

## **SOSTENIBILITÀ DELL'ORDINAMENTO CIVILE E SOSTENIBILITÀ DELL'ORDINAMENTO SOCIALE NELLA PROSPETTIVA DEL GIUSLAVORISTA.**

**Stella Laforgia**

*Abstract (italiano).* Il saggio s'interroga sulle connessioni tra la prospettiva civilistica e quella giuslavoristica in tema di "sostenibilità". Il diritto del lavoro è, infatti, l'ambito nel quale si sperimenta continuamente e problematicamente la compatibilità delle ragioni dell'impresa con le tutele del lavoro e quella dell'interesse del datore nell'esercizio dei suoi poteri con la dignità dei lavoratori.

*Abstract (english).* The paper analyses the connections between a Civil law and a Labour law perspective on the topic of "sustainability". As a matter of fact, Labour law is the field in which the compatibility of the business needs with labour protections, as well as entrepreneurial powers with the workers dignity, is continuously and problematically tested.

**SOMMARIO:** **1.** Il punto di partenza: la sostenibilità e la "scivolosità" di un lemma polisenso. – **2.** Il coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro e le strettoie del diritto civile. – **3.** La svolta della Costituzione: dalla logica "proprietaria" a quella dell'essere. – **4.** La dignità sociale: nozione. – **5.** La dignità sociale: qualificazione giuridica ed estensione. – **6.** La dignità sociale e il suo ruolo: il contenuto essenziale dei diritti fondamentali. – **7.** Il ripensamento delle tecniche regolative dei rapporti di lavoro quale esempio di ortopedia dell'interprete rispetto al principio della dignità sociale. – **8.** Qualche considerazione a mo' di breve conclusione.

---

Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

## 1. Il punto di partenza: la sostenibilità e la “scivolosità” di un lemma polisenso.

Il discorso sviluppa il tema della “Sostenibilità” nell’ambito dell’ordinamento civile quale principio utile a garantire l’equilibrio nel bilanciamento dei valori riconosciuti nelle carte fondamentali nazionali ed uni-europee<sup>1</sup>. Infatti, se tutti gli ordinamenti europei sono ormai attraversati dalla polarizzazione “persona-mercato”, occorre individuare il “bene” incomprimibile alla cui tutela tutto il Diritto deve essere orientato. Tale “bene” viene condivisibilmente rinvenuto nella tutela della persona e della dignità: «Imprimere la funzione personalistica alle istituzioni costituzionali e a quelle unionistiche, come avviene nelle carte fondamentali e nei trattati (i richiami alla persona e alla dignità sociale sono espliciti) significa assegnare un ruolo sistemico alla persona, come individuo e come essere sociale. L’ordinamento deve difendere la persona dallo Stato e dal mercato»<sup>2</sup>.

L’uomo, dunque, diventa limite invalicabile rispetto agli “agenti” esterni ma è, altresì, limite per se stesso o, meglio, misura di sé: «Questa dipendenza dell’uomo dall’uomo è l’in sé della dimensione sociale che qualifica e completa la persona»<sup>3</sup>. Se così è, la sostenibilità è la caratteristica di ogni ordinamento, che assicura l’equilibrio tra le istanze (egoistiche e finite) della persona e quelle (comunitarie ed imperiture) dell’umanità<sup>4</sup>.

La sostenibilità, invero, è lemma polisenso e variamente declinabile; se nasce con particolare riferimento all’ambiente – laddove in modo plastico la finitudine delle risorse mette a repentaglio la sussistenza del pianeta e dei suoi abitanti – si è via via allontanato dal suo ambito originario ed è stato trasposto e adattato ai settori più vari<sup>5</sup>.

1 Si prende spunto dal saggio, molto eloquente sin dal titolo, di E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018.

2 E. CATERINI, *op. cit.*, pp. 14-16.

3 *Ivi*, p. 18.

4 In tal senso anche E. CATERINI, *La ‘sostenibilità’ nell’esperienza giuridica contemporanea. In occasione della discussione svoltasi nell’Ateneo barese*, in D.A. BENÍTEZ, C. FAVA (a cura di), *Sostenibilità: sfida o presupposto?*, Milano, 2019, p. 77 ss., spec. p. 88: «La sostenibilità dà rilevanza ed efficacia giuridica non solo alla giustizia tra le parti, ma anche a quella delle parti con la comunità di appartenenza; avvia il processo di superamento della desostanzializzazione del diritto; ne rende consustanziale il senso del dovere come debito verso il prossimo attuale e futuro. Essa è l’analisi sociale del diritto».

5 Sulla pluridimensionalità (ambientale, economica, sociale, culturale) della nozione di sostenibilità, cfr. M. PENNASILICO, *La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, 3, p. 4 ss., spec. p. 7 ss. Più in particolare, sulla sostenibilità giuridica, intesa come «necessità di adattare le categorie alla domanda di giustizia», si veda G. PERLINGIERI, «Sostenibilità», *ordinamento giuridico e «retorica dei diritti»*. *A margine di un recente libro*, in *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.; quanto al problema della sostenibilità del diritto per la società, provocato dalla iperproduzione di diritti e doveri, che caratterizza lo stato di emergenza sanitaria da pandemia, cfr. E. SCODITTI,

Ogni volta in cui l'utilizzo di una risorsa, di mezzi e sistemi può non essere compatibile con gli interessi, i più vari, di una collettività più ampia, allora si pone un problema di sostenibilità.

In generale, però, nel nostro ordinamento, la sostenibilità assume una sfumatura inevitabile e conseguente al carattere costituzionalmente e costitutivamente "sociale" dello stesso<sup>6</sup>.

Da questo punto di vista, il concetto non solo non è estraneo al diritto del lavoro, ma anzi, esso è quasi implicito nello stesso, laddove, tuttavia, la sostenibilità, se non arriva ad avere un'accezione negativa, comunque segna il confine dell'espansività dei diritti sociali.

*Prima facie*, nel diritto del lavoro il principio di sostenibilità sembrerebbe funzionare, almeno all'apparenza, in modo contrario. E cioè, posto che il nostro è un ordinamento sociale e data per assodata la tutela dei diritti sociali, questa incontra un limite nella sostenibilità *id est* compatibilità economica della stessa con i vincoli economici<sup>7</sup>.

Fatta questa annotazione, volta più che altro a mettere in guardia rispetto alla "scivolosità" del tema, si può dire che il lavorista trova molte più assonanze che differenze nell'approccio civilistico centrato appunto sulla Persona, specie in frangenti di debolezza, poiché il diritto del lavoro, essendo fatto della materia dei diritti sociali, ha tradizionalmente e, diremmo, fisiologicamente, posto al centro del suo *episteme* proprio la persona<sup>8</sup>.

Si comprende bene, allora, quanto sia determinante la consapevolezza che attraverso la sostenibilità si compie un'opera (necessaria) di differenziazione, dal momento che il mercato, e la logica mercantile in generale, omologano e, ricorrendo alla *fictio* giuridica, rendono formalmente uguali i soggetti di diritto: «Il mercato omologa ed è compatibile con l'uguaglianza formale. Esso implica un processo di standardizzazione dei comportamenti umani per essere qualificabili e prevedibili.

---

*Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Quest. giust.*, 2020, 2, p. 31 ss.

<sup>6</sup> Con riguardo al nostro ordinamento, connette proprio i principi costituzionali al contratto nel prisma della sostenibilità M. PENNASILICO, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016; ID., *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, 1, p. 37 ss.

<sup>7</sup> A tal proposito, cfr. M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Bari, 2013. Pone lo stesso tema con una chiave di lettura abbastanza inedita per i giuslavoristi, P. TOMASSETTI, *Diritto del lavoro e ambiente*, Bergamo, 2018.

<sup>8</sup> La riflessione sulla sostenibilità, in ragione del pieno sviluppo e della dignità della persona, è assolutamente presente nel diritto del lavoro; si pensi, oltre a V. CAGNIN, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Milano, 2018, a B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *csd.le.lex.unict.it/*, 20 maggio 2020, e all'ampio dibattito che ne è seguito. A questo proposito, cfr. A. SIMONAZZI, *Recensione a B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, 4, p. 819 ss.; F. CARINCI, *Un invito alla discussione: il manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, 5, p. 1039; P. TOSI, *Qualche riflessione a proposito del "Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile" di B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2020, 3, p. 1 ss.

Richiede una finzione da imporre alla società. In detto imperativo non può distinguere le cose dalle persone, tutte funzionali alla produzione ed oggettivizzate. Sono tutti mezzi di un unico fine, la produzione»<sup>9</sup>. Il principio personalistico, invece, assegna un ruolo sistemico alla persona, come individuo e come essere sociale<sup>10</sup>.

Ebbene, il diritto del lavoro è il diritto diseguale per eccellenza: a differenza della regolazione degli altri contratti, esso riconosce una tutela particolare al lavoratore quale contraente debole per sollevarlo quanto possibile dalla condizione nella quale è posto, alla mercé del potere datoriale. Un diritto diseguale, che ha sempre dovuto fare i conti con un inciampo: l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro, laddove la persona non è disgiungibile, appunto, dalle sue energie.

Dunque, il ricorso anche per il diritto del lavoro ad una *fictio*.

## 2. Il coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro e le strettoie del diritto civile.

La persona coinvolta e immanente nell'erogazione di energie psico-fisiche pone, come detto, una specificità rispetto al diritto di tutti gli altri contratti, "risolta", guarda caso ricorrendo alla *fictio*.

Le costruzioni codicistiche avevano fatto ampio ricorso, per quanto riguarda il lavoro, alla *fictio*; è avvenuto sia nel codice del 1865 con l'utilizzo della *locatio operarum*, in virtù della quale le energie psico-fisiche del lavoratore si locano, ed ancora avviene con l'introduzione formale della subordinazione *ex art. 2094 c.c.*, con la quale, pur facendo un passo in avanti rispetto alla *locatio*, si formalizza comunque, nell'ambito dell'impresa, il rapporto di potere di un contraente, il datore di lavoro, sull'altro, il lavoratore, in una logica, fittizia, di parità formale tra le parti.

Il diritto post-costituzionale rimuove con forza la patina codicistica dell'uguaglianza formale, riconoscendo e sostenendo il contraente debole. Ed infatti, quando la scienza giuridica ha superato la configurazione del lavoro come proiezione dello *status* tipica dell'*ancien régime*<sup>11</sup> e ha inserito il lavoro nelle strettoie della dimensione contrattuale, è incorsa immediatamente negli inciampi di uno schema pensato per le cose e non per le persone<sup>12</sup>. Indipendentemente dal contratto preso

9 E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit., p. 14.

10 Sul primato della persona, come significato più profondo della legalità costituzionale, si rinvia, per tutti, a P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972; parziale rielaborazione in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 5 ss.

11 M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 9 ss.

12 A. SUPIOT, *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, p. 31 ss.

come riferimento – se quello di compravendita<sup>13</sup> o quello di locazione<sup>14</sup> – è il coinvolgimento o, meglio, l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro ad essere fuori asse rispetto ad un contratto che separava indebitamente l'oggetto (le energie psico-fisiche) dal soggetto (la persona del lavoratore). Insomma, la logica proprietaria del diritto borghese non poteva risolvere il problema dell'impossibilità di separare il lavoratore dal suo lavoro, benché a ciò si volesse giungere proprio per personalizzare il rapporto contrattuale ed evitare che il potere del datore sul lavoro reificato diventasse signoria sul lavoratore.

Invero, fino a quando si è rimasti imbrigliati nella logica proprietaria dell'avere, i termini della questione sono stati condannati a rimanere immobili. È necessario spostarsi dalla logica dell'avere a quella dell'essere<sup>15</sup>. È, infatti, il coinvolgimento dell'intera persona il dato insopprimibile del contratto di lavoro subordinato: la forza lavorativa della persona si compone delle sue attività fisiche e spirituali<sup>16</sup>.

Se è così, il potere del datore di organizzare i fattori della produzione e di conformare la prestazione di lavoro alle esigenze dell'impresa finisce per estendersi alla persona del lavoratore<sup>17</sup>; a questo proposito, la prestazione risulta particolarmente duttile, in quanto solo genericamente dedotta nel contratto a seconda

13 F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 354 ss., spec. p. 389.

14 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 1915, I, p. 440 ss.

15 «Il diritto del lavoro non ha nulla a che vedere col diritto delle cose. Checché ne pensi quell'ottimo giurista che è il Carnelutti, io credo proprio che abbia ragione Sinzheimer di lodare il Lotmar, per aver unificato il contratto di lavoro [...] e con ciò aver separato nettamente in due categorie distinte il diritto del lavoro (obbligazioni) e il diritto delle cose»: così L. BARASSI, *op. cit.*, p. 468. Per un'accurata lettura dell'imprinting germanico della fondazione del diritto del lavoro italiano, L. GAETA, *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 165 ss., e più recentemente, ID., *L'influenza delle culture giuridiche straniere sul diritto del lavoro italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015, 6, p. 205 ss. Sul passaggio dalla garanzia dell'avere a quella dell'essere, v. M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, Suppl. n. 3, p. 15 ss., spec. pp. 22-23.

16 Cfr. C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 222; M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del Diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Milano, 1995, p. 1051 ss., spec. p. 1110; M. GRANDI, "Il lavoro non è una merce". Una formula da rimeditare, in *Lav. dir.*, 1997, 4, p. 557 ss., spec. p. 574 e ID., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 309 ss., spec. p. 311, secondo il quale «l'immanenza dell'attività lavorativa nella persona implica l'impossibilità secondo l'ottica naturalistica di separare il profilo del lavoro-soggetto dal profilo del lavoro-oggetto, cioè il lavoro come attività oggettivabile dal lavoro come espressione inoggettivabile della persona»; M.V. BALLESTRERO, *Le "energie da lavoro" tra soggetto ed oggetto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, II, 1, *Il governo del corpo*, a cura di S. Canestrari, G. Fernando, C. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, p. 855 ss. Svela, patriotticamente, le origini dell'assimilazione del principio nella Dichiarazione di Philadelphia del 1944 dell'OIL, P. O'HIGGINS, "Il lavoro non è una merce". Un contributo irlandese al diritto del lavoro, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 295 ss.

17 Sul potere conformativo del datore di lavoro, nel corso del rapporto di lavoro, v. L. NOGLER, *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, I, p. 884 ss., spec. p. 888.

delle esigenze dell'organizzazione produttiva. Il potere datoriale, dunque, sta nel contratto e ne è elemento essenziale: non sta fuori di esso, né è accidentale<sup>18</sup>.

Pertanto, nel contratto di lavoro il potere si incunea nella carne viva dei lavoratori e non c'è *fictio* che possa aderire autenticamente a questo<sup>19</sup>; su tale rappresentazione si innesta la rilettura costituzionale delle norme in materia di lavoro<sup>20</sup>.

### **3. La svolta della Costituzione: dalla logica "proprietaria" a quella dell'essere.**

La Costituzione italiana, a differenze delle costituzioni liberali, assume quale prototipo al quale rivolgersi per affidargli la ricostruzione economica, sociale, culturale e giuridica dopo le macerie del secondo conflitto mondiale, l'uomo che lavora. Di qui anche il senso dell'art. 1 che, quale estrinsecazione di una scelta eccentrica rispetto alle altre costituzioni post-belliche, riconosce proprio il lavoro elemento fondativo della democrazia repubblicana.

È nella Costituzione, infatti, che il lavoro e il lavoratore umanizzati vengono visti come un tutt'uno indissolubile. Al lavoro, perciò, non si attribuirà più soltanto la funzione di elemento del mero scambio di mercato; ad esso, superando ormai la logica dominicale, si riconosce l'assoluta implicazione della persona umana (che lavora) ed è proprio questo specifico che tutela<sup>21</sup>.

Da quel momento in poi le norme, quelle codicistiche ma, soprattutto, la legislazione "speciale" extracodicistica, costituiscono l'apparato normativo che funge da sostegno del lavoratore sia rispetto agli ambiti extralavorativi – prima che questi acceda al rapporto di lavoro e nei periodi di temporanea sospensione o definitiva cessazione di questo – sia nel rapporto di lavoro.

In particolare, rispetto a questo secondo profilo, le norme costituzionali esplicitano un'opzione etica attraverso la quale puntellano estensione e modalità di esercizio del potere del datore di lavoro per limitarne e controllarne gli effetti sulla sfera del lavoratore.

In altri termini, è nella prospettiva della centralità della persona che assume rilievo essenziale, nell'ambito della Costituzione italiana, il principio lavoristico secondo il quale lo sviluppo della persona e il suo accesso ai circuiti sociali e politici passa

18 Cfr. M.G. GAROFALO, *Libertà, lavoro e imprese*, in *Dir. rom. attuale*, 2006, 15, p. 117 ss.

19 Sulla de-oggettivazione, cfr. A. SUPLOT, *Homo Juridicus*, cit., p. 31 ss.; V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008.

20 In generale, sul tema, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 375 ss.

21 M. GRANDI, "Il lavoro non è una merce", cit., p. 569.

attraverso il lavoro, unico strumento – in sostituzione della proprietà e del censo – a garantire il pieno sviluppo della persona, non solo come individuo.

Il lavoro di cui parla la Costituzione rifugge, perciò, dalla possibilità di essere merce tra le merci, oggetto di uno scambio libero e diseguale tra le parti, al pari, altresì, della retribuzione che non può costituire in questa “nuova” logica il mero punto di intersezione tra la domanda e l’offerta di lavoro<sup>22</sup>.

Perché ciò si realizzi, ci si deve interrogare su quali connotati il lavoro debba avere o meglio a quali “qualità” non possa rinunciare per corrispondere a quell’idea, poco astratta e molto concreta, della Costituzione. Esso, infatti, non è un lavoro “*senza qualità*”<sup>23</sup>.

Non si rinviene alcun elenco di caratteristiche, ma viene espresso un principio di fondo che permea di sé tutte le disposizioni in materia di lavoro. Il lavoro, di cui parla la Costituzione, non ammette mortificazioni; il lavoro è lo strumento che permette alla persona innanzi a se stessa e agli altri di assumere dignità ed in particolare dignità sociale.

È proprio in questo che si saldano il principio lavoristico e quello personalistico: la persona acquista dignità sociale attraverso il lavoro e, dunque, colui che lavora è al centro del discorso costituzionale. Se così non fosse, ancora nulla sapremmo del lavoro.

#### 4. La dignità sociale: nozione.

Per comprendere che cosa identifichi la dignità sociale, nell’ottica costituzionale, occorre prendere le mosse dall’art. 3 Cost., in cui la dignità, appunto, si accompagna al potente aggettivo «sociale»<sup>24</sup>. L’espressione «pari dignità sociale» sostituisce, invero, quella originariamente proposta nella Prima sottocommissione e cioè «Diritto ad eguale trattamento economico», quasi del tutto coincidente con il già espresso

<sup>22</sup> Si veda il saggio di G. RICCI, *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 113/2014, nel quale emerge lucidamente quanto la retribuzione sia uno degli istituti del rapporto di lavoro tra i più esposti alle spinte al ribasso perpetrate in nome della crisi. Tali spinte prendono forme diverse: dall’erosione del trattamento “minimo” contrattuale fino al blocco salariale nella Pubblica Amministrazione e all’apposizione del “tetto” alla rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici. V. altresì ID., *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012. Sul tema, si leggano anche gli spunti interessanti di C. TRIPODINA, *Il diritto a un’esistenza libera e dignitosa*, Torino, 2013.

<sup>23</sup> Un lavoro “senza qualità” o un lavoro “purchessia”, come si è già avuto modo di dire in S. LAFORGIA, *Il lavoro dignitoso, il lavoro decente e il lavoro purchessia*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Bruno Veneziani*, Bari, 2012, p. 165 ss. e in *Lav. giur.*, 2012, 1, p. 129 ss.

<sup>24</sup> Per lo sviluppo del ragionamento sulla dignità sociale, sia consentito il riferimento a S. LAFORGIA, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Napoli, 2018.

principio di uguaglianza e ritenuta meno efficace nell'esprimere la ferma volontà di assicurare alla persona una specifica tutela non solo sul piano individuale ma, soprattutto, su quello sociale<sup>25</sup>.

Ecco, allora, la singolarità della scelta della Costituzione italiana: la dignità è sociale in quanto riferita all'uomo, giammai chiuso solipsisticamente nella sua individualità, ma *in societate*, in comunione, cioè con gli altri simili. Il riconoscimento della dignità è, in questo caso, connesso alla condizione del soggetto come termine di relazione con le forme ed i modi in cui si organizza la società<sup>26</sup>.

Con il riferimento alla dignità sociale, la Carta fondamentale pone davanti a sé un obiettivo profondamente diverso da quello fino a quel momento rappresentato nel *logos* giuridico; infatti, con questa formula si unisce la tutela della persona quale individuo e la sua posizione nella società, saldandosi, così, in un'unica prospettiva gli artt. 2 e 3 Cost., poiché l'uguaglianza, non più solo formale, si estende ai singoli ma anche alle formazioni sociali nelle quali questi entreranno a far parte<sup>27</sup>.

Anche le formulazioni di cui agli artt. 36 e 41 Cost. portano a considerare quanto il dato letterale ponga l'accento su una dimensione *fisiologicamente* sociale della dignità. Nel primo caso, è evidente la interrelazione indissolubile che, ancora una volta, viene stabilita tra la vita dell'uomo e il suo lavoro. Non si tratta, tuttavia, di vita *nuda*, ma degna, poiché libera di esprimersi in tutte le sue manifestazioni, non soggiogata dal bisogno dal quale si è liberati attraverso il lavoro.

Si sancisce il passaggio definitivo dalla prospettiva dell'avere a quella dell'essere, secondo la quale è soltanto attraverso il lavoro che si raggiunge pienamente una

---

25 V. A. BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, p. 117 ss.; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, p. 1089 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Art. 3*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 13 ss.; più recentemente, G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 1, p. 45 ss.; S. NICCOLAI, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, Napoli, 2012, p. 2213 ss., nonché EAD., *Versatilità dei principi "anticaste". Riconsiderando la proposta interpretativa di Claudio Rossano in tema di pari dignità sociale*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, I, Napoli, 2013, p. 405 ss.; P.F. GROSSI, *Ancora in tema di eguaglianza giuridica e di parità sociale*, *ivi*, p. 207 ss.; cfr. anche G. SCACCIA, *Dignità umana e giudice amministrativo*, in R.G. RODIO, V. TONDI DELLA MURA, I. LOIODICE, F. VARI (a cura di), *Studi in onore di Aldo Loiodice*, II, Bari, 2012, p. 1089 ss.

26 Invero, non è mancato chi, invece, ha ritenuto questa forma di dignità debole *ex se*, essendo duplicazione di una tutela già esistente, ed ha ricondotto il riconoscimento della pari dignità sociale ad una affermazione di uguaglianza in astratto: v. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1958, p. 604 ss.

27 Mette bene in rilievo il carattere "relazionale" della dignità nella prospettiva della Costituzione italiana, A. APOSTOLI, *Dignità della persona: superiorem non recognoscens (almeno per il costituzionalista)*, in V. ONIDA, *Idee in cammino. Il dialogo con i costituzionalisti bresciani*, Bari, 2019, p. 219 ss. Sempre rispetto a questa declinazione di dignità, più risalente, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 202, che parla di «dignità sociale» proprio in termini di obiettivo per l'ordinamento.

condizione di vita dignitosa, che trascende l'individualità, consentendo l'accesso e la partecipazione attiva alla comunità<sup>28</sup>.

A questo proposito, non è dirimente individuare il modello economico di riferimento del dettato costituzionale, ovvero se quest'ultimo, comprendendo la piena occupazione di matrice keynesiana, fosse in qualche misura necessariamente legato al lavoro; sappiamo, infatti, che non si trattava soltanto di un modello economico, ma proprio di un paradigma sociale e politico, nel quale il lavoro è lo strumento privilegiato attraverso cui garantire il godimento dei diritti fondamentali<sup>29</sup>.

Il lavoro è così lo specchio bifronte che consente al lavoratore di inverare la propria personalità - quindi di realizzare e "vedere" se stesso - ma anche di riflettere questa immagine all'esterno, ottenendo considerazione sociale, l'onore *id est* quel valore sociale che, se leso, lo priverebbe della dignità davanti a sé e agli altri<sup>30</sup>.

Non può darsi della dignità sociale, allora, una lettura riduttiva, quasi che si trattasse di dare rilievo solo alle condizioni materiali dell'esistenza; «si è, invece, di fronte ad una modalità essenziale della collocazione della persona all'interno del complessivo sistema di relazioni in cui si trova ad operare, dunque della sua stessa qualificazione giuridica»<sup>31</sup>.

Da tutto il reticolato costituzionale emerge, con vigore e plasticità, a partire dall'art. 2 Cost., un dialogo tra consociati nel quale l'individuo sociale è pienamente inserito come titolare di diritti inviolabili, ma anche di doveri inderogabili di solidarietà: individualità e relazionalità diventano le due dimensioni della persona<sup>32</sup>.

Con questo modello di riferimento, la dignità sociale, innanzitutto, diviene una nozione eticamente apprezzabile, ma anche giuridicamente spendibile. Essa funge da strumento valoriale idoneo a selezionare gli interessi rilevanti e, ad un tempo,

28 Sulla dignità, con specifico riferimento al rapporto di lavoro, cfr. I. PICCININI, *Sulla dignità del lavoratore*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 3, p. 739 ss.; R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 71/2008; B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'Ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 257 ss.; M.L. VALLAURI, *L'argomento della dignità umana nella giurisprudenza in materia di danno alla persona del lavoratore*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 659 ss.; O MAZZOTTA, *La dignità umana come diritto fondamentale e il sistema delle fonti*, in *Quest. lav.*, 2011, 5, p. 1 ss.; C. DUPRÉ, *Le respect de la dignité humaine: principe essentiel du droit du travail*, in *Rev. dr. travail*, 2016, p. 670 ss.

29 Cfr. O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, p. 57 ss.

30 In questo senso, G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, cit., p. 1089; C. DRIGO, *La dignità umana*, in L. MAZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, p. 188.

31 S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013, p. 156.

32 Anche su questo punto, appare straordinariamente efficace il riferimento di S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 157, all'antropologia: «La riflessione antropologica (ancor prima e ancor meglio di quella giuridica, ndr) ci aiuta a mettere a fuoco questo punto. È qui che si decide se la persona è una realtà individuale, inscindibile (come da "noi" si ritiene che sia) oppure se, invece, è una realtà composita, "individuale", fatta per esempio con le relazioni di cui la persona è composta».

fornisce una traccia per valutare e dirimere gli eventuali conflitti, sia tra soggetti privati che tra questi e l'ordinamento pubblico<sup>33</sup>.

Se così non fosse, non avrebbe alcun senso invocarla.

Essa è una formula avente carattere normativo ma di cui occorre determinare con nettezza anche la sua "estensione".

## 5. La dignità sociale: qualificazione giuridica ed estensione.

Se ne può assumere una portata "massima" e cioè assoluta<sup>34</sup>, di cui è possibile predicare la forza di giustificazione e legittimazione dell'ordinamento che la assume come tale; peraltro ascriverebbe alla stessa dignità un contenuto certo e determinato. E tuttavia, così individuata, risulterebbe rigida ed il suo funzionamento andrebbe incontro ad una pluralità di limiti. Sarebbe una dignità tirannica ed assorbente anche rispetto alla sfera volontaristica del soggetto titolare, spogliato del tutto, a quel punto, del potere di disporre.

Ritenere sempre e comunque prevalente la dignità condurrebbe il ragionamento ad una presa di posizione aprioristica ed "ideologica" che non si confà alla scelta pluralistica di fondo della Costituzione che, in ogni caso, ammette la compresenza di più principi (seppure, come vedremo meglio, non in una posizione equiordinata).

Non solo, una simile prospettazione, oltre ad essere frustrata nell'elevata possibilità di rimanere, nella sostanza, ineffettiva, potrebbe addirittura rivelarsi controproducente se, cioè, non si ammettesse la possibilità di applicazione modulata nell'interesse del lavoratore medesimo<sup>35</sup>.

33 S. TARANTO, *Le insidie della dignità umana e la sua funzione*, in *Ragion pratica*, 2017, 1, p. 169 ss., spec. p. 172 («Il carattere normativo della dignità fa sì che essa diventi utilizzabile dal momento che è funzionale all'individuazione del trattamento che l'ordinamento deve riservare ad ogni essere umano; essa non può essere una formula puramente descrittiva né tantomeno può coincidere con uno stato di cose, una proprietà o una condizione dell'uomo né può essere fideisticamente considerata una caratteristica connaturata all'esistenza umana»).

34 Per la determinazione dell'estensione del concetto di dignità sociale e per la contestuale qualificazione giuridica della stessa, v. B. MALVESTITI, *La dignità umana dopo la "Carta di Nizza". Un'analisi concettuale*, Napoli-Salerno, 2015, p. 125, che in una prospettiva teoretica ne analizza tutte le possibili varianti; tra queste, la dignità: «1) può essere contenuta in una norma materiale suprema (è questo l'esempio dell'art. 70 della Costituzione tedesca che vieta ogni modificazione costituzionale che intacchi il principio di dignità costituzionale contenuto nell'art. 1 della stessa); 2) può essere una norma assiologica suprema frutto di accordo generale degli interpreti; 3) o norma assiologica suprema "in re" nel senso che la dignità è un valore in sé indipendentemente dal fatto che essa risulti positivizzata o meno nell'ambito degli ordinamenti giuridici».

35 Se si ipotizzasse la dignità sociale sempre e comunque prevalente, senza possibilità di graduazione, non si ammetterebbe alcuna "applicazione" parziale o, meglio, modulata. Si pensi a quanto questo possa ridondare a detrimento del lavoratore, dal momento che il diritto del lavoro spesso conosce l'applicazione della regola del "meglio ferito che morto" (come nel caso del *repêchage* con demansionamento per evitare il licenziamento laddove, ovviamente, rimane fermo che quest'ultimo rappresenta l'*extrema ratio*). Anche se si adottasse

Lo stesso rischio si presenta se, in una prospettiva totalizzante, la dignità viene considerata quale valore super-costituzionale, che si sottrae a qualsiasi modulazione e bilanciamento, divenendo essa stessa bilancia; la *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di misurazioni e riduzioni<sup>36</sup>.

Seppure suggestiva, l'idea della dignità quale bilancia non solo sconta i limiti già messi in evidenza a proposito dell'estensione massima di essa, ma di fatto nulla aggiungerebbe al contenuto effettivo da attribuirle o alla funzione che essa potrebbe svolgere. Infatti, così indeterminata, diventa inutilizzabile: si tratterebbe di un principio talmente "alto" da essere irraggiungibile. Si ritornerebbe, sul piano giuridico, a quella evanescenza che si è paventata a livello concettuale. In fondo, dal sovraccarico funzionale alla negazione di qualsiasi funzione il passo è breve<sup>37</sup>.

Per questi motivi, la dignità sociale non può essere configurata quale principio supremo o super-principio, né tantomeno considerata quale bilancia medesima. Essa non garantisce il godimento di tutti i diritti fondamentali intesi nella loro pienezza ed assolutezza<sup>38</sup>.

---

l'accezione oggettiva di dignità, il risultato sarebbe lo stesso; si pensi alle questioni di bioetica, laddove la concezione assoluta di dignità troverebbe applicazione, d'*imperio*, indistintamente a tutti i soggetti viventi (si guardi, ad esempio, al tema degli embrioni).

36 Questa è la posizione di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *www.rivistaaic.it*, 2008, p. 2, per il quale: «Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima. [...] Sia che la dignità trovi posto nella Costituzione per mezzo di una disposizione esplicita, come avviene, ad esempio, nella Costituzione tedesca, in quella portoghese ed in quella spagnola (ed in tante altre), sia che la stessa sia un implicito presupposto della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, come avviene nella Costituzione italiana, il punto fondamentale è che la sua intangibilità entrerebbe in contraddizione con l'essere considerata frutto di una volizione soggettiva, fosse anche del potere costituente». Nello stesso senso, cfr. G. LANEVE, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in *federalismi.it*, 2014, p. 16, secondo il quale «solo in questi termini si coglie la portata vera e concreta della dignità umana quale "valore supercostituzionale" che "assolve alla funzione di norma di chiusura sostanziale o principio/valore riassuntivo e fondante la natura teleologicamente personalista del nostro ordinamento". Un valore che si esprime in un *diritto alla* dignità, ma che si traduce al tempo stesso in un *dovere alla* dignità: è, meglio, "*punctum unionis* dei diritti e dei doveri costituzionali". Dovere che si traduce, quando le condizioni socio-economiche costringono a, in una vera e propria "lotta alla povertà"».

37 Valga il monito di W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 2005, 10, p. 125, per il quale «Chi arricchisce i suoi deboli argomenti con la dignità umana, e arricchisce con esse le sue malferme catene argomentative, danneggia non solo il discorso ma anche la concezione della dignità umana». Si veda recentemente anche G. CRICENTI, *La dignità nel biodiritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 2, p. 95 ss., il quale ritiene in maniera *tranchant*: «La dignità invero è un concetto inutile. Essa niente aggiunge ai diritti che l'ordinamento riconosce all'individuo, né può costituire di per sé fonte di diritti nuovi, non previsti dalla legge. E ciò almeno per due ragioni. Da un lato, se sono violati tutti i diritti, a che serve il rispetto della dignità? E viceversa, una volta che tutti i diritti di un individuo siano stati rispettati, a che serve rispettare ulteriormente quello alla dignità? La violazione di ogni diritto è già violazione della dignità, ed il rispetto dei diritti è di per sé rispetto della dignità».

38 Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 43 («Invero, se i diritti fondamentali sono in una democrazia i principali veicoli procedurali della volontà e delle preferenze dei singoli e dei gruppi sociali di cui si compone il popolo, la loro astratta e illimitata potenzialità, pur ammessa in via di

Se, però, per “reagire” a questa assolutezza, si sostenesse con altrettanta granitica nettezza che la dignità è sempre bilanciabile, essa diverrebbe comprimibile al pari di un qualsiasi diritto fondamentale. Non si può peraltro non evidenziare come la tecnica del bilanciamento si attagli ai diritti di libertà<sup>39</sup>, e non a quelli sociali. Questi ultimi, infatti, sono tali in quanto riconosciuti dall’ordinamento, siano o meno a prestazione; essi si rivelano refrattari alla tecnica del bilanciamento se questa si riduce alla verifica della (mera) compatibilità economica degli stessi rispetto alle risorse pubbliche e, da ultimo, come noto, ai vincoli di bilancio.

Sotto altro profilo, la dignità quale principio (sempre) bilanciabile perde la sua funzione di principio unificante dell’ordinamento capace di coniugare il principio personalistico e quello lavoristico; viene meno, altresì, la sua portata di fondamento di giustificazione e validità materiale dell’ordinamento – quale architrave della democrazia - in quanto essa verrebbe ad essere *uno* dei principi o norme dell’ordinamento.

È evidente che la dignità nella sua versione “comprimibile” perde la sua *allure* e scade nell’indistinto assiologico; valore tra valori, principio tra principi. Anche in questo caso, bisogna ammetterlo, viene meno molta della sua utilità.

La “bilanciabilità” situa, dunque, la dignità in una prospettiva relativa e particolaristica con l’ulteriore limite dell’assoluta indeterminatezza del parametro di valutazione, dell’incertezza dei risultati e della possibilità che si verifichi il «doppio effetto», con ciò facendo riferimento ad esiti molto diversi a seconda dei casi o, addirittura, pervenendo a esiti salomonicamente inaccettabili anche qualora insorgano conflitti sulla tutela del medesimo concetto di dignità<sup>40</sup>.

Il discorso secondo cui tutti i diritti sono, *naturalmente*, bilanciabili o lo debbano diventare per necessità, approda poi alla retorica del bilanciamento, che assume

---

principio, incontra inevitabilmente limiti di valore in mancanza dei quali quei diritti non potrebbero svolgere il suddetto ruolo, ma, poiché, questi valori pubblici o comunitari (in quanto limiti) non possono negare in maniera assoluta la libertà o la facoltà cui sono riferiti, è necessario ipotizzare che tra le une e gli altri si instauri una qualche azione di bilanciamento o di compromesso, cioè di relativizzazione. Una relativizzazione che, come appare evidente, non nega affatto l’assolutezza o la primarietà dei diritti inviolabili o fondamentali, perché, mentre opera al livello del fondamento o della ragion d’essere, che restano pur sempre del tutto incondizionati, l’altra si muove piuttosto sul piano dei contenuti»).

39 Su questo spunto, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento, (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 185 ss.; F. LOSURDO, *La ‘tecnica del bilanciamento’ alla prova della “sua giustizia”*, in A. CANTARO (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, p. 222 ss.

40 È il caso delle “scelte tragiche”, «in cui si può soddisfare una sola pretesa a scapito di altre. Si pongono difficoltà, ad esempio, allorché si prospetti la possibilità di ricorrere alla tortura fisica o alla violenza psicologica per ottenere delle informazioni utili per tentare di salvare persone in ostaggio o in pericolo di vita o d’intervenire con forza per neutralizzare il rischio del “ticking bomb”, in cui si vede posta a repentaglio l’incolumità di persone innocenti»: così S. TARANTO, *Le insidie della dignità umana*, cit., p. 184, a proposito del «doppio effetto».

come inevitabile una ponderazione tra principi e tra diritti nella impossibilità di dare a tutti piena soddisfazione<sup>41</sup>.

Ritenere ogni principio bilanciabile significherebbe ammettere che ogni valore è relativo, certo, ma anche che questo ha un «valore di scambio», dal momento che deve essere soppesato e valutato: è questa la “logica” della monetizzazione. In questa prospettiva, per evitare lo spettro della tirannia di un valore su di un altro, si mercifica ogni principio o diritto, con il rischio che alla fine possa prevalere l’economia, questa sì atteggiandosi, con le sue regole, a super-principio<sup>42</sup>.

Dunque, fuori da ogni infingimento, è necessario porre un limite al bilanciamento, per evitare di arrendersi, rispetto alla dignità sociale, a questa alternativa: super-principio non bilanciabile o principio relativo, e dunque sottoponibile a perenne bilanciamento.

A tal scopo, occorre chiarire come si muovono i principi nell’empireo costituzionale. Posto un ordine tassonomico, la gerarchia tra gli stessi può essere rigida, e quindi data *una tantum*, o, più ragionevolmente, può immaginarsi mobile, e quindi più duttile a “contenere” e riconoscere equilibri sempre nuovi<sup>43</sup>. Tale opzione, implica ed ammette un bilanciamento, che, tuttavia, non è possibile portare all’infinito<sup>44</sup>.

Benché mobile, infatti, la gerarchia dei principi costituzionali deve prevedere una sfera, quella dell’indecidibile, che si presenti indisponibile al politico e quindi sottratta alla mutevolezza e agli umori delle maggioranze.

---

41 A tal riguardo, valgano le argute considerazioni di A. CANTARO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Giustizia e diritto*, cit., p. 4, il quale fonda la tecnica del bilanciamento su un dato fenomenologico, rappresentato dalla crescente domanda sociale di giustizia; il bilanciamento diviene l’approdo giuridico di sempre più pressanti istanze di tutela di interessi e di «riparazione» di «ingiustizie», «richieste di regolazioni e di provvedimenti giudiziari diretti a “moralizzare” l’economia, la società civile, le sue istituzioni, le relazioni comunitarie e personali. Persino quelle più private e intime».

42 Ovviamente la “deriva” della monetizzazione del bilanciamento si osserva nella prospettiva dei rapporti economico-sociali, ben consapevoli che nell’ambito della Costituzione si rivengono esempi di bilanciamento estranei alla sfera dei rapporti economici come nel caso dell’art. 29 Cost., che contrappone all’unità familiare l’uguaglianza dei coniugi.

43 R. GUASTINI, *Lezioni di teoria di diritto e dello Stato*, Torino, 2006; ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, che bene mette in evidenza la relazione tra il funzionamento dei principi e il tipo di gerarchia che si stabilisce tra gli stessi.

44 «Non sorprende, allora, che gli “apostoli” del bilanciamento attribuiscono a questa tecnica giudiziale quell’aureola di sacralità che circonda le formule magiche della scienza giuridica. Ai loro occhi il bilanciamento si configura come “tecnica” idonea ad esaltare tanto la dimensione sapienziale del diritto (apprezzamento “equitativo” degli interessi costituzionalmente tutelati che emergono nel caso concreto) quanto la sua dimensione formale (certezza del diritto, prevedibilità delle decisioni). Il bilanciamento – sia nella declinazione del giudizio di ragionevolezza, sia nella declinazione del giudizio di proporzionalità – quale metafora dell’esperienza dello stato costituzionale, dell’imperativo delle costituzioni pluraliste “di comporre continuamente un quadro di coerenza tra tutti i dati del giuridico: i fatti della vita, le norme positive, i principi fondamentali”»; così A. CANTARO, *Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in ID. (a cura di), *Giustizia e diritto*, cit., p. 13.

Ebbene, se della dignità sociale si assume un'estensione minima, essa, pur configurandosi quale principio supremo – afferente cioè al piano più alto dell'ordinamento giuridico quale è quello costituzionale – consente di sottrarre all'inevitabile bilanciamento “soltanto” la parte essenziale dei diritti, quello zoccolo duro senza il quale essa sarebbe irrimediabilmente lesa.

Tale assunto argina, innanzitutto, l'uso, l'abuso e talvolta l'inadeguatezza del bilanciamento<sup>45</sup>.

## **6. La dignità sociale e il suo ruolo: il contenuto essenziale dei diritti fondamentali.**

Così configurata, la dignità sociale consente che il bilanciamento al quale sono sottoposti i diritti si arresti al loro contenuto minimo, ma essenziale, che è incomprimibile.

La dignità sociale è l'ipostasi del contenuto essenziale dei diritti; essa ne copre proprio il nucleo irriducibile e costituisce, pertanto, il fondamento di una dogmatica sul contenuto essenziale dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Tanto consente di superare una serie di limiti rinvenienti dalla sua raffigurazione di norma suprema non bilanciabile. Essa, infatti, diversamente da quest'ultima ipotesi, non è rigidamente assoluta, ma mantiene comunque un contenuto normativo determinato o quantomeno determinabile. A differenza di una norma infinitamente bilanciabile, essa ha un saldo fondamento di legittimazione nell'ambito dell'ordinamento. Resiste al bilanciamento dei diritti che accompagna, e fa sì che questi non siano esenti dallo stesso bilanciamento<sup>46</sup>.

Il contenuto essenziale dei diritti fondamentali coincide, a sua volta, con l'ambito “coperto” dal principio della dignità sociale. Valori, principi e diritti fondamentali dividono lo stesso orizzonte di senso e formano una sequenza inscindibile, che consente ai primi di non rimanere inespressi e agli ultimi di non risultare ineffettivi. Infatti, i diritti hanno bisogno che il legislatore se ne prenda carico e ne preveda regolazione e tutele.

---

<sup>45</sup> Sul tema del bilanciamento, la letteratura è sterminata. Solo per citare qualche contributo che offre spunti interessanti e critici, cfr. A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione dei doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 1, p. 170 ss.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragione pratica*, 2007, 28, p. 221 ss.; P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori e il dibattito giusfilosofico nel dibattito italiano nell'immediato dopoguerra*, in *Fil. pol.*, 2009, 2, p. 253 ss.; G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *rivistaaic.it*, 2009.

<sup>46</sup> B. MALVESTITI, *La dignità umana dopo la “Carta di Nizza”*, cit., p. 292 ss.

Il cortocircuito si verifica quando il legislatore, e si dica più sostanzialmente il decisore politico, non interviene affatto o, nella sua attività regolatoria, si disallinea rispetto ai principi della Carta fondamentale. In questi casi, rispetto al rapporto di lavoro, è l'interprete chiamato a garantire l'*ortopedia* della regolazione rispetto ai principi, dando effettività ai diritti<sup>47</sup>. Infatti, se una fissazione aprioristica del contenuto essenziale dei diritti non è possibile – tante e varie potrebbero essere le possibilità concrete – si deve considerare anche che il bilanciamento effettuato “di volta in volta” dal legislatore possa risultare anch'esso difettoso o, addirittura, mancare del tutto; è l'interprete, dunque, a doversi assumere questo ruolo.

## **7. Il ripensamento delle tecniche regolative dei rapporti di lavoro quale esempio di ortopedia dell'interprete rispetto al principio della dignità sociale.**

Occorre allora ripensare o meglio rivolgersi alle tecniche regolative e, più nello specifico, di quelle rimediali tradizionali, dal momento che le tutele del diritto del lavoro risultano erose o, comunque, fortemente ridimensionate e viene messo a repentaglio il nucleo essenziale dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Qui si torna all'ordinamento civile e il diritto del lavoro, perdendo il suo *proprium*, ritorna ai fondamentali.

Riacquistano rilievo, allora, le tutele civilistiche che, seppur prive dell'investimento valoriale proprio di quelle lavoristiche, volte alla protezione della persona coinvolta nel rapporto di lavoro e ritenuta “contraente debole”<sup>48</sup>, costituiscono la matrice di partenza e di riferimento della specialità del diritto del

<sup>47</sup> Cfr. L. NOGLER, *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, p. 114 ss., sul vincolo costituzionale della protezione dei diritti fondamentali, che sono «non solo rivolti nei confronti del legislatore, ma che condizionano anche l'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata del diritto positivo perché gli organi giurisdizionali hanno l'obbligo di proteggere i diritti fondamentali che sono coinvolti nella vicenda regolata che riguarda, in quanto attinente al diritto privato, sempre la coesistenza (di più o più persone)» (p. 119).

<sup>48</sup> A questo proposito, appaiono assai significative le parole di L. MENGONI, *Diritto civile*, in ID., A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 5 ss., secondo il quale: «La rottura con il diritto comune dei contratti e delle obbligazioni si compie nel segno di un principio etico, il principio della personalità del lavoro, il quale fa valere l'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto contro la concezione patrimoniale ed egualitaria del diritto civile, che considera il rapporto di lavoro alla stregua di un rapporto di scambio tra due proprietari [...]. In conclusione, il diritto del lavoro si è staccato dal diritto civile, ha uno spirito proprio che gli conferisce una autonoma ragione d'essere, ma non è autosufficiente: infrastrutture e snodi gli sono pur sempre forniti dal diritto civile». Sulla fondazione etica del diritto del lavoro, cfr. M. NAPOLI, *Il lavoro e le regole. C'è futuro per il diritto del lavoro?*, in *Jus*, 1998, p. 51, anche in ID., *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Torino, 2012, p. 3 ss.

lavoro<sup>49</sup>. Proprio queste potrebbero consentire di connettere il piano “alto” dei principi a quello “terreno” delle tutele<sup>50</sup>; il ricorso al diritto civile non è affatto nuovo, dal momento che l’osmosi tra questo e il diritto del lavoro è antica e nota<sup>51</sup>.

Se si ripercorresse, infatti, per grandi linee, la regolazione lavoristica degli ultimi trent’anni almeno, si individuerebbero – nei suoi “spazi vuoti” o in quelli “progressivamente svuotati” quanto ai diritti – le possibilità di intervento delle tecniche rimediali civilistiche.

È possibile, perciò, provare a costruire un “catalogo” che, senza pretese di esaustività (non può averne!), soccorra l’interprete nel riallineare le norme ai principi per preservare i diritti fondamentali dei lavoratori nel loro nucleo essenziale.

La scelta delle problematiche giuslavoristiche e dei rimedi civilistici da affrontare viene fisiologicamente dall’osservazione dell’impianto normativo complessivo sul rapporto di lavoro, analizzato a partire dalla tecnica regolativa scelta dal legislatore. Applicando ad esso la sequenza regola/sanzione<sup>52</sup>, emergono una serie di casi tendenzialmente riconducibili a quattro “modelli”.

Innanzitutto, si possono rinvenire casi nei quali, pur regolato compiutamente l’istituto – ne è posta la regola e prevista la relativa sanzione in caso di violazione –, il

49 Sul fitto sistema di reciproche influenze, anche alla luce delle più recenti modifiche dell’ordinamento giuslavoristico, si rinvia alle acute considerazioni di L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del “nuovo” diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 4, p. 959 ss.

50 L’utilizzo delle norme costituzionali come argine all’autonomia privata, suggerito già prima dell’introduzione della legislazione speciale del lavoro degli anni 1966-1973, è al centro della fondamentale opera di U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.

51 Il rapporto complesso e, a tratti controverso, tra il diritto privato (“primo”, secondo la definizione di C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Ius*, 1981, p. 158 ss.) e il diritto del lavoro (appartenente alla categoria dei diritti secondi) è stato da sempre oggetto di attenzione da parte della dottrina. Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 3 ss.; G. MAZZONI, *Certezza del diritto e autonomia privata nell’odierno diritto del lavoro*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1223 ss.; F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 54/2007*; R. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, p. 83 ss. e ID., *Il diritto civile e del lavoro ancora a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, p. 179 ss.; A. CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, p. 24 ss. V. anche S. SIMITIS, *Diritto privato e diseguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 47 ss.; M. PERSIANI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 947 ss.; A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 427 ss.; V. RICCIUTO, *Diritto civile e diritto del lavoro. Le prospettive di un’antica vicenda scientifica*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 719 ss.; P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 59 ss.; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Torino, 1994; L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L’influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, cit., p. 1 ss.; G. PROIA, *A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1205 ss.; C. ROMENO, *Riflessioni sul confronto tra diritto civile e diritto del lavoro a proposito delle tutele per i soggetti più deboli*, in *Lav. giur.*, 2005, 3, p. 205 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto civile ed il diritto del lavoro*, in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, 2013, p. 5 ss.

52 N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, (1977), Roma-Bari, 2007.

datore di lavoro non contravviene in modo “diretto” alla norma, ma ne viola scientemente la finalità della stessa. In quest’ipotesi assume rilievo l’istituto della frode alla legge; ad esso si può fare riferimento per “intercettare” e sanzionare operazioni commerciali o organizzative poste in essere per attribuire al lavoratore tutele inferiori.

La frode alla legge rileva anche nel caso di una seconda modalità regolativa, laddove il legislatore lascia immodificata la regolazione sostanziale, ma altera profondamente quella rimediale. Anche in quest’ipotesi – poiché, come diffusamente si dirà, non è affatto indifferente, nella valutazione dell’impatto effettivo di una norma, il ruolo esercitato dalle sanzioni – il ricorso alla frode alla legge stigmatizza condotte datoriali illegittime quasi “sospinte” dalla debolezza delle sanzioni previste.

L’esempio più evidente è quello rappresentato dal licenziamento individuale dopo la modifica dell’art. 18 St. lav. e l’introduzione del contratto a tutele crescenti. Il datore di lavoro può perseguire esclusivamente, attraverso il licenziamento, una maggiore convenienza, che si realizzi con una successiva riassunzione con un contratto più “conveniente”: contratto a tutele crescenti; riassunzioni con mansioni diverse anche inferiori (etc.). Nell’uno e nell’altro caso si tratta di condotte che non risulterebbero in alcun modo viziate se sottoposte soltanto al vaglio di *legittimità*.

L’affievolimento delle sanzioni, se da un lato può “incentivare” il datore alla violazione delle norme, dall’altro lato può amplificare il *metus* al quale il lavoratore è comunque esposto nel suo rapporto di lavoro. (Ri)assume la sua importanza, allora, lo spostamento dei termini della prescrizione per l’esercizio delle azioni giudiziarie da parte del lavoratore per rivendicare i suoi diritti; possibilità quest’ultima che risente molto anche del “nuovo” regime regolativo delle spese processuali.

Un terzo “modello” si rinviene in una regolazione “a maglie larghe”; vi sono casi, infatti, nei quali il legislatore deliberatamente sceglie di regolare “al minimo” la fattispecie giuridica; ne derivano per il datore di lavoro maggiori “margin di manovra”, *id est* una maggiore estensione dell’ambito di esercizio dei suoi poteri e, per i lavoratori, un maggiore rischio di compressione della loro “sfera”, e in ultimo, dei loro diritti fondamentali.

È evidente che, trattandosi di istituti (come il contratto a tempo determinato o lo *jus variandi*) particolarmente critici dal punto di vista processuale, il legislatore sceglie una regolazione “soft”, anche ai fini deflattivi del contenzioso<sup>53</sup>. Ne rileva che, stante una condotta datoriale, formalmente legittima, ma lesiva dei diritti fondamentali del lavoratore, un efficace strumento sanzionatorio può essere

---

<sup>53</sup> Si vuol evidenziare al lettore che la scelta del legislatore, in materia, persegue la direzione della “deflazione” o, addirittura, della “degiurisdizionalizzazione”, come nel caso della disciplina delle spese processuali.

rappresentato dalle clausole di correttezza e buona fede e dall'abuso del diritto, loro precipitato.

Da ultimo, in una sorta di contiguità circolare con il primo modello, la sequenza (completa) sanzione-violazione può essere utilmente "innovata", se si considera che accanto alla sanzione "istituzionalmente" a carico del datore, il lavoratore può far valere forme di autotutela "aggiuntive": è il caso dell'eccezione di inadempimento. Questi, così, potrebbe sottrarsi all'adempimento (non dovuto come in caso di richiesta di prestazione festiva o, pur dovuto, tuttavia richiesto in condizioni insicure per la salute e sicurezza del lavoratore) e "costringere" il datore ad adempiere agli obblighi che incombono su di lui.

Da quanto detto, si può desumere che attraverso la tecnicità normativa, tanto per quanto attiene alla parte sostanziale quanto per quella rimediale, il legislatore stabilisce i confini della frontiera mobile che contrappone le parti del rapporto di lavoro e, quindi, sostanzialmente, i limiti dell'esercizio del potere datoriale: la "costruzione" medesima della norma non è indifferente al risultato di politica del diritto che si vuole raggiungere.

In una valutazione di sistema, occorre chiedersi preliminarmente se una fattispecie è regolata, come essa viene regolata (quale cioè il grado di prescrittività e vincolatività per il destinatario) e quale la sanzione prevista. Solo dalla considerazione complessiva di queste variabili, laddove si ravvisino "vuoti" di tutela e maggiori spazi di vulnerabilità per i lavoratori, si possono individuare strumenti che invece assicurino idonea protezione.

Dunque, il lavoro in questa logica è l'"attributo" per eccellenza della persona e garantisce libertà e dignità<sup>54</sup>. La connotazione sociale della dignità che si è voluta esprimere nella Costituzione testimonia come il primato della persona debba muovere sempre dalla sua *anteriorità* rispetto a qualsiasi costruzione statale, ma richieda altresì continui sforzi ed impegni per una sua duratura proiezione concreta nella comunità sociale.

La funzione di promozione sociale dell'uomo, pertanto, deve passare attraverso la tutela degli spazi sociali in cui si esplica l'esperienza umana<sup>55</sup>.

---

54 La dignità sociale «non si presta ad essere intaccata, frantumata, parcellizzata a seconda delle sfere di azioni nelle quali entri in giuoco e venga posta in discussione od in pericolo, né tollera parziali manomissioni, compromissioni o menomazioni. La dignità dei singoli cittadini, degli uni rispetto agli altri, non può, infatti, reputarsi pari sotto alcuni profili ed impari sotto altri, se non a prezzo di vanificare il riconoscimento della complessiva ed istituzionale situazione che del radicamento sociale del soggetto non può fare astrazione»: così P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, pp. 128-129.

55 Questo aspetto è stato colto da G. LANEVE, *L'attenzione sui diritti sociali*, cit., p. 14: «Da qui l'ulteriore connotazione dei diritti sociali come "i diritti delle comunità e delle collettività di cui gli uomini fanno parte necessariamente per lo sviluppo della loro persona", dei diritti della personalità individuale "che si dipana nella

## 8. Qualche considerazione a mo' di breve conclusione.

Il giurista, occupandosi di rapporti di lavoro, deve fare i conti necessariamente con la categoria del “contraente debole”, di cui il lavoratore è, in qualche modo, l'archetipo. Il diritto dei contraenti a questo faceva richiamo tutte volte in cui rinveniva e rinviene, pur nella cornice predefinita della parità formale di tutti i contraenti, una posizione di debolezza che merita riconoscimento e tutela.

Dall'analisi delle tecniche regolative e rimediali giuslavoristiche si può osservare che, come si è appena detto, l'afflato sociale del diritto del lavoro si è assopito in virtù di un'idea ancillare del diritto rispetto alle ragioni dell'economia. Il diritto del lavoro ha perso la sua caratteristica di avanguardia e ritorna a guardare al diritto civile, che, evidentemente per un percorso uguale e contrario, si interroga sulla questione sociale, laddove si sofferma intorno ad una serie di ipotesi nelle quali individua la debolezza della persona, ancor prima che del contraente<sup>56</sup>.

E cosa si rinviene nella tutela del risparmio, dell'ambiente, del disabile o nell'ambito della disciplina della responsabilità sanitaria, nella tutela del malato se non l'individuazione e l'attribuzione della rilevanza giuridica alla vulnerabilità di questi soggetti, alla loro debolezza rispetto alla situazione di involontario bisogno? Di qui la (ri)scoperta della centralità del carattere sociale del nostro ordinamento.

E, posta la debolezza di alcuni soggetti o di alcuni soggetti in determinate condizioni, la sequenza alla quale ci si trova di fronte quando si vuol cercare di dare riconoscimento o meglio effettività ai diritti di questi è, ancora una volta, la medesima: riconoscimento della persona, tutela della persona e della dignità, tutela, infine, del nucleo essenziale dei diritti ed effettività della stessa. Si parte cioè dalla persona e si arriva al *minimum* dei diritti. Il *medium* è la dignità.

Quale dignità? Quella costituzionale, diremmo: la dignità sociale.

La tutela della dignità sociale del lavoratore, perciò, potrebbe essere canone ermeneutico per la definizione di un livello minimo dei diritti sociali, che non può darsi una volta per tutte, ma che trova la sua estrinsecazione della dignità sociale nel suo contenuto minimo. Non già regola delle regole, in-bilanciabile in assoluto, ma soltanto nella sua accezione minima e, quindi, concreta.

---

società, nella concretezza dei rapporti di vita e delle legature sociali dell'individuo”. La disciplina dei diritti sociali, infatti, è “incentrata sui luoghi e legami sociali (famiglia, scuola, lavoro, ambiente di vita personale e collettivo) nei quali e mediante i quali il singolo individuo esprime e svolge la propria personalità”».

<sup>56</sup> Il riferimento è, ancora una volta, al contributo di E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, cit.

La scelta di rinvenire nella dignità sociale e non nella dignità *tout court* il centro del ragionamento mostra, ancora una volta ed una volta di più, la sua specificità, coniugando la sfera dell'autonomia individuale con quella sociale del lavoratore. Infatti, se in una prospettiva eminentemente privatistica ed individuale, il fondamento dei diritti fondamentali può essere rinvenuto nel principio meta-etico moderno dell'autonomia (etica e giuridica) individuale, in una prospettiva relazionale e collettiva (potremmo dire di comunità) esso è costituito dalla dignità sociale; ed è proprio quest'ultima che, unita alla prima, «sembra intervenire ad un livello normativo sussidiario, svolgendo una funzione giustificativa e specificativa della misura minima concreta con cui esercitare i diritti, così da individuare il trattamento giuridico essenziale ed inderogabile spettante agli individui»<sup>57</sup>.

La dignità sociale così concepita garantisce la "sostenibilità" dell'esercizio del potere datoriale insito nel rapporto di lavoro.

Conclusione che può valere per tutti gli altri soggetti deboli o vulnerabili: non possono esserci *cives* senza *societas*, diritti civili senza diritti sociali, ordinamento civile se non intessuto in quello, più ampio, sociale.

---

57 S. TARANTO, *Le insidie della dignità umana*, cit., p. 188 ss., secondo il quale: «Il principio di autonomia fonderebbe diritti e libertà di vario genere e rango degli individui, ciascuno dei quali è titolare di una pluralità di pretese verso lo Stato e verso gli altri. Tramite la tecnica del bilanciamento, della ponderazione o della proporzionalità, integrate dalla regola della ragionevolezza pratica e dall'auspicabile ricorso ad accomodamenti irragionevoli si stabiliscono gli ordini di priorità applicativa dei diritti in competizione e la loro prevalenza concreta, qualora il loro contemporaneo esercizio sia incompatibile. Sorge, infatti, la necessità di temperare le forme di esplicazione dell'autonomia riconosciute ugualmente a soggetti diversi ed è in tale maniera che si riparte la fruizione di diritti e libertà. Il principio della dignità delle persone presiede invece al delicato compito di determinare in concreto quale sia la soglia minima, come tale universale e invariante, di tutela da assicurare ad ogni individuo, ingiungendo al riguardo una parità di trattamento e determinando così dei limiti alla possibilità di comprimere diritti e libertà».