

La dignità nel rapporto di lavoro*

Rosa Casillo

1. Personalità morale del lavoratore e obbligazione del datore	220
2. Dall'autorità-libertà all'autorità-dignità	223
3. Dignità e diritti fondamentali: norme costituzionali e giurisprudenza della Corte	226
4. La dignità tra subordinazione e iniziativa economica	234
5. Se la dignità possa ammettere una potestà punitiva tra privati	238
6. Controllo occulto e a distanza: quando la dignità si confonde con la <i>privacy</i>	240
7. La dignità professionale e l'intreccio con quella umana. A proposito del <i>mobbing</i>	244
8. Discriminazioni e molestie: rapporto con la dignità umana e sociale	246
9. Violazione della dignità e tecniche di tutela.	249
10. Rimedio risarcitorio per equivalente	253

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 71/2008

1. Personalità morale del lavoratore e obbligazione del datore

È noto il ruolo determinante che, nella costruzione storica del diritto del lavoro, ha assunto il rilievo della «persona» del lavoratore. Rilievo che emerge per la contrapposizione tra autorità e libertà immanente nella struttura stessa del rapporto di lavoro, al cui interno vengono esercitati i poteri direttivo, di vigilanza e disciplinare del datore. Inoltre, alla subordinazione tecnica, così intesa, si affianca quella socio economica determinata dalla mancanza, presso il prestatore subordinato, di una propria organizzazione, con conseguente natura strettamente personale del lavoro⁷⁴².

Aspetti, questi, dai quali è scaturita l'esigenza di una disciplina che, pur nella riconduzione del rapporto allo schema dei contratti di scambio, si adeguasse a che l'oggetto del contratto si rinviene non in una *res* ma nelle energie lavorative che costituiscono tutt'uno con la persona del lavoratore⁷⁴³. Una disciplina perciò informata, oltre che alla realizzazione delle necessità materiali, alla tutela della personalità del lavoratore rispetto alla quale il regime di subordinazione si pone in un rapporto di inevitabile criticità e tensione.

Dall'impossibilità di scindere il lavoro dal soggetto che lo presta deriva infatti che l'obbligo di svolgimento di attività lavorativa comprime la pienezza della proiezione esterna delle inclinazioni e valori che identificano il lavoratore come persona, «anche nella comunità di lavoro, imprimendo di conflittualità il rapporto secondo cui si dispiega il confronto tra personalità e lavoro subordinato.

Ciò che, assunto come irrisolvibile, si riflette nello stesso schema giuridico che accoglie lo svolgimento del rapporto di lavoro. Secondo l'art. 2094 c.c. il perseguimento degli scopi dell'organizzazione datoriale, da una parte, legittima l'esercizio del potere direttivo (2104 c.c.) e disciplinare (2106 c.c.) del datore di lavoro e, dall'altra, determina il sorgere degli obblighi di diligenza (2104 c.c.) e fedeltà (2105 c.c.) del prestatore che incidono sulla pienezza della manifestazione dei suoi diritti fondamentali i quali subiscono, nel rapporto di subordinazione, «una condensazione del contenuto costituzionalmente tutelato»⁷⁴⁴.

Nel contempo, la disciplina circoscrive le prerogative datoriali entro una rigida cornice di legittimità la quale, nel bilanciamento tra la tutela della personalità pretesa dal principio personalistico⁷⁴⁵ e la libertà di iniziativa economica costituzionalizzata all'art. 41, comma 1, Cost., riflette il grado di compressione della personalità che l'ordinamento considera accettabile nel contesto della subordinazione.

⁷⁴² La sottolineatura dell'autorità-libertà come elemento in caratterizzazione del rapporto di lavoro in F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, p. 77 ss.

⁷⁴³ MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 598 ss.

⁷⁴⁴ Così LAMAS, *Diritti fondamentali e contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 2, p. 443 ss. Peraltro, l'efficacia limitativa delle prerogative fondamentali del prestatore fa dell'azienda una formazione sociale ex art. 2 suscettibile di costituire ostacolo alla manifestazione della personalità. In proposito CRISAFULLI, *Individuo e società nella costituzione italiana*, in *Dir lav*, 1954, p. 76 ss.

⁷⁴⁵ I diritti che hanno ad oggetto beni immateriali dell'uomo manifestazioni concrete della personalità sono qualificati, dalla Corte costituzionale proprio all'inizio della sua attività, come «patrimonio irretrattabile della persona umana» (Corte cost. 3 luglio 1956, n. 11. Le sentenze della Corte qui citate sono reperite dall'archivio accessibile dal sito www.cortecostituzionale.it) e la loro effettività è fine dell'ordinamento. La traduzione del principio personalistico nell'ordinamento in P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in ID., *La Persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 5 ss.

Per quegli aspetti che ne definiscono l'essenza irriducibile ed incomprimibile, la personalità del lavoratore è definitivamente sottratta all'ambito di esplicazione dei poteri datoriali con l'affermazione, nel contratto di lavoro, del principio civilistico di ordine pubblico secondo cui alcuna relazione obbligatoria può legittimare atti di disposizione del corpo del debitore o negazione dei suoi diritti personalissimi, la cui attrazione nella causa renderebbe illecito il contratto. Tale è la *ratio* dell'art. 2087 c.c.⁷⁴⁶.

Se le esigenze della produzione legittimamente incidono sulle prerogative fondamentali immediatamente coinvolte nell'esecuzione della prestazione, in nessun caso possono incidere su integrità fisica, oramai intesa come integrità della persona nella sua interezza psico-fisica, e personalità morale del lavoratore. Non solo. Per entrambi i beni immateriali della persona è configurato, con dettaglio delle modalità di adempimento, non un semplice onere ma un obbligo di tutela e protezione a carico del datore di lavoro.

Prototipo del più generale dovere di correttezza nell'adempimento dei contratti⁷⁴⁷ ex art. 1175 c.c., quella nascente dall'art. 2087 c.c. è obbligazione specificativa della correttezza nell'esecuzione della prestazione, a tutela della sfera giuridica della persona del lavoratore che col datore viene a contatto nell'esecuzione della sua obbligazione, allo stesso modo in cui l'obbligo di fedeltà ex art. 2105 c.c. preserva la sfera giuridica del datore ovvero la posizione dell'impresa sul mercato. Tuttavia, proprio perché positivamente individuata dal legislatore in funzione della caratterizzazione personalistica del contratto di lavoro, piuttosto che accessoria essa si accredita alla stregua dell'obbligazione principale⁷⁴⁸. Rientrando nella struttura del rapporto e modellando lo stesso sinallagma negoziale di cui all'art. 2094 c.c., l'obbligo condiziona l'adempimento del datore divenendone elemento comprimario e fonda il riconoscimento di una posizione soggettiva del lavoratore la quale, abbandonata la tesi dell'interesse legittimo e accolta quella del diritto soggettivo, trova soddisfazione attraverso i rimedi civilistici in caso di inadempimento⁷⁴⁹.

I contenuti dell'obbligazione riflettono la qualificazione «preventiva» della tutela. Destinataria di protezione è infatti «l'integrità» della sfera fisica e morale della persona perciò da «preservare», assicurando un contesto produttivo e organizzativo e una modalità di gestione del rapporto che, alla luce delle risultanze dell'esperienza e della tecnica, non solo non dia luogo a nocumento ma ne elimini ogni prevedibile rischio.

Ne consegue un credito che pretende l'adempimento, da una parte, di obblighi di *non facere*, con riferimento ad atti che la salute e la personalità morale possano pregiudicare e, dall'altra, di obblighi di *facere*, nella misura in cui la tutela di quella integrità necessita di comportamenti attivi del datore, in specie di modifica all'ambiente lavorativo o di atti specifici di amministrazione del rapporto.

Entrambi i beni la cui intangibilità è attratta in definizione della posizione soggettiva passiva del datore sono, come detto, articolazioni della personalità umana, così come giuridicamente definita

⁷⁴⁶ Cfr. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, p. 317 ss., specie p. 322 s.

⁷⁴⁷ MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 5 ss., spec. p. 17.

⁷⁴⁸ MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., p. 321; NAPOLI, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, p. 58, in AA.VV., *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del Convegno di Foggia del 14-15 novembre 2003, Milano, 2004, p. 49 ss.; GHERA, *Diritto del lavoro*, 14° ed., Bari 2003, p. 208.

⁷⁴⁹ MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 3° ed., Milano, 1989, p. 75.

dal costituente agli artt. 13 ss. Cost e nella norma generale di cui all'art. 2 Cost.

L'integrità fisica è chiaramente collegata al diritto alla salute ex art. 32 Cost. Diritto fondamentale sociale che non contiene esclusivamente la pretesa agli strumenti, formali e sostanziali, per la cura della salute pregiudicata, esprimendo altresì la pretesa agli strumenti, formali e sostanziali, atti a preservarne l'integrità, ove il bene tutelato ha riguardo all'interesse psico-fisica della persona. Diritto che, nella prospettiva del vincolo contrattuale di subordinazione, viene in rilievo nella sua configurazione di diritto sociale di libertà, libertà nei confronti di qualsiasi minaccia che all'integrità psico-fisica della persona può derivare dall'esterno⁷⁵⁰, da cui la prevenzione quale obbligo del datore di lavoro.

Meno immediato è invece l'ancoraggio della «personalità morale» alle specificazioni con cui la norma fondamentale costruisce la personalità umana.

Nel percorso che ha segnato la risarcibilità del danno alla persona nel rapporto di lavoro, dopo una prima fase in cui la protezione della sfera non patrimoniale del lavoratore scontava l'incertezza della *Drittwirkung* (immediata o mediata) dei precetti costituzionali nel rapporto interpretato, la riflessione sulla spendibilità dell'art. 2087 c.c. ha indotto la giurisprudenza ad un ampio utilizzo del concetto di personalità morale, tuttavia in assenza di delimitazioni di contenuto. Sull'obbligo codicistico si è fondata la responsabilità del datore nei casi di demansionamento illegittimo, di *mobbing*, di molestie sessuali, di trasferimenti illegittimi, di licenziamenti ingiustificati o ingiuriosi, di discriminazioni ingiustificate, assumendo il bene immateriale della persona come riassuntivo di ogni diritto fondamentale, nella specie quelli di libertà. Ed infatti, la sua lesione è stata colta in ogni atto datoriale produttivo di alterazione negativa degli aspetti della persona esulanti dalla sua fisicità e costituzionalmente qualificati, in via espressa o inespressa, quali beni costitutivi della personalità: l'immagine, l'onore, la reputazione, la professionalità, la riservatezza, la libertà di pensiero, la libertà sessuale, religiosa, la salute psichica, ecc.

Ne è risultato un concetto di personalità morale ampio e generico, indifferenziato dal coacervo di diritti fondamentali la cui compressione pure è elemento connaturato alla struttura del rapporto di lavoro.

Il confronto tra subordinazione e personalità umana, con il portato di tensione giuridificata, sollecita viceversa la necessità di tenere ben radicato il concetto di personalità morale all'ambito degli aspetti qualificatori della personalità umana, attribuendole un significato più ristretto, quasi minimale, compatibile con la sanzione della sua intangibilità e protezione da parte del datore ex art. 2087 c.c. Significato che necessariamente abbraccia ogni articolazione della personalità – i diritti fondamentali - con la conseguenza che la sua tutela si dispiega in termini differenti in funzione del bene direttamente inciso dall'atto datoriale. Ma la prospettiva in cui qui viene in rilievo la personalità del lavoratore è meno ampia, e rimanda al suo limitato aspetto appunto «morale».

Non a caso la sanzione dell'obbligazione ex art. 2087 c.c., che nasce dalla consapevolezza dell'immanenza della persona nel rapporto di lavoro e dalla disuguaglianza sostanziale delle parti nella

⁷⁵⁰ Secondo la ricostruzione di BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), in *Enc. giur.*, XI, Bologna-Roma, 1989, p. 25 ss.

definizione del suo regolamento, è considerata come sintomatica di un mutamento della concezione giuridica della persona, che da semplice soggetto di diritto diviene un essere assiologico. Il concetto di «persona» emerge, nella valutazione legislativa, come radicato nel riconoscimento che la personalità non è mera soggettività ma è anche una struttura di valore⁷⁵¹.

Questa struttura di valore, che definisce l'aspetto squisitamente etico della personalità umana, è totalmente sottratta dalla relazione di scambio del contratto di lavoro e rispetto ad essa il potere datoriale non solo arretra ma si piega ad una istanza di tutela. Ed è questa struttura di valore della persona che, tre anni dopo la norma codicistica, il costituente, all'art. 41, comma 2, Cost., contrappone alla libertà di iniziativa economica con il carattere dell'assoluta inviolabilità, qualificandola come «dignità umana»⁷⁵².

Il valore costituzionale penetra il rapporto interprivato di subordinazione non per la via dell'obbligo di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., il cui fondamento etico – che, come per le clausole operanti nella fase precostituiva e interpretativa del regolamento contrattuale (artt. 1337, 1366, 1375 c.c.), sintetizza il dovere dell'una parte di non arrecare danno, nel perseguimento dei propri interessi, alla persona oltre che ai beni dell'altro contraente - si specifica in contenuti obbligatori da rendere nella fase esecutiva del contratto come accessori ex art. 1374 c.c. mediante il parametro dei diritti fondamentali intesi come principi oggettivi⁷⁵³. L'istanza costituzionale di tutela è invece obbligo co-principale del datore per espressa mediazione legale ex art. 2087 c.c. tale che, come si avrà modo di chiarire, la razionalità che delimita l'estensione dei poteri del datore anche di gestione, espressa nel bilanciamento tra la libertà d'iniziativa economica privata e i valori della persona che lavora⁷⁵⁴, è definita sulla base dell'assunzione della dignità umana come valore assoluto.

Non si tace il nodo problematico di questa prospettazione: la declinazione giuridica dell'aspetto etico della personalità, la definizione degli atti datoriali in sua violazione e, infine, le tecniche di tutela dell'integrità del bene nonché i rimedi cui accede il lavoratore violato nella sua dignità.

2. Dall'autorità-libertà all'autorità-dignità

Il rapporto di subordinazione è indubbiamente ambito privilegiato di mortificazione della dignità.

Colto dai giuristi come «irriducibile umano»⁷⁵⁵, nelle ricostruzioni più recenti del sapere filosofico⁷⁵⁶ la dignità è definita come la qualità ontologica che lega il soggetto alla famiglia umana e

⁷⁵¹ MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, p. 1135, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1121 ss.

⁷⁵² L'accostamento tra la personalità morale di cui all'art. 2087 c.c. e la dignità umana di cui all'art. 41, comma 2, Cost. già in SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 345; NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, p. 3, in *Dir. lav.*, 1956, I, p. 3 ss.; BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e come valore costituzionale*, Torino, 1987, p. 40; NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 64.

⁷⁵³ Sul rapporto tra clausole generali e Costituzione MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1, p. 1 ss.

⁷⁵⁴ PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 1 ss.

⁷⁵⁵ PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, p. 56, in *Pol. dir.*, 2003, p. 45 ss.

⁷⁵⁶ Sulle quali, con riferimento anche al dibattito moderno, BECCHI, *Dignità umana*, in *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di POMARICI, Torino, 2007, p. 153 ss. V. inoltre, per la concettualizzazione squisitamente filosofica: D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, 1993, p. 252 ss.; MATHIEU V., *Privacy e dignità dell'uomo. Una teoria della persona*, a cura di Sanchini, Torino, 2004; M. SELZ, *Il pudore*, Torino, 2005, p. 43; E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, Trad. it. di Russo, Torino, 2005; Palazzani, *La dignità umana come problema filosofico giuridico*, in *Annali LUMSA 2005-2006*, a cura di IGNESTI., Torino, 2007, p. 339 ss.

che definisce i suoi appartenenti in un rapporto paritario. Espressa nella percezione della propria originalità costitutiva, di sé stessi come persona e non come animale o come entità materiale strumentale, la dignità dell'uomo si traduce nella libertà come autonomia nella determinazione dei propri fini. Cosicché le scelte in ordine alle forme e alle direzioni in cui si svolgono gli aspetti molteplici dell'intima vocazione dell'uomo sono autodefinitive, non imposte direttamente o indirettamente da altri.

Se ne può dedurre che la mortificazione della dignità consegue a situazioni in cui si palesa la soggezione di un uomo ad un altro con privazione della libertà di autodeterminazione, ed è perpetrata quando l'uomo viene ridotto a strumento, ad oggetto, con detrimento dell'umanità che esso esprime.

Il rispetto della dignità si traduce nella valutazione negativa dell'esclusione, del misconoscimento, dell'umiliazione dell'uomo, esprimendosi nel rifiuto di qualsiasi iniziativa di degradazione che ponga il soggetto in condizioni di disparità rispetto ad un altro sotto il profilo della sua qualità di essere umano. L'istanza di tutela si manifesta perciò in tutte quelle situazioni in cui si svolge il dominio, simbolico o reale, di un soggetto, organizzazione o istituzione su di un altro soggetto che, per condizioni economiche o sociali, si pone rispetto ad esso in condizioni di soggezione⁷⁵⁷.

Nella relazione di lavoro subordinato, per il carattere strutturale della soggezione, risulta connotato il «germe della sopraffazione» e il rischio di pregiudizi alla dignità⁷⁵⁸.

Sul piano della dipendenza tecnica, l'inscindibilità del lavoro dal soggetto che lo svolge rende la persona stessa compromessa nel vincolo di subordinazione, in una intimità tale da rendere sfumato il confine tra ciò che della personalità è dedotto nella prestazione e ciò che non lo è⁷⁵⁹. Sul piano della dipendenza gerarchica e del potere disciplinare, benché la sanzione disciplinare sia effetto dell'inadempimento - grave o lieve, produttivo o non produttivo di danno economico per il datore⁷⁶⁰ - l'estraneità ad essa della funzione risarcitoria ed il suo carattere innegabilmente afflittivo e dissuasivo⁷⁶¹, che ne rende la valenza «collettiva», può colorare quel potere di un aspetto intimidatorio. Sullo sfondo vi è poi una forma di subordinazione ulteriore, quella socio-economica la quale, significata nell'alienità rispetto ai mezzi di produzione e al suo risultato, pone il lavoratore in posizione di dipendenza dal datore per il reperimento di mezzi di sostentamento, privandolo di una sostanziale autonomia in ordine al momento della stessa costituzione del rapporto⁷⁶².

⁷⁵⁷ Diffusamente, PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., in particolare p. 57.

⁷⁵⁸ PEDRAZZOLI, *Lesione di beni alla persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, p. 285, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 269 ss.; MAZZOTTA, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro: qualche domanda, politicamente non corretta, alla giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 399 ss., in particolare p. 442 e 450.

⁷⁵⁹ Così GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, p. 313, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 309 ss.

⁷⁶⁰ Sulla conseguente configurazione del potere disciplinare come rimedio atipico per la tutela dell'interesse creditorio del datore v. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol III, p. 325 ss., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2003.

⁷⁶¹ Sulla natura giuridica delle sanzioni disciplinari MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. SCHLESINGER, Torino, 2006.

⁷⁶² SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 296 s.; SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, p. 17 ss.

Il rapporto di lavoro subordinato è dunque un caso emblematico di moderno dominio di un soggetto su di un altro. «Dominio» che, pur nel limite dei contenuti delle prestazioni, debitoria e creditoria, che definiscono le obbligazioni corrispettive nascenti dal contratto, assume le sembianze dell'autorità di un privato, il datore di lavoro, su di un altro, il prestatore di lavoro. Autorità che si esprime nella forma dell'eterodirezione dell'attività lavorativa, elemento essenziale del rapporto in funzione dell'inserimento della prestazione nell'organizzazione datoriale, e nella forma dell'azione disciplinare, reazione all'inadempimento del prestatore e garanzia del regolare funzionamento dell'organizzazione.

I poteri del datore, concretando una supremazia che non è mera posizione di vantaggio del creditore ma si esprime nel «diritto» di formulare autonomamente comandi e di sanzionarne la mancata osservanza, costituiscono legittimazione giuridica di autorità privata per il perseguimento di un interesse privato⁷⁶³, quello dell'iniziativa economica costituzionalizzata all'art. 41, comma 1, Cost., fonte massima della sua legittimazione nel contratto di lavoro⁷⁶⁴. E non essendo l'interesse del datore qualificato dal perseguimento di un interesse superiore, come quello che giustificava la supremazia speciale del datore di lavoro pubblico prima della privatizzazione, detta autorità, determinando l'aggravamento della posizione di una sola delle parti contrattuali per fini estranei al precetto di eguaglianza, contrasta con il principio di parità reciproca nei rapporti tra privati⁷⁶⁵.

La sua giuridificazione, che conforta nell'idea dell'impossibile configurazione del rapporto di lavoro tra i contratti di diritto comune che sull'eguaglianza reciproca delle parti sono invece basati, non sfugge all'aperta frattura con il precetto desumibile dall'art. 3, comma 1, Cost. in funzione dell'essere, l'esercizio dei poteri in cui essa è manifesta, regolamentato in limitazione, anche per effetto della mediazione collettiva; limitazione che non elimina l'autorità né la sua legittimazione⁷⁶⁶.

La frattura sembra comporsi solo se il principio di parità reciproca nei rapporti tra privati si declina, nel rapporto di lavoro subordinato, non come eguaglianza tra le parti nella possibilità formale e sostanziale di manifestazione di autonomia e, quindi, nel non assoggettamento dell'una parte al potere dell'altra; parità alla quale, per sua natura, il contratto di lavoro non può dare accoglimento. Il principio pare invece dover essere colto come direttiva di eguaglianza tra le parti nella (necessariamente diversa) autonomia-libertà che consente l'affermazione della propria dignità umana. Eguaglianza a cui strumentale è la garanzia giuridica che l'autorità del datore - la quale, unitamente alla subordinazione del lavoratore, costituisce elemento strutturale del contratto⁷⁶⁷ - si dispieghi nel rispetto della dignità umana del soggetto che a quella autorità per contratto è sottoposto, ex art. 41, comma 2, Cost.

⁷⁶³ L'indagine sul fenomeno delle autorità private, di diritto e di fatto, in rapporto al principio di eguaglianza si deve C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977; per l'indagine sui poteri dell'imprenditore p. 28 ss.

⁷⁶⁴ Cfr. C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 31, il quale sostiene invece che la pretesa di collaborazione del prestatore, fondata dall'art. 41, comma 2, Cost, non può tradursi in un corrispondente potere autoritario.

⁷⁶⁵ Cfr. C. M. Bianca, *Le autorità private*, cit., p. 3 ss.

⁷⁶⁶ Sostiene invece C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit. Escludendo, per esigenza di conformità costituzionale, il legale potere autoritativo presso l'imprenditore (p. 29 ss.), l'A. armonizza, con il principio di eguaglianza reciproca, l'autorità manifesta con il potere direttivo riconducendolo nei limiti dell'obbligazione assunta del prestatore (p. 32), e quella manifesta con il potere disciplinare subordinandone l'esercizio alla mediazione collettiva (p. 33). In proposito, v. le osservazioni critiche di MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, p. 11, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 9 ss.

⁷⁶⁷ M. BUONCRISTIANO, *I poteri del datore di lavoro*, p. 573 s., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1986, p. 570 ss.

In questa prospettiva, i termini in cui si pone e si risolve il dubbio sulla conformità della subordinazione alla direttiva costituzionale di eguaglianza reciproca si spostano dal binomio autorità-libertà al binomio autorità-dignità. L'ineluttabilità della compressione della libertà del prestatore, giuridificata sia come sottoposizione ad una volontà altrà sia come limitazione dell'esplicazione della sua personalità, suggerisce che la legittimità delle manifestazioni autoritative del datore sia verificata in rapporto alla loro incidenza sulla dignità umana del prestatore di lavoro. Dignità la cui tutela, costituzionalizzata all'art. 41, comma 2, Cost., per effetto dell'art. 2087 c.c. entra a pieno titolo nella relazione contrattuale come obbligazione del datore di lavoro.

I contenuti di tale obbligazione, deputata ad affrancare dalla censura del precetto costituzionale di eguaglianza la legittimazione dell'alterato equilibrio tra le parti nel contratto, risultano invero avvolti da indeterminatezza ben difficile da dipanare.

La vaghezza concettuale nonché la difficoltà di traduzione empirica e di delimitazione giuridica della dignità umana ne rendono problematica l'assunzione quale bene della persona, circoscritto in una sfera di interessi ad esso afferenti, destinatario di tutela costituzionale il quale, con la forza della norma primaria, possa orientare il potere legislativo e, per effetto della mediazione codicistica, penetrare il rapporto tra privati con potere conformativo ai fini della sua tutela⁷⁶⁸.

Proprio l'ordinamento costituzionale, tuttavia, sembra imporre il superamento della concezione che vuole la dignità come «categoria nobile ed inefficace del moralista»⁷⁶⁹ richiamando la necessità di assegnare ad essa una valenza positiva non solo come tecnica di controllo delle espressioni legislative, bensì anche come limite all'autonomia privata e, sul presupposto della forza espansiva dei principi codificati in costituzione, l'attribuzione ad essa, per il tramite dei limiti di cui all'art. 1322 c.c., un ruolo conformativo del potere privato anche nella sua manifestazione di autonomia contrattuale, soprattutto nelle situazioni in cui tale autonomia non è sostanzialmente paritaria. Limite che nella relazione di subordinazione trova, s'è detto, espresso veicolo nell'art. 2087 c.c.

3. Dignità e diritti fondamentali: norme costituzionali e giurisprudenza della Corte

Si dubita che nel nostro ordine costituzionale la dignità umana sia configurata alla stregua di solo «valore», come tale appartenente alla sfera metanormativa dell'etica e privo di qualsivoglia efficacia sul piano positivo. Può affermarsi, al contrario, che essa abbia un peso, una dimensione giuridica ben definita che ha radici nella sua assunzione quale «valore giuridico», dunque meta-positivo, di natura «fondamentale»⁷⁷⁰.

La dignità è certamente un valore, una entità ideale che nel comune sentire vale in positivo ed è

⁷⁶⁸ Nel dibattito moderno sulla dignità, vi è un diffuso scetticismo sulla diretta efficacia giuridica della clausola di tutela. V. gli esiti dell'incontro dell'11 aprile 2003 alla Luiss, con relazione introduttiva di SCHEFOLD e interventi, tra gli altri, di AZZARITI, RIDOLA, ANZON, DI SALVO, NICCOLAI, in [www.luiss.it/semcost/...](http://www.luiss.it/semcost/)

⁷⁶⁹ PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., p. 48.

⁷⁷⁰ La distinzione tra valori metanormativi o metagiuridici, irrilevanti nell'ordine giuridico, e valori metapositivi, al contrario rilevanti nell'ambito giuridico poiché sottostanti alla normazione positiva, è chiarita da LONGO, *Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, p. 77 ss., in *Dir. soc.*, 2002, p. 75 ss.

destinataria di valutazione privilegiata in termini di tutela e protezione al di fuori della realtà giuridico-normativa⁷⁷¹. È però una entità riconducibile tra quei valori che, pur appartenenti alla realtà metanormativa, penetrano nella realtà pregiuridica e si qualificano come valori giuridici fondamentali, o metapositivi, i quali attraverso il momento della positivizzazione per il tramite dei principi costituiscono elementi fondanti l'ordine giuridico di una collettività⁷⁷². Da quei valori, che le vicende storiche imprimono nella coscienza consapevole di una comunità, scaturiscono i principi costituzionali supremi o assolutamente fondamentali⁷⁷³.

Nel nostro ordinamento, l'ingresso della dignità umana avviene per la scelta dei costituenti nel 1948⁷⁷⁴ allorché la negazione più estrema di quel valore, perpetrata dall'esperienza nazi-fascista, ne fece esplodere la rilevanza nella realtà pregiuridica⁷⁷⁵ tale che la sua ricezione al livello normativo più alto apparve istanza irrinunciabile⁷⁷⁶.

La pervasività del valore non è smentita dalla circostanza che esso trova nel testo costituzionale solo un riferimento diretto, all'art. 41, comma 2, e due riferimenti indiretti attraverso l'uso di aggettivi da essa derivati, uno esplicito all'art. 36 e l'altro implicito all'art. 27⁷⁷⁷. La sua marginalità è solo apparente⁷⁷⁸. Essendo un «valore», la dignità accede alla positivizzazione con veste giuridica del principio, precisamente di principio non espresso, implicito. Ne consegue che il suo rilevo in costituzione prescinde dalle menzioni testuali e, all'opposto, appare delle disposizioni costituzionali se fatte oggetto di una «lettura in filigrana»⁷⁷⁹, di una operazione ermeneutica che, nel rispetto della peculiarità del testo da interpretare⁷⁸⁰, sia condotta sulla base dell'assunzione della dignità stessa come valore giuridico.

Di tale operazione la Corte costituzionale, in forza del suo ruolo istituzionale di garante e rivelatore dei valori sottesi alla costituzione, va facendosi carico sin dall'inizio della sua attività.

⁷⁷¹ Sul concetto di valore, definito (problematicamente) facendo leva sulla relazione tra «valore» e «valere» e sulla sua percezione «nella sensibilità soggettiva» v. OPOCHER, *Valore (filosofia)*, voce, in *Enc. del dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 111 ss., specie p. 114.

⁷⁷² Le fasi che scandiscono la rilevanza dei valori nella realtà giuridica sono precisate, in una visione di stampo giusnaturalistico, da SPADARO, *Il problema del fondamento dei diritti fondamentali*, p. 456 nota 2, in *Dir. soc.*, 1991, p. 452 ss. Per la trasposizione dei valori sul piano positivo attraverso i principi, MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991.

⁷⁷³ MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 70 ss.; BASILE, «Valori superiori» principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2201 ss.

⁷⁷⁴ Benché essa fosse un valore già esistente nell'ambito naturale e pregiuridico, tant'è che riferimenti diretti e indiretti ai diritti umani si ritrovano anche nello Statuto Albertino. In proposito v. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001, p. 69 ss.

⁷⁷⁵ Ed infatti il valore si dimostra ancor più valido quando viene respinto. In proposito, OPOCHER E., *Valore (filosofia)*, voce cit., p. 116.

⁷⁷⁶ Peraltro, ciò è quanto accaduto in tutte quelle costituzioni che si sono formate in conseguenza di rotture politico-istituzionali o continuamente esposte a colpi autoritari. Ne dà conto ROLLA, *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, in *Dir. pub. comp. ed eur.*, 2003, p. 1870 ss., specie p. 1872.

⁷⁷⁷ Si esclude che tra le menzioni dirette ed esplicite rientri la «dignità sociale» ex art. 3, comma 1, Cost., la quale qualifica la posizione dell'individuo nei confronti del potere statale. Il suo riconoscimento paritario, che trova fondamento nella pari dignità umana, rende ciascuno destinatario di uguale «rilevanza» nei rapporti con lo stato e con gli altri soggetti di diritto, e perciò tributario di «pari» valutazione da parte del potere legislativo. V. le considerazioni, che pur non distinguono i due concetti, di FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in *Studi in onore di Chiarelli G.*, Milano, 1974, specie p. 1091 e 1099 s.

⁷⁷⁸ Così RUGGIERI, SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, p. 345, in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.

⁷⁷⁹ L'espressione è di D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, p. 3071, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3065 ss.

⁷⁸⁰ Sulla quale MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Id.*, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 115 ss.

Il pensiero della Corte dà risalto, anzitutto, alla dignità umana come valore. Con un orientamento che, fedele alle intenzioni espresse dall'Assemblea Costituente⁷⁸¹, non è mai mutato nel tempo, la dignità umana è qualificata come «valore di priorità assoluta e di carattere fondante nella scala di valori espressi dalla costituzione», come «valore fondamentale» «fine dell'ordinamento»; «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo»; «valore posto dalla costituzione alla base dei diritti della persona umana»⁷⁸², «valore supremo»⁷⁸³.

Nello specifico delle disposizioni che definiscono lo *status socius* dell'uomo, la Corte ha puntualmente resa esplicita la dignità quale valore ad esse retrostante, pur identificandola talvolta con l'uso di sinonimi quali dignità della persona, dell'uomo, della figura umana, del soggetto.

L'art. 2 Cost. è norma dichiarata finalizzata alla protezione della dignità umana definita inviolabile, ed è intesa quale elemento intorno a cui si fonda l'ordinamento democratico⁷⁸⁴; mentre la stessa sanzione della pari dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1, secondo la Corte trova nella tutela della dignità umana il suo presupposto⁷⁸⁵.

La tutela della dignità è riconosciuta come diretto fondamento della disposizione che garantisce il diritto di azione in giudizio e l'invulnerabilità del correlato diritto alla difesa, di cui all'art. 24, commi 1 e 2, Cost.⁷⁸⁶, di quella sulla riparazione degli errori giudiziari (comma 4) e, in particolare, dell'istituto della revisione delle sentenze di condanna⁷⁸⁷ oltre che del gratuito patrocinio (comma 3).

La dignità è vista altresì come valore retrostante le norme contenute negli artt. 19 e 21 Cost., che qualificano come fondamentali la libertà religiosa e la libertà di manifestazione del pensiero⁷⁸⁸, nonché fondamento diretto dell'art. 32 Cost., posto a tutela della salute nel suo nucleo essenziale e irrinunciabile⁷⁸⁹.

Negli stessi termini diretti è posto il legame tra tutela della dignità e art. 38, commi 2 e 4, Cost. Gli inabili al lavoro e coloro che sono sprovvisti di mezzi necessari per vivere sono destinatari della solidarietà generale, nella forma di prestazioni assistenziali, mentre i lavoratori, al venir meno della fonte di guadagno, hanno diritto ai mezzi necessari alle esigenze di vita in quanto il costituente, assumendo come valore da tutelare la dignità umana, garantisce condizioni esistenziali compatibili con un'esistenza libera e dignitosa⁷⁹⁰.

⁷⁸¹ Le riporta analiticamente LILLO, *Diritti fondamentale e libertà della persona*, cit., 75 ss. L'indagine dell'A. ha ad oggetto la genesi dell'art. 2 Cost. la cui formulazione iniziale conteneva un riferimento espresso alla dignità umana come «principio sacro».

⁷⁸² Gli incisi virgolettati in, rispettivamente: Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 467; Corte cost. 10 dicembre 1987, n. 561; Corte cost. 24 maggio 1985, n. 161; Corte cost. 17 luglio 2000, n. 293; Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 37.

⁷⁸³ Corte cost. 19 novembre 1991, n. 414; implicitamente Corte cost. 23 luglio 1991, n. 366.

⁷⁸⁴ Corte cost. 29 aprile 1999, n. 167; Corte cost. 8 ottobre 1996, n. 334.

⁷⁸⁵ Corte cost. 11 febbraio 1999, n. 26.

⁷⁸⁶ Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388; Corte cost. 4 dicembre 1998, n. 394; Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 37.

⁷⁸⁷ Corte cost. 5 marzo 1969, n. 28.

⁷⁸⁸ Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 467.

⁷⁸⁹ Tra le altre: Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309; Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509; Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432. Sul tema si tornerà più avanti.

⁷⁹⁰ Corte cost. 4 dicembre 2002, n. 506, che così giustifica il particolare regime di impignorabilità delle pensioni pubbliche; Corte cost. 5 novembre 1996, n. 382 in tema di indennità di accompagnamento.

Talvolta la dignità umana appare solo indirettamente quale valore sotteso al riconoscimento di un diritto fondamentale, nel senso che la sua tutela emerge a motivo delle cautele poste intorno alle limitazioni di fonte statale all'esercizio dei diritti medesimi: l'osservanza di queste garantisce che la compressione del diritto non si traduca in violazione della dignità, perciò fondamento della prerogativa della persona.

In ordine alla libertà personale sancita inviolabile all'art. 13 Cost., ad esempio, la subordinazione della misura di restrizione alla previsione legale (commi 1 e 2) è dalla Corte giustificata col fatto che essa è potenzialmente lesiva della dignità dell'uomo⁷⁹¹, la cui tutela è assunta a motivazione anche delle cautele normative imposte in ordine alle modalità di esecuzione delle perquisizioni ed ispezioni personali⁷⁹². Può aggiungersi, seguendo il pensiero argomentativo della Corte, che la tutela della dignità è fonte della punibilità delle violenze fisiche e morali sulle persone soggette a regimi restrittivi (comma 4). La tutela della dignità è altresì ragione delle condizioni entro cui sono possibili le restrizioni della libertà e segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15, comma 2, Cost.⁷⁹³ e, poiché visualizzata come rispetto del potere assoluto della persona sulla sua sfera di intimità, l'istanza di tutela è valore sottostante alla inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost., inteso come ambito in cui si svolge lo spazio vitale, e quindi intimo, dell'individuo.

Ancora in termini indiretti, l'istanza di tutela del bene fondamentale è sottesa alla previsione del presupposto legale alle misure restrittive per ragioni di sicurezza di cui all'art. 25, comma 3, Cost.⁷⁹⁴ nonché al vincolo che presiede alla determinazione e all'esecuzione della pena di cui all'art. 27 Cost. Qui il riferimento alla dignità umana come valore da rispettare è esplicito pur se indiretto al comma 3, evidenziandosi nella coincidenza con il senso di umanità a cui le pene devono conformarsi⁷⁹⁵; ma è anche solo implicito, pur non meno evidente, nel divieto della pena di morte, di cui al comma 4.

La tutela della dignità è, infine, posta esplicitamente come limite all'interesse che muove l'azione pubblica nell'ambito della tutela della salute, all'art. 32, comma 2, Cost. secondo il quale l'imposizione legale di trattamenti sanitari, pur possibile a tutela della salute pubblica, sconta il vincolo del rispetto della persona umana⁷⁹⁶.

L'interpretazione della Corte, invero, giunge sino a chiarire che la tutela della dignità è limite ai diritti e libertà fondamentali nell'aspetto dinamico del loro esercizio. E ciò esplicita con riferimento al diritto alla libera manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost. e delle convinzioni religiose

⁷⁹¹ Corte cost. 23 marzo 1966, n. 26.

⁷⁹² Corte cost. 22 novembre 2000, n. 526.

⁷⁹³ Corte cost. 23 luglio 1991, n. 366.

⁷⁹⁴ Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105.

⁷⁹⁵ Corte cost. 24 maggio 1996, n. 165; Corte cost. 19 novembre 1991, n. 414.

⁷⁹⁶ La quale, in tal caso, si connota come tutela della riservatezza: Corte cost. 2 maggio 1994, n. 218.

ex art. 19 Cost., definendo il limite del buon costume, al quale entrambe le libertà sono sottoposte, anche attraverso la tutela della dignità⁷⁹⁷.

Al di fuori dei diritti fondamentali, poi, la tutela della dignità è, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost. espresso vincolo alla libertà di iniziativa economica privata rispetto alla quale il limite è costituito sicuramente dal rispetto della dignità altrui, ma anche della dignità propria del soggetto agente⁷⁹⁸.

La compiuta ricognizione del dato costituzionale, così come rivelato dalla Corte, mostra che la tutela della dignità è substrato, origine e filosofia ispiratrice di tutte quelle norme che formalizzano diritti e libertà fondamentali, costituendo di essi la matrice e sintesi espressiva⁷⁹⁹.

Il rapporto tra le prerogative della persona e la dignità umana è però definito anche dall'aver, la tutela della dignità, il ruolo di limite all'esercizio dei diritti e libertà fondamentali, ponendosi come condizionante l'autodeterminazione individuale in ordine all'espressione della personalità⁸⁰⁰.

Inoltre, proprio perché limite all'autonomia privata nel godimento dei diritti fondamentali, la tutela della dignità si traduce in una limitazione dell'aspetto altresì negoziale di quella autonomia, anche nella manifestazione di autonomia contrattuale poiché questa, trovando fondamento nelle stesse norme che riconoscono quei diritti⁸⁰¹, sconta il medesimo limite a cui il loro esercizio è sottoposto.

Per il tramite della clausola della meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322, comma 1, c.c. – che giustifica la stipulazione di contratti non definiti come tipi – dei «limiti di legge» di cui al comma 2 della stessa norma nonché per il tramite della clausola dell'ordine pubblico e del buon costume di cui agli artt. 1343 e 1345 c.c. – i quali definiscono la liceità dell'oggetto e della causa del contratto – l'inviolabilità della dignità si configura quale parametro di controllo di costituzionalità delle scelte assunte dai privati nella regolamentazione dei propri interessi.

La dignità umana, la cui istanza di tutela non è suscettibile di bilanciamento, emerge pertanto come valore assoluto⁸⁰².

⁷⁹⁷ Corte cost. 16 dicembre 1970, n. 191; Corte cost. 19 febbraio 1965, n. 9; Corte cost. 16 giugno 1964, n. 44; Corte cost. 17 settembre 2000, n. 293. Lo stesso più ampio concetto di «morale comune», al quale pure fanno riferimento le norme ordinarie di diretta derivazione dall'art. 21 Cost. (Disposizioni sulla stampa art. 15 l. n. 47/1948) rimanda nei suoi contenuti alla dignità umana: Corte cost. 5 aprile 2002, ord. n. 29.

⁷⁹⁸ Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 29; Corte cost. 23 aprile 1974, n. 111; Corte cost. 10 dicembre 1987, n. 479 alla quale si deve il rilievo della dignità del soggetto come limite alla sua stessa azione imprenditoriale.

⁷⁹⁹ MENGONI, *L'enciclica Laborem exercens*, cit., p. 600; ID., *La tutela giuridica della vita materiale*, cit., p. 1136; BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, p. 599, in *Enc. del dir.*, XXI, Milano, 1974, p. 582 ss.; BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, cit., p. 11; SEGADO F.F., *La dignité de la personne en tant que valeur supreme de l'ordre juridique espagnol et en tant que source de tous les droits*, p. 468 ss., in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, p. 451 ss.; PROTO PISANI, *Diritto del lavoro, dignità della vita*, in *Foro it.*, 2007, 1, p. 6 ss.

⁸⁰⁰ E, può ritenersi, anche quando il suo svolgimento si traduce in atti che risultano lesivi non solo della dignità altrui ma della stessa dignità del soggetto che li pone in essere. Per questo interessante profilo, che non può trovare accoglimento nel limitato spazio di queste pagine, v. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentale e il limite della dignità*, in *Riv. dir. civ.* 2002, p. 801 ss.

⁸⁰¹ BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 608; SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 287 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 1 s.

⁸⁰² Anche chi sostiene la ragionevolezza come criterio di bilanciamento tra valori costituzionali, e rifiuta l'assolutismo che si tramuta nella tirannia del valore teorizzata da Schmitt, conclude nel senso dell'esistenza di un valore che alla ragionevolezza del bilanciamento non soccombe e che è la dignità umana (LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, Atti del Seminario «*La ragionevolezza nella ricerca*

Si può ritenere che proprio la scelta di assegnare alla dignità umana un rilievo anche in contrapposizione ai diritti e libertà fondamentali, indirizzi nel ritenere che essa sia solo un aspetto della personalità. Quale ne sia la declinazione giuridica, il novero degli interessi e i beni individuali ad essa afferenti, è quesito per la cui soluzione il pensiero della Corte costituzionale si rivela, ancora, un insostituibile punto di riferimento.

In ripetute pronunce sull'art. 32 Cost., pur affermando che il diritto alla salute è - per quanto del godimento dei diritti ad esso strumentali dipende dalle prestazioni pubbliche nel nostro sistema di *welfare state*⁸⁰³ - condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale, la Corte fa salva in ogni caso la garanzia di «un nucleo irriducibile del diritto (alla salute) protetto dalla costituzione come ambito inviolabile della dignità umana il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela che possano pregiudicare l'attuazione del diritto». In garanzia di questo nucleo essenziale la Corte giustifica le cure gratuite agli indigenti ed ai soggetti economicamente disagiati, ammette ai trattamenti sanitari gli stranieri, giudica illegittima la subordinazione, all'espletamento di una procedura autorizzatoria, del ristoro di spese sanitarie in strutture non convenzionate sostenute, anche se in via di urgenza, da soggetti che ad esse accedrebbero in regime di gratuità presso strutture pubbliche⁸⁰⁴.

Con riferimento a soggetti sottoposti a regime di restrizione di libertà personale ex art. 13 Cost., la Corte ha poi colto la protezione della dignità umana nella «tutela contro il disconoscimento delle posizioni soggettive fondamentali». Nello specifico della detenzione, che pur comporta per sua natura limitazione di diritti e libertà fondamentali, la Corte afferma che, in quanto sottoposta al vincolo del rispetto della dignità del detenuto ex art. 27 Cost., essa non può «mai annullare i diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. che proprio quella dignità proteggono» e, perciò, non può tradursi in «condizioni incompatibili con il riconoscimento della soggettività dell'individuo ovvero della titolarità delle sue prerogative fondamentali»⁸⁰⁵. Anche nell'ordinamento militare, ove il rigore punitivo è imposto dalla rilevanza pubblica della funzione svolta dai suoi membri, l'applicazione di sanzioni che comportano restrizione della libertà personale deve,

*scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico», Roma, 2-4- ottobre 2004, p. 15.). Per la dignità come valore che non ammette bilanciamento: VIOLINI, OSTI, *Le linee di demarcazione della vita umana*, p. 191 ss., in *I diritti in azione*, a cura di CARTABIA, Bologna, 2007. Contro assoluta di un valore affermando la necessità di bilanciamento, mediante ragionevolezza, nel caso di contrasto tra valori contrapposti, ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 167 ss.*

⁸⁰³ Qui si accoglie la ricostruzione di BALDASSARRE, *Diritti sociali*, voce cit., secondo il quale il diritto alla salute è anzitutto un diritto sociale di libertà, quindi diritto sociale non condizionato (p. 30) rispetto al cui godimento altri diritti, enucleabili dallo stesso art. 32 Cost., si pongono come strumentali. Tra di essi (diritto a trattamenti sanitari, libertà di sottoporsi a trattamenti sanitari, diritto a ricevere cure mediche) si inserisce il diritto degli indigenti a cure gratuite (co. 1) che è, a differenza degli altri, un diritto sociale condizionato, a prestazione positiva che assume la stessa veste del diritto all'assistenza che, per i lavoratori, è costituzionalizzato all'art. 38 (p. 26 s.). Tuttavia, come noto, nel nostro sistema di protezione sociale, l'assistenza sanitaria pubblica da una parte non è limitata ai lavoratori, dall'altra non è circoscritta agli indigenti; viceversa, ancorché sensibile alle condizioni economiche individuali, è assicurata a tutti i cittadini.

⁸⁰⁴ Nell'ordine: Corte cost. 16 luglio 1999, n. 309; Corte cost. 12 dicembre 1990, n. 455; Corte cost. 20 maggio 1992, n. 247; Corte cost. 6 luglio 1994, n. 304; Corte cost. 23 maggio 1994, n. 218; Corte cost. 21 luglio 1995, n. 416; Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432; Corte cost. 20 novembre 2000, n. 509; Corte cost. 7 luglio 1998, n. 267.

⁸⁰⁵ Con estrema chiarezza Corte cost. 26 del 11 febbraio 1999, secondo cui il riconoscimento della titolarità dei diritti si accompagna al potere di farli valere in sede giurisdizionale. Corte cost. 24 maggio 1996, n. 165, invece, contrappone la tutela della salute del detenuto alle prerogative della detenzione che ad essa soccombono. In Corte cost. 22 novembre 2000, n. 526 si parla di un residuo di libertà personale del detenuto da preservare, quale ambito che assicura la tutela della dignità, con requisiti procedurali propedeutici alle perquisizioni e ispezioni personali.

secondo la Corte, assicurare il godimento del «nucleo essenziale dei diritti costituenti il patrimonio inviolabile della persona umana»⁸⁰⁶.

Nel legittimare l'obiezione di coscienza, la Corte ancora definisce la dignità come «il nucleo essenziale dei diritti e libertà fondamentali», il quale non sconta bilanciamenti con altri valori costituzionali – nella specie, il dovere di solidarietà connesso all'(ex)obbligo di leva di cui all'art. 52 Cost. – che non possono annullare la libertà di manifestare i propri convincimenti morali, filosofici e religiosi di cui agli artt. 19 e 21 Cost.⁸⁰⁷.

A tutela della dignità, di cui la libertà di coscienza religiosa ex art. 19 Cost. costituisce un aspetto fondamentale, la Corte ha eliminato dalla formula del giuramento decisorio il riferimento alla religione cristiana, cogliendo la libertà costituzionale non solo nell'assenza di impedimento ma anche nell'assenza di costrizione⁸⁰⁸.

Ancora, ed infine, in occasione del sindacato sulla legittimità delle restrizioni alla libertà e segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15 Cost., la Corte ha precisato che l'esistenza e lo sviluppo dell'uomo in armonia con i postulati della dignità umana consegue al «pieno godimento del nucleo essenziale dei valori della personalità» ai quali il diritto ex art. 15 Cost. si ascrive. Ogni compressione del diritto è perciò sottoposta a condizioni procedurali di legittimità, sul presupposto della sua ineliminabile sussistenza presso il singolo⁸⁰⁹.

Pur nella sinteticità dell'esposizione, appare senza equivoco che i giudizi a cui la Corte perviene suggeriscono che i contorni giuridici della dignità vadano circoscritti nel nucleo essenziale dei diritti fondamentali che concretano la personalità. I beni e gli interessi che afferiscono alla dignità umana sono sì gli stessi che definiscono la personalità, ma nel loro contenuto ineliminabile, nella loro radice, nel profilo essenziale del godimento dei diritti che tali beni qualificano come fondamentali il quale, se compresso, determina l'annullamento in radice del diritto stesso. E, per usare le parole della Corte, determina «degradazione giuridica» equiparabile «(all') assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta l'*habeas corpus*»⁸¹⁰, «mortificazione (...) che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere»⁸¹¹, abuso di uomini su altri che versano in condizione di soggezione⁸¹², «umiliazione e sfruttamento di chi versa in uno stato di bisogno»⁸¹³.

Da queste pronunce e da quelle, prima richiamate, circa le singole prerogative fondamentali, risulta anche che la delimitazione del loro nucleo essenziale non attiene all'estensione del contenuto del diritto, ad una misura, minima ed ineliminabile, del suo godimento; viceversa ne prescinde, attraendo invece i profili della libertà, formale e sostanziale, del loro godimento⁸¹⁴.

⁸⁰⁶ Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 37; Corte cost. 4 dicembre 1998, n. 394.

⁸⁰⁷ Corte cost. 19 dicembre 1991, n. 467.

⁸⁰⁸ Corte cost. 8 ottobre 1996, n. 334.

⁸⁰⁹ Corte cost. 23 luglio 1991, n. 366.

⁸¹⁰ Corte cost. 31 maggio 1995, n. 210.

⁸¹¹ Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105.

⁸¹² Corte cost. 22 novembre 2000, n. 526.

⁸¹³ Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78; Corte cost. 28 novembre 1986, n. 248.

⁸¹⁴ Ci si riferisce ai concetti di libertà negativa e positiva nella loro concettualizzazione analitica, svincolati dal riferimento a precisi diritti fondamentali di libertà o anche sociali, così come messa in luce da BALDASSARRE, *Libertà. I) Problemi generali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1990, p. 7.

Nel suo nucleo ineliminabile, una prerogativa fondamentale sussiste se e poiché sussiste anzitutto la libertà negativa del suo esercizio, verificata con l'assenza di disconoscimento e negazione, da parte di altri privati o dello stato, della volontà individuale astrattamente tendente all'esercizio del diritto. La determinazione e l'azione altrui, in perseguimento di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento costituzionale, può anche porsi in limitazione del godimento della prerogativa fondamentale, ma non incide il diritto della personalità annullandolo in radice se non si dispiega come se la persona di quel diritto non fosse titolare, atteggiandosi invece sul presupposto della sua titolarità presso il singolo.

La possibilità-libertà di godimento deve però sussistere, affinché di un diritto esprima la titolarità effettiva, anche per il profilo sostanziale, come libertà positiva verificata nella disponibilità dei mezzi che consentono la scelta dell'azione volta al godimento del diritto medesimo. La titolarità del diritto è vanificata anche dall'assenza della possibilità materiale di esercitarlo, perché tale insussistenza nega, rendendone impossibile la manifestazione, la volontà verso il suo godimento in condizione di autonomia⁸¹⁵.

Non sembra dover essere parametrato su di un minimo di contenuto del diritto nemmeno il nucleo essenziale dei diritti sociali a prestazione quale, ad esempio, il diritto all'assistenza sanitaria gratuita.

La garanzia del nucleo essenziale del diritto alla salute richiede la certezza - oltre che del non disconoscimento altrui - della sussistenza delle condizioni di accesso alla fruizione di ogni prestazione necessaria alla tutela della salute. Anche quando il godimento del diritto ha per suo tramite la prerogativa assistenziale, la libertà positiva del suo godimento non è ancorata ad un intervento pubblico la cui determinazione quantitativa riflette l'individuazione di un numero di prestazioni più o meno ampio. La garanzia del nucleo essenziale del diritto fondamentale, si vuol dire, richiede la predisposizione dei mezzi atti ad assicurare al singolo la fruizione di tutte, e non solo di alcune, prestazioni necessarie alla cura, mediante una prestazione pubblica che integri l'apporto del privato o, anche, che lo sostituisca del tutto, come nel caso degli indigenti. In questa prospettiva, può aggiungersi, una eventuale restrizione di contenuto del diritto all'assistenza gratuita, legittimata da esigenze di finanza pubblica, non implica, proprio a tutela della dignità, la selezione tra prestazioni da assicurare, semmai la definizione dei limiti di reddito che giustificano l'erogazione di prestazioni in regime di gratuità.

Si afferma, allora, un bene giuridico dignità umana come nucleo essenziale dei diritti fondamentali circoscritto alla effettività della loro titolarità espressa nella possibilità-libertà del loro esercizio, nel duplice aspetto di libertà negativa - libertà di esercizio come assenza di negazione da parte

⁸¹⁵ Una lettura dei diritti fondamentali come composti di profili di libertà positiva e negativa è consentita dalle osservazioni di BALDASSARRE, *Libertà*, cit., che delle due libertà afferma la combinazione come dimensioni entrambe costitutive di ogni diritto fondamentale, sia di libertà che sociale (p. 17 ss.). Ed in effetti, profili di libertà positiva sono verificabili anche per i diritti fondamentali di libertà (il cui esercizio, per definizione, necessita della garanzia del non impedimento da parte del potere esterno) ponendosi anche per essi la necessità di presupposti di fatto, garantiti attraverso l'intervento statale, alla possibilità di esercizio. Per converso, profili di libertà negativa sono presenti anche per i diritti fondamentali sociali a prestazione (quelli il cui esercizio è condizionato ad una prestazione positiva pubblica) oltre che per i diritti sociali c.d. di libertà, per i quale pure è rilevante, ai fini della effettività della loro titolarità, la garanzia del non impedimento altrui. I lineamenti di questa distinzione sono tracciati invece in BALDASSARRE, *Diritti sociali*, voce cit., p. 29 ss.

di un potere esterno - e libertà positiva - libertà di esercizio come sussistenza di autonomia materiale -. Con la conseguenza che la tutela della dignità si esprime come protezione a fronte di disconoscimento altrui dei diritti e libertà fondamentali e come garanzia della capacità di fatto, insussistenza di ostacoli concreti, al loro godimento⁸¹⁶.

Ne consegue che il rapporto tra dignità e personalità non è un rapporto di identità. La dignità non è identificabile con la personalità nella sua esplicazione piena e perciò nei diritti che ne sono la proiezione giuridica in tutta la loro potenzialità espressiva - la quale può essere limitata dal bilanciamento con altri valori -. Essa è bensì un aspetto della personalità, quello connesso al suo profilo statico ed è perciò un aspetto, quello essenziale, dei diritti che la rendono espressa e ne costituiscono articolazione, ovvero l'effettività della loro titolarità - la quale essenza, viceversa, non è suscettibile di bilanciamento -.

4. La dignità tra subordinazione e iniziativa economica

Quanto sino ad ora constatato circa la formalizzazione della «dignità umana» e l'istanza di tutela per essa espressa tra le righe del testo costituzionale è riferibile anche alla «dignità del lavoratore subordinato», coincidente con essa. La diversità può affermarsi invece tra dignità umana e dignità professionale.

Indicativa dell'insieme delle qualità attitudinali e delle caratteristiche deontologiche insite nelle competenze che definiscono l'attività esercitata, essa identifica il lavoratore come appartenente ad un determinato gruppo nell'ambito dell'organizzazione lavorativa. La dignità professionale è cioè una dignità di *status*, quello socialmente definito in base alla professionalità esplicita, non rileva se in forma subordinata o meno⁸¹⁷. È una forma di dignità sociale, ed in ciò si distingue dalla dignità umana che è, invece, qualità che identifica il lavoratore come uomo⁸¹⁸. Ciò conferma la stessa giurisprudenza costituzionale, che distingue tra dignità professionale (relativa) e dignità *tout cour* (assoluta) del lavoratore⁸¹⁹.

La distinzione permane, anche se sfumata, quando si affronta il tema della tutela della dignità del lavoratore, risultando questa compromessa anche nei casi di lesione alla professionalità e alla dignità di *status* che si esprime attraverso di essa. In effetti, come si chiarirà, la professionalità del lavoratore è tutelata nella forma di diritto fondamentale, desumibile dagli artt. 2 e 35, comma 2, Cost., tale che la lesione del suo nucleo essenziale, e la negazione di dignità professionale che ne consegue, costituisce mortificazione della dignità del lavoratore a tutela della quale il diritto alla

⁸¹⁶ Cfr. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., il quale del principio di dignità umana afferma il collegamento con la «libertà positiva» e la «libertà negativa» (pp. 6, 10-12).

⁸¹⁷ Con riferimento alla dignità di *status* professionale, possono richiamarsi: Corte cost. 7 ottobre 1999, n. 380 sulla dignità dell'ufficio di magistrato; Corte cost. 18 luglio 1997, n. 249 e Corte cost. 24 ottobre 1995, n. 447 con riferimento alla dignità di chi ricopre un ufficio pubblico; Corte cost. 5 febbraio 1995, n. 45, sulla dignità delle cariche militari; Corte cost. n. 24 gennaio 1991 n. 30, sulla dignità degli appartenenti all'ordine giudiziario; Cass. 23 luglio 2001, n. 10014, in *Mass. giur. civ.*, 2001, p. 1449, sulla dignità della professionale forense; Cass. 30 luglio 2001, n. 10396, in *ivi*, 2001, p. 1502, sulla dignità dell'ordine medico.

⁸¹⁸ Distinguono tra dignità umana o morale e dignità o immagine professionale del lavoratore subordinato, tra le più recenti: App. Genova, sez. lav., 15 aprile 2005, in *Lav. prev. oggi*, 2006, 3, p. 396; Trib. Roma 15 febbraio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1233; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 331; App. Milano 6 ottobre 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 507; Cass. 15 febbraio 2003, n. 2328, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 438; Trib. Milano 22 dicembre 2001 in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 377; Trib. Roma 22 ottobre 1998, in *Lav. giur.*, 1999, p. 376.

⁸¹⁹ Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103; Corte cost. 6 aprile 2004, n. 113.

professionalità è riconosciuto dalla norma primaria, oltre che garantito, con la limitazione allo *ius variandi* del datore, dall'art. 2103 c.c.

La rilevata unicità del concetto giuridico di dignità umana reca che l'istanza di tutela della dignità del lavoratore è il riflesso di quella che investe la persona a-contestualizzata secondo Costituzione.

E tuttavia, essa si trova espressa e specificata, nei termini del suo svolgimento, in via indiretta, all'art. 41, comma 2, e in via diretta, all'art. 36 Cost. Le due disposizioni, non evidenziando una concezione della dignità del lavoratore altra rispetto alla dignità della persona in sé, sottendono invece la sensibilità verso una maggiore esigenza di tutela dovuta alle maggiori insidie che, alla dignità, possono derivare nel contesto della subordinazione e che giustificano la specificazione, *ivi* contenuta, del rapporto tra dignità del lavoratore e interesse economico che muove l'agire datoriale.

L'art. 41 Cost., si può dire, circoscrive il principio generale di tutela della dignità umana all'ambito settoriale dell'iniziativa economica privata e all'ambito della subordinazione.

Al comma 1, l'attività economica svolta, professionalmente o in modo occasionale⁸²⁰, al fine della produzione di ricchezza in senso lato e destinata al mercato, è elevata al rango di libertà⁸²¹, garantita e tutelata sia in ordine al momento genetico dell'iniziativa, sia in ordine alle scelte gestorie che ne concretizzano lo svolgimento⁸²². Poiché, in tale ambito, l'autonomia privata può contrapporsi problematicamente, oltre che con la sicurezza e la libertà, con la dignità umana, ad essa ed in entrambi i momenti in cui si esprime, il costituente, al comma 2, oppone la tutela del valore fondamentale⁸²³ il quale, secondo la Corte costituzionale, è compromesso dall'esercizio di attività moralmente riprovevoli, istiganti all'ozio o alla violenza, da attività che comportano umiliazione e sfruttamento dei lavoratori⁸²⁴.

La disposizione del comma 1, oltre che riconoscimento dell'iniziativa economica privata come libertà, può ritenersi indiretto ancoraggio costituzionale dell'autonomia privata negoziale espressa nei rapporti economici legati al suo svolgimento. Più precisamente, fondamento dell'autonomia contrattuale esplicita nei rapporti giuridici che conseguono, e sono strumentali, allo svolgimento dell'attività *ivi* garantita come libertà⁸²⁵. Tra questi, per la rilevanza che riveste ai fini

⁸²⁰ GALGANO, *Sub. art. 41*, p. 3, in *Commentario alla costituzione*, a cura di SCIALOJA, BRANCA, Bologna, 1982, p. 1 ss.; MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 21.

⁸²¹ Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 29. In dottrina, con tesi minoritaria, ne sostiene la natura di diritto fondamentale della personalità MAZZONI, *Iniziativa economica privata*, in *Nuovo dig. disc. priv.*, App., IV, Torino, 1983, p. 270 ss.

⁸²² Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 592 ss.

⁸²³ Corte cost. 23 aprile 1974, n. 111.

⁸²⁴ Rispettivamente: Corte cost. 9 luglio 1963, n. 125, Corte cost. 4 febbraio 1970, n. 12; Corte cost. 30 ottobre 1975, n. 273, Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78.

⁸²⁵ GALGANO, *Sub. art. 41*, cit., p. 4 s. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 607 s., La tesi è sostenuta, con orientamento consolidato, dalla Corte costituzionale: Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268; Corte cost. 17 marzo 2000 n. 70; Corte cost. 21 marzo 1969, n. 37; Corte cost. 6 marzo 74, n. 53; Corte cost. 27 luglio 2001, ord. n. 319. Deve escludersi che l'art. 41 Cost. sia la garanzia costituzionale della una più generale libertà economica individuale quale potere privato nel perseguimento di interessi patrimoniali fuori dall'esercizio di una attività economica organizzata (così invece TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1991, p. 595; MAZZOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, p. 165) e che quindi affermi indirettamente la garanzia dell'autonomia negoziale privata (come

della stessa organizzazione dell'attività produttiva, si ascrive il rapporto di lavoro subordinato, perciò espressione della libertà di iniziativa economica privata del datore⁸²⁶. Nella costituzione e nello svolgimento del rapporto, pertanto, l'autonomia datoriale sconta il medesimo limite di tutela della dignità a cui soggiace, ex comma 2, l'iniziativa economica; limite che, nello specifico, si configura come tutela della dignità del prestatore di lavoro.

L'istanza di tutela complessivamente espressa dalla norma si configura pertanto alla stregua di vero e proprio principio costituzionale: espresso, nell'enunciato di cui l'art. 41, comma 2, Cost., e di carattere settoriale, in quanto destinato a caratterizzare lo specifico settore dell'ordinamento costituito dai rapporti di lavoro subordinato. Principio che contiene la relazione di bilanciamento tra i valori dignità e libertà economica che in tale ambito risultano contrapposti.

La composizione tra i valori nel senso indicato dalla disposizione esprime un contenuto in forza del quale la subordinazione, strumento di svolgimento dell'attività economica, non può porsi in contrasto con la dignità del prestatore. Nel conflitto tra esigenze economiche ad essa sottese - il raggiungimento dello scopo produttivo (l'attività economica libera) attraverso l'utilizzo di una prestazione lavorativa da inserire dell'organizzazione datoriale (il ricorso alla subordinazione) - e valore «dignità umana», il bilanciamento avviene sulla base della caratterizzazione della dignità del lavoratore come valore assoluto.

Ne consegue che il principio conforma l'istituto della subordinazione imponendo la tutela della dignità del lavoratore non solo nel momento dell'esecuzione del vincolo contrattuale ma anche fuori di esso.

Da una parte, poiché radicato nella prevalenza del valore dignità umana rispetto alla più generale iniziativa economica, con ciò investendo la stessa concezione del rapporto tipizzato all'art. 2094 c.c. che ad essa è strumentale, il principio reca l'esigenza che lo svolgimento del lavoro in regime di subordinazione non sia, per i riflessi che la condizione di dipendenza tecnica e socio economica può avere sull'effettività della titolarità dei diritti e delle libertà fondamentali, mortificante la dignità dell'esistenza della persona in ogni ambito in cui essa si svolge, ovvero nel momento dell'esecuzione dell'obbligazione lavorativa ma anche fuori dal tempo di lavoro e dallo svolgimento della relazione contrattuale.

Dall'altra parte, poiché all'autonomia negoziale del datore è posto il limite dell'intangibilità del

sostengono MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 2; ALPA, *Il contratto*, p. 560, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2003, p. 459 ss.) anche nel godimento di diritti fondamentali, quando espressa attraverso atti negoziali di contenuto economico. Una tale garanzia unitaria della libertà contrattuale ex art. 1322 c.c. deve ritenersi insussistente (Corte cost. 15 maggio 1990, n. 241; Corte cost. 11 febbraio 1988, n. 159; Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268) e deve porsi la distinzione, sulla base dello stesso disposto costituzionale, tra libertà contrattuale nell'esercizio della libertà di iniziativa economica organizzata e libertà contrattuale nell'esercizio dei diritti fondamentali, tra i quali non è compresa la libertà economica.

⁸²⁶ Dal lato del prestatore, il rapporto di lavoro è espressione di autonomia privata nel godimento di un diritto fondamentale, autonomia che può esprimersi anche mediante un atto negoziale se a ciò strumentale. La stessa Corte costituzionale chiarisce che «l'art. 41 tutela l'autonomia negoziale come mezzo di esplicazione della libertà di iniziativa economica, la quale si esercita normalmente in forma di impresa. Chi stipula un contratto di lavoro subordinato con un imprenditore non assume, per parte sua, una iniziativa economica, bensì accetta di essere inserito nell'organizzazione produttiva costituita dall'iniziativa della controparte» (Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268) e, può aggiungersi, come scelta inerente all'esercizio del diritto fondamentale al lavoro.

bene fondamentale, la definizione dei caratteri qualitativi e quantitativi della prestazione attraverso l'esercizio delle prerogative direttive e disciplinari – pur legittimate dall'interesse costituzionalizzato come libertà in ordine all'efficacia limitativa sui diritti fondamentali del lavoratore – non può mortificare la sua dignità di uomo⁸²⁷. Con l'effetto che l'istanza di tutela viene in rilievo specificatamente nella fase di esecuzione della prestazione, dovendo la sua specificazione essere calibrata sulla necessità che il suo svolgimento non annulli in radice la personalità di colui che la compie.

Richiamando gli esiti della ricostruzione giuridica della dignità, prima compiuta, si può sostenere che essa soffre mortificazione se e quando dalle situazioni giuridiche attive e passive in cui si traducono, rispettivamente, il potere di eterodirezione e disciplinare del datore e la dipendenza tecnica e socio economica del lavoratore, scaturisce negazione e disconoscimento di diritti e libertà fondamentali del lavoratore e/o l'insussistenza delle condizioni materiali strumentali al loro esercizio.

Nel momento dell'adempimento della prestazione lavorativa – solo ambito in cui si concentra l'indagine che si svolge⁸²⁸ – la mortificazione della dignità è, perciò, apprezzabile nella vanificazione della titolarità delle prerogative fondamentali per l'aspetto negativo della libertà del loro esercizio. Ed infatti, l'effetto di compromissione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali risulta dall'atteggiarsi delle prerogative datoriali alla stregua di un potere privato esterno che ne disconosce la titolarità in capo al lavoratore, impedendone in radice la possibilità d'esercizio sotto il profilo formale.

La tutela della dignità emerge qui nella dimensione di limitazione dei poteri datoriali, della loro circoscrizione entro una cornice che lasci impregiudicata la radice dei diritti fondamentali su cui essi sono destinati ad incidere. Tale che l'intangibilità della libertà negativa d'esercizio dei diritti della personalità costituisce misura di legittimità dell'autonomia del datore, segnando il limite della compressione dei diritti fondamentali ammessa per le ragioni dell'esecuzione della prestazione⁸²⁹.

Risulta così chiarita una prima direzione degli atti di amministrazione del rapporto conforme alla tutela della personalità morale di cui l'art. 2087 c.c. fa obbligo al datore di lavoro.

La dignità s'intende tutelata se le prerogative datoriali, con l'inevitabile portato di incidenza sui

⁸²⁷ Si chiarisce così che i diritti fondamentali del lavoratore scontano il bilanciamento con il valore, anch'esso di rango costituzionale, dell'iniziativa economica, in confronto con la quale, nell'evidenza della compenetrazione tra la persona e la prestazione lavorativa, essi subiscono compressioni (lo rileva criticamente ROMAGNOLI, *Art. 1, art. 2-3, art.8, in Statuto dei lavoratori. Commentario al codice civile*, a cura di Scaloja, Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 1). Ciò sostiene anche, come già ricordato, LAMAS, *Diritti fondamentali e contratto di lavoro*, cit., p. 462, secondo il quale nel rapporto di lavoro i diritti fondamentali rilevano secondo un contenuto più ristretto rispetto a quello con cui sono accolti in costituzione e con il quale si pongono come limite al potere statale, tale che la loro limitazione da parte dei poteri datoriali non contrasta con il loro carattere di inviolabilità.

⁸²⁸ Quanto alle condizioni di vita, invece, il disconoscimento della dignità del lavoratore è effetto di uno sbilanciato rapporto tra tempo di lavoro e tempo sociale, anche sotto il profilo della prevedibilità e, soprattutto, di una retribuzione che, seppur proporzionata alla quantità e qualità del lavoro, è inidonea ad assicurare la sussistenza delle risorse materiali strumentali all'esercizio di ogni prerogativa della personalità nei tempi di sociali ulteriori a quelli di lavoro e a quelli liberati dal lavoro. In tal caso la dignità è in connessione con il valore strumentale del lavoro. In tema CASILLO, *Sulla difficile conciliabilità tra subordinazione e dignità*, in *Dir. merc. lav.* 2007, n. 4.

⁸²⁹ Rileva il nesso tra inadempimento nel rapporto di lavoro e lesione della dignità della persona Avio A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001, p. 3.

diritti fondamentali della persona, non si dispieghino come se di essi il lavoratore non fosse titolare ma, al contrario, siano calibrate sulla inviolabilità della loro titolarità, ponendosi non in loro negazione ma in loro sola compressione. Ciò significa che le ragioni dell'iniziativa economica, e della prestazione in base ad esse definita, devono essere modellate sulla certezza giuridica delle prerogative della personalità. Nella loro inviolabilità trova limite la restrizione all'esplicazione della personalità del lavoratore necessitata dallo scopo produttivo⁸³⁰, facendo salva la sua personalità morale.

Ciò di cui chiare modalità applicative sono offerte dalla prima traduzione legislativa del principio di cui all'art. 41, comma 2, Cost: la l. n. 300/1970, legge a «tutela della dignità dei lavoratori nei luoghi di lavoro».

5. Se la dignità possa ammettere una potestà punitiva tra privati

Nell'esecuzione del vincolo contrattuale, sicuramente critico, in rapporto al rischio di mortificazione della dignità del lavoratore, è il momento dell'esercizio del potere disciplinare.

La prerogativa datoriale, già rilevata quale manifestazione del riconoscimento giuridico di un potere autoritario in capo al datore, è unanimemente qualificata come modalità atipica di tutela dell'interesse del datore all'inserimento della prestazione nell'organizzazione in funzione dello scopo cui essa tende⁸³¹. Interesse alla cui soddisfazione soccorre una prestazione lavorativa che riflette, nei suoi contenuti e nelle modalità di esecuzione, la complessità richiesta dal raggiungimento dello scopo medesimo il quale, pertanto, conforma l'obbligazione assunta dal prestatore di lavoro. Interesse, deve ulteriormente precisarsi, la cui tutela a fronte dell'inadempimento di scarsa importanza, quello che *ex art. 1455 c.c.* non legittima la risoluzione del rapporto, non passa attraverso il tradizionale canale della tutela risarcitoria, sia per la mancanza o l'impossibilità di quantificazione del suo presupposto (il danno), sia perché la peculiarità dello stesso interesse che s'intende tutelare, a fronte dell'inadempimento, impone di dare alla reazione al medesimo una dimensione afflittiva e una valenza a fronte dell'intera comunità di lavoro⁸³².

La condizione determinata dallo svolgimento del potere disciplinare, nella quale il datore «giudica» il lavoratore e commina una vera e propria pena afflittiva, è tendenzialmente evocativa di una situazione di dominio di un uomo su di un altro. La circostanza che con suo atto unilaterale egli possa determinare conseguenze negative sulla sfera del prestatore, inevitabilmente, reca il rischio che, dall'ambito di determinazione della prestazione in funzione delle ragioni produttive, quel potere possa trascinare in dominio sulla persona, sanzionando comportamenti oggettivamente non riconducibili ad inadempimenti. Ciò che genera quella condizione di disparità tra le parti sotto il profilo della autodeterminazione che traduce la violazione della dignità umana.

Declinando in termini giuridici la descritta condizione di dominio, l'effetto in violazione della di-

⁸³⁰ Le prerogative della personalità rientrano infatti tra gli interessi protetti dal contratto, pur se di carattere non patrimoniale. Lo sottolinea MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in ID., *Diritto e valori, Saggi*, Bologna, 1985, p. 402.

⁸³¹ Per le problematiche sulla riconduzione del potere disciplinare al contratto di lavoro v. le diverse tesi di: VARDARO G., *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 1 ss.; MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 472 ss.

⁸³² Su questi aspetti, riassume le diverse posizioni dottrinali DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2006.

gnità del prestatore emerge nella supremazia datoriale che si esplica oltre il momento della determinazione delle sanzioni, e si estende a quello della loro irrogazione. Nella fase del procedimento disciplinare, in cui il lavoratore è soggetto passivo di atti in limitazione della propria sfera giuridica, un potere autoritativo del datore implica annullamento libertà di autodeterminazione della persona, concretando il disconoscimento di ogni sua manifestazione di autonomia che, se giustificato nella fase della definizione del codice disciplinare, non lo è affatto nel momento della comminazione della sanzione.

L'incondizionata autonomia del datore, e l'irrilevanza di quella del lavoratore, è legittima ai soli fini della determinazione delle ipotesi di inadempimento e delle corrispondenti sanzioni, essendo queste il riflesso della valutazione circa le caratteristiche della prestazione, e dell'organizzazione produttiva, necessarie ai fini del raggiungimento dello scopo dell'iniziativa economica. Valutazione che è una scelta di gestione, e che la norma costituzionale *ex art. 41, comma 1, Cost.* – e statutaria *ex art. 7, St. lav.* – lascia appunto nella libertà, nell'autonomia, del datore⁸³³, benché sia oramai invalsa la prassi della loro determinazione contrattata.

Lo svolgimento della scelta autoritaria, nella specie il momento dell'irrogazione della sanzione, è invece sottratto alla libertà incondizionata del datore e sottoposto al limite invalicabile della tutela dignità umana, *ex art. 41, comma 2, Cost.* Con l'effetto che all'autonomia del datore non è qui consentito esplicitarsi come autorità, dovendo invece confrontarsi con la soggettività giuridica su cui essa è destinata ad incidere, la volontà del lavoratore, e non svolgersi nella considerazione di esso come mero destinatario della sanzione⁸³⁴.

In questa prospettiva, nel procedimento disciplinare assume un preciso connotato di valore l'esercizio del diritto fondamentale alla difesa, quello stesso diritto *ex art. 24 Cost.* che la Corte costituzionale più volte indica posto a tutela della dignità del soggetto sottoposto qualsivoglia procedimento volto a sindacarne il comportamento⁸³⁵. È nella garanzia della sua effettività che riposa la tutela della dignità nel lavoratore destinatario di sanzione decisa dal datore. A ciò è finalizzato l'art. 7 *St. lav.*⁸³⁶ laddove, ai commi 2, 5 e 6 stabilisce l'obbligatorietà, ai fini della comminazione di sanzioni, del momento del contraddittorio e ne definisce il procedimento⁸³⁷, condizionando la validità della sanzione al preventivo momento di contestazione dell'addebito e alla possibilità di difesa⁸³⁸.

⁸³³ Cfr. invece C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 35 ss.

⁸³⁴ V. CATAUDELLA, *La «dignità» del lavoratore (considerazioni sul titolo I° dello statuto dei lavoratori)*, p. 5, in *Dir. lav.*, 1973, p. 1 ss.

⁸³⁵ Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388; Corte cost. 4 dicembre 1998, n. 394; Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 37.

⁸³⁶ La tesi è minoritaria. Nello stesso senso CATAUDELLA, *La «dignità» del lavoratore*, cit., p. 5; MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in *Id.*, *Diritto e valori. Saggi*, Bologna, 1985, p. 401.

⁸³⁷ Cass. 4 marzo 2006, n. 7848, in *Mass. giur. civ.*, 2006, 4; Cass. 29 marzo 2006, n. 7221, in *ivi*, 2006, 3; Cass. 9 febbraio 2006, n. 2851, in *ivi*, 2006, 2.

⁸³⁸ Chiaramente Corte cost. 1 giugno 1995, n. 220. Indirettamente invece Corte cost. 24 giugno 1992, n. 309; Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427 riconduce il procedimento disciplinare a tutela della dignità del prestatore e perciò lo estende, in quanto alla sanzione espulsiva, ai dipendenti di imprese con meno di 16 dipendenti.

6. Controllo occulto e a distanza: quando la dignità si confonde con la *privacy*

Significativamente inciso dalle ragioni produttive è il diritto alla riservatezza, coinvolto principalmente dalle prerogative datoriali di controllo sullo svolgimento della prestazione e sul lavoratore.

Anche nella prospettiva della tutela della dignità resiste l'opinione secondo cui la verifica della correttezza dell'adempimento della prestazione non è in sé lesiva della dignità del lavoratore⁸³⁹. In essa non si ravvisa infatti una implicazione del diritto alla riservatezza, che emergerebbe qui nel suo significato d'origine quale diritto a protezione della sfera privata dall'altrui curiosità e dall'altrui interesse a conoscere⁸⁴⁰.

Ciò si può sostenere in accoglimento della tesi che rileva come la comunanza di vita aziendale e le ragioni dell'interesse creditorio del datore stemperano l'esigenza di riserbo del lavoratore circa l'attività che svolge; essa, divenendo una manifestazione pubblica, cessa di essere privata e rientrando nell'area della riservatezza⁸⁴¹, almeno della riservatezza opponibile alla collettività di lavoro e al datore alla cui conoscenza la prestazione, per sua stessa natura, è esposta⁸⁴².

Diversamente accade quando il controllo avviene all'insaputa del lavoratore, dove l'apprezzamento giuridico della violazione della dignità richiama la concezione moderna della riservatezza, quella che la colloca come posta a presidio della libertà sia positiva e che negativa della persona per quella parte che esula dalla sua fisicità⁸⁴³. Precisamente, il controllo occulto realizza negazione dell'esigenza di protezione dall'ingerenza non autorizzata, inconsapevole nella propria vita, anche semplicemente lavorativa; esigenza che trasforma il diritto alla «riservatezza» in quello che oggi è comunemente definito come diritto alla «*privacy*»⁸⁴⁴.

Il controllo occulto comporta per il lavoratore il divenire oggetto inconsapevole di osservazioni altrui, ed è opportunamente inibito, sia se esercitato da personale non identificabile come addetto alla sorveglianza, sia se effettuato in modo automatizzato in via intenzionale (artt. 3 e 4, comma 1, St. lav.).

Sulla base di questo stesso rilievo si può dubitare della validità dell'orientamento giurisprudenziale

⁸³⁹ PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *Noviss. dig. it.*, App., IV, Torino, 1982, p. 896 ss.; CATAUDELLA, *La «dignità» del lavoratore (considerazioni sul titolo I dello statuto dei lavoratori)*, cit., p. 6.

⁸⁴⁰ Di creazione giurisprudenziale, il diritto alla riservatezza è stato originariamente inteso come avente un contenuto di protezione dall'altrui conoscenza di informazioni sulla propria sfera privata, definitivamente annoverato tra i diritti inviolabili dell'uomo da Corte cost. 5 aprile 1973, n. 38 (FIACCAVENTO, *Tutela della persona e «creazione giurisprudenziale» del diritto*, in *Giur. cost.*, 1992, II, p. 233 ss.). Sul nesso tra diritto e la tutela della dignità, esplicitato dalla Corte costituzionale nelle sentenze a suo luogo citate, v. Consiglio Stato, sez. IV, 10 novembre 1999, n. 1671, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 1821.

⁸⁴¹ CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza del lavoratore (tutela della)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, p. 2 e 8.

⁸⁴² In una prospettiva generale, il nesso tra l'ambito coperto dalla riservatezza costituzionalmente garantita e la comunità sociale in cui il soggetto è inserito è chiarito da CATAUDELLA, *Riservatezza (diritto della)*, in *Enc. giur.* XXVII, Roma, 1989.

⁸⁴³ Si accoglie qui la tesi che riconduce il diritto alla *privacy* all'art. 13 Cost., ove si coglie la libertà di autorealizzazione della persona come libertà di svolgere un rapporto libero e autonomo con la propria interiorità e con il proprio corpo. Libertà che investe non solo la sfera fisica, violata da ogni forma di costrizione fisica, ma anche l'integrità della propria sfera intima, privata e non sociale, violata da ogni forma di invadenza che ne erode il carattere della privatezza. V. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 34 ss.; MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 11 ss.

⁸⁴⁴ V. il fondamentale studio di RESCIGNO, *Privacy e costruzione della vita privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 521 ss.

ziale che afferma la legittimità della modalità occulta nei controlli difensivi, anche se automatizzati⁸⁴⁵.

La prevalenza della dignità del lavoratore sulle ragioni dell'iniziativa economica impone che la non negazione della *privacy* sia opposta altresì al controllo occulto richiesto dalle esigenze organizzative e produttive e dalla stessa sicurezza del lavoro.

La previa conoscenza del controllo deve essere, come difatti è a norma dell'art. 4, comma 2, St. lav., condizione per l'utilizzo di dispositivi automatici che, necessitati dalle ragioni aziendali e a ciò finalizzati in via immediata, anche solo incidentalmente consentono il controllo dell'attività lavorativa. Essi sono ammessi solo con autorizzazione delle rappresentanze sindacali aziendali⁸⁴⁶, condizione che non è intesa come sostitutiva dell'abdicazione individuale al proprio diritto alla riservatezza - ipotesi improponibile, come subito si dirà - ma come condizione minima di conoscibilità del controllo occulto preterintenzionale, per il rispetto dell'intangibilità della *privacy* che da esso risulta limitata.

Il potere di controllo è terreno di scontro tra dignità e ragioni produttive anche quando, in una funzione preventiva rispetto alla tutela del patrimonio aziendale, ha ad oggetto la persona del prestatore.

L'incidenza della pratica delle perquisizioni sul bene fondamentale, quale è la dignità, è legata alla sua connessione con la libertà della persona rispetto alla sua sfera fisica, sancita inviolabile in funzione dell'impedimento della mortificazione alla dignità conseguente all'assoggettamento fisico all'altrui potere. Ogni forma di costrizione fisica imposta da una volontà esterna esprime il dominio di un soggetto su di un altro, anche quella determinata da esigenze di giustizia e di sicurezza pubblica (artt. 13, 25, 27 Cost.), per questo assoggettata a cautele procedurali affinché non si traduca nella pura ed incondizionata soggezione al dominio altrui. In questo modo, la limitazione della libertà personale non elimina in radice la titolarità del diritto fondamentale di libertà, bensì ne limita l'estensione lasciando salva la titolarità del diritto perciò assunto come ineliminabile presso in singolo, benché limitabile in presenza di rigorose fattispecie.

Alla stregua di questo rilievo, sembrerebbe possibile affermare che le ispezioni personali di cui all'art. 6 St. lav. siano conformi all'istanza di tutela della dignità, per i condizionamenti cui è sottoposto l'esercizio del potere di perquisizione, totalmente sottratto a determinazioni soggettive

⁸⁴⁵ Per il controllo da parte di agenzie investigative v. Cass. 7 giugno 2003, n.9167, in *Mass. giur. civ.*, 2003, 6; Cass. 14 luglio 2001, n. 9576, *ivi*, 2001, p. 1395; Cass. 18 settembre 1995, n. 9836, in *ivi*, 1995, p. 1661; Cass. 3 novembre 2000, n. 14383, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 161; Cass. 5 maggio 2000, n. 5626, in *ivi*, 2000, p. 713; Trib. Rieti 4 febbraio 1999, in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, p. 20; Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1083; Per il controllo automatico v. Trib. Campobasso, 23 gennaio 2003, in *Dir. lav.*, 2003, II, p. 333, con nota di A.A.; Trib. Milano 31 marzo 2004, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 108 con nota di Cairo.

⁸⁴⁶ Trib. Milano 9 maggio 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 648 con nota di Bordone; Cass., sez. pen. III, 22 ottobre 2002, n. 42217, in *Dir. prat. lav.*, 2002, p. 506; Cass. 17 giugno 2000, n. 8250, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 613; Cass. 16 settembre 1997, n. 9211, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 830.

del datore: indispensabilità, come assenza di misure alternative⁸⁴⁷, al solo fine della tutela dell'integrità del patrimonio aziendale⁸⁴⁸ nonché rispetto della sfera intima del lavoratore, con la statuizione che la perquisizione avvenga fuori dai locali di lavoro⁸⁴⁹ e con modalità rispettose del riserbo anche nella sua manifestazione di intimità fisica⁸⁵⁰.

Tuttavia, e benché la Corte costituzionale si sia pronunciata per l'infondatezza della questione, il rispetto dell'inviolabilità della libertà personale è smentito dall'impossibilità del lavoratore di sottrarsi al controllo perquisitivo⁸⁵¹.

Vero è che la norma statutaria non autorizza potere coercitivo fisico che obblighi alla perquisizione⁸⁵², ma è anche vero che il rifiuto integra gli estremi della responsabilità disciplinare⁸⁵³ il che equivale a sancire l'obbligatorietà della perquisizione⁸⁵⁴ o, quantomeno, l'assenza della necessità di un preventivo consenso del lavoratore sul presupposto, appunto, dell'insussistenza del suo diritto fondamentale alla libertà personale.

Si è sostenuto che l'illegittimità sussiste se la perquisizione è contrattata dal datore in via amministrativa (art. 6, comma 3), ma non può affermarsi quando segue ad una previsione collettiva (co.2), intendendosi in tale caso implicitamente assunto il consenso del lavoratore, per il tramite della r.s.a., tale che la possibilità di perquisizione entra nello stesso vincolo contrattuale⁸⁵⁵. È però facile osservare che, anche a fronte della oramai indubitabile disponibilità individuale dei diritti fondamentali, non è ipotizzabile una manifestazione di volontà delegata alla parte collettiva, dovendosi ritenere necessario un consenso, espresso, del titolare del diritto⁸⁵⁶.

La *privacy* del lavoratore incontra, nell'esecuzione della prestazione, un forte potenziale di disconoscimento non solo nel suo contenuto positivo, come libertà da intrusioni esterne, ma anche nel suo aspetto negativo, come libertà di non esteriorizzare la propria individualità ideologica e

⁸⁴⁷ Trib. Forlì 15 maggio 1980, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2281.

⁸⁴⁸ Pret. Forlì 16 dicembre 1979, in *Giur. merito*, 1980, p. 520, con nota anonima; Pret. Forlì 13 novembre 1979, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, p. 124; Pret. Milano 20 marzo 1979, in *Foro it.*, 1980, I, p. 850.

⁸⁴⁹ Cass. 29 ottobre 1999, n. 12197, in *Mass. giur. civ.*, 1999, p. 2171.

⁸⁵⁰ L'inferenza all'intimità fisica può conseguire anche ad «ispezioni semplicemente oculari tali da creare disagio e degradazione psicologica», così Cass. 19 novembre 1984, n. 5902, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 259. Si esclude, ad esempio, lo spoglio degli indumenti: Trib. Forlì 15 maggio 1980, cit.; Trib. Forlì 10 dicembre 1979, cit.

⁸⁵¹ La questione è stata sollevata non solo in ordine all'art. 41, comma 2, sul rilievo che l'interesse economico dell'imprenditore viene assunto prevalente sulla dignità del lavoratore, ma anche all'art. 2, sottolineando la negazione del riconoscimento del diritto inviolabile del lavoratore, e all'art. 13, per la parte in cui essa prevede che ogni forma di restrizione personale, tra cui anche la perquisizione, possa avvenire solo a seguito di provvedimento motivato del magistrato. Corte cost. 25 giugno 1980, n. 99.

⁸⁵² Corte cost. 25 giugno 1980, n. 99; D'HARMANT FRANCOIS, *I diritti fondamentali nello statuto dei lavoratori*, p. 391, in *Dir. lav.*, 1973, I, p. 369; CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza*, cit., p. 6.

⁸⁵³ Pur se solo nell'ipotesi in cui la perquisizione non sia stata disposta nel rispetto delle regole procedurali previste dall'art. 6. Così CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza*, cit., p. 7. Cass. 19 novembre 1984, n. 5902, in *Giur. civ.*, 1985, I, p. 320, ha considerato possibile che le parti collettive in sede di accordo possano escludere la responsabilità disciplinare del lavoratore.

⁸⁵⁴ La perquisizione rimane comunque un atto di coercizione, al pari di quello che, ai sensi dell'art. 13 Cost., è possibile solo all'autorità pubblica. In ciò ROMAGNOLI, *Sub. art. 6*, cit., p. 33, ravvisa il punto «tecnicamente più debole della previsione legislativa: l'aver accordato ad un soggetto privato un potere esercitabile esclusivamente dallo stato».

⁸⁵⁵ V. i rilievi di PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, cit., p. 901 s., sui quali le osservazioni di D'HARMANT FRANCOIS, *I diritti individuali fondamentali*, cit., p. 391.

⁸⁵⁶ Conferma la giurisprudenza pur non recente: Pret. Milano 20 marzo 1979, in *Orient. giur. lav.*, 1979, p. 500 ss.

intimità di vita.

Profilo, questo, coinvolto dall'interesse datoriale alla conoscenza della sfera privata del lavoratore quando influente sull'esecuzione della prestazione; interesse legittimato all'art. 8 St. lav. che consente le indagini, e sui fatti e sulle opinioni, nei limiti in cui sono strumentali alla valutazione dell'attitudine professionale⁸⁵⁷. Unica condizione che, a fronte delle ragioni della produzione, lascia indenne la sussistenza del diritto fondamentale: in tali casi, s'è detto prima, l'individualità del lavoratore non può ritenersi rientrante nell'area delle manifestazioni della personalità coperte dal contenuto del diritto alla *privacy*.

Il giudizio sulla insensibilità del bene fondamentale dignità a questo tipo di indagini riflette il loro contenuto, il quale si allarga o si restringe, e con esso gli effetti sul diritto alla riservatezza, in funzione del significato che si attribuisce all'attitudine professionale per la cui valutazione le indagini sono legittimate.

Il contrasto con la dignità non sussiste se essa è intesa nel senso, restrittivo, di valutazione della capacità di attendere ai contenuti professionali richiesti dalla prestazione⁸⁵⁸, il solo significato che, nella logica di scambio del rapporto, rende legittimo l'interesse datoriale sotteso all'indagine⁸⁵⁹. Alla valutazione possono infatti rilevare sia informazioni sugli orientamenti ideologici del prestatore, le quali invero appaiono necessitate, e solo per alcune mansioni, esclusivamente nelle imprese di tendenza⁸⁶⁰, sia indagini sullo stile di vita genericamente inteso del lavoratore, rispetto alle quali l'interesse alla conoscenza è in ogni caso da valutare alla stregua dei contenuti specifici della prestazione⁸⁶¹.

All'opposto, la necessaria inerenza ai contenuti professionali della prestazione preserva dalle intrusioni del datore la vita privata nell'aspetto legato alle peculiarità caratteriali del soggetto espresse dalla sua condizione familiare, dalle relazioni sentimentali e sociali⁸⁶². Tali aspetti non paiono in alcun modo incidenti sull'attitudine professionale nel senso inteso. Sono forse incidenti

⁸⁵⁷ Si accoglie la tesi di chi non ravvisa, nel disposto normativo, una frattura tra opinioni e fatti di vita come oggetto di indagini lecite, ritenendole entrambe in linea di principio escluse ma entrambe, in via eccezionale, possibili solo laddove da esse si traggono elementi indispensabili alla valutazione delle potenzialità dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa, nel senso e nei contenuti di cui appresso. Per questa tesi v. CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza*, cit., p. 9; LEO, *La fattispecie a tutela della libertà e dignità del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, p. 679 ss., specie p. 728.

⁸⁵⁸ Diversamente, per la considerazione dell'attitudine professionale come «capacità professionale in senso ampio, tale da abbracciare l'idoneità del lavoratore ad adempiere tutti gli obblighi nascenti dal contratto di lavoro e dal suo inserimento nell'organizzazione dell'impresa» CATAUDELLA, *Dignità e riservatezza*, cit., p. 10. La definizione qui proposta è chiaramente espressa dalla giurisprudenza più recente, secondo la quale essa è «attitudine professionale al lavoro, da intendersi come obiettiva capacità, intellettuale o manuale, di svolgere un'attività lavorativa»: Consiglio di Stato, sez. IV, 10 novembre 1999, n. 1671, in *Foro it.*, 2000, III, p. 406 ss.

⁸⁵⁹ Per un dubbio sulla conformità costituzionale della normativa, sotto l'aspetto degli interessi protetti, v. LEO, *La fattispecie a tutela della dignità*, cit., p. 728, nt. n. 243.

⁸⁶⁰ Sul punto v. PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, cit., p. 904 s.

⁸⁶¹ Se può giustificarsi, ad esempio, una raccolta di informazioni in ordine alla condotta penale del soggetto con riferimento al compimento di reati che depongono nel senso di una scarsa idoneità a svolgere la mansione assegnata, non si giustifica, per la verifica dell'attitudine a svolgere la medesima mansione, una indagine su tutti i precedenti penali del soggetto. Per una ampia casistica sull'oggetto delle indagini vietate v. LEO, *La fattispecie*, cit., p. 733 ss. In giurisprudenza recente v. Pret. Pisa 30 marzo 1999, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 80, nota di ALBI; Pret. Pisa 21 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2060; Cass. 19 febbraio 1988, n. 1762, in *Giur. it.*, 1989, I, p. 1202 ss.

⁸⁶² La giurisprudenza infatti esclude la legittimità di indagini a ciò finalizzate: Consiglio di Stato, sez. IV, 10 novembre 1999, n. 1671, in *Foro it.*, 2000, III, p. 406 ss.; Pret. Milano 16 gennaio 1996, in *Orient. giur. lav.*, 1996, p. 389 ss.

sul rendimento del lavoratore, e perciò rilevanti ai fini della valutazione della potenzialità ad adempiere agli obblighi accessori derivanti dal contratto, valutazione che in ogni caso è esclusa dalla *ratio* della disposizione⁸⁶³.

7. La dignità professionale e l'intreccio con quella umana. A proposito del *mobbing*

Nello svolgimento del rapporto di subordinazione, la tutela della dignità emerge anche in rapporto alla professionalità del lavoratore. È oramai pacifico⁸⁶⁴ che nel collegamento tra personalità e lavoro, la professionalità risulta veicolo di estrinsecazione della personalità individuale ed è perciò protetta, come sua componente essenziale, con la veste di diritto fondamentale desumibile dal collegamento tra gli artt. 2 e 35, comma 2, Cost.⁸⁶⁵. Il lavoro è, per colui che lo presta, fonte di sostentamento ma anche mezzo di esplicazione della personalità, espressa «attraverso» il lavoro se e nella misura in cui esso è veicolo di rivelazione della professionalità.

Il bene immateriale della persona, che si concreta nella sfera giuridica individuale nel contesto dello svolgimento di attività lavorativa, subordinata o autonoma, è circoscrivibile nel complesso di quelle attitudini, abilità e competenze necessarie allo svolgimento dell'attività, le quali trovano accrescimento nella maturazione e nell'esperienza conseguenti al costante esercizio dell'attività medesima⁸⁶⁶. Ed è, la professionalità, caratterizzante la personalità del lavoratore indipendentemente dal contenuto intrinseco, più o meno qualificato, dell'attività esercitata⁸⁶⁷. Essa, s'è detto, è espressiva della dignità di *status* professionale, dignità che identifica il lavoratore nella comunità sociale in cui è inserito.

Nel rapporto di subordinazione la professionalità, nella sua dimensione di base, costituisce il patrimonio che il soggetto apporta come termine dello scambio con la retribuzione: resa «disponibile» al datore, ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost., prima parte, deve essere remunerata con un compenso proporzionato. È tuttavia un bagaglio che, per sua natura, pretende trasformazione in senso evolutivo, in risposta tanto all'istanza di espressione della personalità del lavoratore quanto al soddisfacimento dell'interesse dello stesso datore⁸⁶⁸.

Il disconoscimento del diritto che sancisce l'inerenza del bene professionalità alla persona assume, nel contesto della subordinazione, la veste dello *ius variandi* indirizzato alla negazione della posizione giuridica che ne è diretta espressione nel contratto di lavoro: il «diritto di lavorare» o

⁸⁶³ Romagnoli, *Sub art. 8*, cit., p. 146 nt. n. 6 e p. 147; in giurisprudenza v. Pret. Milano 12 luglio 1988, in *Not. giur. lav.*, 1989, p. 23.

⁸⁶⁴ Se non in dottrina almeno in giurisprudenza. Tra le ultime di maggior chiarezza: Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in *Orient. giur. lav.*, 2002, p. 181 ss.; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *ivi*, 2003, I, p. 311 ss.; Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, cit.; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 170 ss.

⁸⁶⁵ Avio, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, cit., p. 102 ss.; NAPOLI, *Prefazione. Un incontro a più voci sulla professionalità*, in *La professionalità*, a cura di NAPOLI, Milano, 2004, p. VII; *Id.*, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, cit., p. 1119; ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, 2004, p. 114 ss. Critico VALLEBONA, *Spunti critici sulla questione del diritto del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 363 ss.; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 319 ss.

⁸⁶⁶ La distinzione è quella tra aspetto statico e aspetto dinamico della professionalità, sulla quale: Cass. 7 luglio 2001, n. 9228, in *Lav. prev. oggi*, 2001, p. 1405 ss.; Cass. 19 febbraio 1999, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 886 ss.

⁸⁶⁷ ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, cit., p. 119. In senso difforme Trib. Milano, 17 marzo 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, p. 47 ss.; Pret. Milano, 26 maggio 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 977 ss.

⁸⁶⁸ Cfr. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, cit., p. 1129.

meglio il diritto di esprimere ed accrescere la propria professionalità nel e attraverso il lavoro. Disconoscimento che consegue sia alla deprofessionalizzazione ingiustificata, sia alla completa deprivazione di mansioni⁸⁶⁹. In entrambi i casi, infatti, l'esplicazione del potere datoriale nel perseguimento delle esigenze della prestazione si atteggia assumendo l'irrilevanza della titolarità del diritto in capo al lavoratore.

L'istanza di certezza del non annullamento della prerogativa della personalità è recepita dall'art. 13 dello statuto⁸⁷⁰. La modifica all'art. 2103 c.c. sancisce l'opposizione al potere datoriale della tutela della dignità del lavoratore mediante l'affermazione della non eliminabilità del diritto alla professionalità⁸⁷¹.

Nel disposto della norma codicistica, la tutela della professionalità si nasconde nel seno del limite allo *ius variandi* datoriale⁸⁷², che può legittimamente esercitarsi solo nel presupposto della sussistenza di tale diritto in capo al lavoratore. Ed infatti, eliminata ogni ipotesi, anche *pseudo* convenzionale, di mutamento peggiorativo, il potere di adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle di assunzione è circoscritto nei limiti della equivalenza professionale delle mansioni stesse⁸⁷³, con la nullità di ogni patto contrario.

L'interpretazione non rigida di tale ultima clausola, in forza della quale la deprofessionalizzazione è ammessa, con il consenso del lavoratore, qualora, date oggettive condizioni aziendali o anche di salute dello stesso lavoratore, si presenti come unica misura atta a preservare il mantenimento del rapporto⁸⁷⁴, non contrasta con la tutela della dignità. Questa non solo non subisce mortificazione, in quanto la menomazione della professionalità non è arbitrariamente disposta dal datore, ma risulta di fatto tutelata, poiché la soluzione in apparenza peggiorativa sottende il presupposto della titolarità del diritto fondamentale al lavoro ex art. 4 Cost., e la sua affermazione a fronte di situazioni che potrebbero pregiudicarne il godimento.

Il demansionamento, è noto, costituisce uno degli atti attraverso cui prende corpo il *mobbing* verticale attuato nella forma di unico atto, conosciuto come *straining*⁸⁷⁵. La lesione della dignità

⁸⁶⁹ Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, cit.; Cass. 13 febbraio 1998, n. 1530, in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 264; Cass. 4 ottobre 1995, n. 10405, in *Foro it.*, 1995, I, 3133; Cass. 3 giugno 1995, n. 6265, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 424; Il demansionamento, secondo la giurisprudenza recente, costituisce negazione dello stesso diritto al lavoro. V. MAZZIOTTI F., *Il danno alla persona del lavoratore*, in *Studi in onore di La Bruna*, Napoli, p. 10 del datt.

⁸⁷⁰ Visualizza l'art. 13 St. lav. come posto a tutela della dignità del lavoratore Cass. 29 luglio 2003, n. 11660, in *Not. giur. lav.*, 2004, p. 194 ss.; Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, in *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 163 ss.; Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, *ivi*, 1985, I, p. 163.

⁸⁷¹ Esplicita la lesione alla dignità come conseguenza della lesione alla professionalità Trib. Milano 22 febbraio 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 446; Pret. Milano 9 dicembre 1997, cit.; Trib. Cagliari 5 luglio 1996, in *Lav. giur.*, 1997, 312, con nota di Topo; Pret. Milano 11 marzo 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 677 ss.

⁸⁷² DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in Atti Convegno Aidlass, *Il Danno alla persona del lavoratore*, Napoli, 31 marzo - 1 aprile 2006, p. 47 del datt. In giurisprudenza è pacifico il collegamento tra la violazione dei limiti ex art. 2103 c.c. e il danno alla professionalità, tra le tante, Trib. Roma 15 febbraio 2005, cit.; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, cit.; Trib. Milano 22 dicembre 2001, cit.; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 311.

⁸⁷³ Il criterio di valutazione della equivalenza professionale è rinvenuto nella circostanza che le nuove mansioni consentano al lavoratore l'utilizzazione e l'accrescimento del patrimonio professionale acquisito e non ne comportino un depauperamento. Tra le tante: Cass. 15 febbraio 2003, n. 2328, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 438 ss; Trib. Napoli 19 settembre 1986, in *Foro it.*, 1986, I, p. 2905 ss.; Trib. Napoli 29 marzo 1985, in *Orient. giur. lav.*, 1985, p. 374 ss.

⁸⁷⁴ Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Dir. prat. lav.*, 2000, p. 586; Trib. Roma 22 ottobre 1998, in *Lav. giur.*, 1999, p. 376 ss.

⁸⁷⁵ Sulle problematiche del *mobbing*. v. almeno SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, in *Riv. it. dir. lav.* 2004, I, p. 489 ss; TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, I, p. 251 ss; In tema di *straining*: MAZZIOTTI, *Il danno alla persona del lavoratore*, cit., 9.

risulta qui dall'intreccio tra la negazione del diritto alla professionalità ed il disconoscimento della soggettiva giuridica del lavoratore. L'atto, già di per sè illecito, è infatti compiuto per la finalità vessatoria e persecutoria, concretando la sottoposizione del lavoratore alla volontà del datore preordinata alla espulsione dal contesto aziendale mediante coartazione della sua volontà.

Tale ultimo aspetto è, peraltro, l'unico in cui è apprezzabile giuridicamente la violazione della dignità nel caso di *mobbing* perpetrato mediante una serie di atti innocui e di per sè legittimi. La condotta del datore è attratta all'illegittimità solo per essere, nel suo insieme, vessatoria e persecutoria, cioè integrante mancanza della considerazione del lavoratore come soggetto che si pone rispetto al datore in posizione di parità sotto il profilo della libertà di autodeterminazione. Al rispetto della persona, viceversa, il datore è tenuto in forza dell'obbligo ex art. 2087 c.c. Nella fattispecie, la condizione di «dominio dell'uomo sull'uomo», con l'aggravamento della posizione del datore, risulta dal fatto che, non essendo gli atti datoriali formalmente illegittimi, sussiste rispetto ad essi l'impossibilità di formale reazione del lavoratore.

Sotto altro e differente profilo, l'istanza di non disconoscimento del diritto alla professionalità sollecita il dubbio sulla conformità, al principio di tutela della dignità umana, di lavori nei quali non è dato rilevare alcun contenuto di professionalità sia pur minimale, in ipotesi anche degradanti. Il quesito attiene, si intende dire, all'ammissibilità di una prestazione che non consente lo sviluppo della professionalità non poiché esso risulta impedito da azioni datoriali, bensì perché la stessa attività è assolutamente priva di contenuti che realizzano manifestazione di questo tra i diritti in cui la personalità si esprime. Si tratta allora di verificare la possibilità di dedurre in contratto una prestazione palesemente in violazione della dignità di uno degli obbligati, nella specie il contraente sostanzialmente debole.

La soluzione drastica dell'inammissibilità di tali lavori, con la conseguente prospettazione della necessità della loro meccanizzazione, è suggerita dalla lettura dell'art. 1346 c.c. alla luce del principio costituzionale: trattandosi di attività che presuppongono la negazione in radice della sussistenza della prerogativa fondamentale, l'obbligazione del prestatore risulta avere un contenuto illecito. Ed invero, anche la via di compromesso costituita dalla maggiore remunerazione per il loro svolgimento, con funzione di incidenza su altri ambiti della personalità del soggetto, sembra essere non pienamente appagante. Non vi è infatti interesse privato meritevole di tutela che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., possa giustificare una relazione giuridica patrimoniale che mortifichi la dignità umana⁸⁷⁶.

8. Discriminazioni e molestie: rapporto con la dignità umana e sociale

Presiedono alla tutela della dignità del lavoratore, considerata sia sotto il profilo sociale che sotto quello umano, anche i divieti di atti discriminatori in funzione dei fattori nominati all'art. 3, comma 1, Cost., a fronte dell'annullamento dei diritti della personalità – diritto all'identità sessuale, razziale, libertà di pensiero, libertà religiosa – che la disparità di trattamento peggiorativa

⁸⁷⁶ Allo stesso modo in cui è illecita la deduzione in contratto di prestazioni sessuali: la manifestazione sessuale è sì diritto fondamentale inespreso ex art. 2 Cost., ma se svolta in un contesto di subordinazione determina strumentalizzazione dell'uomo. V. LUCIANI, *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.* 2002, p. 398 ss. Un singolare caso di attività lavorativa in contrasto con la dignità umana di colui che la svolge è quello, venuto all'esame della Commissione europea dei diritti dell'uomo, del lancio dei nani, sul quale v. RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e il limite della dignità*, cit., p. 839 ss.

realizza se ingiustificata. L'attribuzione di un trattamento pregiudizievole in base al fattore soggettivo esprime la valutazione datoriale negativa del fattore medesimo, ed equivale alla negazione al lavoratore della titolarità del diritto fondamentale che assume quella caratterizzazione soggettiva come articolazione della personalità.

L'efficacia interpretata del precetto d'eguaglianza contenuto nell'art. 3, commi 1 e 2 Cost., ha subito nel tempo una costante evoluzione, andando ben oltre la tutela dell'identità di genere. Anche quest'ultima, che già l'art. 37 Cost. direttamente tutelava dall'arbitrarietà del datore⁸⁷⁷, ha subito uno sviluppo segnato, nell'ottica della parità di trattamento formale, dalla l. n. 903/1977 e, in un'ottica che attrae anche la parità sostanziale, dall'art. 4 della l. n. 125/1991, sino all'ampliamento degli atti datoriali discriminatori in conformità con la parallela evoluzione del diritto comunitario il quale, in forza della direttiva 2002/73/CE, ha consentito, per il tramite del d. lgs. n. 145/2005, una delimitazione puntuale delle fattispecie di discriminazioni dirette ed indirette in relazione al genere⁸⁷⁸ nonché l'equiparazione alle discriminazioni, ai fini degli effetti, delle molestie di genere e delle molestie sessuali⁸⁷⁹. Normativa ora confluita del d. lgs. n. 198/2006.

Dall'ambito comunitario è maturata, poi, l'estensione della valutazione legislativa negativa agli atti datoriali che assegnano trattamenti pregiudizievoli ai lavoratori sulla base, diretta o indiretta, della razza, dell'origine etnica (d. lgs. n. 215/2003, in attuazione della direttiva 2000/43/CE), della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età e, in risposta ad una forte istanza sociale, dell'orientamento sessuale (d. lgs. n. 216/2003, attuazione della direttiva 2000/78/CE). Fattori soggettivi (ad esclusione dell'ultimo) sulla cui considerazione da parte del datore ai fini dell'assunzione, del licenziamento, della comminazione di sanzioni, dell'attribuzione di mansioni e della progressione in carriera, di trasferimenti, il legislatore interno aveva già espresso la sanzione di illegittimità: con l'art. 4 della l. n. 604/1966, l'art. 15 e indirettamente con gli artt. 1 e 8 della l. n. 300/1970, con l'art. 3 della l. n. 108/1990 ed, infine, con riferimento specifico all'appartenenza razziale, con l'art. 41 della l. n. 40/1998, ora art. 43 del t.u. sull'immigrazione, d. lgs. n. 286/1998.

La connessione tra discriminazioni, molestie e dignità nonché la considerazione dei divieti come strumentale alla tutela di quest'ultima, assumono rilevanza anche nelle disposizioni di legge.

Con formula differente da quella che risulta, unificata, nei dd.lgs. n. 215/2003, n. 216/2003 e n. 145/2005, il comma 2 dell'art. 43 del d. lgs. n. 286/1998 qualifica come discriminazione l'atto compiuto su base, diretta o indiretta, della razza, del colore, dell'ascendenza, dell'origine nazionale o etnica che abbia lo scopo o l'effetto di «distruggere o compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in

⁸⁷⁷ MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 4.

⁸⁷⁸ Note critiche sulla nozione di discriminazione indiretta (pur riferite ai d. lgs. 216 e 216) che attengono alla parità di trattamento tra persone identificate da caratteri potenzialmente discriminatori diversi dal genere ma riferibili anche alle discriminazioni in ragione del sesso, stante l'unitarietà della nozione di discriminazione, sono espresse da DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 711 ss.,

⁸⁷⁹ Sulla distinzione tra molestie e molestie sessuali e sulla considerazione di esse quali atti discriminatori in relazione al genere ai soli fini degli effetti a tutela del soggetto vittima dell'abuso, e non ai fini della loro inclusione nella nozione di discriminazione rispetto alla quale le molestie mancano del fondante carattere di comparazione che tecnicamente definisce un comportamento discriminatorio vietato v. DE SIMONE, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la direttiva CE 2002/73*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 399 ss. benché in commento alla direttiva 2002/73/CE e non al decreto attuativo.

campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica». In parallelo, l'art. 26, commi 1 e 2, d. lgs. n. 198/2006, identifica quali molestie e molestie sessuali quei comportamenti «indesiderati posti in essere per ragioni connesse al sesso» e «a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale» aventi «lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

Da cui, il divieto della discriminazione perché ad essa consegue l'annullamento della titolarità di diritti e libertà fondamentali: l'annullamento della possibilità-libertà del loro esercizio sia sotto il profilo negativo (la distruzione e compromissione del riconoscimento del diritto) sia sotto il profilo positivo (la distruzione e compromissione del godimento e dell'esercizio del diritto).

Ciò che risulta anche dalla molestia, perché da essa deriva la negazione di una di quelle libertà fondamentali patrimonio giuridico del lavoratore in quanto uomo, componente espressiva della sua identità: la libertà sessuale, nella specie anche transessuale o omosessuale. Tuttavia, mentre nella definizione dell'atto discriminatorio per motivi razziali la violazione della dignità è declinata in base alla sua proiezione giuridica, nella definizione delle molestie si pone l'accento sull'aspetto concettuale della dignità, fotografando la condizione di degrado che pervade un ambiente lavorativo in cui i poteri datoriali travalicano la persona per investire l'uomo, evocano immagini di schiavitù.

Deve infine affermarsi la compatibilità, con la tutela della dignità sottesa ai divieti di discriminazione, delle deroghe ai divieti stessi consentite, per il fattore genere, solo con riguardo alle discriminazioni indirette (art. 25, comma 2, d. lgs. n. 198/2006) e con riguardo anche alle discriminazioni dirette, per gli altri fattori differenzianti gli individui⁸⁸⁰ (art. 3, comma 3, d. lgs. n. 215/2003, art. 3, comma 3, d. lgs. n. 216/2003).

La scelta che discrimina in ragione della fede religiosa, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età, dell'orientamento sessuale, della razza o dell'origine etnica in dipendenza della natura dell'attività d'impresa o del contesto in cui essa è destinata a venire espletata, rispetto alle quali l'insussistenza dei caratteri soggettivi sia essenziale allo svolgimento dell'attività lavorativa, non costituisce negazione della possibilità per il soggetto lavoratore di manifestare liberamente la sua propria specificità, né imposizione della negazione di una specificità ineliminabile. Se ed in quanto giustificato da quelle esigenze obiettive, e se ragionevole e proporzionato al loro soddisfacimento, il trattamento peggiorativo non lede la dignità del lavoratore, dal momento che la conseguenza negativa che alla specificità si connette non è frutto dell'arbitrio del datore, volto ad annullare il carattere dell'identità individuale. Esso non trova ragione nella negazione del rapporto paritario, sotto il profilo della dignità, tra il lavoratore, il datore e la comunità degli altri lavoratori, bensì in una condizione oggettiva che, se ineliminabile, giustifica la discriminazione stessa.

La tutela della dignità, detto altrimenti, non richiede che il lavoratore abbia accesso ad una prestazione pur non avendone le qualità, «se» oggettivamente imprescindibili ed obiettivamente ineliminabili ai fini dello svolgimento del lavoro. Semmai, la dignità può ricevere offesa se l'indivi-

⁸⁸⁰ Particolarmente critica sull'ammissibilità di deroghe ai divieti di discriminazione diretta, De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, p. 535 ss, in *Lav. dir.*, 2004, p. 521 ss. V. però, dello stesso ultimo A., in una visione meno problematica, *La nozione di discriminazione*, cit., p. 726 ss.

dualità del prestatore è, nei fatti, assolutamente irrilevante ai fini dell'esecuzione della prestazione presentandosi, la conseguente discriminazione, solo fittiziamente giustificata dalla caratterizzazione della posizione lavorativa nascondendo, invece, un puro intento discriminatorio per le ragioni soggettive - e, quindi, una indiretta negazione della titolarità dei diritti che ne sanciscono la libertà di manifestazione come fondamentale -.

9. Violazione della dignità e tecniche di tutela.

Emerge, da quanto sin qui indagato, che l'istanza di tutela della dignità del lavoratore, veicolata nella posizione debitoria del datore dall'art. 2087 c.c., ottiene soddisfazione con il dispiegamento dei poteri datoriali nel segno del non disconoscimento delle prerogative fondamentali della personalità, secondo le limitazioni che al loro esercizio sono poste dalla legge o enunciate dall'interprete nelle fattispecie concrete. La tutela del bene è dunque diretta funzione dell'adempimento datoriale.

Nella prospettiva della separazione logica e giuridica tra momento dell'adempimento esatto, rispettoso dell'invulnerabilità della personalità morale, e quello dell'inadempimento nella forma di illegittimo esercizio del potere, che ne realizza invece la mortificazione cagionando eventuale danno⁸⁸¹, l'effettività della tutela, quale realizzazione del contenuto intrinseco del diritto tutelando, non consegue ai rimedi risarcitori, che presuppongono già la violazione del bene e sono diretti alla riparazione del pregiudizio conseguentemente subito, bensì alle tecniche che presiedono alla certezza dell'adempimento corretto e, in un'ottica preventiva della lesione, alla tutela specifica dell'interesse del creditore, forma generale di tutela dei diritti prevista all'art. 24 Cost.⁸⁸².

Una forma di tutela specifica, o almeno non meramente risarcitoria, del patrimonio fondamentale del lavoratore, che tuttavia solo astrattamente potrebbe configurarsi come compulsiva dell'adempimento, è costituita dalla invalidazione della manifestazione dei poteri datoriali in disprezzo dell'intangibilità dei diritti della personalità⁸⁸³. Tecnica invalidante che il legislatore impiega, ad esempio, con riferimento agli atti discriminatori, all'art. 15 St. lav., a garanzia del non annullamento del diritto del lavoratore alla manifestazione della propria identità ideologicamente e sessualmente orientata, e agli atti datoriali in negazione del diritto alla professionalità, con l'art. 2103 c.c. La scelta è di considerare l'atto datoriale non un inadempimento, sanzionabile con il risarcimento del danno, ma un atto affatto non idoneo a produrre effetti o idoneo a produrne solo temporaneamente, e perciò radicalmente nullo o annullabile *ex tunc*.

Se si considera che l'atto di manifestazione del potere privato in disconoscimento di un diritto fondamentale è contrario al principio costituzionale di cui all'art. 41, comma 2, Cost., e, in generale, al principio di tutela della dignità umana che, come rilevato, si impone all'autonomia dei privati anche nella sua manifestazione di autonomia contrattuale, l'illiceità dell'atto datoriale si apprezza come contrasto con un principio di ordine pubblico e, pertanto, la sanzione di nullità sembra essere quella più appropriata.

⁸⁸¹ MAZZAMUTO, *La prospettiva civilistica*, in AA.Vv., *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, cit., p. 21 ss.; ALBI, *Il diritto all'integrità psico-fisica e alla personalità morale del lavoratore*, in *ivi* p. 277 ss.

⁸⁸² DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, I, Napoli, 1989, p. 11 ss.

⁸⁸³ Con riferimento ad un generico diritto alla continuità del rapporto, PIVETTI, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica dei diritti dei lavoratori*, in AA.Vv., *La tutela in forma specifica*, cit., p. 165 ss.

Tecniche di coazione indiretta (in senso proprio) dell'adempimento dell'obbligo derivante dalla legge sono previste con riferimento alla tutela dell'integrità psico-fisica, nella forma di sanzioni penali che assistono gli obblighi prevenzionistici in materia di tutela della salute nei luoghi di lavoro, secondo il d. lgs. n. 626/1994 come modificato dalla l. n. 62/2005; analogamente, con riferimento al diritto alla *privacy* sanzioni penali sono previste, all'art. 38 St. lav., nel caso di violazione della normativa, *ivi* contenuta, in tema di controlli sulla prestazione e sul lavoratore.

La configurazione di illecito penale ben si attaglia alle ipotesi di mortificazione dei diritti della personalità la cui tutela assurge ad interesse pubblico, con la conseguente possibilità di prospettare analoga soluzione per ogni ipotesi di atti datoriali che, in annullamento di prerogative della persona, diano luogo a mortificazione della dignità del lavoratore.

Nemmeno può essere sottovalutata la funzione coercitiva indiretta che può svolgere, anche in tema di diritti inviolabili, la previsione legislativa di un ammontare risarcitorio a favore del lavoratore violato nella sua dignità, secondo lo schema tipizzato per *astreintes* francesi⁸⁸⁴ la cui adozione generalizzata è auspicio che ottiene consenso diffuso, ed al quale si ascrive il meccanismo risarcitorio in caso di licenziamento illegittimo nell'ambito della tutela reale.

Invero, come si dirà, l'impossibilità di configurare quello alla dignità umana come un danno *in ipsa* e la conseguente necessità di ammettere a risarcibilità il solo danno, patrimoniale o non patrimoniale, effettivamente provato come conseguente alla violazione⁸⁸⁵, farebbe propendere per la soluzione, attualmente sperimentata nei casi di inottemperanza all'ordine del giudice in tema di discriminazioni, delle sanzioni configurate non come risarcitorie (di un danno legislativamente presunto) ma come pene esecutive, a beneficio non del lavoratore ma del funzionamento della giustizia⁸⁸⁶.

Per tutte le ipotesi in cui sul piano del pregiudizio alla dignità la normativa non offre incisivi strumenti dissuasivi dell'inadempimento, si apre il ventaglio delle possibili azioni individuali, anzitutto in sede giurisdizionale, volte a far conseguire il rispetto dei beni fondamentali e non (o non solo) l'ottenimento di una entità equivalente (nel caso di danno). Azioni tuttavia non sempre idonee ad arginare in radice la lesione, nella misura in cui la loro attivazione è, pur se non di diritto, di fatto condizionata alla sussistenza dell'illecito, rivelandosi atte solo a limitare il danno conseguente al perdurare della deprivazione del diritto.

La riconduzione dell'obbligo di tutela della personalità morale all'alveo del contratto dischiude al lavoratore la prospettiva dell'azione di esatto adempimento ex art. 1453 c.c. in forza del quale, nell'ottica di conservazione del contratto, a fronte di un inadempimento o non esatto adempimento, la parte può ottenere dal giudice una sentenza di condanna all'adempimento⁸⁸⁷, pur rimanendo la possibilità, offerta dallo stesso art. 1453 c.c. di ottenere il risarcimento del danno qualora già verificato. Condanna che, è noto, può avere un contenuto inibitorio e/o esecutorio.

⁸⁸⁴ PIVETTI, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 215.

⁸⁸⁵ Ed in questo senso definitivamente Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, con nota di SCOGNAMIGLIO.

⁸⁸⁶ Per le quali ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in AA.Vv., *La tutela in forma specifica dei diritti*, cit., p. 312 ss.

⁸⁸⁷ Cfr. NOGLER, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 25, p. 69 ss., SPECIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in AA.Vv., *La tutela in forma specifica dei diritti dei lavoratori*, cit., p. 126 ss.; TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro. Profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 283 ss., specie 307 ss.

L'azione inibitoria, per non essere la sua esperibilità necessariamente condizionata alla sussistenza dell'illecito, è strumento che lo stesso legislatore indica a tutela di posizioni giuridiche soggettive fondamentali (il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine: artt. 7, 9, 10 c.c.) le quali, per un'efficace protezione, che è connessa a divieti e doveri di astensione, richiedono appunto una tutela volta a prevenire il comportamento vietato. Ed infatti, accertata anche la sola mera possibilità del verificarsi dell'illecito, consistente nella violazione di un obbligo di non fare, l'ordine attiene alla inibizione del comportamento - oppure, se esso si è già compiuto, alla sua cessazione e all'inibizione della reiterazione con il ripristino della situazione *ex ante*⁸⁸⁸ -.

Proprio perché esperibile anche se l'inadempimento foriero della negazione del diritto fondamentale non si è ancora manifestato, ma sussiste il solo fondato pericolo che possa manifestarsi, l'inibitoria potrebbe di fatto realizzare tutela preventiva contro la mortificazione della dignità; tuttavia solo se il «pericolo» della violazione del diritto si qualificasse come «rischio immanente», assumendo rilevanza giuridica ai fini di applicazione del rimedio - in tale caso il «pericolo di danno», irrilevante a fondare una pretesa risarcitoria, diverrebbe tale al fine dell'impedimento della lesione stessa -. Ciò che, nel caso di discriminazioni, ad esempio, potrebbe conseguire all'allegazione di dati statistici sulla composizione qualitativa dell'assetto occupazionale in azienda in rapporto al fattore discriminante, sul modello dell'art. 4 della l. n. 125/1991.

L'efficacia dell'inibitoria potrebbe apprezzarsi in modo decisivo nei casi in cui la mortificazione della dignità avviene aggirando lo scudo delle limitazioni ai poteri, direttivo e disciplinare, a tutela delle prerogative fondamentali del lavoratore, quali le condotte mobbizzanti perpetrate attraverso atti di per sé leciti. In tali casi l'antigiuridicità della condotta per violazione dell'art. 2087 c.c., non apprezzabile nel singolo atto, appare dalla manifestazione dell'intento vessatorio conseguente alla definitiva reiterazione degli atti, leciti, orientati al fine espulsivo. Situazioni in cui la ricostruzione del lavoratore potrebbe dare al «sospetto di *mobbing*» la qualificazione di pericolo fondante l'applicazione della tutela.

L'esperibilità dell'azione deve ritenersi possibile in considerazione del suo accreditarsi come rimedio non più tipico ma generale di tutela fondato sull'illecito⁸⁸⁹ e scollegato dalla necessità di correlazione con l'esecuzione forzata, ontologicamente impossibile per la tutela di un diritto il cui godimento è assicurato da obblighi durevoli di non fare⁸⁹⁰. Tecnica che, peraltro, trova applicazione a tutela del diritto fondamentale sociale di cui all'art. 39 Cost. come tecnica repressiva della condotta antisindacale di cui all'art. 28 St. lav., oltre che nella repressione della condotta antidiscriminatoria, in ogni caso ad illecito compiuto.

Nelle ipotesi in cui, ai fini dell'effettività della prerogativa fondamentale, si richieda anche un comportamento attivo del datore, l'ordine del giudice assume altresì un contenuto esecutivo.

L'efficacia di questa tecnica di tutela sconta, è noto, il problema dell'effettività della pronuncia giudiziale, non potendosi applicare, data l'infungibilità della prestazione datoriale, l'esecuzione

⁸⁸⁸ BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 4, p. 607 ss., in particolare p. 615

⁸⁸⁹ BELLELLI, *L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito*, cit.; PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Aa.Vv.*, *La tutela in forma specifica dei diritti dei lavoratori*, cit, p. 9 ss.

⁸⁹⁰ MAZZANUTO, *La prospettiva civilistica*, cit., p. 29 ss.

forzata in forma specifica di cui all'art. 2931 c.c. Su ciò non si pone dubbio, benché sia stato chiarito che effetti di induzione all'adempimento spontaneo dell'ordine seguono anche alla condanna del contraente inadempiente, per le conseguenze che ad essa si riconnettono a prescindere dalla sua eseguibilità in forma specifica, tra i quali, in prima istanza, la possibilità di invocare il dolo nel caso di mancata ottemperanza dell'ordine del giudice⁸⁹¹.

Il rilievo costituzionalmente assoluto del bene tutelato e l'oggettiva irreparabilità del pregiudizio che deriva dalla sua lesione, inducono a prospettare la possibilità del ricorso generalizzato alla tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, non a caso sempre più frequentemente ammessa in giurisprudenza la quale, quando vengono in rilievo diritti fondamentali del lavoratore, riconosce sussistente il requisito del *periculum*⁸⁹². La tutela, poiché esperibile casi di violazione solo immanente del diritto⁸⁹³, può assumere anche la forma dell'inibitoria, per cui, se confermata in sede ordinaria, la certezza provvisoria del provvedimento d'urgenza impedisce in radice la lesione della dignità del lavoratore.

La tutela sommaria, qui non richiesta dall'esigenza di evitare i costi della cognizione piena, si qualifica per motivi di effettività della tutela. L'efficacia delle azioni individuali in rapporto alla tutela specifica dei beni fondamentali è infatti subordinata alla celerità del giudizio e della condanna: dovendosi con essa impedire un illecito immanente, o limitarne il pregiudizio laddove l'illecito sia già verificato, occorre che il processo, e la decisione del giudice, intervenga prima o nell'immediatezza della violazione dell'obbligo datoriale; condizioni che, incompatibili con i tempi della cognizione piena, sono soddisfatte da una procedura urgente, sommaria, idonea ad impedire immediatamente la commissione dell'illecito o la sua continuazione⁸⁹⁴.

L'applicazione e gli esiti dei meccanismi di tutela interni al rapporto di lavoro e di quelli offerti dalla prospettiva giudiziaria sono, in ogni caso, caratterizzati da incertezza, con conseguente inadeguatezza dell'apparato di tutela specifica dell'inviolabilità dei diritti della personalità nel rapporto di lavoro, non rilevandosi, le tecniche esistenti, un sicuro strumento che «costringa» i poteri del datore ad esprimersi entro la cornice di legittimità che è destinata a preservare la dignità umana del prestatore di lavoro.

Potrebbe allora assumere un significativo rilievo l'opzione dell'autotutela⁸⁹⁵. Anzitutto quella individuale, conservativa o estintiva, in cui la reazione alla mortificazione della dignità perpetrata dal datore è il rifiuto della prestazione, mediante l'eccezione di inadempimento, oppure le dimissioni per giusta causa, entrambe collocabili nell'alveo dell'art. 1460 c.c., o anche il rifiuto della prestazione non dovuta.

Il rifiuto della prestazione non dovuta e l'eccezione di inadempimento meglio si conciliano con

⁸⁹¹ MAZZAMUTO, *La prospettiva civilistica*, cit., p. 28, NOGLER, *La «deriva» risarcitoria*, cit., p. 72 s.

⁸⁹² Tra le più esplicite: Trib. Roma 8 marzo 2002, in *Lav. giur.*, 2002, p. 979; Trib. Pordenone, 21 ottobre 2000, in *ivi*, 2001, p. 363; Trib. Roma 13 settembre 2000, in *Giur. Lav.*, 2000, p. 157.

⁸⁹³ PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, cit., p. 39.

⁸⁹⁴ V., per la tutela sommaria come via ordinaria per la tutela dei diritti della personalità, PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità*, in *Foro it.*, 1990, V, p. 1 ss.

⁸⁹⁵ PICCININI, *Sulla dignità del lavoratore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, n. 3, p. 733 ss., in particolare p. 763 ss.

l'istanza di tutela della dignità, rispondendo, oltre che alla tutela del diritto della personalità specificamente inciso dal potere datoriale, anche alla tutela del primario interesse alla conservazione del rapporto, esso stesso intimamente connesso alla garanzia di un'esistenza dignitosa⁸⁹⁶. Diversamente deve dirsi in ordine alle dimissioni, per le quali è invece stata prospettata la configurazione di penale *ad hoc*⁸⁹⁷.

Nelle forme collettive, invece, l'autotutela si esprime come iniziativa, concretata in varie forme specie all'interno delle aziende, delle organizzazioni sindacali e di organismi pubblici le quali, sulla scorta di quelle oramai ampiamente sperimentate in tema di parità e pari opportunità tra i sessi, potrebbero contribuire a creare un clima di coscienza sociale sensibile ai temi più delicati del coinvolgimento della personalità nel lavoro, trasformando l'idea di una corretta gestione del rapporto di lavoro in una normalità culturale.

10. Rimedio risarcitorio per equivalente

La sostanziale ineffettività, da una parte, della tutela specifica preventiva dei beni immateriali della persona e, dall'altra, delle tecniche destinate all'efficacia della tutela risarcitoria nella forma del ripristino della situazione quale era prima della lesione del diritto – la quale non solo sconta l'infungibilità dell'obbligo che al datore verrebbe dato con l'ordine esecutivo ma in taluni casi, quello delle discriminazioni, altresì il problema del litisconsorzio necessario con il lavoratore illegittimamente avvantaggiato – hanno fatto della tecnica rimediale per equivalente la formula più immediata di tutela del lavoratore nella sua unità psico-fisica e morale⁸⁹⁸, sull'assunto che ad essa non vada negata almeno una tutela minimale di tipo compensativo.

Ciò ha comportato l'affermarsi della monetizzazione degli aspetti più qualificanti e intimi della personalità umana⁸⁹⁹, in dispregio della oggettiva irreparabilità, in termini economici, del pregiudizio ad essa arrecato. Con l'effetto che il ristoro del danno, per la tendenziale indeterminatezza dei parametri di riferimento che si riflette sulla verifica della sua stessa sussistenza, è emerso in chiave sanzionatoria e affittiva piuttosto che risarcitoria. Specie con riferimento a quelle tendenze che scollegano la risarcibilità del pregiudizio dalla prova e, assumendolo in *re-ipsa*, lo connettono alla mera violazione di diritti del prestatore; ipotesi in cui la pretesa risarcitoria si snatura in strumento di coazione indiretta dell'adempimento⁹⁰⁰.

Quanto sin qui emerge in tema di declinazione giuridica della dignità umana e delle ipotesi in cui si apprezza la sua violazione nel rapporto di lavoro rende avvertiti che la violazione della dignità del lavoratore non si apprezza giuridicamente in via autonoma rispetto alla violazione delle sue prerogative fondamentali. La dignità è tutelata mediante la limitazione dei poteri datoriali destinati ad incidere in compressione dei diritti fondamentali del lavoratore affinché non si dispieghino in loro disconoscimento. L'atto datoriale in violazione di quei limiti è esso stesso lesione in annul-

⁸⁹⁶ ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo sui poteri del datore di lavoro*, cit., p. 299.

⁸⁹⁷ PICCININI, *Sulla dignità del lavoratore*, cit., p. 764; TURSI, *Il danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, cit., p. 307 ss. anche in ordine alla tutela preventiva-inibitoria.

⁸⁹⁸ V. tra gli altri, MAZZOTTA, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., p. 441; MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., p. 336 s.

⁸⁹⁹ MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, p. 7 ss.

⁹⁰⁰ ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo sui poteri del datore di lavoro*, cit., p. 316.

lamento delle prerogative fondamentali della persona e realizza già mortificazione della sua dignità.

L'illecito lesivo del diritto fondamentale è perciò il medesimo che reca lesione alla dignità del lavoratore. Licenziamenti in difetto del contraddittorio, trattamenti discriminatori ingiustificati, deprofessionalizzazione illegittima, *mobbing*, molestie e molestie sessuali, illegittimi controlli sulla prestazione e sul lavoratore costituiscono lesioni in annullamento del diritto alla identità ideologicamente e sessualmente orientata, del diritto alla professionalità, del diritto alla *privacy*, alla individualità soggettiva del lavoratore tutte sintetizzabili, anche giuridicamente, nella mortificazione della sua dignità umana, aspetto morale della personalità la quale nella (disconosciuta) titolarità di quei diritti trova espressione giuridica.

Sul piano del risarcimento del pregiudizio, il primo quesito attinente alla qualificazione, patrimoniale o non patrimoniale, del danno da violazione della dignità si chiarisce considerando che non ci si muove nella sfera che definisce la capacità reddituale della persona bensì nella sua dimensione esistenziale.

Non è escluso che all'inadempimento datoriale si ricolleghino anche effetti negativi sulle potenzialità produttive del lavoratore, come nel caso di demansionamento cui consegue depauperazione del bagaglio professionale e, di riflesso, perdita di *chance* lavorative, cosicché la lesione del diritto fondamentale può essere foriera anche di danno patrimoniale in senso tecnico⁹⁰¹. Tale sarà l'aspetto patrimoniale del danno da lesione del diritto fondamentale, mentre l'aspetto non patrimoniale sarà riconnesso alla lesione della dignità che, per l'unicità dell'illecito, inevitabilmente segue la lesione dei diritti fondamentali nel rapporto di lavoro.

Altro è il tema della voce risarcitoria cui attrarre il danno alla dignità tra quelle che, ora, definiscono la categoria giuridica del danno non patrimoniale.

Come noto, la ripartizione tradizionale in danno biologico e danno morale è stata superata negli ultimi anni per l'affermarsi del danno esistenziale⁹⁰².

A partire dalla sentenza costituzionale n. 184 del 1986, al danno morale soggettivo, limitato alle fattispecie rispondenti alla riserva di legge di cui all'art. 185 c.p., si affianca il danno biologico quale pregiudizio alla complessiva qualità di vita conseguente ad una lesione, medicalmente accertata, dell'integrità psico-fisica della persona costituzionalmente garantita ex art. 32 Cost.

Proprio la maturazione della riflessione intorno al danno biologico sfocia nella decisa scelta giurisprudenziale sulla risarcibilità di danni, ancora alle attività realizzatrici della persona nella sua sfera non patrimoniale, conseguenti alla lesione di altri diritti fondamentali; pregiudizi ammessi alla tutela risarcitoria allargando la lettura costituzionalmente orientata della clausola generale del danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., che sino ad allora aveva accolto il solo art. 32 Cost., fino

⁹⁰¹ Tra le tante: Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 233 ss.; Cass. 8 novembre 2003, n. 16792, in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 40; Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, cit.; Trib. Roma 15 febbraio 2005, cit.

⁹⁰² Sul quale v. almeno AA.VV., *Il danno esistenziale*, a cura di CENDON, ZIVIZ, Milano, 2000. Ne ricostruiscono il tormentato percorso giurisprudenziale: CATTANEO, *Il danno alla persona e la riscoperta del sistema risarcitorio bipolare: percorsi di giurisprudenza (nota a Cass. 7281-7282-7283/2003; 8827-8828/2003; 10482/2004)* e BUFFONE, *Il neo bipolarismo costituzionale della responsabilità civile (nota a Consiglio di Stato n. 1096/2005; Corte cost. ord. 58/2005; Cass. n. 15002/2005)*, entrambi in www.altalex.com.

a comprendervi i beni fondamentali della persona espressi ex artt. 13 ss. Cost. o inespressi ex art. 2 Cost. L'ultimo scoglio alla tutela integrale della persona viene meno con la sentenza costituzionale n. 233 del 2003 che, preceduta dalla Cassazione, ha sottratto dalla tipicità del reato penale le ipotesi produttive di danno non patrimoniale risarcibile⁹⁰³.

Ove ricorrano i presupposti ex art. 2043 c.c., ogni sua manifestazione è sistemata nell'ambito dell'applicazione dell'art. 2059 c.c., poiché la riserva *ivi* contenuta è soddisfatta, secondo la Corte, anche quando la fattispecie è solo astrattamente e oggettivamente configurabile come reato, in presenza di colpa solo presunta o in ipotesi di responsabilità meramente oggettiva⁹⁰⁴.

Il danno esistenziale è la figura in cui propriamente trovano accoglimento le istanze risarcitorie connesse alla mortificazione della dignità umana: da una parte, ne risultano soddisfatti i presupposti di diritto e, dall'altra, ad esso paiono riconducibili i pregiudizi conseguenti alla lesione del valore fondamentale. Anzi, in un processo di accostamento tra i due, non sembra azzardato affermarne la coincidenza.

Individuato come nocumento alle attività che definiscono la qualità della vita - relazioni sociali, anche lavorative, relazioni umane, anche affettive, svolgimento di interessi culturali, sportivi, di svago ampiamente intesi - il pregiudizio esistenziale sembra prospettarsi come pregiudizio alla personalità umana per la parte morale che, unitamente a quella materiale e patrimoniale, ne definisce l'interezza; ovvero alla integrità di quella interiorità che definisce il sereno svolgersi del rapporto dell'uomo con sé stesso e consente la sua partecipazione sociale, sia pubblica che privata. Il pregiudizio esistenziale, derivante da lesione di beni fondamentali della persona, sembra cioè prospettarsi come pregiudizio alla dignità umana, derivante dalla lesione in annullamento degli stessi beni inviolabili della persona.

Lesione che, nel rapporto di lavoro, è sempre verificata da un atto datoriale incisivo di un diritto della personalità del lavoratore e nello stesso atto essa si esprime, quand'anche il lavoratore non percepisce il pregiudizio che ne deriva. Non è difficile avvedersi che la negazione al lavoratore la sua soggettività umana, nelle forme giuridiche che si è cercato di chiarire, può determinare patimento alla integrità della sua personalità morale, influenzando il suo porsi rispetto alla collettività in cui è inserito e lo svolgersi della personalità nel senso più ampio.

Anche nel rapporto di lavoro, l'ipotesi del danno esistenziale si distingue da quello biologico⁹⁰⁵ che pure potrebbe conseguire – ma non necessariamente – alla violazione di un diritto fondamentale, nel caso in cui la lesione alla integrità morale si traduca anche in lesioni all'integrità psico-fisica, o meglio psichica, del lavoratore. La duplicità delle voci risarcitorie è, ad esempio,

⁹⁰³ Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, (in *Foro it.*, 2003, I, c. 2272 ss.) recedono Corte cost. 11 luglio 2003. In tema v. THIENE, *L'inesorabile declino della regola restrittiva in tema di danni non patrimoniali*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1-2, p. 13 ss; critico GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1292 ss.

⁹⁰⁴ Quest'ultima ipotesi è ammessa da Cass. 27 ottobre 2004, n. 20814, in *Danno e resp.*, 2005, p. 713 ss., con nota di BONACCORSI. V., per il percorso qui solo accennato, SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 147 ss.; Con riferimento al rapporto di lavoro, MAZZIOTTI, *Il danno alla persona del lavoratore*, cit., p. 2.

⁹⁰⁵ MEUCCI, *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 421 ss; MAZZIOTTI, *Il danno alla persona del lavoratore*, cit., 3. Critico SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 1 ss.

ammessa in giurisprudenza, anche costituzionale, relativamente al demansionamento illegittimo⁹⁰⁶.

Si tratta, in ogni caso, di conseguenze dannose da ammettere a riparazione solo se provate, ai sensi degli artt. 1218 e 1223 c.c. in tema di responsabilità risarcitoria da inadempimento alla quale, in forza di una lettura costituzionalmente orientata delle richiamate norme codicistiche, pure si ascrive la responsabilità per danni non patrimoniali⁹⁰⁷, con esclusione della necessità del richiamo alla responsabilità extracontrattuale mediante il ricorso all'art. 2043 c.c.

Se la responsabilità contrattuale non richiede la prova del nesso di causalità tra inadempimento e danno, che si assume come direttamente conseguente alla mancanza del datore, impone invece la prova del verificato danno da lesione alla dignità umana. Prova che è necessaria al fine tenere giuridicamente distinti l'illecito, ovvero l'inadempimento, e le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano alla sfera non patrimoniale del creditore, secondo le regole in materia di responsabilità extracontrattuale⁹⁰⁸. Prova che, si ritiene, dovrebbe conseguire ad un serio confronto tra gli elementi di fatto che qualificano la qualità di vita del lavoratore prima e dopo l'illecito del datore, con esclusione del ricorso alle presunzioni, dato il carattere squisitamente soggettivo dei parametri a cui il danno deve essere commisurato.

L'ipotesi del danno evento, il danno in *re ipsa*, che pure ha avuto ampia affermazione al primo affacciarsi del danno esistenziale⁹⁰⁹, non può trovare accoglimento⁹¹⁰. L'ammissione a risarcimento in caso di mera lesione di beni e interessi, pur di rango costituzionale, senza la verifica della sussistenza del pregiudizio da risarcire, avrebbe effettivamente il carattere di pena civile privata, istituto sconosciuto nel nostro ordinamento⁹¹¹.

Quella della sanzione punitiva, non a beneficio del lavoratore ma della comunità sociale, rimane tuttavia una ipotesi di cui verificare la praticabilità, in considerazione del rilievo primario che riveste nel nostro ordinamento la dignità umana come valore, anche nei rapporti interprivati, poiché affermerebbe oggettivamente l'antigiuridicità dell'atto del datore anche nei casi in cui la lesione della dignità non è materialmente percepita, o non adeguatamente provata, dal lavoratore che la subisce⁹¹².

⁹⁰⁶ Corte cost. 6 aprile 2004, n. 113. Tra le più significative pronunce di legittimità: Cass. 2 gennaio 2001, n. 10, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 7 ss.; Cass. 26 aprile 2004, n. 10157 e Cass. 12 aprile 2005, n. 7453, entrambe in *Dir. prat. lav.*, 2004, 2181 ss.; Cass. 28 maggio 2004, n. 10261, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, 337 ss.

⁹⁰⁷ NOGLER, *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore*, cit., p. 79; MAZZOTTA, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro: qualche domanda*, cit., p. 451; SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., p. 152 s.

⁹⁰⁸ DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 243 ss.; SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 29 ss.

⁹⁰⁹ Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 540; Cass. 27 aprile 2004, n. 7980, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 199.

⁹¹⁰ Definitivamente Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, cit., ma già prima Cass. 28 maggio 2004, n. 10361, in *Danno e resp.*, 2005, p. 403. In dottrina, tra i civilisti e i lavoristi, la tesi è sicuramente maggioritaria. V. almeno: TURSI., *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., 283 ss.; MAZZOTTA, *Danno alla persona e rapporto di lavoro*, cit.; Gazzoni, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 2, p. 397 ss.; Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, cit.

⁹¹¹ Da ultimo, Cass. 8 ottobre 2007, n. 21025, in Guida al diritto 2007, 46, 76 ss.

⁹¹² La percezione soggettiva della dignità come valore e delle conseguenze della sua mortificazione, non rilevano ai fini della qualificazione antigiuridica dell'atto che ne realizza violazione. Presso la comunità dei consociati che ha espresso la nostra Assemblea Costituente, la dignità umana ha assunto i connotati di valore giuridico fondamentale e primario, tale che la sua considerazione come bene da tutelare in modo assoluto, anche nei confronti del potere privato, non è nella disponibilità di colui che ne è il portatore. Detto altrimenti, «il soggetto non ha alcun potere di determinare il valore formale che ha la sua persona nell'ordinamento» (MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, p. 362, in *Enc. del dir.*, XXXIII, 1983, Milano, p. 355 ss.).