle evoluzioni che questo principio ha avuto soprattutto nel diritto comunitario ⁽¹¹⁰⁾.

Nell'ambito europeo il principio di eguaglianza trova espressione, sia a livello normativo che a livello giurisprudenziale, come principio di non discriminazione in base alla nazionalità ed è qualificato come un principio generale di diritto comunitario ⁽¹¹¹⁾, nel senso che le relative norme contenute nel Trattato sono considerate quali manifestazione dei principi applicabili a tutti i soggetti dell'ordinamento. Oggi queste previsioni sono rafforzate dalla incorporazione della Carta di Nizza, nella quale oltre che nel preambolo, l'eguaglianza è oggetto di svariate previsioni del capo III, all'interno del quale compaiono riferimenti anche al principio di non discriminazione in base ad un ampio catalogo di elementi: sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione, ecc. ⁽¹¹²⁾.

In questa sede occorre segnare la forza espansiva assunta dal principio di non discriminazione all'interno del percorso evolutivo del diritto europeo e i riflessi che esso ha avuto all'interno del nostro ordinamento ⁽¹¹³⁾. Originariamente, infatti, il divieto di discriminazioni è stato pre-

⁽¹⁰⁹⁾ A. CELOTTO, *Art. 3*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, I, Torino, 2006, p. 65 ss.

⁽¹¹⁰⁾ A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, 2006, p. 365 ss.; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, *op. cit.*, p. 15 ss.; G.P. DOLSO, *Art. 3 (commento a)*, in *Commentario breve alla Costituzione* a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, p. 15 ss.

⁽¹¹¹⁾ L'art. 18 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (*ex art. 12 del TCE*) prevede che « Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità ». C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008, p. 15 ss.

⁽¹¹²⁾ Nella Carta compaiono altresì disposizioni che mirano a tutelare anche il principio di eguaglianza inteso in senso sostanziale: non solo ciò si riscontra negli artt. 23, con riferimento alla parità tra uomini e donne; 24, sui diritti del bambino; 25, sui diritti degli anziani; 26, sull'inserimento dei disabili; ma anche, più in generale, nell'ambito del capo IV della Carta dedicato alla « solidarietà ».

⁽¹¹³⁾ Si veda a tale proposito la recente sentenza C-555/07 « Küçükdeveci ». M. PACINI, *Il principio generale europeo di non discriminazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 8, 2010, p. 779 ss.

visto con valore esclusivamente strumentale rispetto alle libertà previste nei trattati. È questa caratteristica che, come ha sottolineato la dottrina, segna una differenza netta tra il principio di « non discriminazione » comunitario e il principio di eguaglianza a livello nazionale ⁽¹¹⁴⁾.

Nella esperienza effettiva questo principio ha ricevuto una caratterizzazione diversa ed una applicazione ben più ampia, soprattutto da parte della Corte di Giustizia che ha inteso estendere l'ambito di applicazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità sotto due profili: la Corte, infatti, da un lato ha allargato lo spettro dei soggetti tutelati dal principio, mostrandosi disposta a ritenere rilevanti per il diritto comunitario un ampio numero di discriminazioni sulla base della nazionalità, considerandole quali ostacoli alla libera circolazione delle persone ⁽¹¹⁵⁾, e dall'altro ha esteso la portata oggettiva del divieto di discriminazione in base alla nazionalità attraverso una lettura ampia della disposizione contenuta nell'art. 7 del Regolamento n. 1612/68 (e successive modifiche), che garantisce ai lavoratori di altri stati membri gli stessi « vantaggi sociali e fiscali » previsti per i lavoratori nazionali ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁴⁾ « L'eguaglianza è tutelata come un valore in sé che trova la sua giustificazione ontologica nel rispetto dell'eguale dignità di tutti gli essere umani e nella garanzia dei diritti fondamentali, non come un principio meritevole di tutela perché utile a rimuovere gli ostacoli al raggiungimento di obiettivi meramente economici ». Cfr. S. SPINACI, *Divieto comunitario di discriminazione in base alla nazionalità e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2007, p. 243.

⁽¹¹⁵⁾ La Corte di Giustizia ha usato il principio di non discriminazione per sanzionare le norme interne concernenti l'accesso alle prestazioni sociali: il giudice comunitario, infatti, ha inserito i servizi di *welfare* nel campo di applicazione dell'art. 12, riconoscendo il diritto alla parità di trattamento tra cittadini di altri Stati membri e cittadini nazionali dello Stato ospitante nell'accesso ai vantaggi sociali. Punto di avvio di questo orientamento sono certamente le sentenze che hanno dato un'interpretazione estensiva delle norme sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità nell'accesso ai benefici di *welfare* da parte degli studenti universitari. V. da ultimo la causa C-73/08 « Bressol ». In dottrina si richiamano i lavori ricostruttivi di A.P. VAN DER MEI, *Free movement of persons within the European Community: cross-border access to public benefits*, 2003; S. GIUBBONI, *Free movement of persons and European solidarity*, in *European Law Journal*, 3, 2007, p. 360 ss.; P. WATSON, *European Court of Justice. Creative Responses in Uncharted Territory*, in *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, a cura di M. Langford, Cambridge, 2009.

⁽¹¹⁶⁾ La nozione di « vantaggi sociali » è stata intesa dalla Corte di Giustizia in modo così ampio da comprendere prestazioni a favore del singolo lavoratore, dei suoi familiari

L'effetto di questa giurisprudenza è chiaro: equiparare il cittadino di un altro stato membro a quelli del paese ospitante quanto al godimento dei diritti sociali. Mediante un approccio che si basa molto sul dogma dell'integrazione, la Corte ha assicurato una rilevante partecipazione dei *not nationals* alle più importanti forme della cittadinanza sociale degli stati membri, consentendo, prima ai lavoratori migranti e ora a tutti i cittadini europei, il pieno e paritario accesso alla gamma dei servizi e delle prestazioni sociali garantiti ai propri cittadini dagli stati ospitanti ⁽¹¹⁷⁾. È evidente che questa giurisprudenza ha un rilievo di non poco momento sulle reti di protezione sociale previste negli stati membri; rilievo, tra l'altro, destinato ad accrescersi per via dei condizionamenti derivanti dall'unione monetaria e dal patto di stabilità ⁽¹¹⁸⁾.

4.2. *Consenso informato e diritto a rifiutare le cure*

L'estensione del significato e della portata riconosciuta ai diritti previsti in Costituzione si riscontra in modo netto nel campo del « diritto alla salute » ⁽¹¹⁹⁾. Tale principio costituzionale – secondo l'efficacia propria principi – nella sua proiezione attuativa ha generato nell'ordinamento giuridico una numerosa serie di pretese giuridiche a determinati comportamenti pubblici, pretese di astensione e situazioni soggettive di vantaggio e di svantaggio dirette verso gli altri consociati. Dalla salute si sono sviluppati due livelli fondamentali di garanzia strettamente connessi:

ed anche diritti tradizionalmente non afferenti alla sfera della legislazione sociale. Tale interpretazione è stata giustificata dal fatto che, ai fini dell'inclusione o meno di uno specifico diritto nello spettro dei vantaggi sociali non discriminabili, i giudici comunitari hanno spesso ritenuto determinante l'incidenza di tale diritto sulle possibilità di integrazione del lavoratore e della sua famiglia nella società dello stato ospitante. V. M. COUSINS, *Free Movement of Workers, EU Citizenship and Access to Social Advantages*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 2007, p. 343 ss.

⁽¹¹⁷⁾ S. SPINACI, *Divieto comunitario di discriminazione in base alla nazionalità e principio costituzionale di eguaglianza*, op. cit., p. 254.

⁽¹¹⁸⁾ C. PINELLI, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2, 2008, p. 251 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Su tale tema sia consentito il rimando a: A. SIMONCINI-E. LONGO, *Art. 32 (commento a)*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di M. Olivetti-A. Celotto-R. Bifulco, I, Torino, 2006, p. 655 ss.

un primo denominato di « garanzia negativa o passiva », che si risolve nella pretesa a che terzi si astengano da qualsiasi comportamento pregiudizievole, predisponendo mezzi inibitori, ripristinatori e risarcitori nel caso di lesioni della sfera di salute individuale; un secondo livello di c.d. « garanzia attiva », a cui si collega la pretesa positiva dell'individuo alla esistenza ed utilizzabilità dei mezzi terapeutici necessari per la tutela della salute.

Negli ultimissimi anni, contemporaneamente all'affievolirsi dei problemi giuridici legati alla garanzia negativa, ha fatto eco l'intensificarsi delle questioni concernenti le scelte terapeutiche, riassumibili nell'ampio concetto di « cure ». Quest'ultimo campo appare estremamente paradigmatico, poiché contiene tanto aspetti contrassegnati dai c.d. diritti a prestazioni tanto aspetti di libertà immediatamente attivabili, *rectius* non condizionati dall'attuazione che ne dà il legislatore. Nel primo tipo rientra sicuramente il diritto alle prestazioni sanitarie, nel secondo tipo, invece sia quello che una parte della dottrina chiama « diritto al rifiuto delle cure » sia la cd. libertà di cura (scelta del medico e della terapia) e il diritto al consenso informato. È in questo settore (scelta terapeutica) che negli ultimi anni si sono concentrati i maggiori sforzi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità e si sono avuti i più aspri contrasti in seno alla dottrina tanto costituzionalistica quanto civilistica.

Ricordo, per l'importanza che ha avuto in quest'ultimo senso, il caso di E. Englaro e la decisione emessa dalla Cassazione nell'ottobre del 2007 ⁽¹²⁰⁾. Il caso è talmente noto da non richiedere di spendere parole a narrare la vicenda. Il nodo essenziale che la Cassazione doveva affrontare riguardava la richiesta del padre di Eluana di interrompere l'alimentazione artificiale della figlia. Nella sentenza la prima sezione civile della Cassazione sviluppa un'argomentazione che muove dal principio del « consenso informato » ⁽¹²¹⁾ alle cure mediche e si concentra sul problema di come individuare la volontà del malato in stato vegetativo. Il principio

⁽¹²⁰⁾ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, 6, p. 508.

⁽¹²¹⁾ Questo principio, come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza 438 del 2008, trova la sua base innanzitutto nei precetti contenuti negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione. C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 3, 2008, p. 545 ss.; R. BALDUZZI-D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 9, 2008, p. 4953 ss.

cui giungono i giudici di legittimità è che in casi di stato vegetativo permanente, in cui non vi siano possibilità di recupero della coscienza, qualora si possa dedurre da « elementi di prova chiari, univoci e convincenti » che l'idea stessa della dignità della persona del malato lo porterebbe ad interrompere il trattamento, il giudice può autorizzare l'interruzione se richiesta dal tutore ⁽¹²²⁾. Gli elementi indicati dalla Corte per ricostruire gli intendimenti dell'incapace sono due: le sue dichiarazioni precedenti, ovvero la sua personalità, lo stile di vita, i convincimenti e l'idea di dignità della persona. Ambedue debbono essere ricostruiti secondo elementi di prova chiari univoci e convincenti. Dunque, il paziente incapace non perde il proprio diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma questo deve essere esercitato dal tutore, il quale è tenuto ad « agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente (...) tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni (...) ⁽¹²³⁾ » ⁽¹²⁴⁾.

4.3. *Danno psichico e danno esistenziale*

Tra le situazioni soggettive legate alla tutela della salute, l'« integrità fisica » ⁽¹²⁵⁾ è certamente quella cui l'ordinamento ha assicurato da più tempo protezione. Già nel periodo precedente all'approvazione della Costituzione, esisteva una disciplina, tanto civile che penale, consistente nel divieto per l'individuo di disporre del proprio corpo – inteso quale

⁽¹²²⁾ A. D'ALOIA, *Il diritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2009, p. 370 ss.; F. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e « progetto di vita »*, in *Politica del diritto*, 3, 2009.

⁽¹²³⁾ Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, 6, p. 508, par. 7.3.

⁽¹²⁴⁾ Critici su questo passaggio (essenziale) della sentenza A. SIMONCINI-O. SNEAD, *Persone incapaci e decisioni di fine vita (con uno sguardo oltreoceano)*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2010, p. 15 ss.

⁽¹²⁵⁾ Per la nozione di integrità fisica si veda G. GEMMA, *Integrità fisica*, in *Dig. pubbl.*, VIII, Torino, 1993.

oggetto autonomo su cui esercitare i propri poteri e diritti reali e personali – finalizzata al mantenimento dell'integrità biologica (art. 5 c.c.) e una serie di sanzioni dirette a colpire la lesione di particolari aspetti del bene salute (artt. 581 « lesioni e percosse » e 582 « lesione personale » c.p.).

Anche dopo l'approvazione della Costituzione per un certo periodo il tema dell'integrità psicofisica è stato inizialmente affrontato sempre secondo il medesimo approccio. La Carta fondamentale, tuttavia, aveva segnato un punto di passaggio epocale, riconoscendo da un lato una « posizione centrale alla tutela e alla realizzazione della persona umana, (...) intesa come qualcosa di assolutamente unico e non separabile, composto di corpo e mente », e dall'altro sancendo la fundamentalità del diritto alla tutela della salute senza porre distinzioni tra aspetti della stessa. In ossequio alla concezione unitaria della persona umana, la tutela dell'integrità fisica ha dunque assunto un valore diverso, non potendosi parlare più di « parti da staccare », ma di una condizione, uno stato da garantire cui si collega non un « potere », ma una « libertà » di disporre. La nuova protezione a livello costituzionale ha imposto il superamento di una visione patrimonialistica della persona e soprattutto l'adeguamento di questo concetto ai rapidi mutamenti sociali ⁽¹²⁶⁾.

Il rapporto tra salute e integrità psicofisica ha rappresentato anche la base del cammino giurisprudenziale sulla risarcibilità prima del danno cd. biologico e poi del danno cd. esistenziale.

La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto espressamente l'esistenza di questa nuova categoria ⁽¹²⁷⁾ sulla spinta di diverse pronunce dei giudici di merito e della Suprema Corte di Cassazione ⁽¹²⁸⁾. Da queste prime pronunce dei giudici di legittimità – cui ha fatto seguito una presa

⁽¹²⁶⁾ Fu così che sulla fine degli anni sessanta il legislatore intraprese un lungo percorso legislativo diretto a riconoscere tutela ad aspetti della persona umana fino ad allora privi di disciplina, percorso avviato con la legge sulla donazione degli organi ed oggi sol provvisoriamente concluso dalla legge sulla « procreazione medicalmente assistita » (l. n. 40/2004).

⁽¹²⁷⁾ Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Dir. Pen. e Processo*, 2004, 5, p. 568 nota di Fondaroli.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. in particolare Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 in *Dir. Pen. e Processo*, 2004, 5, p. 568 nota di Fondaroli e Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *Mass. Giur. It.*, 2003.

di posizione delle Sezioni Unite nel 2008 ⁽¹²⁹⁾ – emerge chiaramente che nella tutela risarcitoria del danno non patrimoniale sono compresi « sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona ⁽¹³⁰⁾ ». Ma ciò che più rileva è che la Cassazione, prima, e i giudici costituzionali, poi, hanno ricondotto tutte queste fattispecie di danno direttamente alle previsioni dell'art. 2059 c.c., nel quale non è impressa più una funzione sanzionatoria, ma un'impostazione tipizzante, in base alla quale la norma in essa contenuta può evolvere non solo attraverso un ampliamento degli illeciti tipizzati, ma anche con la tutela in via diretta di interessi la cui disciplina legale imponga, per la forza che è implicita nell'inviolabilità dei diritti della persona, la tutela minima ed essenziale del risarcimento del danno, esteso anche ai pregiudizi non patrimoniali.

Come si può notare, sussumere la protezione (legislativa) della integrità (psico)fisica, nel più ampio e dinamico ambito della tutela (costituzionale) della salute, ha permesso un notevole arricchimento del contenuto di tale principio, dilatandone al medesimo tempo le potenzialità e le possibilità di azione.

4.4. Mobbing

Il *mobbing* può essere considerato come un caso emblematico di riconoscimento dell'ampiezza delle fattispecie rientranti nel danno esistenziale, e di come questo rappresenti più che una condotta tipizzata in un comportamento dagli incerti contorni consistente in pratiche vessatorie, persecutorie e finanche espulsive ai danni della dignità del lavoratore. Sulla scorta di una serie di indagini volte a tipizzare comportamenti di questo tipo all'interno della sfera lavorativa, anche in Italia dottrina e

⁽¹²⁹⁾ Cfr. Cass., Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Mass. Giur. It.*, 2003.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Mass. Giur. It.*, 2003.

giurisprudenza hanno maturato la consapevolezza teorica e poi pratica che all'interno dell'ambiente di lavoro è possibile non solo un rischio e una lesione per la integrità psico-fisica del lavoratore, ma anche del suo diritto alla salute in un'accezione più ampia, comprendente tutti quegli aspetti legati alla dimensione esistenziale della persona. Nonostante sia studiato da molti anni, è solo da poco che la giurisprudenza ha riconosciuto il fenomeno e gli ha conferito una tutela apposita. Non esiste, invece, una tutela legislativa contro queste condotte, nonostante alcune regioni abbiano tentato di introdurre leggi in materia per attuare la loro competenza su « tutela e sicurezza sul lavoro »⁽¹³¹⁾.

Malgrado l'attesa durata molti anni, non possiamo non riconoscere che oramai la giurisprudenza sul punto si sia consolidata attorno ad una serie di fattispecie tipiche tra cui ha particolare rilievo la lettura « aperta » dell'art. 2087 del codice civile, inteso come « generale obbligo di sicurezza » a cui il datore di lavoro è obbligato nei confronti del lavoratore.

Quello che però ci interessa sottolineare è che anche il *mobbing* ha goduto della « multi direzionalità » delle forme di tutela giuridica della salute, che è da legare alla considerazione complessiva della persona umana inaugurata dalla giurisprudenza costituzionale già negli anni '70⁽¹³²⁾.

4.5. *Informazione e riservatezza*

La dilatazione degli ambiti di tutela è stata usata anche per colmare vuoti di tutela legislativa in settori essenziali della vita. Il caso più emblematico è certamente quello del diritto alla riservatezza, un diritto tipico degli ordinamenti di *Common Law*, tanto che negli ordinamenti dell'Europa continentale si preferisce recepirlo conservando la denominazione inglese di « privacy »⁽¹³³⁾. Non senza alcune perplessità della dottri-

⁽¹³¹⁾ Cfr. E. LONGO, *Regioni e diritti*, Macerata, 2007. Su questo aspetto V. in particolare Corte cost. sent. n. 359/2003.

⁽¹³²⁾ A. SIMONCINI-E. LONGO, *Art. 32 (commento a)*, op. cit.

⁽¹³³⁾ L. BRANDEIS-S. WARREN, *The right to privacy*, in *Harv. L. Rev.*, 1890, pp. 290-320.

na⁽¹³⁴⁾, si suole collocare il diritto alla riservatezza tra i diritti inviolabili menzionati dall'art. 2 Cost. Questo assunto è frutto di una elaborazione giurisprudenziale⁽¹³⁵⁾ che, nella prospettiva di stabilire un limite al concetto di « interesse pubblico alla notizia », esclude l'esistenza di un diritto della collettività a penetrare nella sfera intima della vita dell'individuo senza una ragione⁽¹³⁶⁾. Il diritto alla riservatezza, perciò, trova una tutela specifica all'interno della Costituzione, nonostante essa, al contrario di altre fonti⁽¹³⁷⁾, non contenga un riferimento esplicito alla tutela di questo bene. Pertanto, si tratta di una tutela che si esprime attraverso la lettura combinata di vari articoli della Carta fondamentale⁽¹³⁸⁾, in linea con la constatazione che una sfera di tutela della vita privata del soggetto debba essere garantita, in quanto espressione necessaria della rilevanza fondamentale che la persona ha acquisito nel sistema costituzionale, con la conseguenza che il legislatore ordinario godrebbe di una discrezionalità sul *quomodo*, ma non sull'*an* della tutela⁽¹³⁹⁾.

(134) Nel nostro paese l'emergere di questo diritto ha dovuto fare i conti con l'esistenza all'interno dei diritti della personalità del « diritto alla riservatezza » che era stato elaborato dalla dottrina (soprattutto civilistica) per rispondere all'esigenza di tutelare la sfera delle comunicazioni. La volontà di salvare schemi dottrinali già consolidati ha spinto molti autori ad una certa cautela verso l'esportazione nel nostro ordinamento delle categorie del diritto alla *privacy*. Solo sul finire degli anni '80, dopo le aperture della Cassazione e della Corte costituzionale, la situazione è cambiata tanto che si è iniziato a parlare non solo di riservatezza ma anche più precisamente di « diritto alla *privacy* ». A. BALDASSARRE, *Il diritto alla privacy e la comunicazione elettronica*, in *Percorsi costituzionali*, 1, 2010, p. 49 ss.

(135) A partire della nota sentenza Cass. 22 dicembre 1956, n. 4487, in *Giur. It.*, 1957, I, 1, p. 366. Orientamento affinato e ribadito nelle note sentenze Cass. 20 aprile 1963, n. 990, in *Foro It.*, 1963, I, p. 887; Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in *Mass. Giur. It.*, 1975, p. 594. Per la giurisprudenza costituzionale v. *ex multis* la sentenza n. 81/1993. V. la nota di A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di « comunicare riservatamente » (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur. cost.*, 2, 1993, pp. 742-748.

(136) D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006, p. 4 ss. ha rilevato che in realtà ancora oggi la nostra dottrina si mostra incerta nell'individuare il fondamento costituzionale del diritto alla *privacy*.

(137) Si pensi all'art. 8 della CEDU.

(138) Problematicamente A. PACE-M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Bologna-Roma, 2006, p. 136 ss.

(139) G. GIACOBBE, *Diritto alla riservatezza*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1243 ss.; F. GAMBINI, *Art. 21 (commento a)*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, p. 132.

Anche su un piano più propriamente normativo deve essere sottolineato che per molti anni nel nostro paese è mancata una disciplina specifica in tema di riservatezza ⁽¹⁴⁰⁾; una assenza cui potevano supplire solo le scarse disposizioni del codice civile in materia di diritti della persona (nome, identità, ecc.) ⁽¹⁴¹⁾. Solo con l'approvazione della legge n. 675/1996 e poi con il codice in materia di protezione dei dati personali nel 2003 questa situazione è mutata, al punto che – come è stato variamente sostenuto – il vecchio « diritto ad essere lasciati soli » avrebbe lasciato il posto ad un complesso di tutele che offrono all'individuo il controllo sulle informazioni che lo riguardano ⁽¹⁴²⁾.

L'evoluzione del quadro normativo e giurisprudenziale sul punto ha costretto la dottrina e la giurisprudenza ad un intenso lavoro di ricerca rivolto a ricomporre unitariamente il fondamento, l'oggetto e gli strumenti giuridici di garanzia della riservatezza che mostra i profili ancora problematici sia della disciplina sia della configurazione di un vero e proprio diritto alla riservatezza. Come è noto, prima dell'entrata in vigore della legge del 1996 si distinguevano nel diritto alla riservatezza due aspetti: il profilo originario di tale diritto, consistente nel diritto alla conoscenza esclusiva delle proprie vicende, e il profilo dinamico, frutto dell'era tecnologica, relativo all'interesse al controllo dei propri dati. Il decreto-legislativo del 1996 ed ancor più il codice del 2003 hanno di fatto sfumato i contorni del diritto alla riservatezza, sia accompagnando quella tendenza alla sovrapposizione con altri diritti (tutela dell'identità personale, l'onore, l'autodeterminazione, l'integrità psicofisica, ecc.) sia lasciando che cambiasse la concezione che le persone hanno della propria sfera privata e dei fatti che li riguardano ⁽¹⁴³⁾. Non è un caso che la

⁽¹⁴⁰⁾ M. DOGLIANI, *Diritto di accesso e diritto alla riservatezza: le tecniche di regolazione*, in *La legge italiana sulla privacy*, a cura di M.G. Losano, Roma-Bari, 2001, p. 5 ss.; V. MARCENÒ, *L'inserimento della legge sulla privacy nel sistema giuridico italiano*, in *La legge italiana sulla privacy*, a cura di M.G. Losano, Roma-Bari, 2001, p. 29 ss.

⁽¹⁴¹⁾ A. SIMONCINI, *Il sistema delle fonti normative*, in *Il trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1999; G. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino, 2006, p. 617 ss.

⁽¹⁴²⁾ A questo proposito la legge contiene anche l'istituzione di un'autorità garante che esercita una serie di funzioni amministrative e regolative.

⁽¹⁴³⁾ D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, *op. cit.*, p. XII.

persona l'individuo tenda a percepire soprattutto la cd. « burocrazia » derivante dalla privacy (ogni qual volta si rapporta con la pubblica amministrazione, con un ente di qualsiasi tipo, con un'impresa, ecc.) così che più che di riservatezza oggi si punta l'accento sui meccanismi per « arginare l'individuo dai condizionamenti che possono derivare dalla massiccia raccolta di dati e dal controllo sulle relative informazioni » (tra i quali il principale è certamente il « consenso » ⁽¹⁴⁴⁾).

5. Spunti conclusivi

La panoramica che abbiamo sommariamente descritto rivela che sul terreno dei diritti fondamentali stiamo assistendo ad evoluzioni epocali sia in riferimento ai rapporti tra cittadini e autorità sia sul piano dei rapporti tra diversi tipi di istituzioni.

In questo processo vi sono molte luci, ma non mancano certo una serie di ombre che destano preoccupazione per lo studioso dei diritti. Riprendendo quanto già è stato rilevato in dottrina segnaliamo tre questioni che sono divenute oramai decisive nelle democrazie contemporanee.

La *prima* è la marginalizzazione dei parlamenti nazionali come luogo di negoziazione politica e di decisione istituzionale ⁽¹⁴⁵⁾. È in atto una tendenza a esautorare le istituzioni politiche e in particolare la via legislativa nella ricerca di risposte ai nuovi bisogni ⁽¹⁴⁶⁾. Questo fenomeno alla lunga può alterare il corretto rapporto tra organi politici e organi di garanzia, snaturando anche il ruolo complessivo del potere giudiziario che nella Costituzione italiana era stato pensato come potere-non potere.

⁽¹⁴⁴⁾ Se si guarda al ruolo del « consenso » nella disciplina a protezione dei dati personali quanto si dice è molto chiaro. L'acquisizione del consenso per procedere al trattamento dei dati personali non è posto a tutela dell'individuo, per far opporre la garanzia della sua sfera di intimità, ma solo garantire contro possibili abusi dei dati, cioè come strumento di supporto al controllo pubblico dei dati personali e più latamente per verificare la rispondenza del trattamento alle norme di legge. V. *op. ult. cit.*, p. XIII.

⁽¹⁴⁵⁾ La marginalizzazione può essere rappresentata anche in termini quantitativi. Cfr. A. SIMONCINI-E. LONGO, *Legislazione statale: dati, tabelle e grafici relativi al decennio 1998-2008*, in www.osservatoriosullefonti.it.

⁽¹⁴⁶⁾ Questa tendenza si sta consumando anche nel rapporto tra livello interno e livello sovranazionale. P. CARETTI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali prima e dopo il trattato di Lisbona*, in www.osservatoriosullefonti.it.

La *seconda* è la marginalizzazione delle Corti costituzionali a favore tanto dei giudici europei quanto dei giudici nazionali ⁽¹⁴⁷⁾. Ad essere estromessa, insieme alla legge e al Parlamento, è anche la Corte costituzionale, garante dei diritti nella forma del giudizio sulle leggi. Sempre più raramente la giurisprudenza costituzionale approva sentenze riguardanti in modo chiaro e inequivoco i diritti della persona. La Corte tende a tenere un comportamento notevolmente prudente quando si tratta di diritti, mostrandosi per contro sempre più come un vero e proprio arbitro dei conflitti tra poteri. È chiaro che la dispersione della garanzia dei diritti presso i giudici comuni e presso le sedi europee può facilmente lasciare i diritti fondamentali alla mercé delle preferenze soggettive del singolo giudice, destando preoccupazioni in chi sottolinea la mancanza nel nostro ordinamento – a differenza dei sistemi di *Common Law* – di elementi unificanti della giurisprudenza ⁽¹⁴⁸⁾.

La *terza* è il processo in atto di « deresponsabilizzazione » dei titolare dei diritti fondamentali. La dilatazione delle situazioni soggettive che abbiamo analizzato è sempre in un verso e non corrisponde mai ad una maggiore responsabilità del singolo nei confronti della collettività. In base all'art. 2 della nostra Costituzione i diritti inviolabili devono essere legati all'esistenza di doveri di solidarietà. Una configurazione solo individualistica dei diritti non è sostenibile. Questi ultimi si legano ai doveri perché hanno un carattere intersoggettivo, senza del quale non sarebbero addirittura esercitabili. Perciò, un linguaggio dei diritti, centrato su un'immagine del « titolare » come individuo radicalmente autonomo, appare come una modalità discorsiva suscettibile di essere utilizzata – anche retoricamente – in modo errato ⁽¹⁴⁹⁾, dato che per mezzo di essa in fondo si nega ogni valenza di razionalità pratica e, soprattutto, la dimensione sociale propria della personalità umana.

⁽¹⁴⁷⁾ A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 1, 2010, p. 4 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ M. CARTABIA, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, op. cit., pp. 408-409.

⁽¹⁴⁹⁾ M.A. GLENDON, *Rights talk. The impoverishment of political discourse*, New York, 1991, p. 109 ss.