

Andrea Montanari

**JOBS ACT E TUTELA
CONTRATTUALE DELLA
PERSONA: UN'INVOLUZIONE?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

DIRITTI NAZIONALI E COMPARAZIONE

Andrea Montanari

JOBS ACT E TUTELA CONTRATTUALE DELLA PERSONA: UN'INVOLUZIONE?

SOMMARIO: 1. Il presente lavoro: il Jobs Act, la tutela contrattuale della persona e la necessità di uno Stato sociale unitario. - 2. La mancata percezione della tutela contrattuale della persona: le Sezioni unite del 2008. - 3. L'intensità della tutela assegnata alla persona dal diritto delle obbligazioni e dei contratti. - 4. La tutela contrattuale attribuita alla persona del lavoratore. - 5. *Segue*. Tutela della persona e autonomia privata. - 6. Il Jobs Act e l'attenuazione della funzione realizzativa del lavoratore. - 7. Il Jobs Act e il rilievo attribuito alla tutela antidiscriminatoria. - 8. La percezione della persona nel diritto dell'Unione europea. - 9. *Segue*. La ricerca della dimensione sociale europea: l'egoismo degli Stati membri e la necessità di uno Stato unitario.

1. L'Italia ferma sull'orlo del fallimento ha stimolato la richiesta di cambiamento formulata dall'Unione europea. I c.d. compiti a casa. Uno dei messaggi di risposta ha preso corpo nella riforma che ha investito a più riprese il diritto del lavoro e ciò nell'intento di garantire un maggiore dinamismo al settore, di aumentare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro, alimentando, più in generale, la ripresa economica. In particolare, il moto legislativo, partito dalla legge n. 92 del 2012 (c.d. legge Fornero), è approdato alla legge delega n. 183/2014 (c.d. Jobs Act) (1), i cui decreti attuativi "in materia di contratto

Saggio sottoposto a referato.

(1) Al riguardo cfr. AA.VV., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, a cura di M. Rusciano e L. Zoppoli, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", www.csdle.lex.unict.it, 2014; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, *ivi*, 246/2015; AA.VV., *Jobs act e licenziamento* (Torino 2015); AA.VV., *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle*

di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti” (d.lgs. 23/2015) e per la “revisione della normativa in tema di mansioni” (d.lgs. 81/2015) contemplano, rispettivamente, il mutamento del quadro delle tutele del lavoratore contro il licenziamento ingiustificato nel contratto a tempo indeterminato e l’abrogazione dell’art. 2103 c.c. sull’esercizio del *ius variandi* del datore di lavoro relativo alle mansioni del lavoratore.

Il primo dei decreti ora menzionati limita la tutela reintegratoria nel posto di lavoro, rendendo efficace il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo o di giustificato motivo soggettivo o di giusta causa (2). Il licenziamento in parola estingue, infatti, il rapporto di lavoro e innesca la condanna del datore di lavoro al pagamento di un’indennità « di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità » (art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015).

disposizioni lavoristiche della legge di stabilità, a cura di F. Carinci e M. Tiraboschi (Modena 2015), e-Book Series, *moodle.adaptland.it*; AA.VV., *La riforma del lavoro (c.d. Jobs Act). Il contratto di lavoro a tutele crescenti e gli strumenti di contrasto alla disoccupazione (d.leg. 4 marzo 2015 nn. 22 e 23)*, Foro it., 2015, 229 s.; C. Dell’Aringa, *Jobs act: come cambia il mercato del lavoro*, *www.csdllex.unict.it*, 2014, 10 s.; M. Del Conte, *Promesse e prospettive del Jobs Act*, DLRI, 2015, 939 s.; T. Treu, *Jobs Act: prime note*, *Diritto & pratica lav.*, 2014, 979 s.; Id., *Jobs act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, Guida lav., 2015, 12 s.; Id., *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 157 s.; M.L. Vallauri, *Il lavoro secondo il Jobs Act*, *Agg. sociali*, 2015, 734 s.; R. Voza, *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del jobs act*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 575 s.; A. Zambelli, *Jobs act: tutte le novità del decreto attuativo sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, *www.csdllex.unict.it*, 2015, 71 s.; AA.VV., *Il diritto del lavoro all’epoca delle nuove flessibilità*, a cura di M. Persiani, *Giur. it.*, 2016, 738 s.; G. Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 627 s.

(2) Sul punto cfr. Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche* cit., 637-638, il quale sottolinea che l’eliminazione tutela reale rende valido il licenziamento — e infatti il rapporto di lavoro si estingue (art. 3, co. 1) — sebbene illecito. Diversamente, laddove la tutela reintegratoria permane, il licenziamento risulta invalido e illecito, sicché la condanna al pagamento dell’indennità è preceduta dalla dichiarazione d’invalidità del licenziamento (artt. 2 e 3, co. 2).

Viceversa, la reintegrazione nel posto di lavoro opera nei casi: di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, qualora venga dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (art. 3, co. 2); di nullità del licenziamento per violazione del divieto di discriminazione o « perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge » (3) (art. 2, co. 1); d'inefficacia del licenziamento perché intimato in forma orale (art. 2, co. 1); di mancanza « di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68 [normativa sul diritto del lavoro dei disabili] » (art. 2, co. 4).

Il d.lgs. 81/2015 modifica l'art. 2103 c.c. e sancisce il passaggio dalla sostanziale inderogabilità *in peius* delle mansioni del lavoratore alla possibilità di mutamento delle stesse, anche in senso peggiorativo in alcuni casi, purché si tratti di « mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte ».

La riforma del Jobs Act stimola la riflessione sulla tutela della persona nel contratto e, in particolare, nel rapporto di lavoro. Riflessione che riporta in auge la questione del rapporto tra diritto e valori (4) e, quindi, della necessità di evitare che la contrattualizzazione della persona tracimi nella materializzazione della sua essenza perché sopraffatta dallo scambio economico. Un tale tipo d'indagine viene resa opportuna dall'incidenza della riforma in esame sulla concezione del lavoro come mezzo per la realizzazione e la promozione del lavoratore inteso come essere umano e come professionista. Sul punto, il Jobs Act sembra sortire un duplice e contrapposto effetto. Da un lato, la limitazione della tutela reale e l'abrogazione dell'art. 2103 c.c. avviano un possibile processo di spersonalizzazione del rapporto di lavoro mediante l'esaltazione dell'aspetto commutativo generato dall'attenuazione di quello realizzativo della persona del lavoratore. Dall'altro lato, la limitazione della tutela reintegratoria mette in risalto la portata precettiva della nor-

(3) Sulla portata del rinvio « agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge » v. Giubboni, *Profili costituzionali* cit., 7; Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche* cit., 638 s.

(4) Su cui cfr. sin d'ora L. Mengoni, *Diritto e valori* (Bologna 1985).

mativa antidiscriminatoria nel rapporto di lavoro, promuovendo la maggiore attenzione alla cura e al rispetto delle caratteristiche ontologiche dell'essere umano che lavora.

La necessità di adeguamento sistemico agli obiettivi dell'Unione europea ha investito anche la Francia, dov'è stata approvata la riforma del diritto del lavoro (cd. Loi El Khomri) (5), le cui somiglianze alla riforma italiana le sono valse l'etichetta di « Jobs Act alla francese ». L'intento è il medesimo: la ripresa del mercato del lavoro. Il mezzo risulta, per lo più, lo stesso: la facilitazione del licenziamento per ragioni economiche (Art. 67, Loi no 2016-1088, 8-8.2016). A ciò si aggiunge l'ulteriore affinità legata al rafforzamento della tutela antidiscriminatoria (Artt. 3-7).

La spiccata attenzione rivolta alle caratteristiche dell'individuo dal Jobs Act italiano e dalla riforma francese induce alle riflessioni finali del presente lavoro, le quali s'interrogano sul rilievo attribuito alla persona dall'Unione europea: se quest'ultima stia procedendo all'esaltazione dell'individualismo liberista oppure se, al contrario, venga abbracciata la concezione relazionale di persona inserita in una comunità. Lo stato di attuazione del c.d. pilastro sociale europeo segnala il progressivo offuscamento della formula "economia sociale di mercato" ad opera di politiche unitarie tese al perseguimento di obiettivi puramente economici che favoriscono la percezione della persona come individuo socialmente solo. Il quadro che ne emerge rivela la mancanza dello Stato-Unione europea e l'incapacità di sviluppare delle politiche sociali unitarie in senso verticale. Tutto ciò stimola, allora, la manifestazione dell'esigenza di cambiamento, attingendo a quella dimensione sociale che i Trattati contemplanò, ma che per essere attuata necessita di un diverso andamento unitario che accantoni gli egoismi degli Stati membri.

2. La tutela contrattuale della persona (6) va rannodata,

(5) Cfr. Loi no 2016-1088, 8-8-2016, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, Journal Officiel de la République Française, 9-8-2016.

(6) La letteratura scientifica risulta al riguardo pressoché smisurata: cfr. G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale* (Milano 1983), 221 s.; F. Bilotta,

per quanto riguarda la giurisprudenza italiana, alla nota pronuncia delle Sezioni unite del 2008 (7), la cui ricostruzione non

Inadempimento contrattuale e danno esistenziale, Giur. it., 2001, 1159 s.; C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, a cura di S. Mazzamuto (Torino 2002), 467 s.; M. Gazzara, *Il danno non patrimoniale da inadempimento* (Napoli 2003); A. Liberati, *Il danno non patrimoniale da inadempimento* (Padova 2004); M. Rabitti, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, IV (Milano 2006), 663 s.; M.R. Marella - L. Cruciani, *Il danno contrattuale*, Il nuovo contratto, diretto da P.G. Monateri, E. del Prato, M.R. Marella, A. Somma e C. Costantini (Bologna 2007), 1173 s.; M. Bona, *Il danno contrattuale non patrimoniale*, ivi, 1211 s.; G. Vettori, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, Riv. dir. priv., 2007, 235 s.; A. di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009), 192 s.; V. Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento* (Napoli 2009); G. Savorani, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Tratt. resp. contr., diretto da G. Visintini, III. La disciplina legale e convenzionale del risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari, (Padova 2009), 251 s.; M. Maggiolo, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Responsabilità civile. Danno non patrimoniale, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache (Torino 2010), 659 ss.; E. Navarretta - D. Poletti, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale*, Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione, a cura di E. Navarretta (Milano 2010), 51 s.; C. Amato, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, Digesto disc. priv., sez. civ., Agg. VI (Torino 2011), 302 s.; C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in questa Rivista, 2011, 55 s.; Id., *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, ivi, 2016, 293 s.; M.A. Astone, *Danni non patrimoniali*, Comm. Schlesinger-Busnelli (Milano 2012), 197 s.; D. Messinetti, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, Riv. dir. civ., 2012, I, 333 s.; S. Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in questa Rivista, 2012, 437 s.; L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno alla persona: un'incompiuta*, ivi, 479 s.; Id., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, ivi, 2014, 45 s.; M.R. Marella, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, Riv. crit. dir. priv., 2013, 41 s.; A.M. Benedetti, *Valori non patrimoniali, danno e responsabilità contrattuale*, Il danno contrattuale, diretto da M. Costanza (Bologna 2014), 283 s.; M.M. Francisetti Brolin, *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche « patrimonialistiche » e valori della persona* (Napoli 2014); F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo* (Torino 2015), 212 s.

(7) Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, Danno resp., 2009, 19 s., su cui v. le osservazioni di F.D. Busnelli, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, Riv. dir. civ., 2009, 111 s.; C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, Danno resp., 2009, 8 s.; A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite. Un "de profundis" per il danno*

appare, però, condivisibile, giacché non coglie i vantaggi legati all'introiezione della persona nella dinamica del rapporto obbligatorio e la tratta, in ultima analisi, come una sorta di *quid* alieno al contratto. Le Sezioni unite rivelano, infatti, una certa incapacità al superamento dell'idea tradizionale secondo cui lo scambio economico individua il piano di esclusiva rilevanza

esistenziale, ivi, 39 s.; P. Cendon, *A proposito di Cass., sez. un., n. 26972/2008. L'urlo e la furia*, Nuova giur. civ. comm., 2009, 69 s.; R. Del Punta, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni unite del 2008: riflessioni di sistema e ricadute lavoristiche*, Giur. it., 2009, 1038 s.; V. Tomarchio, *Unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*, ivi, 22 s.; A. di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, Corriere giur., 2009, 410 s.; M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, ivi, 5 s.; Id., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, Contratto impr., 2009, 1 s.; S. Patti, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, ivi, 415 s.; S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, ivi, 619 s.; Id., *Il danno non patrimoniale cit.*, 454 s.; M. Gazzara, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le ss.uu. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, ivi, 279 s.; F. Gazzoni, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, Dir. fam. pers., 2009, 73 s.; G. Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia « creativa » delle Sezioni Unite*, in questa Rivista, 2009, 452 s.; E. Navarretta, *Danni non patrimoniali: il compimento della drittwirkung e il declino delle antinomie*, Nuova giur. civ. comm., 2009, II, 81 s.; Id., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, Resp. civ. prev., 2009, 69 s.; D. Poletti, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, ivi, 76 s.; P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, ivi, 117 s.; R. Pardolesi - R. Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): « die hard »*, Foro it., 2009, I, 128 s.; G. Ponzanelli, *Sezioni unite: il « nuovo statuto » del danno non patrimoniale*, ivi, 134 s.; P. Perlingieri, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la « tipicità » del danno alla persona*, Rass. dir. civ., 2009, 520 s.; R. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite* (RIDL, 2009, II, 486 s.), Responsabilità civile e danno (Torino 2010), 378 s.; A. Zaccaria, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, Resp. civ., 2009, 28 s.; AA. VV., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, a cura di F. Macario e C. Scognamiglio, Contratti, 2010, 701 s. Più risalenti rispetto alle sezioni unite del 2008 sono la pronuncia della Corte eur. giust. 12-3-2002, causa C-168/00, Racc., 2002 I-02631, in materia di contratto di viaggio "tutto compreso", e alcune alcune pronunce italiane di merito: cfr. Trib. Roma, 6-10-1989, Resp. civ. prev., 1991, 512 s.; Pret. Roma, 11-12-1996, Nuova giur. civ. comm., 1997, I, 875 s. con nota di V. Zeno-Zencovich, *Il danno da vacanza rovinata: questioni teoriche e prassi applicative*.

giuridica della relazione intersoggettiva (8), sicché la tutela degli interessi di natura non economica va assegnata alla regola sulla responsabilità aquiliana (9). I giudici di legittimità, pur

(8) Cfr. in questo senso M. Barcellona, *Il danno non patrimoniale* (Milano 2008), 87 s.; Id., *Trattato della responsabilità civile* (Torino 2011), 823 s., 863 s., secondo il quale la tutela persona, nonostante la sua introiezione nel contratto *ex fide bona*, resta avulsa alle sue regole le quali risultano ontologicamente ed esclusivamente preordinate alla regolamentazione dei rapporti di natura economica [sul punto v. anche più di recente Id., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza* (Torino 2015), 210 s.]. L'assunto è condiviso anche da Messinetti, *Considerazioni sul danno non patrimoniale cit.*, 342. Per l'idea c.d. negazionista della tutela contrattuale della persona cfr. L. Barassi, *Istituzioni di diritto civile* (Milano 1942), 532; G. Russo, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 971; A. Asquini, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, Riv. dir. comm., 1952, II, 9; A. de Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*², I (Milano 1979), 127 s.; G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, III. Colpa contrattuale (Torino 1903-1925), 567 s.; R. Scognamiglio, *Il danno morale* (Riv. dir. civ., 1957, I, 277 s.), Responsabilità civile cit., spec. 330 s., il quale mostra qualche apertura nel successivo Id., *Il danno morale mezzo secolo dopo* (Riv. dir. civ., 2010, I, 609 s.), rielaborato come Id., *Il danno ai beni-interessi della persona e il danno morale mezzo secolo dopo*, Responsabilità civile cit., 474; V. Zeno-Zencovich, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, Riv. dir. comm., 1987, I, 77 s.; Id., *Il danno da vacanza rovinata cit.*, 875 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5. La responsabilità² (Milano 2012), 205; M. Gorgoni, *I giudici e l'inadempimento del contratto di viaggio*, Resp. civ. prev., 1997, 828 s., in part. 836-837; Gazzoni, *Il danno esistenziale cit.*, 112; M. Cenini, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da « tempo libero sacrificato »?*, Riv. dir. civ., 2007, II, 633 s., spec. 639. La tesi in parola è stata agevolata dalla collocazione del danno non patrimoniale sotto il capo della tutela aquiliana il che ha portato alcuni autori all'attribuzione dei limiti di cui all'art. 2059 c.c. anche alla tutela del danno non patrimoniale da inadempimento.

(9) La tendenza di cui si discorre *supra* nel testo ha innescato il noto *escamotage* del concorso di responsabilità e alle volte del cumulo di responsabilità da parte della giurisprudenza. Al riguardo cfr. S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in questa *Rivista*, 2003, 670 s.; Id., *Ancora sul mobbing*, ivi, 2006, 1377 s.; Id., *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, ivi, 2014, 788-789; C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, ivi, 2004, 69 s.; Id., *La nuova responsabilità civile*³ (Milano 2006), 555 s.; Id., *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in questa *Rivista*, 2006, 1348 s.; D.M. Frenda, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana. Soluzioni empiriche e coerenza del sistema*² (Padova 2013). Sul punto cfr. anche Zeno-

muovendo dall'individuazione nell'art. 1174 c.c. dell'indice di rilevanza giuridica degli interessi non patrimoniali all'interno del rapporto obbligatorio (10), approdano al riconoscimento della tutela risarcitoria ex art. 2059 c.c., che regola com'è noto il risarcimento del danno non patrimoniale in ambito extracontrattuale (11). Questa difficoltà ad accantonare la diade tutela

Zencovich, *Interesse del creditore* cit., 88-89, il quale, però, pur contestando la « coerenza dommatica » del concorso, ne rileva l'effetto pratico di evitare la disparità di trattamento tra chi subisce una lesione ed è legato da un rapporto obbligatorio e chi invece no. In termini possibilistici cfr. anche E. Gagnoli, *L'obbligo di sicurezza e la responsabilità del datore di lavoro*, Lavoro subordinato, II. Rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento, a cura di F. Carinci, Tratt. Bessone, XXIV (Torino 2007), 445-446; G. Vettori, *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law. Atti Siena 19-21 sett. 2007, a cura di P. Sirena (Milano 2011), 347-349.

(10) Così già A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*¹² (Padova 1960), 484 nt. 1; M. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, Riv. crit. dir. priv., 1987, 127 s. Individua nell'art. 1174 c.c. il fondamento per la tutela del danno non patrimoniale anche Tomarchio, *Il danno non patrimoniale* cit., 85 s. *Contra* A. Ravazzoni, *Riparazione del danno non patrimoniale* (Milano 1962), 225; G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*. (*Valore normativo dell'art. 1174 c.c.*), Riv. dir. civ., 1968, I, 230-232.

(11) Criticano il richiamo alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. per giustificare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento: Castronovo, *Danno esistenziale* cit., 8-9; Id., *Il danno non patrimoniale* cit., 314 s.; Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale* cit., 454; Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.* cit., 620; Zaccaria, *Il risarcimento del danno non patrimoniale* cit., 34; G. Conte, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, Contratti, 2010, 709-710; Amato, *Danno non patrimoniale* cit., 307 s.; Marella, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile* cit., 36; Francisetti Brolin, *Danno non patrimoniale e inadempimento* cit., 553 s.; Piraino, *La buona fede* cit., 210 s. Critica il riferimento all'art. 2059 c.c. anche Perlingieri, *L'onnipresente art. 2059 c.c.* cit., 523, la cui prospettiva risulta, tuttavia, diversa da quella sposata *supra* nel testo e dagli autori ora citati. Diversamente, cfr. Busnelli, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale* cit., 100-101, che individua il riferimento all'art. 2059 c.c. come la manifestazione dell'intento delle Sezioni unite di affermare la risarcibilità del danno non patrimoniale qualunque ne sia la fonte: contrattuale ed extracontrattuale. Nonché A.M. Benedetti, *Chi non adempie, o adempie male, deve risarcire « anche le lacrime »?* *Annotazioni sul danno morale da contratto*, Giur. it., 2009, 1056; Id., *Valori non patrimoniali* cit., 292-294, il quale prospetta l'applicazione analogica dell'art. 2059 c.c. alla responsabilità contrattuale; e

della persona-tutela aquiliana viene sugellata, poi, dall'attribuzione della tutela "contrattuale" della persona alla *sola* lesione dei diritti inviolabili del *solo* creditore (12) e, infine, dal richiamo all'« ingiustizia costituzionalmente qualificata » (13). Di maggior pregio risultano, invece, i due riferimenti all'art. 1174 c.c. e alla causa (14) « in concreto » (15). Questi ultimi ven-

Franzoni, *Il danno non patrimoniale* cit., 15, secondo cui il richiamo dell'art. 1174 c.c. unito al « riferimento alla rilettura costituzionale dell'intera vicenda porta a ritenere che nel 1223 c.c. è come se ci fosse anche l'art. 2059 c.c. ».

(12) Così Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, § 4.1. Segnala l'arbitrarietà della limitazione Castronovo, *Il danno non patrimoniale* cit., 318.

(13) Così Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972 cit., § 4.5, che, con riferimento alla responsabilità del datore di lavoro per i danni da dequalificazione professionale (art. 2087 c.c.), li definisce come « pregiudizi attinenti alla svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata ». Di contro, va sottolineato che il compito di giuridicizzazione del danno assolto dall'ingiustizia in sede di giudizio di responsabilità aquiliana, non trova ragion d'essere in sede di responsabilità per il danno contrattuale. Quest'ultimo viene, infatti, ricollegato all'inadempimento in forza dell'art. 1218 c.c. e, quindi, nasce « di per sé giuridicizzato e rilevante ai fini del risarcimento, proprio perché rappresenta l'epilogo di un rapporto giuridico preesistente tra il danneggiato e il danneggiante, sicché è fuor di luogo ricercarne altrove nel sistema la fonte della risarcibilità » (Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.* cit., 622). Sull'impossibilità di concepire il danno ingiusto in sede di responsabilità da inadempimento cfr. anche C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, Riv. dir. civ., 2006, I, 86; Id., *La nuova responsabilità* cit., 456; G. Grisi, sub Art. 1223, Comm. Gabrielli (Torino 2013), spec. 158. Meno *tranchante* appare l'opinione di Navarretta - Poletti, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale* cit., 70-72, le quali muovono dalla prospettiva del danno provocato al diritto inviolabile e affermano la necessità del riferimento all'ingiustizia, giacché qualora non risulti dimostrata la riconducibilità di tale pregiudizio all'inadempimento, la sua risarcibilità soggiacerebbe alla dimostrazione del requisito di cui all'art. 2043 c.c.

(14) L'utilità del riferimento alla causa per l'individuazione della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale è rilevata, con diverso tenore, da Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale* cit., 469; Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale* cit., 454, 457; S. Delle Monache, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, Contratti, 2010, 725; Amato, *Danno non patrimoniale* cit., 308; M. Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno* (Milano 2012), 245 s., spec. 255; Piraino, *La buona fede* cit., 217 s. Critico: Benedetti, *Valori non patrimoniali* cit., 289 s.

(15) Con il termine « causa in concreto » la giurisprudenza intende, com'è noto, « lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che

gono annegati, però, nel mare aquiliano ora descritto, sicché si rivelano poco efficaci. In particolare, l'individuazione dell'art. 1174 quale fondamento della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale risulta, sì, opportuna, ma riduttiva. Tale disposizione contribuisce all'opera d'individuazione degli indici di rilevanza normativa degli interessi personalistici in seno al rapporto obbligatorio (16) e favorisce la riflessione sulla differenza tra il contenuto economico della prestazione e quello « anche non patrimoniale » dell'interesse al cui soddisfacimento la stessa mira (17), ma non offre un appiglio sicuro in punto di tutela risarcitoria (18). Anche il riferimento alla causa se per un verso evita la dilatazione sconfinata della rilevanza attribuita dal contratto agli interessi non patrimoniali e mette in evidenza l'attitudine dello stesso a costituire uno strumento di promozione della persona, per altro verso non costituisce, di certo, l'indice normativo cui ancorare il rimedio risarcitorio (19).

lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato » (Cass. 8-5-2006 n. 10490, Giust. civ., 2007, I, 1988 s. con nota di B. Izzi, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*). Con tale termine i giudici di legittimità manifestano, com'è noto, l'adesione alla concezione della causa come funzione economico individuale [G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* (Milano 1966)]. L'uso del termine « causa in concreto » va ricollegato, in dottrina, a E. Redenti, *La causa del contratto secondo il nuovo codice*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 906 s. Di recente sull'uso giurisprudenziale di tale termine v. V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, Riv. dir. civ., 2013, 957 s.; C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, ivi, 2014, 251 s.; Barcellona, *Della causa cit.*, 132 s.; AA.VV., *Causa del contratto. Evoluzioni e indagini applicative*, a cura di F. Alcaro (Milano 2016).

(16) Così Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale cit.*, 447; Castronovo, *Il danno non patrimoniale cit.*, 319-331.

(17) Al riguardo cfr. F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* (Napoli 2011), 618 s.

(18) Così Castronovo, *Il danno esistenziale cit.*, 9; di Majo, *Le tutele contrattuali cit.*, 194; Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale cit.*, 453-454; Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili cit.*, 69; Navarretta - Poletti, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale cit.*, 54; Zaccaria, *Il risarcimento del danno non patrimoniale cit.*, 36; Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale cit.*, 447; Piraino, *La buona fede cit.*, 211.

(19) Così sul punto anche Navarretta - Poletti, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale cit.*, 63.

Di tale vuoto di tutela i giudici di legittimità appaiono in realtà coscienti, tant'è che ne scaricano il bisogno di riempimento sull'art. 2059 c.c., con ciò promuovendo, tuttavia, un orientamento tanto conforme quanto privo di rigore giuridico (20). La mancanza delle Sezioni unite risiede, in altri termini, nel non percepire il diverso piano di rilevanza offerto dalla *lex contractus* alla tutela della persona. I giudici di legittimità compiono una sorta di salto sul piano normativo e su quello fattuale dall'interno del contratto verso l'esterno, mutando il trattamento giuridico riservato ai contraenti in quello assegnato al *quisque de populo* (21). L'art. 2059 ha infatti come proprio referente la fattispecie contemplata dall'art. 2043, e non risulta, viceversa, applicabile alla violazione del contratto (22), ove la tutela della persona risulta già presente per effetto della rilevanza che riceve sul piano contrattuale l'interazione tra i contraenti (23) fin dalla fase delle trattative (24).

(20) Cfr. Cass. 8-2/11-5-2012 n. 7256; Cass. 4 marzo 2010 n. 5189; Giudice di Pace 30-12-2008, *Danno resp.*, 2009, con nota di C. Amato, *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale dopo le Sezioni Unite di San Martino*. In questo senso, non risultano condivisibili le letture che tentano di ricostruire il danno non patrimoniale da inadempimento dalla prospettiva dell'art. 2059 c.c., il che sovente è legato all'analisi del contratto di pacchetto turistico: così ad es. Cenini, *Risarcibilità del danno non patrimoniale cit.*, 633 s.; Gorgoni, *I giudici cit.*, 833 s.

(21) Sul punto cfr. l'efficace qualificazione della responsabilità aquiliana come « responsabilità del passante » effettuata da C. Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1989, 586; Id., *La nuova responsabilità cit.*, 446. Il trattare la parte del rapporto alla stregua del passante risulta in realtà un'operazione cui la giurisprudenza ricorre di frequente. In proposito appare riferibile al tema che ci occupa il giudizio critico, espresso da Nicolussi con riferimento al danno da violazione degli obblighi familiari, secondo cui i giudici fanno del « danno aquiliano una categoria di applicazione universale senza tener conto della sua logica e del suo ruolo specifico nel sistema » (*Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in questa *Rivista*, 2008, 937).

(22) Sul punto cfr. anche Bonilini, *Il danno non patrimoniale cit.*, 221 s. *Contra de Cupis, Il danno cit.*, I, 133.

(23) Il disvelamento della complessità del rapporto obbligatorio, in forza della quale lo stesso contempla, accanto all'obbligo di prestazione, gli obblighi tesi alla salvaguardia del contraente (c.d. *Schutzpflichten*), va ricollegato agli studi di R. von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, Jahrbücher f.d. Dogmatik, 1861 [per la versione italiana: Id., *Della culpa in contrahendo ossia*

3. L'approccio alla tutela della persona dalla prospettiva della disciplina delle obbligazioni e dei contratti rivela, rispetto alla prospettiva aquiliana, un avanzamento di non poco conto. Questa lettura evidenzia lo sviluppo della percezione del danno non patrimoniale come catalizzatore della rilevanza giuridica

del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione, trad. it. a cura di F. Procchi (Napoli 2005)], prima, e di H. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, Arch. civ. Pr., 136 (1932), 288 s., dopo. Nella dottrina italiana cfr. E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione* (Milano 1953), 68 s. in part. 99; L. Mengoni, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »*. *Studio critico*, Riv. dir. comm., 1954, I, 368 s.; G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, (Milano 1957), 3 s. e 81 s.; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista* (Milano 1958), 91 s.; U. Majello, *Custodia e deposito* (Napoli 1958), 58 s.; F. Benatti, *Osservazioni in tema di « doveri di protezione »*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1960, 1342 s.; Id., *Doveri di protezione*, Digesto, Delle disc. priv., Sez. civ., VII (Torino 1991), 221 s.; R. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* [Noviss. dig. it. (Torino 1968)], Responsabilità civile cit., 104 s.; F. Carusi, *Correttezza (Obblighi di)*, Enc. dir., V (Milano 1962), 711; G. Visintini, *La responsabilità per fatto degli ausiliari* (Padova 1965), 39 s.; Id., *Inadempimento e mora del debitore*², Artt. 1218-1222, Comm. Schlesinger-Busnelli (Milano 2006), 286 s.; C. Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, Jus, 1976, 143 s.; Id., *Obblighi di protezione*, Enc. giur. Treccani, XXI (Roma 1990), 1 s.; Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione* cit., 55 s.; A. di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto* (Milano 1967), 408 s.; Id., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1176, Comm. Scialoja-Branca-Galgano (Bologna-Roma 1988), 316 s.; Id., *Le tutele contrattuali* cit., 58 s.; G. Cian, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, Riv. dir. civ., 2002, 498 ss.; Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing* cit., 646 s.; Id., *Il mobbing* cit., 23 s.; M. Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale* (Milano 2003), 142 s.; L. Lambo, *Obblighi di protezione* (Padova 2007); Nivarra, *Alcune precisazioni* cit., 45 s.; A. Nicolussi, *Obblighi di protezione*, Enc. dir., Annali, VIII (Milano 2015), 659 s. Il rapporto obbligatorio inteso come rapporto complesso ha trovato riconoscimento normativo nel BGB riformato dove il § 241, Abs. 2, contempla accanto alle *Leistungspflichten* le *Schutzpflichten*.

(24) Il concetto di cui *supra* nel testo appare soltanto sfiorato, come rileva Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione* cit., 74-76, dalle Sezioni Unite: « se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre la violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni » (Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26972, § 4.1).

attribuita *a priori* ai diversi aspetti di cui la personalità dell'individuo si compone (25) e il conseguente superamento della tradizionale endiadi danno non patrimoniale-danno morale (26).

Il progresso attribuito dal contratto alla tutela della persona può essere articolato secondo due gradi d'intensità. Il primo, legato alla teorica degli obblighi di protezione e alla correlata riconcettualizzazione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso. In quest'ottica, fin dalla fase delle trattative la relazione dei contraenti acquista rilevanza giuridica tramite l'imperativo di buona fede che genera l'obbligo reciproco di preservare la sfera giuridica della controparte dal pregiudizio che tale relazione può provocare (27). Questa lettura poggia nell'esperienza italiana sulla valorizzazione della clausola generale di buona fede e correttezza (28) la cui lettura in chiave integra-

(25) L'accezione al termine « danno non patrimoniale », non già come mera versione in negativo del danno patrimoniale, bensì come indice di rilevanza giuridica della « lesione dei beni inerenti alla personalità » viene più volte predicata da R. Scognamiglio: cfr. in particolare *Il danno morale* cit., 308 s.; Id., *Il danno ai beni-interessi della persona* cit., 467 s. Sulla rilevanza giuridica assegnata agli aspetti personalistici dal diritto privato cfr. anche L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo* (Riv. trim. dir. proc. civ., 1982, 117 s.), *Diritto e valori* cit., 123 s.; C. Castronovo, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale* (Milano 1998), 1 s.

(26) La riduzione del danno non patrimoniale al solo danno morale risale, com'è noto, al diritto romano. Al riguardo cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità* cit., 36 s., 53 s.; Id., *Il danno non patrimoniale* cit., 297-298.

(27) Per una lettura di segno diverso cfr. E. Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, *Diritto civile* cit., IV, III, 234 s., spec. 236 s., la quale afferma la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale e ciò in base alla possibilità di leggere il danno derivante dalla violazione dell'obbligo di buona fede/correttezza in chiave extracontrattuale [cfr. già Id., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno* (Torino 1996), 141 s.; Id., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, Riv. crit. dir. priv., 1998, 625 s.; E. Navarretta - F.D. Busnelli, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *Diritto privato*, III. *Abuso del diritto*, diretto da G. Furguele (Padova 1998), 171 s.]. Critici al riguardo: Castronovo, *La nuova responsabilità* cit., 26 s.; F. Piraino, « *Ingiustizia del danno* » e *antigiuridicità*, in questa *Rivista*, 2005, 729 s.; Nivarra, *Alcune precisazioni* cit., 62 nt. 31.

(28) È pressoché comune l'idea secondo cui buona fede e correttezza vengono utilizzati come sinonimi all'interno della normativa codicistica: così ad es. S. Rodotà, *Le fonti d'integrazione del contratto* (Milano 1969 rist.

tiva (29) rivela l'apertura del contratto alla salvaguardia dei valori della persona tutelati a livello ordinamentale (30). L'in-

integrata 2004), 132 s.; di Majo, *L'esecuzione del contratto*, cit., 371-372; Id., *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1176, Comm. Scialoja-Branca-Galgano (Bologna-Roma 1988), 292-293. Diversamente, And. D'Angelo, *Buona fede-correttezza nell'esecuzione del contratto*, Tratt. resp. contr., diretto da G. Visintini, I. Inadempimento e rimedi (Padova 2009), 107 s., precisa che la correttezza andrebbe riferita a tutte le obbligazioni, e quindi anche a quelle non aventi fonte nel contratto, il che trova conferma nell'esclusivo riferimento alla correttezza di cui all'art. 1175 c.c., mentre la buona fede andrebbe riferita solo al contratto. Sull'intera questione v. ora Piraino, *La buona fede* cit., 8 s.

(29) Così Rodotà, *Le fonti d'integrazione* cit., in part. 112 s.

(30) La tesi della buona fede integrativa viene confutata dalla Scuola Pisana la quale ne sottolinea la sostanziale inutilità [Così U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I. *Il Comportamento del creditore*, Tratt. Cicu-Messineo, XVI (Milano 1974), 17 s.; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, Dig. delle disc. priv., Sez. civ., II (Torino 1988), 170-172]. Secondo questa linea di pensiero gli obblighi di protezione sarebbero in realtà già insiti nell'obbligo di prestazione principale e ciò sia con riferimento ai c.d. obblighi accessori, il che è pacifico anche per i sostenitori degli obblighi di protezione (cfr. per tutti Mengoni, *Obbligazioni di « risultato »* cit., 370), sia con riferimento agli obblighi autonomi. Questi ultimi ben possono essere individuati tramite la determinazione ulteriore della prestazione principale basata sulla sua natura nonché sul tempo e il luogo in cui deve essere eseguita. Questa tesi appare, però, francamente di difficile condivisione, giacché la dialettica tra obblighi di prestazione e obblighi di protezione si svolge in senso inverso. Essa muove dalla giurificazione del rapporto tra i contraenti, anche a prescindere dall'esistenza dell'obbligo di prestazione (artt. 1337-1338 c.c.) [cfr. C. Castronovo, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, Banca borsa tit. cred., 1993, 319 s.; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, I. Diritto civile (Milano 1995), 147 s.; Id., *La nuova responsabilità* cit., 464 s.; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in questa *Rivista*, 2009, 679 s.; Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione* cit., 66 s.; Id., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, ivi, 2012, 1233 s. Sulla questione del c.d. contatto sociale e della sua idoneità a fondare un rapporto obbligatorio v. anche il recente contributo di F. Venosta, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, ivi, 2014, 109 s.], il quale prende corpo negli obblighi per la salvaguardia dal pregiudizio potenziale suscitato dalla situazione di prossimità intersoggettiva (così L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, Riv. dir. comm., 1956, II, 361, 364 s.). La conclusione del contratto genera l'obbligo di prestazione cui si accompagna, sì, la gemmazione delle *Schutzpflichten* ad esso strumentali, ma senza involgere l'obbligo di salvaguardia della persona, il quale dipende dalla specificazione dell'impe-

serimento di questi ultimi nella dinamica del rapporto obbligatorio comporta la configurazione in capo ai contraenti dell'obbligo di evitare il danno altrimenti cagionabile alla controparte durante la vicenda contrattuale (31). La clausola in parola abi-

rativo di buona fede in sede precontrattuale, prima, e in sede di esecuzione del contratto, dopo, attribuendo contenuto a quel piano normativo adiacente l'obbligo di prestazione. La tutela della persona risulta, dunque, indipendente rispetto alle vicende concernenti l'obbligo di prestazione, giacché, predicata *a priori* dall'ordinamento, assume il carattere dell'obbligatorietà in forza del rilievo normativo assegnatole fin dalla relazione precontrattuale dalla clausola generale di buona fede/correttezza. La tesi dell'implicita inclusione degli obblighi di protezione nell'obbligo di prestazione principale si avvicina, inoltre, all'idea secondo cui le *Schutzpflichten* rientrano nel dovere di diligenza imposto al debitore nell'adempimento dell'obbligazione (art. 1176 c.c.) [cfr. Majello, *Custodia e deposito* cit., 58 s., 138; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Comm. Scialoja-Branca (Bologna-Roma 1979), sub art. 1218, 36 s., Id., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, Riv. dir. civ., 1983, I, 211]. A tale riguardo va rilevato, però, che la norma in questione mira a regolare la condotta di adempimento del debitore — il che trova conferma nel fatto che viene contemplata sotto il capo dell'adempimento dell'obbligazione — e individua nel c.d. buon padre di famiglia il parametro per la misura di tale condotta, il quale acquista maggiore specificità nel caso di esercizio di un'attività professionale tramite il rinvio alle regole ad essa relative. Ne consegue che tale disposizione ha di mira esclusivamente il comportamento del debitore, il quale è tenuto a porre in essere gli accorgimenti necessari per l'adempimento dell'obbligazione, ma di certo non costituisce una regola fondante degli obblighi reciproci diversi dall'obbligo di prestazione [cfr. G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, Riv. trim. dir. proc. civ., 609 s.; Mengoni, *Obbligazioni di « risultato »* cit., 199 s., spec. 203-204; Id., *La responsabilità contrattuale*, Jus, 1986, 119 s.; Benatti, *Osservazioni* cit., 1960, 1350-1352; Rodotà, *Le fonti d'integrazione* cit., 152 s.; di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto* cit., 396-399; Id., *Delle obbligazioni* cit., 321, 452 s.; Id., *Le tutele contrattuali* cit., 75; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II. *Il comportamento del debitore*, Tratt. Cicu-Messineo (Milano 1984), 42 s.; F. Piraino, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in questa *Rivista*, 2011, 1036 s.; Id., *Adempimento e responsabilità*, cit., 420 s., 424 s].

(31) Il ruolo della buona fede di cui si discorre *supra* nel testo trova riscontro anche nel diritto dell'Unione europea, dove l'art. 6 TUE offre riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e prevede l'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: cfr. A.L. Valvo, *L'Unione Europea dal Trattato "costituzionale" al Trattato di Lisbona. Le istituzioni, la politica estera e di difesa, i diritti umani* (Roma 2008), 346 s.; N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle*

lita, dunque, il giudice all'individuazione nel contratto degli obblighi reciproci di salvaguardia della sfera personale della controparte (32). Quest'integrazione del contenuto contrattuale non avviene però, si badi bene, in modo arbitrario (33), giacché l'azione ermeneutica deve svolgersi con lo sguardo costantemente rivolto alla *lex contractus* la quale la indirizza e funge per l'interprete da parametro per la specificazione ragionevole (34) e coerente (35) della clausola generale (36). L'elasticità di que-

fonti alla luce del Trattato di Lisbona, Dir. dell'Unione europea, 2009, 653 s.; G. Vettori, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, Riv. dir. civ., 2010, I, 116 s.; C. Castronovo, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in questa Rivista, 2010, 501.

(32) Sul rapporto tra clausole generali e diritto giudiziale cfr. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. a cura di A. Baratta (Milano 1970), 167 s., 192 s.; S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Riv. dir. comm., 1967, 83 s.; Id., *Il tempo delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1987, 709 s.; C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti* (Milano 1979), 96 s., 107 nt. 60; Id., *L'avventura delle clausole generali*, Riv. crit. dir. priv., 1986, 21 s.; A. di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, ivi, 1984, 539 s., L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, ivi, 1986, 5 s.; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, Pol. dir., 1988, 631 s.; V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto* (Milano 2010), 63 s.; M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, Riv. crit. dir. priv., 2011, 345 s.; AA.VV., *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Giur. it., 2011, 1689 s.; F. Forcellini - A. Iuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in questa Rivista, 2013, 395 s., e, con particolare riferimento al giudizio di bilanciamento di interessi, N. Rizzo, *Giudizi di valore e « giudizio di ingiustizia »*, ivi, 2015, 296 s.

(33) Cfr. invece Natoli, *L'attuazione cit.*, I, 11 s.

(34) Sul rapporto tra la ragionevolezza e la buona fede integrativa cfr. C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*. Prefazione all'edizione italiana de "Principi di diritto privato europeo dei contratti", Parte I e II, a cura di C. Castronovo (Milano 2001), XLIV s.; nonché il più recente contributo di F. Piraino, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in questa Rivista, 2014, 1287 s., in part. 1344 s., il quale mette in evidenza il contributo della ragionevolezza non solo sul fronte degli effetti del contratto, ma anche su quello della sua costruzione.

(35) Parla di *test* di coerenza con la *lex contractus* Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. cit.*, 624.

(36) Cfr. sul punto di Majo, *L'esecuzione del contratto cit.*, 410: « non si tratta di una determinazione aprioristica e astratta di una serie di doveri (reciproci) di comportamento, che gonfierebbero oltre misura il contenuto del rapporto, ma di una serie di doveri che si attualizzano nello svolgimento

st'ultima (37) favorisce, poi, l'esaltazione della sua multifunzionalità, sicché essa non si limita alla mera aggiunta di obblighi sul piano della fattispecie, ma incide anche sul *modus operandi* degli obblighi contemplati dal contratto, stabilendo « *fino a qual punto* » gli stessi vanno eseguiti oppure individuando « *lo scopo o funzione* che deve caratterizzarne l'esercizio » (38). In questo senso, la portata della buona fede viene specificata, in primo luogo, nell'integrazione del rapporto obbligatorio, in secondo luogo, nel controllo, in termini etici, della condotta delle parti e, infine, « nella "rottura" dei principi del sistema codificato, là dove esigenze etico-sociali ciò rendano necessario » (39).

di esso, sulla base del principio di buona fede e in funzione delle esigenze che questo svolgimento comporta ». Rileva il valore del precedente giudiziale nell'opera di concretizzazione delle clausole generali Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., 19; nonché Mazzamuto, *Una rilettura* cit., 648 s., 651-653, il quale segnala l'influenza del precedente sulla determinabilità *a priori* degli obblighi di protezione: « il "diritto vivente" e l'opera di razionalizzazione e tipizzazione del materiale giurisprudenziale forniscono ormai ai soggetti del rapporto obbligatorio un ampio ventaglio di direttive atte ad orientare la loro condotta in chiave di protezione della sfera giuridica di controparte ancor prima che il giudice intervenga *ex post* a stabilire ciò che si sarebbe dovuto fare e non è stato fatto ». Sull'azione ermeneutica innescata dalla clausola generale di buona fede/correttezza cfr. anche Nivarra, *Alcune precisazioni* cit., 54-55.

(37) Al riguardo cfr. in part. Velluzzi, *Le clausole generali* cit., 45 s., 71 s.

(38) di Majo, *L'esecuzione del contratto* cit., 421, il quale rivela l'ulteriore funzione svolta dalla buona fede di correzione e limitazione dell'autonomia privata. Questa funzione, come sottolinea il medesimo a., non è di certo incompatibile con la funzione integrativa, ma mentre questa riflette l'ordine di valori della *lex contractus*, quella dà forma e consistenza a valori diversi « e a sé stanti, tuttavia non ancora eteronomi, che attengono a principi di ordine etico incidenti nella fase di svolgimento del contratto [...] La tecnica usuale secondo la quale sembra agire il principio è [, inoltre,] *il diniego di effetti* (non già la imposizione di obblighi) al comportamento che si ponga in contrasto con determinati postulati di etica, a volte individuale, a volte anche sociale, o con alcuni interessi fondamentali della comunità » (ibidem, 421-422). Sui diversi « livelli funzionali » che acquista la buona fede nella lettura sincretica prospettata dall'a. cfr. anche Id., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni* cit., 539 s., 555 s.; Id., *Delle obbligazioni* cit., 305 s., 334 s., 352 s.

(39) di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni* cit., 556. Nonché Id., *Delle obbligazioni* cit., 352 s. Sulla conciliabilità tra la funzione

L'integrazione del contenuto del contratto consente di percepire il contributo in termini obbligatori che essa imprime alla tutela della persona (40), facendo segnare un progresso rispetto alla protezione che essa riceve sul fronte extracontrattuale. La buona fede individua, infatti, il perimetro entro cui grava sui contraenti l'imperativo di condotta volto a impedire che la relazione contrattuale sfoci in un nocumento per le loro sfere giuridiche patrimoniali e non. La tesi degli obblighi di protezione consente, in altri termini, lo sdoganamento del *neminem laedere* sul piano normativo (41), allocandolo nell'unico ambito in cui la posizione soggettiva dell'obbligo risulta concepibile: la

integrativa e la funzione correttiva della buona fede cfr. ora Piraino, *La buona fede* cit., spec. 347-349.

(40) Il contributo in termini obbligatori di cui si parla *supra* nel testo non sembra, invece, desumibile dalla tesi che sostiene, sì, la possibilità d'introduzione degli interessi non patrimoniali nel piano contrattuale, ma aderendo alla concezione c.d. assiologica dell'interpretazione secondo buona fede. In quest'ottica la buona fede « copre "il non detto" che è stato taciuto in quanto reputato scontato o omesso dalle parti, ma oggettivamente "autoevidente" [...]. Attraverso il *medio* della correttezza, il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione degli interessi non patrimoniali può dunque entrare nel tessuto dell'autonomia privata anche in ipotesi in cui i contraenti non abbiano espressamente regolato il risarcimento del danno non patrimoniale » (Navarretta - Poletti, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale* cit., 64-65). Per la critica dell'attribuzione alla buona fede di un contenuto assiologico, nel senso — ventilato da una giurisprudenza risalente — dell'obbligo imposto a ciascun contraente di salvaguardare l'utilità nei limiti in cui ciò non implichi un apprezzabile sacrificio a suo carico dell'altro, cfr. di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni* cit., 557-558.

(41) Per il riferimento della buona fede/correttezza al dovere di *alterum non laedere* cfr. Mengoni, *Obbligazioni di « risultato »* cit., 368 s.; Id., *Sulla natura* cit., 361-362; di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto* cit., 417-420; Castronovo, *Obblighi* cit., 2-4. Sul punto Nivarra, *Alcune precisazioni* cit., 62, nt. 31, precisa che in realtà lo stato di prossimità relazionale tra i soggetti assume rilevanza sul piano giuridico mediante la buona fede la quale costituisce essa stessa il vincolo cui i soggetti sono legati. Il pericolo di danno corre, dunque, entro quest'ambito obbligatorio, il che rende inutile il riferimento all'*alterum non laedere*. *Contra* Rodotà, *Le fonti d'integrazione* cit., 160-163, secondo il quale correttezza e buona fede costituiscono la specificazione del principio di solidarietà nella materia contrattuale e non evidenziano principi che altrove l'ordinamento concreta.

c.d. materia contrattuale o di obbligazioni (42). Al di fuori di quest'ultimo l'azione dei soggetti risulta, infatti, per definizione « libera » (43) e « responsabile » del danno (44) eventualmente provocato. Tutto ciò rivela, dunque, il carattere residuale della tutela aquiliana della persona, la quale opera nell'ipotesi in cui

(42) Sul punto cfr. C. Castronovo, *Sul significato di "materia contrattuale" e "materia di illeciti civili" nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in questa *Rivista*, 2015, 517 s.

(43) Cfr. D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, Enc. dir., XXXIII (Milano 1983), 361: « Nel suo significato fondamentale, che è il più antico, la nozione del lecito appare in sostanza legata al principio della certezza del diritto (*nullum crimen sine lege*), che è una condizione essenziale dei regimi giuridici moderni; la norma giuridica deve essere specificata; debbo sapere che cosa non posso fare, affinché mi risulti che cosa posso fare. Ciò comporta che tutto quanto non è espressamente vietato dal legislatore appartiene alla mia sfera di libertà ».

(44) Quanto detto *supra* nel testo postula l'accettazione dell'idea che predica l'estraneità del dovere di *neminem laedere* alla regola sulla responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. Così F. Carnelutti, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, Riv. dir. comm., 1912, II, 744-745; Mengoni, *Sulla natura* cit., 361; Castronovo, *Problema e sistema* cit., 141 s.; Id., *La nuova responsabilità* cit., 21 s.; A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*⁴ (Milano 2003), 176 s.; Id., *Discorso generale sulla responsabilità civile*, Diritto civile, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV. Attuazione e tutela dei diritti, III. La responsabilità e il danno (Milano 2009), 18-19; Piraino, « *Ingiustizia del danno* » cit., 706; Nivarra, *Alcune precisazioni* cit., 61-62 nt. 31. *Contra* A. de Cupis, *Danno (dir. vig.)*, Enc. dir., XI (Milano 1962), 630-631; Natoli, *L'attuazione* cit., I, 24; Benatti, *Osservazioni* cit., 1355 s., spec. 1361 s. Secondo quest'ultimo a. quando gli obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui non fanno parte del contenuto del contratto, come ad es. nel contratto di lavoro, la loro violazione genererebbe responsabilità extracontrattuale, giacché non vi sarebbe diversità tra tali « doveri » e quelli imposti dall'art. 2043 c.c. La compatibilità tra il dovere di *neminem laedere* e la responsabilità extracontrattuale è stata affermata più di recente da Barcellona, *Trattato* cit., 65 s. su cui v. la critica di Nivarra, *Alcune precisazioni* cit., 62-63 nt. 31. Diversa dalla lettura sposata *supra* nel testo è anche la c.d. teoria complessa secondo cui il giudizio di responsabilità aquiliana impone la valutazione di due aspetti del danno: quello concernente la lesione di un interesse giuridicamente rilevante (c.d. danno *contra ius*) e quello dell'assenza di cause di giustificazione (c.d. danno *non iure*) [così F.D. Busnelli, *Illecito civile*, Enc. giur. Treccani, XV (Roma 1989), 11; F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1988, 674 s.; E. Navarretta, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, Diritto civile cit., IV, III, 139 s.]. A tale riguardo v. le osservazioni critiche di Castronovo, *La nuova responsabilità* cit., 17 s.; Piraino, *ibidem*, 703 s.

il pregiudizio a un soggetto non risulti mediato dalla violazione del rapporto obbligatorio.

4. Il secondo grado d'intensità viene assegnato alla tutela della persona dal suo coinvolgimento nella programmazione contrattuale (45) e ciò avviene nel contratto di lavoro. Dalla prospettiva degli obblighi di protezione la tutela contrattuale della persona risulta legata, infatti, alla mera correlazione incidentale tra il danno subito e l'esecuzione del contratto, sicché la stessa gode esclusivamente della tutela risarcitoria tradizionalmente riconnessa al danno da violazione dell'interesse negativo (46). Diversamente, l'esecuzione del rapporto di lavoro coinvolge la persona del lavoratore, il che genera la configurazione in capo al datore di lavoro dell'obbligo di prestazione (47)

(45) Sul punto viene ripresa l'individuazione, che risulta la più convincente, dell'oggetto del contratto con la prestazione intesa nel senso « non solo dei comportamenti che vengono posti in essere in esecuzione degli obblighi nascenti dal contratto ma anche dei risultati (trasferimenti dei diritti) che immediatamente conseguono all'accordo nei contratti ad effetti reali ». A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*³ (Torino 2009), 28. Tale tesi è sostenuta anche da G. Scalfi, *Corrispettività e alea nei contratti* (Milano-Varese 1960), 21; G. Osti, *Contratto*, Noviss. dig. it., IV (Torino 1959), 503 s.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale. (Artt. 1321-1469)*³, Comm. UTET (Torino 1980), 173 s.; S. Maiorca, *Il contratto. Profili della disciplina generale. Lezioni di diritto privato* (Torino 1981 rist. 1984), 137 s.; V. Roppo, *Il contratto*, Tratt. Iudica-Zatti (Milano 2001), 330, 337 s.; E. Gabrielli, *Il contenuto e l'oggetto*, I contratti in generale², a cura di E. Gabrielli, Tratt. Rescigno-Gabrielli (Torino 2006), 711 s.

(46) Sulla veste esclusivamente reattiva degli obblighi di protezione cfr. Castronovo, *Obblighi* cit., 4; Nivarra, *Alcune precisazioni* cit., 60 s.

(47) Cfr. L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A., a cura di G. Bolt, G. Vamerlynk, P. Horion, A. Kayser, M.G. Levenbach e L. Mengoni (Milano 1965) 477 s.; Id., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, Giorn. dir. lav. rel. ind., 1990, 17-18; L. Spagnuolo-Vigorita, *Responsabilità dell'imprenditore*, Nuovo tratt. dir. lav., II. Il rapporto di lavoro, diretto da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni (Padova 1971), 451 s.; M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro* (Milano 1980), 205; Id., *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo*, Studi in onore di Giorgio Ghezzi, II (Padova 2005), 1225; Mazzamuto, *Una rilettura* cit., 646 s.; R. Scognamiglio, *A proposito del mobbing* (RIDL, 2004, 508 s.), Responsabilità civile cit., 451 s.; Castronovo, *Danno alla persona* cit., 1341 s.; R. Dal Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, Giorn. dir. lav. rel. ind., 2006, 209 s.; Gragnoli, *L'obbligo di sicurezza*

volto, non solo alla conservazione dello *status quo* della controparte, ma anche al miglioramento qualitativo di tale *status* (48). Di conseguenza, il contratto di lavoro non costituisce il

cit., 450 s.; P. Albi, *Adempimento di sicurezza e tutela della persona*, Art. 2087, Comm. Schlesinger-Busnelli (Milano 2008), 149 s., 246 s.; M. Corrias, *Sicurezza e obblighi del lavoratore* (Torino 2008), 33; Piraino, *Adempimento e responsabilità* cit., 677-678; L. Nogler, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, Responsabilità civile. Danno non patrimoniale cit., 596 s.

(48) La maggiore intensità attribuita alla tutela della persona in forza dell'inclusione nel programma contrattuale ha posto le basi per il dibattito dottrinario sulla possibilità che una tale operazione risulti possibile anche all'autonomia privata. A questo quesito una linea di pensiero offre risposta negativa (cfr. Castronovo, *Obblighi* cit., 1 s.; Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione* cit., 73 s.; Id., *Il danno non patrimoniale* cit., spec. 322; Nivarra, *La contrattualizzazione* cit., 479 s.; Id., *Alcune precisazioni* cit., 45 s.). Ciò in quanto l'interesse di protezione risulta sempre ancillare rispetto all'obbligo primario di prestazione, salva la previsione contraria del legislatore. La tutela della persona non potrebbe risultare, quindi, elevata dall'autonomia privata a oggetto della prestazione così come avviene nell'ipotesi tipica del contratto di lavoro menzionata *supra* nel testo. E quest'irriducibilità della salvaguardia della persona alla prestazione contrattuale fa perno sull'assioma secondo cui la tutela in esame appartiene alla forma di tutela dell'appartenenza, sicché postula il dovere di astensione e non può essere corredata da obblighi di contenuto positivo. L'epilogo di questo pensiero è la corrispondenza biunivoca tra la tutela contrattuale della persona e i doveri di protezione. Questa conclusione non appare, però, del tutto soddisfacente, giacché riduce oltremodo il rilievo giuridico assegnato alla persona sul piano dell'obbligazione. In questo senso, sembra preferibile la diversa linea di pensiero che afferma la riconducibilità della tutela della persona all'oggetto della prestazione contrattuale [cfr. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing* cit., 672 s.; Id., *Ancora sul mobbing* 1368 s., 1374 s., 1383 s.; Id., *Il danno non patrimoniale* cit., 437 s.; Id., *Le nuove frontiere* cit., 788 s.; Piraino, *Adempimento e responsabilità* cit., 622 nt. 323; Id., *La buona fede* cit., 212 s.]. Un tale esito appare, infatti, tutt'altro che eretico e muove dalla distinzione — acclarata in dottrina — tra l'attività dell'obbligato, la prestazione, e il risultato cui la stessa è preposta, l'interesse del creditore (di natura anche non patrimoniale) [M. Giorgianni, *Obbligazione (diritto privato)*, Noviss. dig. it., XI (Torino 1957), 584 s.; Piraino, *Adempimento e responsabilità* cit., in part. 618-622. Per la confutazione della tesi della corrispondenza tra patrimonialità della prestazione e patrimonialità del danno cfr. anche Navarretta, *Diritti inviolabili* cit., 293 s., 299 s.]: il carattere patrimoniale di cui all'art. 1174 c.c. concerne esclusivamente la condotta debitoria, la quale consiste nella messa in campo dei mezzi economici necessari per la realizzazione dell'interesse del creditore. Il riferimento all'eventualità del carattere non patrimoniale dell'interesse del creditore testimonia l'apertura « dell'obbligazione all'appaga-

mero contenitore di una tutela altrove predicata, ma contempla la persona sul piano del suo contenuto, il che le assegna la tutela contrattuale “piena” (49).

Questa peculiare rilevanza attribuita alla persona del lavoratore trova riscontro nella personificazione della prestazione debitoria (50), la quale risulta percepita non solo dalla prospettiva della mera attribuzione di utilità, e quindi dell’“avere”, ma anche da quella della persona del debitore che esegue l’attività oggetto dell’obbligazione, e quindi dell’“essere” (51); tant’è che

mento dei bisogni di natura personale, evitando così di esaurirne la funzione nella circolazione di utilità patrimoniale » [Piraino, *ibidem*, 620. Per indicazioni in senso contrario v. Cenini, *Risarcibilità del danno non patrimoniale* cit., 643 s.; Zeno-Zencovich, *Il danno da vacanza rovinata* cit., 880 s.; B. Izzi, *Il rapporto giuridico non patrimoniale* (Milano 2012), 85 s.].

(49) Sul fronte della tutela, l’aumento d’intensità della protezione del lavoratore trova riscontro nei rimedi posti a sua disposizione. L’elevazione della persona a oggetto del contratto pone la tutela in presa diretta, per così dire, con l’inattuazione dell’obbligo da parte del datore di lavoro, sicché il lavoratore risulta abilitato all’adempimento in natura e alla risoluzione. L’avanzamento di tutela offerto da questi rimedi prende corpo nella funzione deterrente che gli stessi ingenerano nel datore di lavoro, spingendolo al mutamento dello *status quo*; ad esempio dell’ambiente di lavoro. Non va trascurato, peraltro, il fatto che l’azionamento dei mezzi di tutela in questione non esclude il loro abbinamento, in caso di pregiudizio, alla tutela risarcitoria.

(50) Sul rapporto d’immanenza tra il debitore e la prestazione lavorativa cfr. C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro* (Milano 1967), 173 s., 190 s.; Id., *La persona del prestatore* cit., 190-193; G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un’enciclopedia)* [Enciclopedia del ’900 (Roma 1979)], *Lavoro Legge contratti* (Bologna 1979), 259 s.; L. Mengoni, *L’enciclica « Laborem exercens » e la cultura industriale* (Giorn. dir. lav. e rel. ind., 1982, 595 s.), *Diritto e valori* cit., spec. 412-417; Id., *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, *Jus*, 1998, 47 il quale sulla scorta di tale rapporto d’immanenza propone una lettura dell’art. 1 Cost. per cui: « Se si vuole dare un significato apprezzabile alla specificazione contenuta nel secondo inciso dell’art. 1, 2° comma, allontanando il sentore di retorica che suscita a prima vista la frase “fondata sul lavoro”, occorre intendere la parola “lavoro” come una sineddoche (*pars pro toto*), cioè quale espressione della persona umana, portatrice dei valori riconosciuti dall’art. 2 sia come diritti soggettivi sia come principi oggettivi assunti a parametri di legittimazione materiale del diritto positivo ». Nonché Mazzamuto, *Una rilettura* cit., in part. 655 s.

(51) Così L. Nogler, *(ri)scoprire le radici giuslavoristiche del diritto civile*, in questa *Rivista*, 2013, 962.

al riguardo si è parlato di alienazione da parte del lavoratore della propria persona (52).

L'immanenza persona-lavoro trova riscontro nell'art. 2087 c.c. (53), che sancisce il superamento dell'idea del lavoratore-proprietario di energie lavorative — risalente alla *locatio operarum* del diritto romano — e consacra l'affermazione del diritto del lavoro, inteso come diritto del contratto di lavoro, avvenuta in Italia sul finire del XIX secolo (54). La disposizione in parola pone al centro dell'indagine la persona e offre la conferma sul piano normativo della moderna riconcettualizzazione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso, inteso non più nell'accezione romanistica di strumento per l'esclusiva trasmissione di utilità economiche (55). Ne consegue l'attribuzione al datore di lavoro non solo dell'obbligo di retribuzione, ma anche di quello di salvaguardare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore. E quest'aumento d'intensità non cancella, di certo, la valenza della buona fede quale direttiva di condotta delle parti nell'esecuzione dei diversi obblighi scaturenti dal contratto: la specificazione *ex art. 2087* non esaurisce lo spettro normativo del precetto specificato (56), sicché la buona fede favorisce la gemmazione degli obblighi accessori in coerenza con il rapporto cui accedono.

(52) Cfr. sul punto L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro* (Giorn. dir. lav. rel. ind., 2000, 181 s.), *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli (Milano 2004), 91 s.; R. Scognamiglio, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, Riv. dir. civ., 2006, I, 376 s.; B. Montanari, *Teoria e prassi nelle dottrine gius-sindacali* (Milano 1979), 81 s., in part. 84 e 89.

(53) La persona del lavoratore è stata oggetto di particolare attenzione legislativa a partire dal secondo dopoguerra: cfr. Giugni, *Diritto del lavoro cit.*, 245 s., 252 s.; Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale cit.*, 127 s.; Scognamiglio, *Intorno alla storicità cit.*, 382 s.; Id., *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite cit.*, Responsabilità civile cit., 385 s.; Dal Punta, *Diritti della persona cit.*, 195 s.; Castronovo, *Danno alla persona cit.*, 1341 s.

(54) Cfr. sul punto Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale cit.*, 127; Scognamiglio, *Intorno alla storicità cit.*, 375 s.

(55) Appare diversa sul punto la lettura di Barcellona, *Il danno non patrimoniale cit.*, 91-92; Id., *Trattato cit.*, 826-827, il quale nega la contrattualizzazione della tutela della persona del lavoratore e ciò in quanto l'art. 2087 c.c. relega la protezione della sfera non patrimoniale del lavoratore all'esterno del rapporto e ciò a conferma dell'esclusiva propedeuticità del contratto alla tutela degli interessi patrimoniali.

(56) Così Mazzamuto, *Ancora sul mobbing cit.*, 1365-1374.

Il coinvolgimento della persona nell'esecuzione del rapporto di lavoro implica che, la prima, viene impregnata della dinamicità normativa del rapporto obbligatorio e che, il secondo, viene reso funzionale alla realizzazione della persona del lavoratore. In questo senso, il contratto di lavoro favorisce il superamento della lettura dei diritti della persona nei termini statici del diritto reale e valorizza la percezione del diritto soggettivo quale indice normativo della soggettività della persona che si fa essa stessa diritto, il cui oggetto va individuato nell'obiettivo del pieno sviluppo della persona umana (art. 3, co. 2, c.c.) e nel rispetto della dignità quale sintesi e fondamento dei diritti inviolabili (57).

Tutto ciò viene tradotto nella configurazione dell'obbligo di *facere* in capo al datore di lavoro teso sia all'approntamento delle misure idonee a salvaguardare la salute, come ad es. la messa in sicurezza dell'ambiente in cui il lavoratore svolge le mansioni assegnategli (58), sia alla promozione della persona del lavoratore. La funzionalizzazione verso quest'ultima giurifica l'attitudine del rapporto di lavoro al miglioramento dello *status quo* della persona del lavoratore: questo non mira soltanto all'appagamento del bisogno economico e neppure alla sola tutela della persona nell'esecuzione della prestazione lavorativa, ma favorisce anche la crescita professionale del lavoratore, costituendo l'occasione per lo sviluppo di capacità fino ad allora non emerse. La funzione ulteriore del lavoro ora menzionata fa emergere nel mercato del lavoro la consuetudine degli imprenditori a unire all'offerta di una soddisfacente retribuzione quella di una serie di benefici mirati all'accrescimento

(57) Cfr. sul punto A. Nicolussi, *Autonomia privata e diritti della persona*, Enc. dir., Annali, IV (Milano 2011), 135-136, che, richiamando l'insegnamento sul valore della persona come concetto assiologico (Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale* cit.), critica la ricostruzione dei diritti della persona secondo lo schema proprietario, la quale risulta utile semmai « più che per individuare degli elementi positivi dei diritti della personalità, per riconoscerne delle attribuzioni negative: l'intrasmissibilità, l'indisponibilità e l'irrinunciabilità ».

(58) Sul punto cfr. C. Smuraglia, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*³ (Milano 1974), 77 s., il quale insiste in particolare sull'aspetto della prevenzione. Nel senso della prevenzione v. anche Mazzamuto, *Una rilettura* cit., in part. 657-659; Gragnoli, *L'obbligo di sicurezza* cit., 449.

di tutte le componenti della personalità dell'essere umano che lavora. La prassi contrattuale rivela, al riguardo, sia la percezione del lavoratore come professionista, sia quella di lavoratore come persona che costruisce attorno al lavoro un progetto di vita. Dal primo punto di vista gli esempi vanno da quello dell'organizzazione di corsi di aggiornamento o di lingua, e approdano a quello del finanziamento di master o della pianificazione di periodi di distacco (c.d. *secondment*) presso altre realtà lavorative. L'equivalenza persona-lavoro-progetto di vita prende corpo nei programmi di svago con il coinvolgimento dei familiari che favoriscono l'integrazione tra le diverse famiglie dei lavoratori: le colonie estive, i viaggi organizzati, le settimane bianche etc. E questa necessità di garantire al lavoratore la retribuzione e la realizzazione della sua personalità genera la competizione virtuosa tra le diverse aziende per offrire la combinazione migliore tra questi due elementi.

5. La propedeuticità del rapporto di lavoro alla realizzazione della persona del lavoratore apre la stessa alla carica innovatrice dell'autonomia privata (59) che, su questo fronte, risulta abilitata a sviluppare svariate modalità convenzionali di promozione degli aspetti personalistici del lavoratore. Ciò mette in evidenza, da una prospettiva più generale, il ruolo giocato dall'elemento causale del contratto nella tutela contrattuale della persona. La causa del contratto indica *le fil rouge* sul quale si estrinseca l'azione giurificatrice dei privati tesa alla prospettazione di un piano normativo ulteriore rispetto a quello ordinamentale di rilevanza degli attributi della persona (60). È la tensione dell'accordo verso il fine consacrato dai

(59) Al riguardo cfr. F. Piraino, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, Ragionare per decidere, a cura di G. Bombelli e B. Montanari (Torino 2015), 35 s., che individua nella causa l'elemento rivelatore della carica innovatrice dell'autonomia privata rispetto ai modelli sociali preesistenti, che trovano riconoscimento giuridico nei corrispondenti schemi contrattuali tipizzati.

(60) Sull'attitudine del contratto a contemplare un piano di rilevanza giuridica autonoma degli interessi personalistici rispetto al diritto statale cfr. Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale* cit., 457; Id., *Le nuove frontiere* cit., 799; Piraino, *La buona fede* cit., 216 s. spec. 219. La sufficienza del richiamo all'elemento causale per attribuire rilevanza agli interessi non pa-

privati a costituire l'involucro programmatico degli interessi non patrimoniali protetti dal rapporto obbligatorio. In questo senso, la maggiore specificità della tutela contrattuale della persona rispetto a quella aquiliana assume il duplice significato dell'ampliamento e della delimitazione: il contratto permette la giurificazione degli aspetti personalistici finanche privi di riconoscimento sul piano ordinamentale (61) e — tramite il riferimento alla causa — ne definisce la rilevanza (62).

Di conseguenza, viene sventato il pericolo di un risarcimento incontrollabile e sconfinato dello sconquassamento psichico provocato al contraente dall'inadempimento (63). Su questo fronte un ulteriore ruolo limitativo risulta giocato dalla regola di cui all'art. 1225 c.c. (64). La disposizione in parola

trimoniali nel contratto viene criticata da E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, Il danno non patrimoniale contrattuale, a cura di F. Macario e C. Scognamiglio, Contratti, 2010, 730-732, su cui v. i rilievi critici di Piraino, *ibidem*, 219 nt. 329. Critico rispetto alla possibilità per il contratto di assegnare rilevanza autonoma agli interessi non patrimoniali è M. Franzoni, *Fatti illeciti*, Art. 2043, 2056-2059, Comm. Scialoja-Branca-Galgano (Bologna-Roma 2004), 568, secondo il quale la fonte del danno morale va rintracciata esclusivamente nella legge.

(61) Al riguardo cfr. Marella, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile* cit., 52 s., secondo cui l'attitudine del contratto a giurificare interessi non patrimoniali "altri" rispetto a quelli tutelati dall'ordinamento sortisce la configurazione di danni che l'a. qualifica come « diversamente patrimoniali ». Si tratta infatti di pregiudizi a interessi privi di un valore oggettivo, come gli interessi non patrimoniali, ma che assumono rilevanza tramite la loro mercificazione indotta dall'introiezione nel rapporto obbligatorio. Dal punto di vista della differenza tra l'interesse non patrimoniale tutelato dall'obbligo di protezione e quello soddisfatto tramite la prestazione cfr. ora A. Iuliani, *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, in questa *Rivista*, 2016, 178-179.

(62) Cfr. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Riv. dir. civ., 2015, 17: « La "causa" individuale permette all'interprete di penetrare al di là del testo linguistico, di raggiungere e valutare il "merito" dell'accordo, di correggere o integrarne il contenuto. Non più la causa come oggettiva e impersonale funzione, destinata a ripetersi in indefinite ipotesi, sempre la stessa e sempre controllabile; ma la causa di queste parti, in questo dato accordo, la quale perciò si esaurisce e consuma in esso ».

(63) Il pericolo di cui *supra* nel testo viene rilevato da Barcellona, *Trattato* cit., 822-823.

(64) Sul punto cfr. F. Gambino, *Il rapporto obbligatorio*, Le obbligazioni, 1, Tratt. Sacco (Torino 2015), 392 s.

lega in termini di prevedibilità la rilevanza del pregiudizio risarcibile alla *lex contractus* la quale indica l'allocazione del rischio previamente stabilita dai contraenti (65) e offre la conferma del nesso diretto tra le posizioni giurificate *ex contractu* e il risarcimento. In questo senso, la non applicazione della norma in discorso al danno aquiliano, prima che dipendere dall'art. 2056 c.c., risulta un epilogo necessitato dall'improporzionalità del giudizio da essa previsto: l'ascesa agli interessi contemplati dall'ordinamento imposta dall'ingiustizia e la mancanza dell'intermediazione offerta dal rapporto obbligatorio determinano, al contempo, l'ontologica reattività della tutela approntata dall'art. 2043 c.c. e l'impraticabilità del giudizio limitativo del risarcimento calibrato sulla dimensione obbligatoria che preesiste al danno (66).

(65) Il punto è pressoché pacifico in dottrina: cfr. P. Trimarchi, *Causalità e danno* (Milano 1967), 99-100; Id., *Il contratto: inadempimento e rimedi* (Milano 2010), 172-181; V. Di Gravio, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso* (Milano 1999), 95 s.; di Majo, *Le tutele contrattuali* cit., 187-189; Francisetti Brolin, *Danno non patrimoniale e inadempimento* cit., 443; F. Rossi, *Prevedibilità del danno*, *Il danno contrattuale* cit., 63 s., 86. Nel senso che la regola di prevedibilità comporta l'esclusione del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, poiché rientrerebbe tra i rischi « non contabilizzati/contabilizzabili » dal creditore, v. M. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale* (Milano 1980), 119 s., 209 s.; Id., *Trattato* cit., 823, 830 nt. 90. In questo senso v. anche Cenini, *Risarcibilità del danno non patrimoniale* cit., 639 s., che lega l'impossibilità di risarcire il danno non patrimoniale da inadempimento alla regola *ex art.* 1225 c.c. Sul punto non appare del tutto soddisfacente l'impostazione di Marella, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile* cit., 471-472, che per attribuire maggiore effettività alla tutela della persona propone la non applicazione dell'art. 1225 c.c. al danno non patrimoniale da inadempimento.

(66) Cfr. sul punto C. Turco, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 97 s.; Marella - Cruciani, *Il danno contrattuale* cit., 1101-1102; Piraino, *Adempimento e responsabilità* cit., 645. *Contra* P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale* (Torino 1974), 476 s.; G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, *Enc. giur. Treccani*, XXVI (Roma 1991), 4, la quale valorizza il richiamo dell'art. 2056 c.c. al momento in cui sorge l'obbligazione, invece di quello proprio del codice abrogato che rimandava « al tempo del contratto », per dedurre l'applicabilità del criterio *ex art.* 1225 c.c. anche alle « obbligazioni *ex lege* ». Quest'a. propende, infatti, insieme ad altri per l'unificazione delle due forme di

L'elevazione degli interessi personalistici ad oggetto del contratto genera la condivisione delle regole risarcitorie di quest'ultimo, sicché il pregiudizio derivante dalla violazione della *lex contractus* risulta necessariamente limitato da quanto in essa contemplato: l'inadempimento dell'obbligazione di promozione della personalità del lavoratore innesca il risarcimento del danno riconducibile in termini di prevedibilità all'impegno contrattuale (67). Tutto ciò viene tradotto, sul fronte del rap-

responsabilità: cfr. Carnelutti, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale* cit., spec. 748-749; F. Giardina, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale* (Milano 1993). Favorevole in una prospettiva *de iure condendo* all'unificazione delle due forme di responsabilità è Vettori, *La responsabilità civile* cit., 350. Sul punto v. invece le recenti osservazioni di Iuliani, *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento* cit., 137 s. Sull'intera questione v. ora Francisetti Brolin, *Danno non patrimoniale e inadempimento* cit., 420 s.

(67) La soluzione di cui *supra* nel testo muta, invece, laddove si faccia riferimento a quello che in precedenza è stato etichettato come primo grado d'intensità della tutela contrattuale della persona. Il dovere di astensione sprigionato dagli obblighi di protezione comporta che il rilievo empirico e normativo della loro violazione coincide col verificarsi del danno il che implica la condivisione con la tutela aquiliana dell'unicità del rimedio risarcitorio. Di conseguenza, il discorso sulla prevedibilità del pregiudizio già arrecato viene spostato e necessariamente preceduto da quello della sua riconducibilità o meno alla violazione dell'obbligo di protezione funzionalmente legato alla vicenda obbligatoria, da cui discende l'eventuale applicazione del giudizio di responsabilità contrattuale anziché di quello extracontrattuale. Il collegamento tra l'obbligo di protezione violato e il rapporto obbligatorio cui accede non consiste nella mera occasionalità, ma deve rivelare il coinvolgimento della persona nel contratto nel senso della sua connessione essenziale con l'obbligo di prestazione. In questo senso, il verificarsi del pregiudizio deriva dalla vanificazione dell'utilità che l'obbligazione era volta ad attribuire al creditore o dal sacrificio eccessivo del debitore alle ragioni del vincolo sul versante della propria integrità psico-fisica o della libera e piena esplicazione della propria personalità. Così Piraino, *La buona fede* cit., 206. L'idea che il danno deve essere correlato alla violazione dell'obbligo di protezione funzionalmente legato all'oggetto del rapporto cui accede risale a Mengoni, *Obbligazioni di « risultato »* cit., 369, nt. 15. Sul punto cfr. anche Benatti, *Osservazioni* cit., 1361; Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.* cit., 623 s.; Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione* cit., 67; Nivarra, *La contrattualizzazione* cit., 489-490, secondo il quale « soltanto i comportamenti riconducibili al piano d'azione finalizzato all'esecuzione (o alla ricezione) della prestazione assumono rilevanza nell'ottica del vincolo, il quale potrà dilatarsi, sino ad accogliere al suo

porto di lavoro, nell'attitudine della funzione di realizzazione della persona del lavoratore a circoscrivere il rilievo normativo delle sofferenze potenzialmente ingenerate dalla violazione del contratto.

Il moto della tutela contrattuale della persona procede, dunque, dal contratto alla legge e ciò implica l'individuazione dei limiti posti al libero esercizio dell'autonomia privata. A tale riguardo, occorre rammentare che l'autonomia privata si muove all'interno del cerchio segnato dal rispetto per le libertà, l'eguaglianza o, detto altrimenti, di quei principi fondamentali la cui repressione frustrerebbe l'essenza stessa degli individui, prima, e il funzionamento della società, dopo (68). L'assunto trova una conferma all'art. 41 cost. che dopo aver proclamato la

interno gli obblighi di protezione scaturenti dall'art. 1175 c.c. nei limiti della coerenza con sé medesimo e, dunque, nei limiti della rilevanza e della censurabilità delle sole condotte attuative dell'interesse primario ». Diversamente, rischiano di trascinare nell'occasionalità, pur seguendo itinerari diversi, le letture di Stoll, *Abschied von der Lehre* cit., 330 nt. 91, e di A. di Majo, *Giustizia e « materializzazione » nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in questa *Rivista*, 2013, 813-814, il quale, rivedendo la sua precedente posizione (Id., *L'esecuzione del contratto* cit., 418), segnala la possibilità di obblighi di protezione « che non si identificano neanche indirettamente con la prestazione, sia perché rispetto ad essa strumentali (come nel trasporto) sia perché con essa coincidenti, ma aventi invece sicura cittadinanza nella obbligazione e/o meglio nella situazione “di rapporto” da essa rappresentato ». Muove dalla tesi sulla causalità adeguata l'idea di Lambo, *Obblighi* cit., 141 s., secondo il quale rientrano nella responsabilità contrattuale i pregiudizi che con una probabilità accettabile derivano dalla prestazione (al riguardo cfr. le osservazioni critiche di F. Venosta, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, Riv. dir. civ., 2011, I, 855, e di Piraino, *ibidem*). Di mera occasionalità parlano Cass. s.u. 8-7-2008, n. 18623, e Cass. s.u. 6-3-2009, n. 5468.

(68) L'assunto di cui *supra* nel testo postula l'accoglimento dell'idea che legge il rapporto tra fonte contrattuale e la fonte legale, muovendo dalla concezione « estrastatuale » del diritto civile [F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, Studi giuridici, III, 2 (Milano 1960), 753 s.]. Quest'ottica valorizzazione, com'è noto, il libero agire dei privati volto alla funzionalizzazione del contratto a qualsivoglia interesse purché meritevole di tutela [cfr. Ferri, *Causa e tipo* cit.; Id., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto* (Milano 1970); nonché gli scritti raccolti in Id., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile* (Padova 2008)]. Di conseguenza, i privati agiscono entro un ordine sociale preconstituito, il quale ne rappresenta il limite e al contempo la ragion d'essere: il contrasto con l'ordine pubblico spinge il contratto verso una dimensione entro cui il contratto medesimo non è riconosciuto come

libertà d'iniziativa privata, le preclude lo svolgimento « in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana » (69). Quel cerchio assume dei margini più stretti, poi, se al riferimento all'ordine pubblico si aggiunge quello al « buon costume », il cui contenuto valoriale va rintracciato nella morale, nella coscienza sociale oppure ancora nel rispetto per l'inclinazione religiosa di uno dei contraenti (70).

L'indagine sull'azione dell'autonomia privata con riferimento alla tutela della persona nel contratto pone l'interrogativo sulla possibilità di un'attenuazione di tale tutela e ciò anche in deroga alla legge, sebbene nel rispetto dei limiti ora menzionati (71). Sul punto, sembra possibile muovere dal dialogo tra il contratto e la legge per investigare fin dove il primo va qualifi-

tale, il che innesca la sua estinzione radicale mediante la declaratoria di nullità. L'ordine pubblico non allude, dunque, alla supremazia dello Stato sui privati, ma esprime la necessità che questi non sovvertano i principi fondamentali della *societas*, proprio perché i loro rapporti « si realizzino nell'ordine voluto e con il rispetto di quei valori che lo Stato considera essenziali per il funzionamento della società » (Ferri, *Ordine pubblico, buon costume* cit., 63).

(69) Cfr. sul punto Ferri, *Ordine pubblico, buon costume* cit., 115. Sul rapporto tra libertà contrattuale e dignità umana v. di recente G. Resta, *Dignità, persone, mercati* (Torino 2014), 32 s., 97 s.

(70) Così sul punto Ferri, *Ordine pubblico, buon costume* cit., 94: « Vi sono dei valori morali fondamentali che si impongono, nella vita di relazione, al di fuori di ogni imperativo giuridico e l'ordinamento intende che questi valori siano rispettati e per questo ad essi si riferisce ponendoli, naturalmente con diversa efficacia, come limite all'agire libero dei privati ». Cfr. nello stesso senso anche A. Trabucchi, *Buon costume*, Enc. dir., V (Milano 1959), 700.

(71) Cfr. sul punto Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.* cit., 620-621; Id., *Le nuove frontiere* cit., 802-803, il quale non disdegna la possibilità di attenuare per via contrattuale la tutela della persona assegnata *a priori* e ciò nel limite del rispetto della dignità: l'a. fa l'esempio in particolare dell'imposizione allo scolaro di metodi d'istruzione particolarmente rigidi. Non appare diversa l'opinione di Navarretta - Poletti, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale* cit., 61 e nt. 31, le quali negano la possibilità di deroga *in peius* della fonte legale, giacché l'interesse inviolabile costituisce il limite alla possibilità convenzionale di attenuazione della tutela della persona. Sulla tutela civilistica dei diritti inviolabili all'interno della tutela della persona cfr. anche E. Navarretta, *Danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, ivi, 22-26; nonché Id., *Diritti inviolabili* cit., e, con particolare riferimento alla pronuncia delle Sezioni unite del 2008, Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale* cit., 392 s.

cato come risultato dell'esercizio genuino della « libertà contrattuale » e da dove, invece, diviene una fonte di violazione dei valori fondamentali della persona. E tale investigazione condotta alla luce della buona fede, la quale evita la materializzazione estrema della relazione intersoggettiva e apre l'autonomia privata a valutazioni di matrice morale (72). In questo senso, il rilievo normativo attribuito ai principi morali derivabili dalla Costituzione sembra escludere la compressione eccessiva della tutela dei diritti fondamentali.

In definitiva, la contrattualizzazione della persona del lavoratore va indirizzata all'interno di un canale valoriale che deve essere necessariamente preservato per incentivare finanche lo sviluppo corretto e genuino del processo competitivo tra le diverse realtà lavorative.

6. Il mutamento di scenario innescato dal Jobs Act incide, come si è anticipato, sul rilievo normativo della persona nel rapporto di lavoro sul fronte della sua realizzazione.

A tale riguardo, occorre anticipare una precisazione sul metodo adottato dal legislatore: il decreto intitolato sul « contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti » non contempla una modifica del contratto di lavoro a tempo indeterminato in punto di fattispecie (73), bensì investe il piano delle tutele: la proclamata introduzione del nuovo tipo di contratto di lavoro a tempo indeterminato viene perseguita tramite l'intervento sui mezzi di tutela contro il licenziamento ingiustificato. Tutto ciò esemplifica un intervento legislativo sui rimedi

(72) Cfr. sul punto A. Nicolussi, *Etica del contratto e "contratti di 'durata' per l'esistenza della persona"*, Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law, ed. by L. Nogler and U. Reifner (The Hague 2014), 130 s., il quale precisa che la morale trova riconoscimento giuridico mediante i valori costituzionali che costituiscono i principi-guida dell'interpretazione e della concretizzazione delle clausole generali in materia di autonomia negoziale. Su questo versante l'a. evidenzia l'aspetto valoriale del contratto il quale non può essere percepito come uno strumento giuridico moralmente neutro (ibidem, 134 s., 147 s.). V. anche Id., *Luigi Mengoni e il diritto privato: valori e metodo*, Iustitia, 2006, 2, 131 s.

(73) Critico sul punto G. Proia, *Il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, Jobs act e licenziamento cit., 56-59.

che si ripercuote sul piano della fattispecie (74). Il Jobs Act mediante la cancellazione della tutela reale contro il licenziamento ingiustificato elimina *a contrario* il concetto di stabilità del lavoro (75) e introduce quello della precarietà o, se si vuole, della « precarietà definitiva »: con tale sintagma si allude all'intento del legislatore secondo cui il depennamento della tutela reale incentiva la progressiva trasformazione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato.

Dalla prospettiva della tutela dell'essere umano che lavora tale modifica attenua, quanto meno in potenza, la realizzazione della persona del lavoratore cui il rapporto di lavoro risulta funzionalmente preordinato. Sembra avvertirsi, in altri termini, una brusca riviviscenza dell'idea che riduce il rapporto di lavoro allo scambio lavoro-denaro e ciò per effetto dell'elisione di quel significato ulteriore che il lavoro assume sul piano empirico e sul piano normativo.

La realizzazione della persona assicurata dal rapporto di lavoro risulta, infatti, strettamente connessa al concetto di stabilità. Quest'ultima innesca l'ampliamento in termini qualitativi delle prospettive di vita del lavoratore, attribuendogli il carattere della progettualità. Il lavoro non si riduce al mero sacrificio di energia mentale e fisica, ma costituisce il compimento dell'esistenza del lavoratore inteso come essere umano. Di contro, la cancellazione della stabilità disinnesca uno dei congegni tecnici tramite i quali il diritto aveva dato accogliamento alle istanze « etico-giuridiche » (76) proprie dell'essere

(74) Gli effetti della riscrittura del quadro di tutele contro il licenziamento illegittimo non si limitano, peraltro, ad innescare la riconcettualizzazione del rapporto di lavoro, ma comportano la modifica radicale del mercato del lavoro: cfr. Treu, *In tema di Jobs Act* cit., 155 s.; Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche* cit., 628 s. Non appare scorretto, pertanto, qualificare la modifiche apportate dal Jobs Act come un esempio di tecnica legislativa « rimediabile »: cfr. S. Mazzamuto - A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* (Torino 2012), 1 s., spec. 16 s.

(75) Al riguardo cfr. lo studio di Napoli, *La stabilità reale* cit., e la più recente critica del medesimo a. alla legge Fornero, stigmatizzata come uno « sfregio » della stabilità e raccolta nel suo ultimo contributo: Id., *Prefazione. Il diritto del lavoro tra sfregio della stabilità e attesa dello sviluppo*, *Diritto del lavoro in trasformazione* (2010-2014) (Torino 2014), XI s.

(76) Sul punto cfr. Nicolussi, *Etica del contratto e „contratti di durata“* cit., 129, il quale sulla scia dell'insegnamento di Mengoni [*Ermeneutica e*

umano che lavora (77) e rischia di provocare una sorta di ritorno al futuro del rapporto di lavoro, alimentando la rinascita della sua concezione meramente utilitaristica. La mercificazione della prestazione lavorativa risulta alimentata, inoltre, dalla sostanziale eliminazione del potere discrezionale del giudice con riferimento alla determinazione dell'indennità prevista in luogo della tutela reale (art. 3, d.lgs. 23/2015), la cui quantificazione colora la decisione sul licenziamento del lavoratore con toni netti di carattere puramente economico. L'obiettivo della norma risulta, infatti, chiaro: assegna al datore di lavoro la percezione immediata del costo legato alla c.d. *exit* del dipendente e attenua notevolmente il rischio di una sentenza diseconomica. Dal punto di vista del lavoratore la riduzione del potere discrezionale del giudice provoca, però, l'eliminazione di una valvola idonea a far emergere l'aspetto sostanziale che sottende al materiale scambio lavoro-denaro (78).

Un indice ulteriore di attenuazione della matrice personalistica del rapporto di lavoro ricorre nell'abrogazione dell'art. 2103 c.c. contemplata dal d.lgs. 81/2015 (79). La modifica in parola incide sulla professionalità della persona che lavora e ciò trapela sia dall'attribuzione al datore di lavoro della possibilità

dogmatica giuridica (Milano 1996), 117] precisa che la dimensione etico-giuridica individua quei « valori non soggettivi ma riconosciuti dall'ordinamento e così rivestiti della natura giuridica oltre che morale ».

(77) Sul punto cfr. Nicolussi, *Etica del contratto e, contratti di 'durata'* cit., 128 s., il quale mette in evidenza che l'implicazione dei contratti di durata, come ad es. il rapporto di lavoro, di alcuni aspetti dell'esistenza dei soggetti comporta l'emersione nella loro disciplina di meccanismi di soddisfacimento anche d'istanze etico-giuridiche. Ciò non si verifica, di contro, nei contratti istantanei i quali comportano una forte spersonalizzazione del contratto.

(78) In Francia il limite al potere discrezionale del giudice sulla determinazione dell'indennità di licenziamento, inizialmente individuato nelle 3-15 mensilità, è stato, successivamente, eliminato: Art. 123, Loi no 216-1088 cit.

(79) Cfr. M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, Arg. dir. lav., 2015, 1156 s.; Id., *Il mutamento di mansioni dopo il jobs act*, Il diritto del lavoro all'epoca delle nuove flessibilità cit., 757 s.; M. Miscione, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, Lav. giur., 2015, 437 s.; A. Sartori, *Mansioni e inquadramenti: il ruolo della contrattazione collettiva prima e dopo il Jobs Act*, Arg. dir. lav., 2015, 1360 s.; Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche* cit., 630 s.

di mutamento delle mansioni all'interno della categoria d'inquadramento del lavoratore, sia dall'efficacia attribuita in materia all'accordo individuale che, se stipulato nelle sedi "protette" di cui all'art. 2113, può prevedere la « modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita » (art. 2103, co. 6).

Per quanto riguarda il primo aspetto, viene attribuito al datore di lavoro un *ius variandi* in senso orizzontale all'interno della categoria d'appartenenza del lavoratore, il che privilegia la flessibilità organizzativa del datore di lavoro e rischia di porsi in contrasto con il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa e all'utilizzazione della stessa in linea con la natura del lavoro (80), giacché non va esclusa la possibilità di assegnazione del lavoratore a mansioni poco consone rispetto alle sue competenze (81). Il *favor* per l'organizzazione aziendale emerge, inoltre, dalla possibilità di deroga delle mansioni in *peius*, laddove ricorra la « modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore » (art. 2103, co. 2) oppure una delle ulteriori ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva (co. 4). A quest'ultima viene attribuito, pertanto, il compito — quanto meno desueto rispetto al ruolo tradizionalmente assegnatole — d'individuare nuove possibilità di sacrificio della professionalità del lavoratore per allargare le maglie (già larghe) di operatività del *ius variandi* datoriale (82). Un possibile contrappeso a tutto ciò potrebbe essere rappresentato dall'obbligo di formazione conseguente al mutamento di mansioni, sebbene la sua effettività appaia fortemente messa in dubbio dalle incertezze che avvolgono il fronte attuativo della norma e dalla previsione secondo cui il mancato adempimento di tale obbligo « non determina comun-

(80) Sul punto cfr. F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro* (Napoli 1995), 189 s.

(81) Cfr. in questo senso anche Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche* cit., 633 s.; Brollo, *Il mutamento di mansioni* cit., 759 s., 761 s.

(82) Così anche Brollo, *Il mutamento di mansioni* cit., 763 s.

que la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni » (art. 2103, co. 3) (83).

Con riferimento al secondo aspetto, viene vanificato in sostanza il processo di sottrazione della disciplina del rapporto di lavoro al principio di libertà contrattuale proprio del diritto dei contratti (84). L'efficacia derogativa attribuita al contratto aziendale rischia di neutralizzare, infatti, la tutela assicurata alla professionalità del lavoratore dal contratto collettivo (85), collocando il rapporto datore-lavoratore sul piano formalmente egualitario della libera contrattazione, la cui sostanziale sperequazione di potere contrattuale rende evidente, però, il pericolo dell'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle corrispondenti alle sue capacità ed esperienza (86). In questo senso, la necessità di dare esecuzione allo scambio materiale lavoro-denaro sacrifica la funzione realizzativa della persona del lavoratore per determinare, sì, l'appagamento dei bisogni immediati di entrambe le parti contrattuali, ma offrendo a entrambe poco o nulla dalla prospettiva di lungo periodo. A ciò si aggiunge l'allontanamento dal sottosistema normativo protettivo dello Statuto dei lavoratori generato dal rispolvero della rubrica originaria « Prestazione del lavoro », la quale testimonia il reinserimento della tutela della professionalità del lavoratore nell'ambito dei principi codicistici. Viene così riconosciuta al « datore di lavoro, quale contraente-capo dell'impresa, una peculiare posizione di comando, autorità e supremazia anche in relazione alla frazione dell'organizzazione

(83) Sul punto cfr. Brollo, *Il mutamento di mansioni* cit., 762-763.

(84) Cfr. sul punto P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna* (Napoli 1996), 391 s., spec. 399 s. Per la ricostruzione storica della nascita del diritto del lavoro a seguito dell'affermarsi del corporativismo operaio quale espressione della reazione della società allo Stato « mono-classe » cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto* (Roma-Bari 2007), 219 s.

(85) Alla contrattazione collettiva viene demandata l'individuazione delle categorie d'inquadramento e delle mansioni. Cfr. in questo senso Brollo, *La disciplina delle mansioni* cit., 1156 s.; Id., *Il mutamento di mansioni* cit., 760 s.; Sartori, *Mansioni e inquadramenti*, cit., 1369 s.; Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche* cit., 647.

(86) Sul punto cfr. Brollo, *Il mutamento di mansioni* cit., 765 s.; Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche* cit., 630 s.

complessiva nella quale il singolo lavoratore (e il suo rapporto obbligatorio) è inserito » (87).

L'attenuazione ora paventata della funzione di realizzazione del lavoratore propria del rapporto di lavoro sortirebbe, pertanto, un'involuzione rispetto alla progressione d'intensità che ha caratterizzato la tutela contrattuale della persona: abbandonata la concezione meramente patrimoniale dell'*obligatio* romana e abbracciata la moderna riconcettualizzazione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso, il Jobs Act promuoverebbe la rinascita della lettura del contratto in chiave meramente commutativa. E ciò proprio con riferimento al rapporto di lavoro che di tale tutela esprime la massima intensità.

L'assunto non significa, si badi bene, che la protezione degli aspetti realizzativi della persona del lavoratore non possa essere soddisfatta anche da un sistema privo della tutela reale. Ma questo risultato può essere raggiunto soltanto in un mercato del lavoro connotato da un'effettiva flessibilità, in cui il cambiamento risponde all'esigenza del lavoratore di migliorarsi mediante il confronto con realtà più stimolanti. In questo senso, e solo in questo, appare corretto disquisire di c.d. *flexsecurity* (88). Diversamente, l'impianto normativo del Jobs Act interviene in un mercato del lavoro caratterizzato da aziende poco, se non per nulla, propense all'investimento sui lavoratori e inclini all'utilizzo delle risorse umane *ad hoc*: ossia per il soddisfacimento del bisogno istantaneo; istantaneità che implica la spersonalizzazione del lavoro. In questo quadro la riforma delle tutele contro il licenziamento ingiustificato e l'abrogazione dell'art. 2103 c.c. favoriscono, quindi, lo scambio lavoro-denaro accompagnato dalla realizzazione della persona

(87) Brollo, *Il mutamento di mansioni* cit., 758: « Trascinando la disciplina delle mansioni "fuori" dal Titolo I dello statuto che, con la sua rubrica dedicata alla "Libertà e dignità del lavoratore", aveva contribuito a curvare e irrigidire la rete di tutele della professionalità della persona che lavora, l'operazione lascia intravedere la traiettoria della professionalità: dalla tutela in chiave "soggettiva" (a protezione della personalità professionale del lavoratore) a quella "oggettiva" (funzionale all'organizzazione aziendale) ».

(88) Per la lettura delle riforme del lavoro dalla prospettiva della *flexsecurity* cfr. F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, I decreti attuativi del Jobs Act cit., 1 s.; Treu, *In tema di Jobs Act* cit., 155 s.

al ribasso: il lavoratore pur di lavorare e di sostentare la propria esistenza accetta qualsiasi impiego e qualunque mansione.

Quest'esito non appare soddisfacente neppure se posto dalla prospettiva della necessità di adeguamento agli obiettivi dell'Unione europea: la concorrenza di prestazione (c.d. *competition on the merits*), promossa dall'Unione, spinge gli individui — e quindi anche i lavoratori — a offrire le proprie competenze nel modo più innovativo e più efficiente possibile di modo da innescare un processo di crescita virtuosa (89). Dalla prospettiva delle imprese ciò si traduce nella ricerca degli individui sui quali investire per diventare migliori delle imprese concorrenti.

Il necessario adeguamento al sistema economico europeo dovrebbe favorire, allora, una politica economica che funga da stimolo per le imprese all'investimento nelle persone per aumentare la propria produttività. Un obiettivo che postula la promozione di modelli imprenditoriali che contemplino la persona del lavoratore sotto ogni aspetto, per incoraggiare la creazione di un ambiente in cui il lavoratore non venga considerato come un mero peso economico, ma come parte di una squadra volenterosa di risultare migliore delle altre. E di esempi di questo tipo si è parlato in precedenza.

7. L'accentuazione della tutela degli aspetti personalistici del lavoratore risulta legata all'attenzione posta dal Jobs Act al licenziamento discriminatorio. È noto che quest'ultimo ha goduto in Italia, soprattutto da parte dei professionisti, di scarsa considerazione e ciò in ragione, per lo più, della complessità della sua attuazione in sede giurisdizionale che ha favorito

(89) La concorrenza di prestazione postula un processo dinamico che dà luogo a una sorta di gara per il miglioramento dell'offerta al consumatore. Questa tesi tramite la valorizzazione del potere di scelta del consumatore, cui va legata l'individuazione dell'offerta concorrenziale più meritevole, innesca un moto virtuoso che premia l'innovazione e la dinamicità delle imprese e biasima, per converso, l'azione delle imprese tesa a incrementare il proprio profitto mediante condotte impeditive dell'iniziativa economica altrui oppure mediante la privazione al consumatore del potere di scegliere un'altra impresa. La tesi in discorso trova riscontro nella normativa dell'Unione: cfr. M. Libertini, *Concorrenza*, Enc. dir., Annali, III (Milano 2010), in part. 242.; Id., *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea* (Milano 2014), 57 s.

l'azione contro il licenziamento ingiustificato (90). Di conseguenza, l'attuale limitazione della tutela reale, ravvivando l'interesse degli avvocati verso il licenziamento discriminatorio per assicurare al cliente il massimo della tutela, funge, di riflesso, da stimolo per le imprese a prestare maggiore cura agli aspetti personalistici del lavoratore contemplati dalla legislazione antidiscriminatoria. La riforma del Jobs Act non va percepita, quindi, dalla sola prospettiva d'individuare nella discriminazione l'ultimo baluardo per ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro, ma anche da quella dell'effetto deterrente prodotto sul datore di lavoro dal potenziale aumento del contenzioso giuslavoristico incentrato sulla violazione della normativa antidiscriminatoria.

Quest'ultima viene contemplata in Italia dall'art. 15 l. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori) e in modo più completo dai decreti legislativi 145/2005, 215/2003 e 216/2003, che hanno dato rispettivamente attuazione alle direttive europee 2002/73/CE (concernente la parità di trattamento tra gli uomini e le donne, per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione

(90) In particolare, il licenziamento discriminatorio richiede la prova che la discriminazione costituisce la sola causa del licenziamento. Per l'analisi degli elementi che hanno contribuito a rendere poco effettiva la tutela contro il licenziamento discriminatorio cfr. tra gli altri E. Mastinu, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni* (Padova 2010), passim; A. Lepore, *Non discriminazione, licenziamento discriminatorio ed effettività delle tutele*, Riv. giur. lav., 2014, 531 s. Sulla possibile rivitalizzazione del ricorso alla tutela antidiscriminatoria innescata dal Jobs Act cfr. F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo del 24 dicembre 2014)*, I decreti attuativi del Jobs Act cit., 71, secondo cui rispetto alla vecchia normativa « il licenziamento discriminatorio appare spogliato di ogni riferimento indiretto o diretto all'articolo 1345 c.c., pare più facile che in passato considerare non necessario che sia "determinato da un motivo illecito", mantenendo così l'accento sull'intento perseguito, con un onere della prova conservato in capo al lavoratore; ma sufficiente, secondo il filone legislativo anti-discriminatorio, costruito a misura del diritto comunitario, che sia accertata l'esistenza di "elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico [...] idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di atti, patti o comportamenti discriminatori" (articolo 28, comma 4, decreto legislativo n. 150/2011; si veda anche l'articolo 40, comma 1, decreto legislativo n. 198/2006), spostando l'accento sul fatto in sé e per sé, con l'onere della prova se non invertito, certo assai attenuato per il lavoratore ».

e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro), 2000/43/CE (sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) e 2000/78/CE (per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro). A queste direttive va aggiunta, poi, la dir. 2006/54/CE cui si deve la risistemazione e la razionalizzazione della normativa sulla parità di genere.

Il divieto di discriminazione trova fondamento nel principio di eguaglianza (91) riconosciuto dalle tradizioni giuridiche costituzionali degli Stati membri e dall'Unione europea (92). A tale riguardo, le direttive sopra menzionate sviluppano l'obiettivo d'integrazione politica attorno a valori sociali comuni e di superamento dell'impronta mercantilistica che riduceva il divieto di discriminazione a mezzo per assicurare la libera circolazione dei lavoratori e per preservare il mercato interno da forme di *dumping* sociale in danno dei paesi dove il costo della

(91) Sul rapporto tra divieto di discriminazione e diritto dei contratti cfr. D. Maffei, *Discriminazione (dir. priv.)*, Enc. dir., Annali, IV (Milano 2011), in part. 497 s.; G. Carapezza Figlia, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, Riv. dir. civ., 2015, 1387 s.; D. La Rocca, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale, a cura di M. Barbera (Milano 2007), 289-312.

(92) Sul punto cfr. Corte eur. giust. 22-11-2005 C-144/04, Racc., 2005, I, 09981, § 74 (c.d. caso *Mangold*) la quale riconosce, durante la pendenza del termine di trasposizione della dir. 2000/78/CE, la diretta applicazione del principio di non discriminazione, poiché facente parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Sul caso *Mangold* e più in generale sul rapporto tra il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione nell'Unione europea cfr. L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, Riv. giur. lav., 2006, 205 s.; O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, RIDL, 2006, 266 s.; M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, Il nuovo diritto antidiscriminatorio cit., XLII s.; S. Borelli, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro* (Torino 2007), 13 s.; M. Peruzzi, *Da Mangold in poi. L'interpretazione delle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE nelle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia*, Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa, a cura di L. Calafà e D. Gottardi (Roma 2009), 106 s.; F. Spitaleri, *Eguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea: dai singoli divieti al principio generale*, Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea, a cura di I. Castangia e G. Biagioni (Napoli 2011), 4 s., 22 s.

manodopera femminile risultava più elevato (93). Questo cambiamento di rotta muove dal Trattato di Amsterdam che aggiunge al divieto di discriminazione basato sul sesso e sulla nazionalità quello fondato sull'origine etnica, sulla religione, sulle convinzioni personali, sugli *handicap* (94) e sull'età (art. 19 TUE), offrendo al contempo una base giuridica per l'adozione di misure idonee a rendere effettive la pari opportunità e la parità di trattamento tra uomini e donne nei settori dell'occupazione e dell'impiego (art. 157 TUE). L'ulteriore tessera del mosaico è costituita dall'emanazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), che proclama l'eguaglianza davanti alla legge (art. 20) e la declina nel divieto di discriminazione motivato dalle caratteristiche soggettive dell'individuo (artt. 21 e 23), nel rispetto per la diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22), nel riconoscimento della libertà di opinione e della tutela sociale in ogni fase della vita (artt. 24 e 25) e, infine, nella predisposizione a favorire l'inclusione sociale dei disabili (art. 26) (95).

La nozione di discriminazione promossa dal diritto europeo trascende il giudizio di tipo comparativo-relazionale e

(93) Nel vecchio testo del Trattato la tutela antidiscriminatoria prevedeva corpo nell'art. 12, che vietava ogni discriminazione basata sulla nazionalità, e nell'art. 39, sulla libera circolazione dei lavoratori. Sulla vocazione mercantilistica della tutela antidiscriminatoria di "prima generazione" cfr. G. Tesauro, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, Dir. un. eur., 1999, 3; F. Sorrentino, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Pol. dir., 2001, 185; R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes* (Paris 2003), 51; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale europea* (Bologna 2003), 27 s., 75; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario* (Padova 2003), 88; G.F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea* (Bologna 2004), 161.

(94) Sul fronte della tutela dei soggetti portatori di *handicap* la tutela antidiscriminatoria integra e completa la tutela contemplata dalla l. 12-3-1999, n. 68. Al riguardo cfr. S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, Riv. crit. dir. lav., 2012, 427 s.

(95) Sul diritto antidiscriminatorio di matrice unitaria cfr. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* cit., XIX-XXV; Borelli, *Principi di non discriminazione* cit., 93 s.; AA.VV., *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea* cit.

contempla un diritto “assoluto” a non essere offeso o svantaggiato a causa delle caratteristiche soggettive possedute, riconducendolo in ultima analisi alla tutela della dignità e della libertà (96). Sul fronte del diritto del lavoro, il lavoratore viene preso in considerazione sia come essere umano in quanto tale, sia come persona che gode della libertà di pensiero: viene assegnata rilevanza agli attributi immodificabili dell’individuo come la razza, l’età e il genere, e alle sue inclinazioni soggettive come la religione, l’appartenenza a un gruppo sindacale e la tendenza sessuale. Sul punto, l’art. 15 st. lav. sebbene offra una visione del divieto in esame impregnata della prospettiva della tutela sindacale, rivela un tratto anticipatorio del quadro europeo ora descritto e ciò tramite il richiamo, di cui al secondo comma, « ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso » (97).

Dal punto di vista funzionale, il divieto di discriminazione assume per il diritto del lavoro lo stesso significato che assume la libera concorrenza per le imprese (98). Quel divieto mette in risalto, infatti, l’eguale possibilità per chiunque di lavorare e favorisce, correlativamente, il processo di selezione meritocratica (99): il diritto del lavoro contemporaneo mette in risalto il principio di eguaglianza nella veste della promozione della pari dignità sociale delle persone e dei gruppi sociali (art. 3, co. 2, Cost.) (100). Ciò sollecita l’adeguamento delle strutture lavora-

(96) Insiste sul punto Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* cit., XXXI-XXXVII. Per la lettura del divieto di discriminazione nel senso menzionato *supra* nel testo cfr. Corte eur. giust. 30-4-1996 C-14/94, Racc., 1996, I, 02143, che assegna alla tutela antidiscriminatoria il significato “assoluto” di rispetto per la libertà e per la dignità, nonché Corte eur. giust. 8-11-1990 C-177/88, Racc., 1990, I, 03941, che nell’ipotesi di rifiuto dell’assunzione di una donna in gravidanza ha riconosciuto la discriminazione a prescindere dalla valutazione comparativa.

(97) Lo rileva M. Napoli, *Lo Statuto dei lavoratori ha quarant’anni e li porta bene* (Lav. dir., 2010, 123 s.), Diritto del lavoro cit., 51.

(98) Così Napoli, *Lo Statuto dei lavoratori* cit., 51.

(99) Cfr. sul punto Maffei, *Discriminazione* cit., 492, secondo cui il divieto di discriminazione appartiene all’ordine pubblico e mira alla creazione di una società che conservi, una volta divenuta multietnica, le caratteristiche d’includere, e non già di escludere, e di premiare il merito.

(100) Cfr. sul punto M. Napoli, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell’evoluzione del diritto del lavoro*, Jus, 2008, 65-67.

tive ai diversi principi in cui prende corpo la normativa in esame mediante la creazione di eventi per la valorizzazione delle diversità culturali dei lavoratori oppure tramite l'instaurazione di politiche aziendali idonee a facilitare la conciliazione tra la maternità e il lavoro (101).

La conformazione dell'ambiente lavorativo nel segno della non discriminazione trova un'iniezione di attendibilità, in primo luogo, nell'idea che assegna al lavoratore un ruolo chiave nell'attuazione del dettato di cui all'art. 2087 c.c., offrendogli la possibilità d'incidere realmente nell'organizzazione del lavoro (102). L'ulteriore incentivo deriva dalle diverse ricostruzioni che spiegano la natura contrattuale del danno provocato dal collega di lavoro. La differenza degli *iter* argomentativi viene superata, infatti, dal tratto comune costituito dall'esaltazione del coinvolgimento dei lavoratori nell'attuazione dell'obbligo di tutela gravante sul datore di lavoro. In questo senso, va rilevata l'estensione potenziale della portata della tutela antidiscriminatoria, la quale oltrepassa la mera conservazione dello *status quo* della sfera giuridica del lavoratore e incentiva la creazione di un ambiente lavorativo meritocratico e multiculturale (103).

L'accento sul licenziamento discriminatorio deve favorire, dunque, l'attenzione alla normativa antidiscriminatoria per evidenziare il guadagno da essa offerto al rapporto di lavoro nei termini dell'imposizione di direttive di condotta tese sia alla salvaguardia della sfera giuridica del lavoratore da comportamenti discriminatori, sia alla promozione delle qualità personali dell'essere umano che lavora. Tutto ciò nel mercato del lavoro assume il significato della gara virtuosa tra le imprese mirata all'offerta di un ambiente più riguardevole delle diversità: il divieto di discriminazione aggiunge al rispetto della

(101) Sulla conciliazione tra vita e lavoro dalla prospettiva del Jobs Act cfr. R. Voza, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, Lav. giur., 2015, 13 s.

(102) Così Corrias, *Sicurezza cit.*, 35.

(103) Sul punto cfr. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio cit.*, XXXII, XL s., la quale rileva la tendenza del diritto europeo a conformare una nozione di discriminazione di segno non già meramente negativo, bensì positivo, e in proposito richiama l'esempio del diritto del lavoratore disabile a ottenere un ragionevole accomodamento nel posto di lavoro.

salute, la pari dignità sociale quale componente essenziale dei luoghi di lavoro.

8. L'accento sulla tutela antidiscriminatoria genera un cambiamento di percezione della tutela della persona del lavoratore che, in un certo senso, si lega al ridimensionamento del ruolo assegnato al contratto collettivo di cui si è parlato in precedenza (104). Questo mutamento prende corpo nell'approccio alla tutela del lavoratore non più dalla prospettiva superindividuale che impone il sacrificio dell'interesse del singolo per il benessere dell'interesse collettivo, ma da quella della protezione delle caratteristiche individuali del lavoratore inteso come singolo, o tutt'al più come gruppo di singoli, e non già come parte di un gruppo (105). Tutto ciò fa emergere, allora, l'interrogativo se l'attenzione posta sulle caratteristiche dell'individuo costituisca il riflesso di una tendenza del legislatore unitario all'esaltazione dell'individuo in maniera astratta dalla società (106) oppure se, al contrario, alla base nella normativa europea risulti comunque rintracciabile il concetto tradizionale di persona inserita nel contesto costituito dalla comunità degli Stati membri (107). A tale riguardo, proprio le caratteristiche

(104) Sul ridimensionamento da parte del Jobs Act del ruolo della contrattazione collettiva e, più in generale, del sindacato cfr. Carinci, *Jobs Act, atto II* cit., 8 s.; Santoro-Passarelli, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche* cit., 641 s., 646 s.

(105) Cfr. sul punto Lepore, *Non discriminazione* cit., 556 s.

(106) Il concetto d'individuo implica la sua considerazione astratta dalla società nel duplice senso o dell'esaltazione delle sue libertà, come avviene ad es. nell'economie liberali, o del suo offuscamento a scapito dello Stato, come avviene ad es. nei regimi totalitari.

(107) Il concetto di persona implica una sua considerazione all'interno della comunità, laddove questa lo arricchisce e risulta a sua volta arricchita. Un esempio in tal senso si rintraccia nell'art. 2 cost. in forza del quale « La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale ». Sul tema cfr. G. Limone, *La persona fra invenzione teorica, paradosso logico e misura epistemologica*, La persona come paradigma di senso. Dibattito sull'eredità di Mounier, a cura di S. Sorrentino-G. Limone (Troina 2009), 11-34; Id., *Tempo della persona e sapienza del possibile. Per una teoretica, una critica e una metaforica del personalismo* (Napoli 1991); e ora G. Grisi, *Privatisti e pubblicisti nel '900 ed oggi*, Riv. crit. dir. priv., 2016, 99 s.

della tutela antidiscriminatoria ora richiamate potrebbero alimentare la tesi che addita all'Unione l'adesione al modello di ragionamento liberista incentrato sull'individuo (108). Da questa prospettiva, l'individuo europeo appare come un tassello funzionale del sistema economico, il quale costituisce l'unica dimensione "osservabile" del sociale europeo.

Quest'assunto rende opportuna un'integrazione d'indagine per meglio esaminare la consistenza del pilastro sociale dell'Unione europea e ciò sia sul fronte della sua rilevanza normativa, sia su quello della sua concreta attuazione.

Il processo creativo della *societas* unitaria s'incardina nel principio di sussidiarietà (art. 5, § 3, TUE) (109), in forza del quale le tradizioni costituzionali degli Stati membri risultano tutte concorrenti alla costituzione della nuova società che oppone alle guerre dell'inizio del secolo scorso la coesione economica, sociale, territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri (art. 3 TUE). In questo senso, non appare errato accostare il termine « ordinamento » all'Unione, sulla scorta della convinzione che questa, pur con tratti per certi versi differenti e incompatibili con l'idea tradizionale di ordinamento (110), dia vita a una comunità ordinata, la quale prende corpo nelle tradizioni giuridiche, nelle culture e nei valori proclamati dai diversi Stati membri che la compongono (111). Il fulcro di

(108) Cfr. in questo senso di recente G. Bombelli, *Persona, comunità e il problema della dignità*, Jus (in corso di pubblicazione), secondo il quale il modello di ragionamento imboccato dall'Unione implica la progressiva frantumazione del c.d. plesso persona-comunità.

(109) Al riguardo cfr. *ex multis* G. Tesauo, *Diritto dell'Unione europea*⁷ (Padova 2012), 98 s.; U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale: ordinamento e struttura dell'Unione Europea*⁵ (Milano 2009), 60 s.; M.C. Ciciriello, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici. Lezioni di diritto "comunitario"*³ (Napoli 2008), 171 s.

(110) Cfr. per tutti Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*² (Firenze 1945). La distanza tra l'idea tradizionale di ordinamento e l'Unione europea viene individuata da B. Montanari, *Dall'ordinamento alla governance. Uno slittamento di piani*, in questa *Rivista*, 2012, 412-425 nel passaggio epocale « segnato dall'avvicinarsi di due sequenze concettuali: a quella "ordine - sistema - ordinamento" vengono progressivamente sostituendosi tre nozioni tra loro epistemologicamente conseguenti: "complessità - equilibrio - governance" ».

(111) Cfr. sul punto il Preambolo del TUE che contempla l'ispirazione del Trattato « alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui

questo processo risiede nel già menzionato principio di sussidiarietà che impone la partecipazione degli Stati membri alla realizzazione di ciò che l'Unione di per sé non è in grado di formare: il contenuto della comunità intesa come insieme di popoli con nazionalità diverse, ma che possiedono un tratto comune che li rende partecipi dell'edificazione della *societas* europea (112).

Quest'assunto trova legittimazione formale al terzo paragrafo dell'art. 6 TUE che riconosce quali principi generali dell'Unione « I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ». Sono queste tradizioni costituzionali che formano, dunque, una sorta di « costituzione materiale » (113) dell'ordinamento europeo cui i diversi Stati membri devono attingere per rintracciare quegli aspetti della personalità idonei a qualificare l'individuo come persona facente parte del contesto sociale dell'Unione europea (114). Costituisce un esempio

si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto ». Non sembra lontano da quanto detto *supra* nel testo Montanari, *Dall'ordinamento alla governance* cit., 430 s., 433 s., là dove segnala la possibilità d'individuare il dato fattuale cui ancorare una soggettività politica europea nella *storia culturale* delle nazioni europee. Sul punto cfr. anche G. Alpa, *Diritto privato europeo* (Milano 2016), 1-24.

(112) Quanto detto *supra* nel testo trova conferma nella giurisprudenza sui c.d. controlimiti proclamate dalle Corti costituzionali degli Stati membri, le quali pongono il freno all'azione dell'Unione europea laddove contrasti con i principi generali dell'ordinamento: cfr. Corte cost. (Germania) 30-6-2009; Corte cost. (Germania) 12-11-2012; Corte cost. (Germania) 8-3-2014; Corte cost. 22-10-2014 n. 238. Al riguardo cfr. C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile* (Bologna 2015), 228 s.

(113) Va precisato sul punto che il termine « costituzione materiale » viene qui usato in senso per lo più atecnico per alludere alle radici storico-culturali fondanti la comunità-Unione europea. Ben più complesso è il concetto di costituzione materiale per il quale non si può che rinviare a C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (Milano 1940 rist. 1998), 53 s.

(114) Il moto ascendente tradizioni costituzionali-Unione europea sembra rinvenirsi, inoltre, in Corte eur. giust. 17-12-1970, C-11/70, Racc., 1970, 01125, § 4, secondo cui la tutela dei diritti fondamentali, « pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità ». Sul punto

virtuoso di realizzazione del processo ora descritto l'art. 1 della Carta di Nizza il quale sintetizza in una frase le radici storiche della comunità-Unione europea: « La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata ». Viene manifestato, pertanto, il rifiuto per il disprezzo dell'essere umano che in Europa ha visto il suo l'apice nelle note vicende legate ai totalitarismi (115). La sussidiarietà quale mezzo per approdare alla *reductio ad unum* del molteplice viene manifestata dal riferimento alla « dignità umana » intesa quale cifra comune della persona europea desunta dalle tradizioni culturali degli Stati membri, basata sull'umanesimo cristiano e laico che percepisce l'uomo come parte di un sistema relazionale in cui prende vita il corpo sociale (116).

Il processo di formazione del diritto privato europeo rappresenta un altro esempio di creazione di un ordine a partire

cfr. S.D. Zannino, *I diritti fondamentali quali misura di legittimità delle norme antitrust europee*, Contratto impr., 2016, 162 s.

(115) Cfr. sul punto M. Olivetti, *Art. 1. Dignità umana*, L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (Bologna 2001), 39, il quale nel precisare il rifiuto per tutti i totalitarismi, implicito nella norma, mette in evidenza la circostanza che la Carta di Nizza ha visto la luce nel medesimo contesto in cui sono state poste le basi istituzionali per l'adesione all'Unione dei paesi dell'ex blocco socialista dell'Europa orientale.

(116) Cfr. sul punto Mengoni, *L'enciclica « Laborem exercens »* cit., 415, secondo cui la dignità evoca « la tradizione secolarizzata dell'idea biblica che l'uomo è stato creato da Dio a sua immagine e somiglianza, e nella tradizione dell'umanesimo liberale moderno corrisponde al principio kantiano, fondato sulla natura razionale dell'uomo e sulla sua autonomia morale ». V. anche Olivetti, *Art. 1. Dignità umana* cit., 38-40; G. Alpa, *Dignità personale e diritti fondamentali*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 25 s., 36: « La dignità che apre la Carta europea dei diritti fondamentali ha un forte significato simbolico e identitario: ci ricorda — anzi, ci ammonisce — che l'Unione europea non aspira solo ad una integrazione economica, ma delinea un modello di sviluppo capitalistico che pone al suo centro la persona, e in ciò fa consistere la sua ragion d'essere ». Con riferimento al concetto di dignità contemplato dalla Carta di Nizza appare critico Bombelli, *Persona, comunità* cit., il quale sulla scia di E. Botto, *Dignità e persona in prospettiva filosofica*, La dignità, a cura di M. Napoli, Milano, 2011, p. 161 s., ritiene che la Carta proietta la dignità in una nuova dimensione fino ad adesso sconosciuta alle tradizioni costituzionali europee: la Carta di Nizza contempla « la tutela della dignità come autonomia-autodeterminazione individuale, a prescindere da eventuali orizzonti di socialità ».

dal basso (117). Lo stesso muove dai principi dei diversi sistemi giuridici europei per l'individuazione del minimo comune denominatore (118) e plasmare delle categorie nuove perché idonee alla condivisione, ma in pari tempo non nuove perché già conosciute dai diversi ordinamenti singolarmente considerati (119). Anche in questo caso l'Unione mira alla regolazione

(117) Sul punto risulta critico C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile* (Milano 2015), 11, che addita al diritto dell'Unione la qualifica di diritto settoriale e asistemático: un diritto tecnocrate teso alla soluzione di problemi specifici e che possiede, quindi, quelle mancanze proprie di una regolazione astratta dal sistema. La settorialità del diritto europeo ha imprigionato il diritto civile « in pochi istituti, in particolare la responsabilità e il contratto, a loro volta disciplinati per problemi, espressione di un diritto delle obbligazioni lacunoso e rozzo, che in tale paucità perde la giusta prospettiva, che solo l'intero come sistema può dare » (La settorialità del diritto europeo viene criticata anche da Nivarra, *Diritto privato e capitalismo* (Napoli 2010), 77 s.; F. Denozza, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, Riv. dir. comm., 2015, 19 s.). D'altra parte, se è vero che questo modo di procedere della legislazione unitaria — mossa per lo più dall'ansia-esigenza di dare risposta alle specifiche necessità — dà vita nel breve periodo a dei risultati criticabili, è altresì vero che questi risultati appaiono meno disprezzabili se guardati dalla prospettiva di lungo periodo della costruzione dal basso di un sistema del diritto privato europeo. In questo senso cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in questa *Rivista*, 2010, 625; Id., *Il contratto di diritto europeo*² (Torino 2015), 249, il quale rammenta che « il sistema non è una realtà data ma un obiettivo », sicché il frammentario diritto europeo necessita dell'opera degli interpreti volta alla sua razionalizzazione, il che riceve le sue testimonianze più virtuose nei diversi progetti di codice civile europeo (su cui v. *infra* nt. 119).

(118) Così S. Mazzamuto, *Diritto privato europeo*, Dizionari del diritto privato, a cura di N. Irti.; Id., *Il contratto di diritto europeo* cit., 17 s. il quale rintraccia la legittimazione formale della nozione di diritto privato europeo menzionata *supra* nel testo nei riferimenti alle « tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri » di cui all'art. 6, § 3, TUE e ai « principi generali comuni al diritto degli Stati membri » (art. 340 TFUE).

(119) Nella direzione detta *supra* nel testo direzione si muovono i diversi progetti di codificazione del diritto privato europeo. Al riguardo cfr. Castronovo, *Un contratto per l'Europa* cit., XIV, il quale individua l'obiettivo del progetto di Codice civile europeo messo in campo dalla commissione presieduta da Ole Lando nella predisposizione di un testo che mette « in sintonia i diritti di tradizione codicistica con il *common law* e con il diritto dei Paesi nordici ». Il progetto in discorso risponde, infatti, non già all'esigenza di adeguamento delle discipline vigenti, bensì « a quella di unificarle o meglio di sostituirne alle tante una, che non si identifica con alcuna di esse e però consente a ciascuna di identificarvisi » (XVI). Com'è noto, i Principi di diritto

uniforme di una comunità di sistemi giuridici diversi e individua anche i soggetti che ne fanno parte, per lo più il professionista e il consumatore, le cui tutele possiedono una prospettiva che trascende lo scambio singolarmente considerato e investe la regolazione del mercato inteso come spazio giuridico nel quale si confrontano interessi diversi (120).

Sul punto va segnalata, poi, la legislazione antidiscriminatoria, la quale se, per un verso, assegna rilevanza normativa alle

privato europeo elaborati dalla Commissione Lando s'inseriscono nel quadro più ampio dell'azione programmatica volta alla codificazione del diritto privato europeo, nata nel 1989 su iniziativa del Parlamento europeo (g.u.c.e. 26-6-1989 n. 158, 400) e sfociata nell'adozione del *Common Frame of Reference* (CFR), prima, e nel *Draft Common Frame of Reference*, dopo [Comunicazione, 10-5-2005, 2. COM (2005) 184 def.; AA. VV., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, prepared by Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), ed. by C. von Bar and E. Clive (München 2009)]. L'iter normativo in parola ha subito, però, una brusca inversione di rotta rappresentata dalla richiesta da parte della Commissione europea ad un Gruppo di esperti della stesura di un progetto in materia contrattuale di 187 articoli, che ha dato luogo alla Proposta di Regolamento sulla vendita [SEC(2011) 1165 def]. Non diversa è stata la storia della direttiva sui consumatori che dall'ambizioso progetto di predisposizione di una disciplina onnicomprensiva è collassata nel testo riguardante le sole vendite a distanza. Sul processo di codificazione europea cfr. L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* (Roma 1993); AA.VV., *L'armonizzazione del diritto privato europeo. Il piano d'azione 2003*, a cura di M. Meli - M.R. Maugeri (Milano 2004); H. Beale, *The European Commission's Common Frame of Reference*, ERCL, 2006, 303 s.; Id., *The future of Common Frame of Reference*, ivi, 2007, 257 s.; S. Grundmann, *The Structure of the DCFR — Which Approach for today's Contract Law?*, ivi, 2008, 225 s. M. Meli, *Armonizzazione del diritto privato europeo e quadro comune di riferimento*, in questa *Rivista*, 2008, 59 s.; C. Castronovo, *La codificazione*, Manuale di diritto privato europeo, I, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto (Milano 2007), 171 s.; Id., *Quadro comune di riferimento e aquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in questa *Rivista*, 2007, 275 s.; C. von Bar, *Coverage and structure of the academic Common Frame of Reference*, ERCL, 2007, 350 s.; C. Twigg-Flesner, *The Europeanisation of Contract Law* (London 2008); R. Schulze - T. Wilhelmsson, *From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law rules*, ERCL, 2008, 155 s.; Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo cit.*, 6 s.; Alpa, *Diritto privato europeo cit.*, 52 s.

(120) Cfr. sul punto Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo cit.*, 143 s.; Id., *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in questa stessa *Rivista*, 2016.

caratteristiche proprie dell'individuo, per altro verso, ha generato un processo d'integrazione attorno a valori sociali comuni (121). Vicino al tema che ci occupa è, inoltre, il caso dei Servizi d'Interesse Economico Generale (SIEG) i quali promuovono la coesione territoriale e sociale dei valori comuni dell'Unione (art. 14 TFUE e art. 36 Carta di Nizza). Sul fronte del loro inquadramento sistematico i SIEG rientrano insieme ai Servizi d'Interesse Generale Non Economico (SIGNE) nella più generale categoria dei Servizi d'Interesse Generale (SIG) (Prot. n. 26 Trattato di Lisbona), i quali tendono al soddisfacimento degli interessi sottesi ai diritti fondamentali (si pensi ai servizi di energia elettrica e gas oppure ai servizi d'istruzione) (122). Il processo normativo che li ha investiti muove dal già menzionato Trattato di Amsterdam e rientra nel disegno politico dell'Unione volto al contemperamento delle regole del mercato interno con gli interessi sociali (123) e che ha sortito, in ultima analisi, lo smantellamento di alcuni dei diversi monopoli statali cui era stata affidata la gestione di tali servizi (124). La previsione dei Servizi all'interno del Trattato inaugura la stagione della coabitazione all'interno dell'Unione di politiche mercantilizistiche e di politiche sociali: i SIG mirano alla creazione di una rete comunitaria catalizzatrice delle istanze sociali di tutti gli Stati membri (125). Al di là del dibattito volto alla corretta

(121) Cfr. sul punto M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, Riv. trim. dir. proc. civ., 695 s., spec. 715-717. In senso contrario cfr. le osservazioni di A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, Contratto impr., 2016, 137 s.

(122) Al riguardo cfr. tra gli altri AA.VV., *Servizi essenziali e diritto comunitario* (Torino 2001); F. Moro, *I servizi sociali di interesse generale e il diritto comunitario alla ricerca di un difficile equilibrio*, DPUE, 3/2007, 77 s.; G. Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo* (Torino 2008); D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea* (Milano 2010).

(123) Al riguardo cfr. ora Zannino, *I diritti fondamentali cit.*, 167 s.

(124) Cfr. al riguardo A. Lucarelli, Art. 36. *Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, L'Europa dei diritti cit., 251 s.

(125) Cfr. sul punto G.L. Tosato, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea. Problemi sostanziali e equo processo, Convegno interinale SIDI.

individuazione della distinzione tra Servizi a contenuto economico e non (126), quel che preme in questa sede mettere in risalto sono le origini di tale dibattito: i SIEG oppongono all'accentuato individualismo dell'economia liberale la prospettiva della società, e ciò sia perché la loro collocazione sotto il titolo IV della Carta di Nizza, li pone nel cono prospettico della solidarietà e li sottrae alla logica puramente economica (127), sia perché la loro funzionalizzazione alla tutela dell'interesse generale innesca la potenziale sospensione del diritto della concorrenza (art. 106, § 2, TFUE).

È quindi vero che l'Unione ha proceduto all'affossamento dell'economia dirigista e alla conseguente esaltazione delle libertà individuali, e in particolare della « libertà d'iniziativa economica » intesa quale volano per l'innovazione e lo sviluppo sostenibile della *societas*, ma è altresì vero che a quest'individualismo si contrappone il tessuto sociale in cui l'individuo si trova inserito. Una comunità che prende corpo nelle limitazioni imposte talvolta per la tutela del mercato (128), talvolta per la

Università di Brescia. 10 febbraio 2012, a cura di M. Frigessi di Raccalma e P. De Cesari (Napoli 2013), 6, il quale segnala l'importanza dell'introduzione, tramite Trattato di Amsterdam (1997), della norma sui Servizi d'Interesse Generale sul fronte della coesione sociale e territoriale e della richiesta della cooperazione degli Stati membri per il loro funzionamento efficace.

(126) Su cui cfr. tra gli altri F. Costamagna, *Direttiva "servizi" e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, Dir. com. scamb. internaz., 2009, 114 s.

(127) Così sul punto S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria* (Bari-Roma 2014), 34, il quale rileva che « l'aver indicato nella solidarietà una delle "teste di capitolo" della Carta dei diritti fondamentali rappresenta una forte innovazione rispetto alla tradizionale struttura dei trattati ».

(128) Un esempio di compressione della libertà individuale imposta dalla comunità si rinviene nella limitazione della libertà contrattuale in favore dell'instaurazione di un mercato competitivo: si tratta del caso delle c.d. *essential facilities* che impone all'impresa dominante sul mercato di concedere l'utilizzo delle infrastrutture necessarie per la fornitura di determinati servizi. Al riguardo cfr. Corte eur. giust. 5-10-1988 C-238/87, Racc., 2007, I-00140; Corte eur. giust. 6-4-1005 C-241/91, Racc., 1995, I-00743; Corte eur. giust. 26-4-2004 C-418/01, Racc., 2004, I-05039 e in questa *Rivista*, 2005, 465 s. con nota di R. Natoli, *Diritti di proprietà intellettuale e rifiuto di licenza: osservazioni a margine del caso IMS Health*. In dottrina cfr. M. Siragusa, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza* (Milano 1998); V. Meli, *Rifiuto di contrattare e tutela della concor-*

tutela dell'ambiente (129) e altre volte ancora per la tutela della persona (130), limitazioni tutte indirizzate a evitare lo sconfinamento della libertà individuale nell'anarchia e che rendono ancora ipotizzabile, pur con modalità diverse rispetto al passato, il temperamento della libertà d'iniziativa economica con l'utilità sociale (131). In questo senso, occorre rammentare il

renza nel diritto antitrust comunitario (Torino 2003), 79 S.; C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre* (Torino 2004); Id., *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, Contratto e antitrust, a cura di A. Zoppini e G. Olivieri (Roma-Bari 2008), 26 s.; G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra la disciplina della concorrenza e diritto dei contratti* (Torino 2004), 121 s.; G. Nizzi, *Dalla teoria del monopolio naturale alla « essential facility doctrine »: nuove forme di regolazione nel settore dell'energia* (Milano 2005); E. Hawk Barry, *Essential facility doctrine and Intellectual property Law: where does Europe stand in the Aftermath of the Ims Case?* (New York 2005); L. Nivarra, *Il diritto d'autore*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III (Milano 2007), 500 s.

(129) Il miglioramento della qualità dell'ambiente assume rilevanza giuridica quale uno degli obiettivi dell'economia sociale di mercato instaurata dall'Unione (art. 3, § 3, TUE). In questo senso, la tutela dell'ambiente giustifica diverse limitazioni della libertà d'impresa e ciò nel senso non solo del rispetto delle normative ambientali, ma anche per strutturare la propria crescita dell'impresa in maniera sostenibile: cfr. al riguardo il Portale europeo per le piccole e medie imprese e in particolare la sezione "L'ambiente e l'impresa" all'indirizzo Internet http://ec.europa.eu/small-business/most-of-market/environment-business/index_it.htm.

(130) Sul punto cfr. Corte eur. giust. 11-12-2007 C-438/05, Racc., 2007, I-10779; Corte eur. giust. 18-12-2007 C-341/05, Racc., 2007, I-11767, le quali rammentano che l'Unione non ha solo una finalità economica ma anche una finalità sociale e valorizzano di conseguenza i diritti fondamentali dei lavoratori, come quello alla retribuzione minima e quello alla correlata tutela sindacale, per limitare la libertà contrattuale del datore di lavoro. In questi casi l'effetto del riconoscimento della tutela al lavoratore a scapito del datore di lavoro trascende il singolo rapporto e detta le linee di conformazione del rapporto di lavoro nell'Unione.

(131) Così sul punto S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in questa *Rivista*, 2011, 378 s., 383 s., il quale rileva la continua valenza del riferimento costituzionale al limite dell'utilità sociale accanto a quello della libertà d'iniziativa economica (art. 41 Cost.), giacché il limite del sociale, inteso come necessario dialogo tra l'autonomia privata e l'ordinamento, assume nell'Unione europea diverse cadenze, ma ciò non significa la sua deflagrazione in nome dell'esaltazione dell'individuo.

riferimento all'economia sociale di mercato (132), il quale suggella la scelta dell'Unione per la costruzione di un sistema di convivenza tra le politiche sociali e le politiche di libero mercato (133): la concorrenza innesta nel mercato un processo dinamico di continua innovazione, il che non la rende *a priori* incompatibile con l'obiettivo di miglioramento del sociale, ma soltanto in determinate fattispecie (art. 106, § 2, TFUE).

L'individuo viene messo in risalto, dunque, all'interno di una comunità la quale riceve contenuto dall'azione dei diversi Stati membri i quali tutti insieme mettono in gioco le loro tradizioni culturali, i loro valori, la loro storia per formare l'unico in cui s'individua il nocciolo duro della comunità europea (134).

(132) La teorizzazione dell'economia sociale di mercato muove, com'è noto, dal pensiero degli ordoliberali della scuola di Friburgo la quale oppone al dirigismo economico degli Stati totalitari un modello economico incentrato sulla libertà dell'individuo e sulla convinzione che il buon funzionamento dei mercati e la concorrenza assicurino il progresso sociale. Quest'impostazione non proclama, però, il liberismo economico estremo, bensì impone la regolazione del mercato volta ad evitare le distorsioni monopolistiche e ad assicurare la predisposizione di misure idonee a fronteggiare le istanze sociali talvolta prive di adeguata tutela se lasciate in balia della logica mercantile. Al riguardo cfr. tra gli altri F. Felice, *L'economia sociale di mercato* (Soveria Mannelli 2008), 19 s., 33 s.; Tosato, *Appunti in tema di economia sociale di mercato* cit., 1 s.; Libertini, *Il diritto della concorrenza* cit., 49 s.; A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito* (Roma 2014), 19 s., 174 s.; Id., *Il diritto privato europeo* cit., 127 s., 132 s.; Alpa, *Diritto privato europeo* cit., 497 s.

(133) Cfr. sul punto anche P. De Pasquale, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, Dir. pubbl. comp. eur., 2009, 82 s. Rispetto a quest'a. risulta leggermente diversa la posizione di Tosato, *Appunti in tema di economia sociale di mercato* cit., 2, secondo il quale il riferimento all'economia sociale di mercato se da un lato conferma l'importanza delle politiche sociali dell'Unione, dall'altro lato non innesca un cambiamento di rotta nelle politiche dell'Unione, ponendo in secondo piano l'obiettivo di preservazione di un mercato competitivo: « la stessa nozione di economia sociale di mercato comprende l'idea che le regole della concorrenza siano necessarie per garantire un buon funzionamento del mercato ». Sull'argomento v. anche L. Di Via, *Antitrust e diritti sociali. Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto* (Napoli 2004), 16 s. e passim.

(134) Cfr. sul punto anche Tosato, *Appunti in tema di economia sociale di mercato* cit., 2-3.

9. E tuttavia la concreta evoluzione dell'Unione europea non appare in linea con il sistema ora tratteggiato. È vero che l'Unione non esclude la riproposizione del modello costituzionale di libertà d'iniziativa economica limitata dall'utilità sociale. È anche vera la concepibilità del dialogo tra autonomia privata e ordinamento, sebbene con cadenze differenti da quelle che hanno caratterizzato il sistema economico italiano soprattutto negli anni '60-'80. Tutto ciò sconta, però, l'inapprensibilità di un modello sociale altro rispetto al mercato. La sussidiarietà generatrice dell'Unione si è fermata a mezza via, per così dire, non ha proseguito l'*iter* che a partire dal Trattato di Amsterdam ha imposto l'attuazione di tale principio sul fronte sociale. Ciò ha sortito l'intangibilità della decantata economia sociale di mercato e la rivelazione di un modello nel quale la relatività della persona rispetto alla società risulta proponibile soltanto nella misura in cui al termine « società » venga aggiunto l'attributo « mercantile » (135).

È mancato lo Stato. È mancato lo Stato forte necessario per l'edificazione di un'economia sociale di mercato. L'unione degli Stati membri che ha proceduto e che procede dal basso alla costruzione del diritto privato europeo ha collassato e ha messo in luce tutti i suoi limiti sul fronte politico; quello della costruzione della *societas* unitaria. La storia è nota (136): la mancata emanazione della Costituzione europea, il ripiegamento, con il Trattato di Lisbona, sulla formulazione del Trattato dell'Unione Europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Al primo si deve il riconoscimento della Carta di Nizza e l'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Tutto ciò ha rivelato la spiccata attenzione normativa per il sociale di cui si è parlato nel paragrafo precedente, ma che in ultima analisi ha mancato di effettività. Il Trattato di Lisbona è stato seguito dalla crisi del 2008, la quale non ha

(135) Si esprime in termini per lo più analoghi Denozza, *La frammentazione del soggetto* cit., 25, secondo il quale nel modello neo-liberale « Della società viene conservata l'immagine di insieme di relazioni create da autonomi e preesistenti soggetti (anche qui con particolare enfasi sulle relazioni di tipo mercantile) ».

(136) Al riguardo cfr. le ricostruzioni in chiave critica di Salvi, *Capitalismo e diritto civile* cit., in part. 163 s., e di Somma, *La dittatura dello spread* cit., 250 s.

stimolato l'unione federale degli Stati membri per l'edificazione degli stati uniti d'Europa. Tutt'al contrario quella crisi ha dischiuso le porte alla *governance*, alla sottrazione ulteriore di sovranità agli Stati membri e ciò tramite l'imposizione di stringenti regole di bilancio il cui controllo è stato attribuito a un Consiglio di governi nazionali, alla Banca Centrale Europea (BCE) e alla Corte di Giustizia europea. Detto altrimenti, la crisi del 2008 invece di alimentare il processo di democratizzazione e il conseguente rafforzamento del pilastro sociale dell'Unione europea, ha stimolato la sottrazione dei poteri ai parlamenti nazionali e la loro devoluzione a organi decisori privi di una legittimazione democratica diretta. In questo senso, il processo di creazione dello Stato-Unione europea ha sortito il rovesciamento della diade ordinamento-*governance* (137), facendo precedere la seconda alla prima con un *deficit* democratico di tutta evidenza (138). L'unificazione nel solco della sussidiarietà ha manifestato sul piano costruttivo della comunità tutte le carenze dovute al depennamento in seno all'Unione del c.d. circuito sovranità popolare-parlamento-governo (139). Dal punto di vista dei cittadini dell'Unione, la crisi ha innescato una rapida *escalation* che ha progressivamente annichilito l'effettività dei diritti sociali in favore della c.d. economia del debito (140).

Non migliore si è rivelato l'operato della Corte di Giustizia

(137) Sul punto cfr. l'analisi svolta, muovendo da diverse prospettive, da Montanari, *Dall'ordinamento alla governance* cit., 397 s.; Salvi, *Capitalismo e diritto civile* cit., 166; Denozza, *La frammentazione del soggetto* cit., 22.

(138) Non sembrano francamente migliori gli epiloghi più recenti della crisi economica: la compressione dei diritti fondamentali, e in particolare quelli economici e sociali, provocata dalle politiche austere ha innescato la reazione dei giudici costituzionali dei singoli Stati membri (su cui cfr. Somma, *Il diritto privato europeo* cit., 154 s.), i quali non godono, quanto meno in Italia, di una legittimazione democratica diretta. L'assunto non intende, di certo, criticare un tale operato, ma evidenzia — dalla prospettiva sposata *supra* nel testo dello Stato-Unione europea — l'ulteriore patologia generata dalla gestione non unitaria della crisi. V. invece Somma (ibidem), il quale intravede in tale attivismo giudiziale e non già in quello delle istituzioni europee la possibile rivitalizzazione del patrimonio costituzionale europeo.

(139) Così Salvi, *Capitalismo e diritto civile* cit., 166.

(140) Al riguardo cfr. Somma, *La dittatura dello spread* cit., 292 s.; Id., *Il diritto privato europeo* cit., 143 s.; S. Borelli, *Corte Edu versus Troika*.

europea. Quando quest'ultima è stata investita della questione del bilanciamento tra le libertà fondamentali e i diritti sociali ha promosso una linea di pensiero unitarista in un contesto dominato, però, dall'inesistenza di uno Stato unitario capace d'incidere tramite politiche, a loro volta, unitarie. Tutto ciò ha incentivato, anziché l'evoluzione del mercato unico, la concorrenza tra le politiche degli Stati membri (141).

Le pronunce della Corte di Giustizia europea sul contrasto tra libertà fondamentali e diritti sociali (142) mostrano appieno l'assenza dello Stato-Unione europea cui si contrappone il forte protezionismo esercitato dagli Stati membri, riottosi a ragionare da una prospettiva unitaria. Ai fini del tema che ci occupa risulta sufficiente il riferimento al caso *Rüffert* (143). Da questo caso trapela l'insofferenza verso la possibilità assegnata all'impresa di distaccare la propria produzione in un altro paese senza rispettarne la normativa lavoristica. La prospettiva dell'Unione è quella dello stimolo a investire in un altro Stato membro; quella della

Cronaca di una sconfitta annunciata, oppure no?, Riv. giur. lav., 2014, 363 s., spec. 374 s.

(141) Cfr. sul punto E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, Riv. dir. civ., 2015, I, 893; Salvi, *Capitalismo e diritto civile cit.*, 163-164, 171. Sulla competizione tra gli ordinamenti giuridici cfr. tra gli altri AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. Zoppini (Bari-Roma 2004); AA.VV., *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, a cura di A. Plaia (Milano 2007); nonché i rilievi critici di A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in questa *Rivista*, 2006, 83 s.

(142) Cfr. Corte eur. giust. 11-12-2007 C-438/05, Racc., 2007, I, 10779 (c.d. caso *Viking*), sul conflitto tra libertà di stabilimento e libertà sindacale; Corte eur. giust. 18-12-2007 C-341/05, *ivi*, 11767 (c.d. caso *Laval*), sul conflitto tra libertà di prestazione dei servizi e il diritto di azioni collettive; Corte eur. giust. 3-4-2008, C-346/06, *ivi*, 2008, I, 01989 (c.d. caso *Rüffert*), sul conflitto tra libertà di prestazione dei servizi e diritto alla tariffa minima salariale previsto dal contratto collettivo nazionale.

(143) Al riguardo cfr. S. Borelli, *L'edile polacco, e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, Riv. crit. dir. lav., 2008, 879 s.; V. Brino, *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert*, RIDL, 2008, 481 s.; A. Da Salvia, *Non c'è due senza tre: la corte di giustizia nel caso Rüffert*, Arg. dir. lav., 2008, 1415 s.; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*, Rel. laborales, 2008, 83 s.; F. Fonzo, *Corte di Giustizia CE: la sentenza Ruffert*, Diritto & Pratica lav., suppl. 9-6-2009, 117 s.; Salvi, *Capitalismo e diritto civile cit.*, 170 s.

libertà dell'impresa di offrire il medesimo servizio in un altro paese in maniera più efficiente (144). La prospettiva dello Stato membro, nel caso in questione la Germania, è quella di proteggere la concorrenza interna tra le imprese nazionali, imponendo il rispetto delle proprie regole. Queste ultime nell'ottica dell'Unione costituiscono, però, delle c.d. barriere all'entrata: ossia un ostacolo al dispiegamento del libero mercato unitario e ciò tramite la violazione della libertà di prestazione dei servizi. Entrambe le prospettive risultano deficitarie di un elemento: il sociale, la prima, il mercato unico, la seconda. Il bilanciamento sperequato operato dalla Corte di Giustizia in favore della libertà di prestazione dei servizi sconta la mancanza di un tessuto sociale unitario (145) cui si contrappone l'effettiva forza sociale dello Stato membro. Ne deriva l'impossibilità di emersione dell'interesse generale idoneo a giustificare la possibile restrizione della libertà fondamentale (146).

L'assenza dello Stato-Unione quale riferimento da cui ricavare una prospettiva sociale unitaria trova riscontro in un ulteriore fronte di analisi. Le pronunce in esame mediante l'attribuzione dell'effetto orizzontale alle libertà fondamentali (147) rivelano la necessità della Corte di Giustizia di aggirare la sottrazione alla sua competenza della materia dei diritti

(144) Sul punto Borelli, *L'edile polacco* cit., 880, stigmatizza la lettura della dir. 96/71 data da Corte eur. giust. 3-4-2008 causa C-346/06 cit., § 36, qualificandola come « monofocale » poiché « tutta concentrata sull'esigenza di eliminare gli ostacoli alla libera prestazione di servizi ». Rileva l'approccio della Corte incentrato sulle libertà fondamentali anche Da Salvia, *Non c'è due senza tre* cit., 1424 s.

(145) Non appare distante dalla conclusione di cui *supra* nel testo Fonzo, *Corte di Giustizia CE* cit., 119, il quale segnala che il compito di bilanciamento tra principi e garanzie per assicurare coerenza al sistema si complica per la Corte di Giustizia, la quale è impossibilitata a fare riferimento a un testo costituzionale effettivo.

(146) Sul punto v. ad es. Brino, *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia* cit., 486, la quale lamenta, sulla scia delle osservazioni sul caso *Laval* di B. Veneziani, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, Riv. giur. lav., 2008, 301 s., il mancato riferimento da parte della Corte alla tariffa salariale minima come forma di giurificazione dell'interesse generale alla tutela sociale dei lavoratori idoneo a giustificare la restrizione della libertà fondamentale.

(147) Al riguardo cfr. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E.* cit., 878 s.; A. Plaia, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del trattato europeo e diritto privato*, in questa *Rivista*, 2015, 743 s., in part. 754 s.

sociali (148). Detto altrimenti, i giudici di Lussemburgo si rifugiano nella portata orizzontale delle libertà fondamentali per promuovere quella prospettiva unitaria che risultano inabilitati a sprigionare sul fronte verticale della promozione del sociale. L'assenza di una *societas* effettiva replica, dunque, lo scenario che ha originato la crisi: la libertà contrattuale esercitata in un contesto in cui l'unico limite è quello "orizzontale" della libertà della controparte e non già quello "verticale" dello Stato unitario garante dell'ordine sociale (149). La lettura verticale del bilanciamento in discorso favorisce, viceversa, la coniugazione dell'anima liberale con quella sociale dell'Unione e meglio contribuisce all'opera d'individuazione delle linee guida per la soluzione unitaria dei conflitti emergenti negli Stati membri. Obiettivo che diviene una necessità nel campo del lavoro dove le riforme italiana e francese hanno attribuito particolare rilevanza alla libertà d'impresa sul fronte dell'esercizio del *ius variandi ex art. 2103 c.c.*, la prima, e delle modifiche agli orari di lavoro e della retribuzione del lavoro straordinario, la seconda (Art. 8 ss., Loi no 2016-1088, 8-8-2016).

Le mancanze ora menzionate hanno suscitato, peraltro, la reazione delle istituzioni europee (150). L'esigenza di miglioramento della dimensione sociale europea viene posta al centro della richiesta d'intervento indirizzata da José Manuel Barroso a Mario Monti nel 2010 (151). Successivamente, la Commissione europea ha emanato due comunicazioni: la prima (152) tesa a dare corpo all'economia sociale di mercato tramite anche la valorizzazione della « clausola sociale orizzontale » di cui

(148) Cfr. sul punto Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E.* cit., 881 s.

(149) Cfr. sul punto Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi* cit., 639 s.; Id., *Il contratto di diritto europeo* cit., 283 s.

(150) Al riguardo cfr. G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in questa *Rivista*, 2011, 636 s.; Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E.* cit., 901 s.

(151) Cfr. M. Monti, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, 9-6-2010, spec. 73 s.

(152) Commissione UE, 27-10-2010 COM(2010) 608 def., *Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva. 50 proposte per lavorare, intraprendere e commerciare insieme in modo più adeguato.*

all'art. 9 TFUE, che valuta la pertinenza di tutte le misure politiche in funzione delle loro conseguenze sociali; la seconda (153) volta all'attuazione piena ed effettiva della Carta di Nizza. A ciò ha fatto seguito la Proposta di Regolamento "sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi" (c.d. Proposta Monti II) (154), tuttavia rimasta inattuata. Questa fase, che può essere definita del dopo *Laval-Viking-Rüffert*, è approdata, infine, alla promulgazione della dir. 2014/54/UE, volta all'agevolazione dell'esercizio dei diritti dei lavoratori nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori, e della dir. 2014/67/UE concernente l'applicazione della dir. 96/71/CE sul distacco dei lavoratori nel contesto di una prestazione di servizi, recante la modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 sulla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno (155).

Il quadro che emerge dalle direttive è quello del sostanziale ribaltamento dell'indirizzo della Corte di Giustizia sul rapporto libertà fondamentali-diritti sociali e ciò mediante l'enfaticizzazione dell'uniforme applicazione delle libertà fondamentali e del rispetto delle normative lavoristiche dei singoli Stati membri. Questa soluzione suscita, però, il timore di un possibile passo indietro dal punto di vista della realizzazione in senso verticale dell'economia sociale di mercato (156). L'accento posto sulla competenza degli Stati membri nella tutela dei diritti sociali e la conferma del ruolo di supervisore sulla salvaguardia delle libertà fondamentali assegnato alla Corte di Giustizia aprono, infatti, a una duplice considerazione. Dalla prospettiva della sussidiarietà, quest'approccio potrebbe sortire un processo edificativo della dimensione sociale unitaria, muovendo

(153) Commissione UE, 19-10-2010 COM(2010) 573 def., *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*.

(154) Prop. reg., 21-3-2012 COM(2012) 130 def.

(155) Al riguardo cfr. Navarretta, *Libertà fondamentali dell'U.E.* cit., 901-902.

(156) Il timore paventato *supra* nel testo trova giustificazione se si pone mente sul piano testuale alla dir. 16-4-2014 n. 54 che, da un lato, accosta l'obiettivo di uniformità alla sola libertà di circolazione dei lavoratori (*considerando* n. 10,) e, dall'altro lato, alla salvaguardia della diversità dei « modelli di mercato del lavoro degli Stati membri » (*considerando* n. 30).

dalla sinergia virtuosa degli Stati membri per la salvaguardia dei diritti sociali nell'ambito delle operazioni di prestazioni di servizi unitarie: una *competition on the merits* giocata dagli Stati membri in favore della migliore costruzione unitaria del sociale europeo. Dall'ottica del protezionismo degli Stati membri, le medesime direttive potrebbero ridimensionare fortemente l'intento di edificazione dello Stato economico-sociale unitario. L'attribuzione del monopolio sulla materia del lavoro e sulla gestione dei diritti sociali agli Stati membri potrebbe, infatti, alimentare fenomeni di *dumping* sociale. Il che unito all'esclusivo ruolo di supervisore delle libertà fondamentali attribuito alla Corte di Giustizia getterebbe le basi per la riedizione dell'Unione meramente economica. La qualifica di fondamentale assegnata alle libertà unitarie guarda esclusivamente al mercato unico, sicché nulla viene offerto all'ulteriore dimensione sociale la cui costruzione risulta proprio il fine del moto legislativo unitario, gemmato nell'epoca del dopo *Laval-Viking-Rüffert*, e che è approdato alle direttive in esame.

Questo stato di fibrillazione del sociale europeo non può che prestare il fianco, allora, alle critiche. Per citare solo alcuni esempi, l'Unione è stata accusata di aver originato, talvolta, il progressivo cancellamento del pubblico per abbracciare la concorrenza in senso assoluto (157), talvolta, un *club* elitario di matrice finanziaria (158) e, da ultimo, l'affossamento del patrimo-

(157) Cfr. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo* cit., 77 s., secondo cui il « capitalismo.3 », identificato, per lo più, con il sistema economico introdotto dall'Unione europea, « si è abbastanza brutalmente sbarazzato dell'intervento pubblico in economia e ha notevolmente ridimensionato (e dove ha incontrato minore resistenza, eliminato) lo stato sociale » (80-81). *Contra* Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* cit., 240 s. La natura tutt'altro che assoluta della tutela della concorrenza promossa dall'Unione viene messa in risalto da S.D. Zannino, *I diritti fondamentali* cit., 172 s., il quale in ciò individua il tratto differenziale tra la concezione *antitrust* unitaria e quella statunitense: « La disciplina della concorrenza della CE si inquadra infatti in un contesto più ampio di fini generali ed incarna una idea affatto europea del mercato, pragmatica e "laica", molto differente dalla provvidenziale idea americana riponente nella competizione una fede pressoché assoluta ("an absolute faith") ».

(158) Cfr. Montanari, *Dall'ordinamento alla governance* cit., 430 s., 433 s., il cui giudizio sullo stato attuale dell'Unione trae spunto dal pensiero di Habermas.

nio costituzionale europeo (159). Senza entrare nel merito delle singole tesi, che per certi versi risultano anche condivisibili, in questa sede ci si limita a evidenziare un dato: l'Unione europea possiede — e lo si è evidenziato — le basi giuridiche per un andamento diverso da quello che si è tratteggiato nel presente paragrafo. Occorre, quindi, procedere alla valorizzazione di quelle basi per rendere effettivo lo Stato-Unione europea.

La questione risiede, allora, nella necessità di superamento degli egoismi degli Stati membri (160) — sfociati di recente nel referendum del Regno unito — per plasmare lo Stato forte unitario promotore di un'effettiva politica economico-sociale. Lo Stato è l'ingrediente necessario per dare contenuto all'economia sociale di mercato: la tesi ordoliberal ripudia il dirigismo economico per promuovere al suo posto la libertà individuale, ma riconosce al contempo il ruolo e la funzione dello Stato quale garante dell'ordine economico (161). Occorre procedere, pertanto, a una distinzione di piani: quello dello sviluppo del processo economico e quello della predisposizione delle misure necessarie a favorire la fruizione dei servizi essenziali e l'aggregazione comunitaria degli individui. In questo senso, l'exasperazione delle politiche di stampo economico non possono che innescare un processo in cui gli individui sono sempre più soli e si sentono sempre meno persone parte di una comunità alla quale danno e dalla quale ricevono.

L'Unione europea possiede le basi giuridiche per la costruzione di una comunità forte non formata soltanto da rapporti economici, da consumatori e da professionisti (162), ma da

(159) Cfr. Somma, *Il diritto privato europeo* cit., passim.

(160) Cfr. sul punto anche Alpa, *Diritto privato europeo* cit., 2, il quale segnala l'influenza sullo stato attuale dell'Unione, la quale è « percorsa da forti correnti in conflitto », del « diffondersi di orientamenti politici nazionalistici, dichiaratamente populistici, che si oppongono ad ogni tentativo di rafforzamento dell'unione politica dell'Europa ».

(161) Cfr. Felice, *L'economia sociale* cit., 23 s., 33-36. Al riguardo cfr. anche G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato* (Bologna 1998), 44, che segnala la necessità, dalla prospettiva ordoliberal, di contemplare una solida cornice istituzionale in cui inquadrare lo sviluppo del processo economico.

(162) Sul punto cfr. Somma, *Il diritto privato europeo* cit., spec. 137-138, il quale lamenta la concezione della persona nell'ambito dell'Unione

cittadini eguali, da un'ambiente salubre (163) e da tutti quegli elementi di cui si sostanzia la società moderna e contemporanea. Ciò consentirebbe la creazione del terreno sociale su cui si azionano le libertà unitarie: ma deve venire prima quello per poter affermare con vigore le altre.

Il dialogo tra autonomia privata e ordinamento, tra libertà fondamentali e diritti sociali, non viene escluso dall'Unione e segue le cadenze dettate da quest'ultima. La *societas* unitaria prende corpo nel processo di unificazione culturale e giuridica degli Stati membri nel segno del principio di sussidiarietà (164).

ABSTRACT

Jobs Act and the contractual protection of human beings: involution?

The need to adapt to the economic system promoted by the European Union generated a wave of reform in the field of labor law that invested Italy and France. This essay explores the impact of the Italian Jobs Act on the contractual protection of the worker. In particular: *i*) the weakening of the concept of the employment relationship as a tool for the realization of the worker understood as both a human being and a professional; and *ii*) the emphasis given to the protection against discriminations. The focus on the latter represents the link with the French reform and creates the premises for the author's considerations and questions on the idea of the human being promoted by the European Union: whether it exalts libertarian individualism, or rather safeguards the traditional relational concept of the person inserted in a community.

come operatore del mercato, le cui condotte vengono funzionalizzate all'efficiente selezione dell'offerta nel mercato concorrenziale.

(163) Sul punto cfr. F. Capriglione, *Misure anticrisi e sviluppo sostenibile* (Torino 2010), in part. 56 s.

(164) Un esempio virtuoso del processo unitario auspicato *supra* nel testo è rappresentato dal progetto culturale inaugurato durante la presidenza di José Manuel Barroso e sfociato in diversi eventi pubblici di dibattito politico con il coinvolgimento di artisti, di scienziati e, più in generale, di intellettuali di ogni provenienza culturale, tesi a intensificare il collegamento tra l'Unione e i suoi cittadini e rintracciare le comuni radici culturali unitarie: v. AA.VV., *The mind and body of Europe: a new narrative*, ed. by E. Battista and N. Setari (Bruxelles 2014).