



I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 333/2017

© Riccardo Del Punta 2017
Università di Firenze
delpunta@studio-lex.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



I diritti fondamentali e la trasformazione del diritto del lavoro^α

Riccardo Del Punta
Università di Firenze

1. Un diritto tutto "fondamentale".	2
2. Un diritto che resiste (ma non senza difficoltà).	4
3. La resistibile ascesa dei diritti fondamentali europei.	8
4. Eppure fondamentali restano.	15
Riferimenti bibliografici	16

^α Rielaborato e corredato di note essenziali, è il testo della relazione tenuta al convegno su "I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato", svoltosi all'Università di Roma Tre il 22 aprile 2016, i cui atti sono in via di pubblicazione.

1. Un diritto tutto "fondamentale".

Per inquadrare correttamente la prospettiva suggerita dal titolo è opportuno domandarsi, anzitutto, in quali circostanze e sulla base di quali dinamiche culturali il discorso giuslavoristico ha introiettato il tema dei diritti fondamentali. Quella che tocca descrivere, *more solito*, è una situazione sfalsata rispetto al diritto privato; senza voler riproporre, con questo, l'eshausto (per me) *topos* della "diversità" del diritto del lavoro.

Affrontando il tema dall'ottica del giusprivatista, Andrea Zoppini ha parlato di una risorgenza dei diritti fondamentali (anzi, in quel contesto, soprattutto delle libertà fondamentali, a cominciare da quelle di circolazione nelle loro varie declinazioni) nel diritto privato, come conseguenza della maggiore facilità di applicazione diretta, nell'ordinamento interno, dei diritti primari di fonte UE rispetto a quelli di fonte costituzionale¹. Una vera *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, a parere di Zoppini, è emersa soltanto con la dimensione europea di tali diritti.

Non credo, però, che sia possibile estendere tale giudizio al diritto del lavoro, nella misura in cui esso ha saldamente basato la propria identità su un *fondamento costituzionale*, per saggiare la cui solidità è sufficiente provare a collegare con una linea articoli come l'1 (con la sua perdurante forza suggestiva e mediatica), il 2 (per il riferimento alle formazioni sociali), il 3 (con il formidabile uno-due dei suoi commi), il 4, il 35, il 36, il 38, e infine il 41 secondo comma, in specie a fronte di una libertà economica (41 primo comma) espunta dal novero dei principi fondamentali.

La celebrata ispirazione laburista della Costituzione, con il suo pieno riconoscimento, per stare alla nota classificazione marshalliana, dei diritti cd. di terza generazione, i diritti sociali dopo quelli civili e politici, è stata quindi, sin dagli anni '60 e '70 del secolo scorso, ma con i motori che avevano cominciato a scaldarsi sin dagli anni '50 (basti evocare il nome di Ugo Natoli), la leva principale di sviluppo della materia, ed anche – per riprendere lo spunto di poco fa – l'alimento della narrazione della "diversità" della condizione del lavoratore subordinato rispetto ad altre condizioni di, non importa se equivalente, debolezza economico-sociale.

¹ V. Zoppini, 2016.

In questo modo, tra l'altro, una materia dal DNA così poco positivista come il diritto del lavoro ha sostanzialmente provato a positivizzare i (e quindi, anche a smettere di discutere dei) propri fondamenti valoriali, con la non celata speranza di sottrarli agli incerti della politica e quindi niente di meno che al processo della storia, e di farli assurgere, per dirla immancabilmente con Luigi Ferrajoli, alla sfera dell'"indecidibile"². Di ciò è una spia anche la frequenza di discorsi originalistici, basati sull'evocazione dell'autorità dei "padri fondatori"³.

A partire da una base così potente, che faceva assurgere il diritto del lavoro, lontano dalle frustrazioni di matrice giusprivatistica del diritto "secondo", addirittura a "primo" diritto di attuazione costituzionale, era impossibile che le norme costituzionali non si diffondessero a macchia d'olio anche sul piano applicativo, con il decisivo concorso della giurisprudenza. È risaputo, del resto, che l'avanzata della cd. legalità costituzionale, a scapito della più prevedibile legalità ordinaria, ha notevolmente potenziato il ruolo del giudice-interprete⁴.

La penetrazione interpretativa delle norme costituzionali è avvenuta, come pure è noto, per varie vie. Anzitutto tramite dirette affermazioni di precettività di tali norme, nelle quali sono state ravvisate delle vere e proprie "regole", per usare la terminologia dworkiniana: l'antesignana di questi indirizzi è stata la giurisprudenza sulla retribuzione "sufficiente" ex art. 36, comma 1.

Ma gli esempi potrebbero continuare, perché spesso anche norme catalogabili come di "principio", come il principio di eguaglianza ex art. 3, comma 1, anche al di là delle implicazioni che sono state poi recepite dalla legislazione ordinaria in tema di divieti di discriminazione, o il principio di difesa della libertà, sicurezza e dignità umana ex art. 41, comma 2, sono

² V., ad es., Ferrajoli, 2001, 19.

³ Va aggiunto che di questa latente destoricizzazione il giuslavorista social-tipico si è, per lungo tempo, quasi non avveduto, rassicurato com'era dal proprio storicismo progressista, insomma dal proprio fondo hegel-marxista rinfocolato dal costituzionalismo sociale del Novecento (per lo sviluppo di questo spunto v., se vuoi, Del Punta, 2013). Tuttavia questo atteggiamento è divenuto sempre meno sostenibile quando, per il potente effetto sistemico dei processi di innovazione tecnologica e di globalizzazione, nonché dei vari "post-" che, anche a prescindere da quei processi, hanno cominciato a mutare irreversibilmente lo scenario di fondo, il diritto del lavoro è entrato in quel vortice di trasformazione, che campeggia anche nel titolo di questo contributo.

⁴ V. Caretti, 2016, spec. 27-28 (cui *adde*, sulla tematica complessiva, Caretti, 2011).

state oggetto, in qualche modo, di applicazioni dirette⁵. E dove non sono arrivate queste, ha cominciato ad essere utilizzato, anche se non sempre con ragionamenti stringenti e quindi col rischio di una preponderanza non mediata delle opzioni di valore dell'interprete, lo strumento dell'interpretazione conforme⁶.

Per riportare questa lenta ma progressiva evoluzione nel cono del tema in discussione, si può concludere che sino a questo punto la materia ha potuto esimersi dal tematizzare i diritti fondamentali, semplicemente perché si è concepita, tutta, senza gerarchie assiologiche né giuridiche interne, come "fondamentale". Il che trovava un riscontro concreto, ad esempio, nell'attribuzione a tutte le norme lavoristiche, salvo eccezioni che poi, da palla di neve, sono divenute valanga, della forza giuridica dell'inderogabilità *in peius*⁷.

2. Un diritto che resiste (ma non senza difficoltà).

Un primo passaggio difficile si è però consumato già con la legge n. 146/1990 sugli scioperi nei servizi pubblici essenziali (molto importante anche dal punto di vista sistematico, per la sua focalizzazione sul "contenuto essenziale" dei "diritti della persona, costituzionalmente tutelati"), in occasione della quale il diritto del lavoro ha dovuto fare i conti con l'esistenza di altri diritti fondamentali come quelli degli utenti dei servizi pubblici essenziali. Ma, sino a questo punto, si trattava di conflitti *inter-rights*, cioè appartenenti a sfere diverse⁸, per quanto si osservasse spesso, per auto-rassicurazione, che gli utenti dei servizi pubblici erano soprattutto lavoratori.

Il difficile (il peggio, dirà qualche storicista ferito) doveva ancora venire. Quando, negli anni '90 e soprattutto 2000 (gli anni del Libro bianco e del Decreto Biagi⁹), si è diffuso il verbo della flessibilità e dunque è iniziato il processo di trasformazione del diritto del lavoro, l'enfasi sulla

⁵ Per un'applicazione, nell'ambito di una pronuncia interpretativa di rigetto, dell'art. 41, comma 2, Cost., v. Corte cost. 9 marzo 1989, n. 103, dalla quale uscì l'affermazione dell'esistenza di un principio di parità di trattamento nel diritto del lavoro, che ballò, peraltro, per una sola stagione.

⁶ In tema, e su molto altro, v. il ricco volume di Bronzini-Cosio, 2017, spec. 41-144.

⁷ Su questo classico assetto della materia v., per tutti, De Luca Tamajo, 1976.

⁸ Per questa concettualizzazione, nel quadro di un'analisi critica della complessa teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli, v. Pino, 2010.

⁹ Che ho descritto, dalla visuale della dottrina, in Del Punta, 2008.

Costituzione e/o sui diritti fondamentali è, per molti versi, cresciuta, giacché la Carta ha cominciato ad essere vissuta come fronte di resistenza di fronte all'avanzata dei barbari, cioè dell'economia neo-liberista. Un'avanzata che minacciava di rovesciare quella preminenza del sociale sull'economico, nella quale ha sempre trovato alimento l'orgoglio costituzionale di un ampio e influente filone culturale¹⁰.

Nel contempo, il quadro è andato complicandosi anche dal punto di vista concettuale e valoriale, e conseguentemente politico. Ciò in quanto le riforme del diritto del lavoro di segno flessibilizzante hanno cominciato ad essere giustificate non soltanto con l'urgenza di consentire al sistema delle imprese di resistere alla tempesta della globalizzazione, ma anche con l'imperativo di difesa dei livelli di occupazione minacciati dalla competizione globale e dalla correlata riduzione strutturale dei tassi di crescita, oltre che dalle zavorre della situazione italiana, dall'alto debito alla bassa produttività.

La *job creation* ha cominciato a fare aggio, e per taluni - ecco la novità potenzialmente dirimpente - anche ad entrare in conflitto, con la *job protection* (rammento, su tutte, le provocazioni di Pietro Ichino¹¹, che si si sono fatte forti di un utilizzo aggressivo, per le abitudini della materia, delle categorie economiche, ad es. di modelli come quello *insider-outsider*). E in questo caso si trattava, con implicazioni politiche molto più delicate, di un conflitto *intra-rights*, cioè tra diritti appartenenti alla medesima sfera, in sostanza tra i diritti dei lavoratori già occupati e il diritto al lavoro (art. 4) delle persone al di fuori del circuito occupazionale.

Si pensi al dibattito sull'art. 18, protrattosi per anni sino al doppio *vulnus* della Riforma Fornero del 2012 e del "contratto a tutele crescenti" del 2015: un dibattito nel quale il regime di tutela reale è stato preso di mira da una critica economica, alla fine vincente, secondo la quale la presenza di garanzie forti in uscita aveva un effetto depressivo sui livelli occupazionali.

¹⁰ Il sentimento comune al quale è stato così riassunto, come meglio non si potrebbe, da Rodotà, 2013, 48: "Oggi il riferimento sempre più intenso ai diritti fondamentali, piuttosto che l'effetto di una prepotenza ideologica, è il frutto dell'angoscioso bisogno di aggrapparsi a un dato istituzionale forte in un tempo in cui un nuovo "diritto naturale", quello delle leggi economiche, tende ad assorbire l'intero spazio della regolazione".

¹¹ V., ad es., Ichino, 1996.

Non mi interessa qui se questo argomento, come è noto controverso, fosse fondato o meno. Di certo, esso non era irricevibile, essendo il lavoro un bene del quale chiunque, a cominciare ovviamente dal giuslavorista, deve avere la massima cura. L'argomento sfidava, altresì, lo storicismo progressista del discorso di materia, inducendolo a ripiegare su una difesa, anche eticizzante ma naturalmente non solo¹², dell'identità minacciata.

Dibattiti come quello che ho citato, a parte l'assomigliare a un dialogo tra reciproche sordità specie nella versione giuristi/economisti, sono stati però rivelatori, perché hanno fatto emergere, per dirla in breve, che la Costituzione è molto ma non tutto, insomma che essa apre, e ovviamente orienta, il farsi del diritto ma non lo chiude, ridimensionando molto, in corrispondenza, l'area dell'"indecidibile" ferrajoliano. Ciò essenzialmente per tre motivi¹³:

- a) perché i principi costituzionali debbono essere interpretati, e l'interpretazione torna ad esporli, sia pure entro limiti, alla politica e alla storia;
- b) perché possono esserci principi, *ergo* diritti fondamentali, in potenziale conflitto tra loro, a dispetto di quelle che Giampiero Pino ha chiamato posizioni ireniste o comunque coerentiste¹⁴ (che hanno un campione nel già menzionato Ferrajoli, ma che al fondo hanno caratterizzato la maggior parte della dottrina giuslavoristica), il che costringe non tanto a sceglierne uno a scapito di un altro, quanto a cercare un bilanciamento tra essi (come ha appunto fatto, a livello legislativo, la legge n. 146/1990);
- c) *last but not least*, ed è questo un aspetto quasi sempre trascurato dai teorici del diritto, perché possono esservi principi che non si realizzano in forza di meri tratti di penna normativi, ma che richiedono politiche, e dunque una selezione dei mezzi atti a perseguire dati fini; e su tale selezione di politiche, che spetta a sua volta alla politica, auspicabilmente orientata dalle scienze sociali, la Costituzione ha poco, se non nulla, da dire.

¹² Ne è testimonianza la ricchezza dei contributi che *Lavoro e diritto*, in occasione del suo trentennale nel 2016, ha raccolto a partire dallo spunto tematico dell'autonomia o della subordinazione *del* diritto del lavoro, rispetto al pensiero economico più o meno unico. Si v., per tutti, Mariucci, 2016, discusso da Del Punta-Caruso, 2016.

¹³ Che ho già avuto modo di porre in evidenza in precedenti scritti, anche nel confronto con le diverse opinioni di autorevoli colleghi, come in particolare Maria Vittoria Ballestrero.

¹⁴ V. Pino, 2010.

Tutti questi fenomeni hanno fatto sì che, se pure la Costituzione è naturalmente rimasta, almeno nel campo del diritto del lavoro, il primo serbatoio dei diritti sociali fondamentali, dal quale i giudici hanno continuato ad attingere in particolare tramite lo strumento multi-uso dell'interpretazione conforme, la sua forza propulsiva si è in qualche modo, se non esaurita, ridotta.

Essa, in particolare, non si è sinora rivelata in grado di incidere, se non per aspetti non centrali o di fronte a norme vistosamente fuori fase¹⁵, sul processo fondamentale di trasformazione in atto sin dagli inizi del secolo¹⁶, e del quale il *Jobs Act* ha rappresentato la più recente e radicale tappa, cioè sull'apertura del diritto del rapporto di lavoro all'istanza di flessibilità e sulla ridislocazione delle tutele dalla protezione del lavoratore nel rapporto a quella nel mercato del lavoro.

Non rammento sentenze di decisivo rilievo a tale riguardo. In particolare, per restare sul tema più discusso, si è confermato (ma risultava già dalla pregressa giurisprudenza¹⁷) che la tutela ripristinatoria-reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo è priva di un radicamento costituzionale.

Vedremo se accadrà o no lo stesso con il *Jobs Act*, la cui maggiore radicalità lo espone di più al rischio di censure di legittimità, peraltro soprattutto sotto il profilo del principio di eguaglianza e del correlato sindacato di ragionevolezza (si pensi a formule come quella dell'"insussistenza del fatto materiale" ai fini della selezione del regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare ingiustificato, oppure al fatto stesso della disparità di trattamento tra lavoratori a seconda, non più soltanto della dimensione dell'impresa, ma della loro data di assunzione), che resta comunque diverso ed a maglie più larghe rispetto al profilo inerente alla natura "fondamentale" dei diritti in gioco. Saranno probabilmente esplorati, peraltro, anche punti di attacco diversi e più

¹⁵ Ve n'è stata persino una (l'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368/2001, inserita dal d.l. n. 112/2008) che, nell'ansia di porre un argine al contenzioso sui contratti a termine delle Poste, si era preoccupata soltanto di incidere sulle controversie in corso: ovviamente Corte cost., n. 214/2009, non è stata d'accordo.

¹⁶ Cioè da prima che venisse lanciata a livello europeo la parola d'ordine della *flexicurity* (su cui v. *infra*, nel testo). Uno dei maggiori teorizzatori di questo mutamento della filosofia di protezione è stato Marco Biagi (ad es., 2001). Si v. anche, con una costante presenza istituzionale, Treu, 2001.

¹⁷ V. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46.

diretti, ad esempio incentrati su una lettura "forte" (sebbene, a mio avviso, forzata), dell'art. 4 Cost.¹⁸.

Per adesso, comunque, per dirlo con un giudizio riassuntivo, ma senza con ciò sottintendere che il *Jobs Act* sia tutto rapportabile a tale semplificante formula (per quanto esso ampli, indubbiamente, gli spazi di esercizio dei più importanti poteri datoriali), l'impressione di fondo è che il neo-liberismo, almeno sin quando non varca certi limiti, e si preoccupa di introdurre compensazioni sistemiche (è il caso dello scambio fra tutele nel rapporto e nel mercato), non entri in irreparabile contrasto con l'ordine costituzionale¹⁹. Ma mi riservo di integrare questo discorso più avanti, alla luce di uno sguardo allargato all'ordinamento europeo.

In effetti, forse anche per il relativo indebolirsi dell'ancoraggio costituzionale a fronte della profondità dei processi di riforma in atto, molti interpreti hanno cominciato a guardare con maggiore attenzione, unita a speranza, all'Europa. Ma, anche lì, si sono trovati di fronte ad uno scenario che, da forse illusoriamente semplice, si è presto fatto complicato.

3. La resistibile ascesa dei diritti fondamentali europei.

In un primo tempo, e soprattutto dopo l'Accordo sulla Politica Sociale di Maastricht, quando il diritto CE, dopo i vagiti degli anni '70 e i progressi istituzionali degli anni '70, era sembrato scrollarsi di dosso il marchio d'infamia della "frigidità sociale"²⁰, gli interpreti avevano cominciato a credere nell'"armonizzazione nel progresso"²¹.

Ciò, nel campo specifico, attraverso lo strumento principe delle direttive, in relazione alle quali, a dispetto degli intrinseci limiti di efficacia

¹⁸ L'argomento sarà ripreso nel prossimo paragrafo, a proposito dell'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali.

¹⁹ Una maggiore capacità di impatto, ma sempre grazie all'arma del sindacato sulla ragionevolezza, la Corte costituzionale l'ha semmai dimostrata in tema di riforme previdenziali, non meno al centro dell'attenzione di questi anni, in relazione al quale, accanto a numerose pronunce che hanno preso atto della discrezionalità legislativa in materia, altre si sono poste in funzione di contrasto (come la discussa Corte cost., 30 aprile 2015, n. 70, FI, 2015, I, 1855, che ha dichiarato illegittima una norma della l. n. 214/2011 in tema di pensioni).

²⁰ Per una ricostruzione storiografica alquanto diversa (ma a mio avviso non persuasiva), ispirata all'idea che la missione sociale fosse iscritta nel DNA fondativo della Comunità Europea, v. Giubboni, 2003.

²¹ Anche se Massimo D'Antona, 1996, 22, avvertiva che il processo di integrazione avrebbe potuto avere come esito una più pragmatica "armonizzazione funzionalista", piuttosto che una più ambiziosamente "coesiva".

negli ordinamenti nazionali, si è provato in qualche modo a trasporre a livello europeo quella logica di tutela, fondata su prescrizioni minime, sulla quale si erano già edificati i diritti del lavoro nazionali²².

Quello della "cattiva trasposizione" è così divenuto (ad es. in tema di normativa antidiscriminatoria o di diritti dei lavoratori nel trasferimento tra imprese) un *topos* ricorrente di una dottrina rassicurata dalla possibilità di utilizzare la leva comunitaria per un innalzamento o un consolidamento dei livelli di protezione. Di pari frequenza ha cominciato a essere il richiamo alle direttive come canoni di interpretazione.

Questa diffusione orizzontale della normativa CE, poi UE, ha trovato un'importante sponda in quelle sentenze della Corte di Giustizia che, lavorando su materiali spuri, hanno avviato un'opera di faticosa ma progressiva enucleazione di diritti fondamentali di dimensione europea²³.

A forzare troppo questa giurisprudenza ne sono venute, peraltro, anche delusioni per il fronte più radicalmente progressista. Quando le direttive hanno iniziato ad inoltrarsi negli spinosi territori delle tipologie flessibili (come la n. 99/70/CE sul contratto a tempo determinato, palestra di molte esercitazioni giurisprudenziali), e un legislatore nazionale di orientamento revisionista ha approfittato dell'occasione offerta dalla trasposizione interna per introdurre misure di flessibilizzazione (il d.lgs. n. 368/2001), v'è chi ha provato a utilizzare la clausola di non regresso, contenuta (con varie formulazioni) in molte direttive, come linea del Piave nei confronti di mutamenti peggiorativi della legislazione nazionale²⁴. Una tesi però sopra le righe, che difatti non ha trovato vere sponde nella Corte di Giustizia.

Era quindi diffusa la consapevolezza che il pur importante apporto dato da questa prima fase di giurisprudenza comunitaria non fosse sufficiente, da cui l'impegno di un importante filone della dottrina in favore di una costituzionalizzazione dei diritti sociali su scala europea²⁵.

E' anche da questo movimento, come è noto, che è venuta la Carta europea dei diritti sociali fondamentali, che anni dopo, col Trattato di Lisbona, sarebbe riuscita a entrare nel nuovo Trattato europeo (art. 6, comma 1, TUE). Ma sin dalla sua adozione in quel di Nizza la Carta è

²² V., ad es., Sciarra, 2006a.

²³ V. Roccella, 1997, e, con un respiro di ricerca europea, Sciarra, 2001.

²⁴ V., ad es., Carabelli – Leccese, 2004.

²⁵ V., ad es., Sciarra, 2006b; Veneziani, 2004.

divenuta un secondo riferimento imprescindibile, accanto alle Costituzioni, per la tematica dei diritti fondamentali.

È interessante ricordare, tuttavia, che quando è uscita essa è stata oggetto, nella letteratura giuslavoristica, di commenti dottrinali di diverso segno, i quali hanno tradito, talora, una punta di delusione, se non di dissenso. Ciò in quanto i suoi contenuti, improntati a un misurato liberalismo sociale (senza, per intendersi, l'art. 3 comma 2)²⁶, rivelavano, per palati forgiati sulla Costituzione italiana, qualche timidezza o reticenza di troppo; al punto che questi critici si mostravano rassicurati, specularmente, dalla clausola di salvaguardia dei contro-limiti costituzionali, prevista dall'art. 53 della Carta europea.

Esemplare, al riguardo, la posizione di Stefano Rodotà, da un lato volta ad enfatizzare l'importanza della Carta, in particolare per la solenne sottolineatura del valore della dignità della persona, ma dall'altro lato impegnata a ridurre al massimo, grazie alle risorse di una risaputa maestria argomentativa, la distanza tra alcuni principi del documento e le più avanzate frontiere della Costituzione repubblicana²⁷.

Nell'insieme, comunque, la Carta europea non ha aggiunto molto ad un patrimonio di diritti che, almeno nell'ordinamento italiano, era già cospicuo.

Non molto, ma qualcosa, ed anche di importante, sì.

Merita una menzione, anzitutto, il diritto al lavoro, nel senso apparentemente sotto tono, ma in realtà più importante di alate proclamazioni, di diritto a poter contare su servizi che favoriscano il collocamento al lavoro, che si può facilmente dedurre dall'art. 29 della Carta, e che è parte dominante delle attuali politiche del lavoro europee, rivolte a rafforzare l'*employability* delle persone ed a proteggerle nelle transizioni di mercato.

Ma, soprattutto, e per restare nel cuore dell'attualità politica, mentre la Costituzione italiana tace sul tema del licenziamento, come è naturale data l'epoca della sua elaborazione, l'art. 30 della Carta attribuisce ad ogni lavoratore "il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alla legislazione e prassi nazionali".

²⁶ Per questa lettura della Carta debbo ancora rimandare, per economia di esposizione, a Del Punta, 2001.

²⁷ V. Rodotà, 2013, spec. 28 ss.

La presenza di questo limite²⁸ ha escluso, dal novero delle possibili scelte del legislatore del 2015, quella della sostituzione dell'attuale sistema, incentrato sul controllo giudiziale sulla giustificazione del licenziamento, con un meccanismo prevedente l'erogazione di un'indennità (di importo tendenzialmente ridotto) a fronte di ciascun licenziamento disposto per ragioni economiche, a prescindere dall'accertamento del carattere non giustificato dello stesso. Ciò, sebbene questa diversa soluzione sia rientrata in qualche misura dalla finestra, mediante il cavallo di Troia rappresentato dall'incentivazione molto spinta (grazie ad un bonus fiscale) nei riguardi della conciliazione della lite.

Il che però non significa, a mio parere, che l'art. 30 offra argomenti per una contestazione del superamento, ormai quasi del tutto realizzato col d.lgs. n. 23/2015 (dopo la soluzione compromissoria dell'art. 18, l. n. 300/1970, come novellato dalla Riforma Fornero del 2012), della tutela ripristinatoria/reintegratoria. Ciò in quanto la scelta del regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato è comunque lasciata agli ordinamenti nazionali.

Resta spazio, però, per un sindacato sull'idoneità dissuasiva dei rimedi previsti, e in particolare sull'adeguatezza degli importi indennitari accordati al lavoratore illegittimamente licenziato, in specie se con bassa anzianità di servizio. È probabile che eventuali ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale aggrediranno questo profilo.

Il rilievo dell'art. 30, come *aliquid novi* portato dalla Carta europea rispetto alla Costituzione, non può essere certamente sottovalutato, data la centralità politica del tema dei licenziamenti nel processo di trasformazione del diritto del lavoro, che rappresenta la prospettiva di questo contributo.

Ciò nonostante, resto dell'idea che l'assunzione della Carta europea a livello del Trattato non abbia, nel complesso e almeno allo stato, significativamente rafforzato il patrimonio dei diritti sociali fondamentali legati al lavoro.

Ma ciò non tanto per via di applicazioni rigorose dell'art. 51, comma 1, della Carta stessa, che ne limita l'applicazione all'attuazione del diritto dell'Unione. Infatti, a parte che la "protezione dei lavoratori in caso di

²⁸ Più che di quello derivante dal pur ancora più incisivo art. 24 della Carta sociale europea, che è complessivamente finita in un singolare dimenticatoio.

risoluzione del rapporto di lavoro” rientra tra le materie nelle quali, per l’art. 153, comma 1, TFUE, è previsto che l’Unione sostenga e completi l’azione degli Stati membri, mi parrebbe paradossale dimenticare che tutte le riforme strutturali discusse in questi anni hanno un diretto addentellato europeo (anche se qui sto parlando non tanto dell’Europa dei Trattati e dei diritti, quanto di quella dell’economia e dell’austerità, sulla quale tornerò tra poco). Mi sento di desumerne che, in linea di massima, la Carta europea dovrebbe poter fungere da contro-limite in questa ampia zona di riforme, senza delimitazioni troppo zelanti del suo possibile campo di operatività.

La questione mi pare, invece, di contenuto dei diritti fondamentali proclamati a livello europeo, che per un ordinamento con una solida base costituzionale come il nostro restano importanti a livello di conquiste storiche, ma non supportano, alla fine dei giochi, il tentativo di ravvisare nella Carta una super-clausola di non regresso.

Del resto, anche la dottrina che maggiormente insiste sul valore dei diritti fondamentali, piuttosto che “sporcarsi le mani” con riflessioni sul contenuto dei medesimi, tende spesso ad enfatizzarne la portata complessiva, ideologica nel senso anche bello del termine, non di rado additandoli come simboli di resistenza della persona di fronte all’avanzata della logica economica capitalistica.

Il già evocato e da poco compianto Stefano Rodotà, ad esempio, ha scritto pagine bellissime sulla dignità, incluso un suggestivo collegamento tra il principio dignità e quello di sufficienza della retribuzione, nel nome di una “nuova antropologia”, ma non direi che le sue parole aiutino a penetrare davvero la dimensione problematica, e qualche volta tragica, del tema dei diritti fondamentali²⁹.

Sullo sfondo di questo tipo di approccio continua a giocare un ruolo la negazione, à la Ferrajoli, della possibilità stessa di un conflitto tra diritti fondamentali: un punto circa il quale mi sembrano da accogliere le puntualizzazioni critiche di Giampiero Pino³⁰.

In ogni caso, le considerazioni svolte trovano riscontro in una giurisprudenza che ha sin qui fatto, dei principi e dei diritti della Carta europea dei diritti fondamentali, un impiego alquanto cauto. Pertanto anche in questo caso, come già in rapporto alla Costituzione, ritengo che

²⁹ V. Rodotà, 2013, 179 ss.

³⁰ V. Pino, 2010.

la maxi-riforma del diritto del lavoro adottata dal Governo Renzi dovrebbe riuscire a passare, nel complesso (e pur con i segnalati dubbi in merito ad alcuni aspetti della disciplina del licenziamento), il vaglio di un sindacato (che potrebbe essere, al limite, anche di costituzionalità per il tramite dell'art. 117, Cost.³¹) condotto alla luce della Carta.

A mutare le cose potrebbe essere una generalizzata attribuzione di efficacia diretta orizzontale alle previsioni della Carta europea: ma essa (al di là degli effetti stravolgenti che potrebbe avere sull'ordine giuridico interno) pare riconosciuta, allo stato, soltanto a norme già presenti a livello di Trattato (come quelle che sanciscono la parità di retribuzione tra uomini e donne, o il divieto di discriminazione per età³²), e comunque già coperte in misura soddisfacente dagli ordinamenti nazionali, incluso quello italiano³³. Ciò anche in ragione dell'ostacolo rappresentato dal fatto che pressoché tutte le norme della Carta sono di mero principio, *ergo* non auto-applicative³⁴.

Last but not least, ad impedire un'espansione in senso forte del raggio di incidenza dei diritti fondamentali milita pure la circostanza, già emersa nella trattazione, che mentre da un lato il processo di armonizzazione normativa nel progresso sembra essersi arrestato a seguito

³¹ Sulla scia dell'indirizzo inaugurato, in riferimento alla CEDU, da Corte cost. n. 348/2007 e n. 348/2007, FI, 2008, I, 39-72.

³² V. CGUE, 19 gennaio 2010, C-555/07, Kukuldeveci.

³³ Per la negazione di effetti diretti della Carta, in un caso riguardante proprio il diritto del lavoro, v. CGUE, 15 gennaio 2014, C-176/12, Association de médiation sociale: "L'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea, deve essere interpretato nel senso che esso - ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva, come l'art. L. 1111-3 del *Code du travail* francese, sia incompatibile con il diritto dell'Unione - non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale".

³⁴ Né il quadro muta sostanzialmente se al richiamo della Carta europea aggiungiamo quello della CEDU (senza con ciò entrare nel complicato tema dell'adesione dell'UE alla CEDU), anche perché essa non contiene principi che rechino particolari addizioni di tutela nel campo specifico del lavoro. Inoltre, ma anche qui procedendo senza organicità, le sentenze della Corte di Strasburgo danno luogo, di solito, ad applicazioni misurate del metodo del bilanciamento. Si prenda ad esempio CEDU, IV sez., 12 gennaio 2016, Barbulescu c. Romania, la quale ha affermato che le ingerenze del datore di lavoro negli strumenti informatici in dotazione ai dipendenti sono di massima legittimità alla luce del diritto al rispetto della vita privata ex art. 8, CEDU, purché, come nel caso, preventivamente pubblicizzate e non eccessivamente invasive. Da questa pronuncia, tra l'altro, sembra lecito desumere la compatibilità con la Convenzione del nuovo art. 4 dello Statuto dei diritti dei lavoratori, come riscritto dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015.

dell'allargamento dell'UE, dall'altro lato le letture più garantistiche del corpo europeo dei diritti fondamentali si presentano in tendenziale antinomia rispetto ad un'altra Europa, con la quale occorre pure fare i conti, anche perché sempre più dominante: quella della prevalenza delle politiche occupazionali sui temi della tutela del lavoro (Strategia di Lussemburgo: 1997), della *flexicurity* e delle riforme strutturali dei sistemi di diritto del lavoro (2006-2008), e più di recente, drammaticamente, del *Fiscal Compact* e dell'austerità.

Nel contesto attuale dell'Europa economica, è realisticamente difficile, pertanto, che l'Europa dei diritti possa espandersi oltre un certo limite, né tantomeno si può pensare che la Corte di Giustizia possa mettersi di traverso rispetto all'impostazione di fondo delle politiche economiche e del lavoro europee³⁵. Ciò, a maggior ragione, in considerazione del fatto che già nel classico *acquis* comunitario c'è tutta la potenziale carica destrutturante, sui diritti del lavoro nazionali, sprigionabile dalle libertà economiche, e in particolare dalla libertà di prestazione dei servizi³⁶.

Quanto si è osservato, tuttavia, non deve far dimenticare che l'insieme dei diritti fondamentali che possono essere tratti dai principi espressi da Costituzione, Carta europea dei diritti fondamentali e CEDU, resta comunque tale da consentire potenti sincretismi interpretativi che, anche per effetto dei rimandi reciproci tra queste fonti, e tra i corrispondenti orientamenti delle rispettive Corti superiori, si stanno dimostrando in grado di incidere in misura significativa su diversi argomenti, nonché, soprattutto per il tramite dell'interpretazione conforme, sui processi interpretativi del diritto nazionale³⁷.

³⁵ In argomento, v. Fontana, 2015.

³⁶ Per un segnale controcorrente di progresso nella delicata materia del distacco transnazionale dei lavoratori, si v. la direttiva 2014/67/UE, che è stata recepita, in Italia, dal d.lgs. n. 136/2016.

³⁷ Va detto, peraltro, che questi sincretismi non risultano sempre persuasivi. Ad es. Cass., Sez. Lav., n. 2210/2006, tra l'altro redatta da un magistrato di riconosciuta competenza sul tema, oltre che serietà, trovandosi a scrutinare la disposizione di legge che esclude gli apprendisti dal computo dell'organico occupazionale ai fini dell'applicazione di varie discipline tra cui quella sulle assunzioni obbligatorie dei lavoratori disabili, ha ritenuto la stessa illegittima in nome del principio di tutela del disabile, figurante in tutte le Carte europee ed internazionali (inclusa la Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti del disabile). Fra il principio e l'implicazione che la sentenza ne ha ricavato non sembra però esservi un nesso stringente, visto che il legislatore domestico ha comunque la facoltà di graduare gli obblighi di assunzione a seconda della consistenza occupazionale dell'impresa, ed ha pure quella di stabilire i criteri di computo di tale consistenza, senza che possa essergli opposto un generico

Su tale piano, tra l'altro, i ragionamenti a partire dai diritti fondamentali veri o presunti tendono a confondersi, nella giurisprudenza, con quelli semplicemente ispirati alle direttive UE, che anche quando non contengono diritti fondamentali in senso proprio, incidono comunque, in qualche modo dall'alto, sull'interpretazione delle norme interne di recezione (penso a capitoli giurisprudenziali come quelli relativi alla nozione di orario di lavoro o di trasferimento di impresa, nei quali la giurisprudenza europea ha giocato un ruolo decisivo).

4. Eppure fondamentali restano.

La mia conclusione è che, dalla visuale specifica del diritto del lavoro, il tema dei diritti fondamentali assume una connotazione peculiare rispetto ad altre discipline, per ragioni almeno in parte riconducibili al fatto che tale tema si è posto non in un'ottica di penetrazione di nuovi diritti in contesti dai quali essi erano assenti, bensì in una di apprestamento di una *seconda linea difensiva*, una volta sgretolatosi il primo fronte a seguito dei processi di smottamento delle garanzie dovuti all'avanzata della legislazione della flessibilità.

Peraltro, quelle prevedenti diritti ipoteticamente fondamentali sono di solito norme di principio, come tali soggette ad interpretazioni che debbono riscattarne un contenuto spesso vago e indeterminato, nonché passibili di entrare in conflitto con altri principi e quindi esposte, per definizione, alla logica del *bilanciamento*³⁸.

Resta improbabile, pertanto, che i diritti in discorso possano frapporre ostacoli insormontabili a normative di riforma anche radicale come quelle attuate, nel recente periodo, in Italia come in altri paesi europei.

Nondimeno, tali diritti restano comunque importanti come argini di fronte agli eccessi di quella legislazione, oltre che come *pro memoria* del dovere di ricercare degli *equilibri sistemici*, come nello scambio, pur certamente problematico, fra tutele nel rapporto e nel mercato, che è all'origine della proposta europea della *flexicurity*.

favor verso i disabili. E' significativo, di passaggio, che la pronuncia abbia invocato l'art. 26 della Carta europea dei diritti fondamentali come parametro interpretativo, pur riconoscendo che la questione esaminata esula dal campo del diritto UE.

³⁸ Salvo che per posizioni come quella già ricordata di Ferrajoli, il quale, negando il conflitto a monte, nega anche il bilanciamento a valle, e ammette, al massimo, una ponderazione rispetto al caso concreto: v. Ferrajoli, 2013, spec. 82 ss.

In questo spirito, si è autorizzati a richiedere (anche se, va ammesso, per adesso più a livello politico che strettamente costituzionale) alla legislazione di riforma la piena coerenza con se stessa: se essa prefigura un modello nuovo di protezione del lavoratore, orientato al rafforzamento della sua posizione nel mercato del lavoro, occorre che tale posizione venga supportata da un'adeguata dotazione di diritti (ad es., alla formazione ed alla riqualificazione professionale), e soprattutto da una rete moderna di servizi per il lavoro.

Quando la Carta dei diritti fondamentali fu adottata, vi furono, per le strade di Nizza, violenti scontri di piazza, che esprimevano una profonda insoddisfazione per la forza sociale del documento. Col senno di poi, invece, e a mio giudizio anche con quello di allora, la Carta può essere considerata un passaggio cruciale (anche se non necessariamente risolutivo) nella difesa del modello sociale europeo in un contesto globale ormai irreversibilmente mutato.

E la dottrina, al riguardo, può fare ancora molto, tanto per concorrere a perfezionare i processi interpretativi in materia, quanto per riflettere, forse con una dose di concretezza maggiore di quella spesa sino ad ora, sull'effettivo contenuto di tali diritti, al fine di sceverare ciò che è fondamentale, ma non può essere fatto automaticamente coincidere con tutto il diritto del lavoro classico, da quello che non lo è.

D'altronde, quando tutto diviene fondamentale, si rischia che nulla finisca con l'esserlo.

Riferimenti bibliografici

- M. Biagi (2001), *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, I, 257-289.
- G.Bronzini – R.Cosio, a cura di (2017), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano: Giuffrè.
- Carabelli U. – Leccese V. (2004), *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, DLRI, 535-559.
- Caretti P. (2011), *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino: Giappichelli.
- Caretti P. (2016), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Napoli: ESI, 9-42.

- D'Antona M. (1996), *Sistema giuridico comunitario*, in Baylos Grau A., Caruso B., D'Antona M., Sciarra, S. (a cura di), Milano: Monduzzi, 3-46.
- De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli: Jovene.
- Del Punta R. (2001), *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, DRI, 335-346.
- Del Punta R. (2008), *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana, Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Milano: Giuffrè, 253-402.
- Del Punta R. (2013), *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, LD, 37-57.
- Del Punta R.-Caruso B. (2016), *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, LD, 645-678.
- Ferrajoli L. (2001), *I diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari: Laterza.
- Ferrajoli L. (2013), *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna: Il Mulino.
- Fontana G. (2015), *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in Caruso B. – Fontana G. (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna: Il Mulino, 131-168.
- Giubboni S. (2003), *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna: Il Mulino.
- Giubboni S. (2016), *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto al lavoro*, in Mezzanotte F. (a cura di), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea e il diritto privato*, Roma: Roma Tre-Press, 179-196.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Milano: Mondadori.
- Mariucci L. (2016), *Culture e dottrine del giuslavorismo*, LD, 585-644.
- Pino G. (2010), *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, 2, 287-306.
- Roccella M. (1997), *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli.
- Rodotà S. (2013), *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma: Laterza.
- Sciarra S., ed. (2001), *Labour Law in the Courts*, Oxford-Portland: Hart Publishing.

- Sciarra S. (2006a), *Norme imperative nazionali e europee: le finalità del diritto del lavoro*, DLRI, 39-69.
- Sciarra S. (2006b), *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in Garofalo D. e Ricci M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari: Cacucci, 41-54.
- Treu T. (2001), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna: Il Mulino.
- Veneziani B. (2004), *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. IV, parte V, Milano: Giuffrè, 3803-3878.
- Zoppini A. (2016), *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in Mezzanotte F. (a cura di), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione Europea e il diritto privato*, Roma: Roma Tre-Press, 9-40.