



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2020

**A cinquant'anni dallo Statuto:
come è cambiato il lavoro
e la sua tutela
nell'ordinamento multilivello**

di Fausta Guarriello

EDITORIALE SCIENTIFICA



A CINQUANT'ANNI DALLO STATUTO: COME È CAMBIATO IL LAVORO E LA SUA TUTELA NELL'ORDINAMENTO MULTILIVELLO

Fausta Guarriello

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Università G. D'Annunzio di Chieti-Pescara

ABSTRACT

ITA

Nel richiamare la funzione storica dello Statuto dei lavoratori a cinquant'anni dalla sua approvazione, l'articolo illustra i cambiamenti intervenuti nel mondo del lavoro e le difficoltà di tenuta del modello statutario a fronte della frantumazione del lavoro e della sua rappresentanza, favorita dai cambiamenti epocali di liberalizzazione dei mercati e dagli incessanti processi di riforma del mercato del lavoro. L'articolo considera le diverse fasi del processo di integrazione europea e l'inserimento della tutela del lavoro nell'ordinamento multilivello che, se ha esteso e rafforzato un importante nucleo di diritti fondamentali di matrice statutaria, ha anche contribuito alla circolazione di modelli improntati a una visione neo-liberista di flessibilità e adattabilità del mercato del lavoro alle esigenze dell'impresa, divenuta paradigma dominante dei processi di riforma imposti dalla *governance* macroeconomica nella stagione dell'austerità.

EN

Recalling the historical function of the Workers' Statute fifty years after its approval, the article explains the main changes that have taken place in the world of work and the challenges in keeping the statutory model due to the fragmentation of the work and its representation, favoured by the landmark changes of market liberalization and the ongoing processes of labour market reform. The article considers the different phases of the European integration process and the inclusion of labour protection in the multi-level system which, while it has extended and strengthened an important core of statutory

fundamental rights, it has also spread models based on a neo-liberal vision of flexibility and adaptability of the labour market to the business's needs, become the dominant paradigm of the market-driven reform processes imposed by macroeconomic governance during the austerity period.

SOMMARIO: 1. LO STATUTO COME LEGGE DI ATTUAZIONE COSTITUZIONALE: LA TUTELA DELLA LIBERTÀ E DIGNITÀ DEI LAVORATORI NEI LUOGHI DI LAVORO; 2. SEGUE: IL SINDACATO COME CONTROPOTERE IN AZIENDA; 3. I DIRITTI DEL LAVORO DI MATRICE COMUNITARIA E LA LORO INTEGRAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO; 4. LE PRIME SMAGLIATURE NELLA RETE DI PROTEZIONE DEI DIRITTI; 5. DAL METODO COMUNITARIO CLASSICO AL METODO APERTO DI COORDINAMENTO: *SOFT LAW* E GOVERNO DEI NUMERI; 6. IL PARALLELO PROCESSO DI COSTITUZIONALIZZAZIONE DEI DIRITTI SOCIALI: LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA E I LIMITI DELLA SUA APPLICAZIONE TRA GOVERNO DEI GIUDICI E BLOCCO DEL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE; 7. LA CRISI E LE MISURE DI AUSTERITÀ: IL DIRITTO DEL LAVORO DEROGABILE COME STRUMENTO DI SVALUTAZIONE COMPETITIVA E LA SUA ATTRAZIONE NEI MECCANISMI DI GOVERNANCE MACROECONOMICA. IL PILASTRO SOCIALE COME TENTATIVO DI RESTITUIRE VISIBILITÀ SOCIALE ALL'IMMAGINE DELL'EUROPA.

1. Lo Statuto come legge di attuazione costituzionale: la tutela della libertà e dignità dei lavoratori nei luoghi di lavoro

L'approvazione della legge 20 maggio 1970, n. 300, recante “Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento” rappresenta ancora oggi l'apice del processo di costruzione del nuovo diritto del lavoro¹ sulla base dei principi di promozione e tutela del lavoro sanciti dalla Costituzione repubblicana. La legge n. 300, nota come Statuto dei lavoratori, è infatti legge di attuazione di principi costituzionali (lavoro come fondamento della cittadinanza, riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, pari dignità sociale e uguaglianza formale e sostanziale, diritto al lavoro, libertà di riunione, di associazione, di fede religiosa, di opinione e di manifestazione del pensiero, diritto alla salute, alla professionalità, libertà sindacale, diritto di sciopero) in quella peculiare “formazione sociale ove si svolge la

¹ Si tratta dell'intervento normativo che, più di ogni altro, ha caratterizzato la stessa identità del diritto del lavoro italiano: così R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, 2008, p. 82. Tra i tanti omaggi resi allo Statuto nel cinquantennale: M.V. BALLESTRERO, *Uno Statuto lungo cinquant'anni*, *RGL*, 1, 2020, p. 20, per cui lo Statuto rappresenta ancor oggi uno snodo della vicenda del diritto del lavoro e una componente essenziale dell'identità del diritto del lavoro.

sua personalità” che è il luogo di lavoro, dove il lavoratore è esposto – in esecuzione del contratto di lavoro subordinato – al potere privato del datore di lavoro-imprenditore, definito dall’art. 2086 c.c. capo dell’impresa da cui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori.

Un primo aspetto da mettere a fuoco parlando dello Statuto è il contesto di riferimento, l’impresa, nella cui organizzazione il lavoratore è inserito per svolgere la prestazione di lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell’imprenditore (art. 2094 c.c.). Né va dimenticato che all’epoca dello Statuto il contratto di lavoro subordinato era ancora prevalentemente disciplinato dalle norme del codice civile, con qualche specifica eccezione di leggi speciali intervenute a correggere la formale simmetria delle parti, come la legge n. 604/66, che aveva introdotto l’obbligo di giustificare il licenziamento. In questo quadro, la nuova legge ha dato attuazione al principio lavorista su cui è fondata la Repubblica, tenendo conto dei bisogni del lavoratore concreto² e dello squilibrio di potere che caratterizza il contratto di lavoro subordinato, in cui il lavoratore è inserito nell’organizzazione altrui e assoggettato al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, concepito come *Herr im Hause*³: il che equivale a dire che sino ad allora i diritti riconosciuti dalla Costituzione al cittadino si arrestavano alla soglia della fabbrica.

L’obiettivo di democratizzare la fabbrica, o di portare la Costituzione nelle fabbriche⁴, sostenuto dalla dottrina costituzionalista di cui era massimo esponente Ugo Natoli⁵, fondatore e direttore della Rivista giuridica del lavoro, è stato perseguito introducendo penetranti limiti sostanziali e procedurali all’esercizio del potere direttivo del datore di lavoro (per tutti: il divieto di indagini sulle opinioni, la procedimentalizzazione del potere disciplinare secondo criteri ispirati al principio di

² C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, DL, 1954, I, pp. 149-212, ripubblicato in L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e “il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Milano, 2005, pp. 7-102; O. MAZZOTTA, *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, LD, 2010, p. 31 per il quale con lo Statuto «i diritti vengono inseguiti fin nei luoghi in cui si devono realizzare».

³ Così: U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell’art. 2086 c.c.*, RTDPC, 1977, p. 1048 ss.

⁴ Secondo l’espressione utilizzata da Giuseppe Di Vittorio presentando al III Congresso della Cgil di Napoli, 1952, la proposta di uno «Statuto per la difesa dei diritti, della libertà e della dignità del lavoratore nell’azienda».

⁵ U. NATOLI, *I limiti costituzionali all’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.

legalità, il divieto di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle contrattualmente pattuite, il divieto di discriminare i lavoratori per motivi politici, sindacali o per la partecipazione allo sciopero). L'impostazione basata sull'attribuzione di diritti espressione di libertà e dignità del lavoratore rispetto a pratiche correnti di esercizio del potere di comando da parte del datore di lavoro in modo del tutto discrezionale, quando non arbitrario (uso di personale di vigilanza, controlli, accertamenti sanitari, sanzioni disciplinari discrezionali, schedatura del personale, trasferimento di lavoratori sindacalizzati in appositi reparti-confino) ha avuto l'importante valenza di tracciare una netta linea di demarcazione tra esercizio legittimo di tale potere – necessitato dalla stessa struttura gerarchico-funzionale dell'impresa e dalla nozione di subordinazione – e suo abuso, opponendo all'interesse dell'impresa l'esistenza di diritti della persona costituzionalmente tutelati.

La linea di garantismo individuale faceva riferimento per la concreta definizione di detti limiti su specifici divieti (ad es. di indagine su opinioni o fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore, quali opinioni politiche o sindacali), ovvero su obblighi di negoziare con le rappresentanze sindacali aziendali o le commissioni interne le modalità di esercizio dei relativi poteri (ad es. in materia di impianti audiovisivi da cui derivi la possibilità di controllo a distanza dei lavoratori), o, in mancanza di accordo, su provvedimenti della pubblica autorità – ispettorato del lavoro, oggi direzione territoriale del lavoro – (ad es. impianti audiovisivi, visite personali di controllo).

La tecnica normativa più incisiva utilizzata per l'affermazione dei diritti di libertà e dignità dei lavoratori nei luoghi di lavoro è stata quella della inderogabilità della norma di legge da parte dell'autonomia privata, sia individuale che collettiva: l'esempio più noto è la nullità dei patti contrari al regime legale in tema di mansioni, norma finalizzata a tutelare la professionalità del lavoratore, divenuta in fase applicativa uno dei capisaldi della tutela statutaria. L'altro caposaldo, conosciuto ben oltre la cerchia degli specialisti e cultori della materia, è l'art. 18, che ha introdotto contro il licenziamento illegittimo (perché discriminatorio, ingiustificato o privo di forma scritta) una forma di tutela ripristinatoria consistente nella reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (cd. tutela reale).

L'opzione di politica del diritto sottesa al garantismo individuale di cui al titolo I e all'art. 18 dello Statuto ha a che vedere con un'accre-

sciuta devoluzione della risoluzione delle controversie di lavoro all'autorità giudiziaria, in particolare al giudice monocratico specializzato in materia di lavoro introdotto dalla legge sui licenziamenti individuali n. 604/1966, confermata dallo Statuto, poi generalizzata dalla riforma del processo del lavoro del 1973: il pretore. Sin dalla fase preparatoria, la legge n. 533/1973 è stata considerata come il naturale completamento sul piano processuale dello Statuto, ispirata com'era ai principi chiovendiani di oralità, concentrazione e immediatezza, e per questo atta a rispondere alla crescente domanda di giustizia proveniente dal mondo del lavoro⁶. Sulla disciplina statutaria si è formata la prima leva di giudici del lavoro, i cd. pretori d'assalto, fortemente motivati dal clima politico che si respirava in quegli anni e dalle lotte operaie che avevano preceduto e accompagnato l'emanazione dello Statuto, con nuove rivendicazioni e conquiste sindacali, quali la salute nei luoghi di lavoro, l'inquadramento unico operai-impiegati, l'egualitarismo salariale. Il nuovo rito del lavoro ha assicurato effettività alle norme statutarie e il giudice del lavoro è diventato componente essenziale non solo del sistema giuridico formale di diritto del lavoro, bensì del complessivo assetto delle relazioni industriali nel nostro paese.

L'effettività della disciplina statutaria è stata assicurata, in particolare, dal nuovo sistema rimediabile contro il licenziamento illegittimo, che – applicata da un giudice specializzato, particolarmente sensibile allo squilibrio di potere sancito dalla nozione di subordinazione – ha garantito al lavoratore attraverso la reintegrazione nel posto di lavoro un'effettiva capacità di reazione a tutte le violazioni commesse dal datore di lavoro nel corso del rapporto, come non ha mancato di sottolineare la giurisprudenza costituzionale, da ultimo nella pronuncia n. 194/2018 sulla nuova disciplina delle tutele crescenti.

L'intervento del giudice nei conflitti di lavoro, che prende avvio in questa fase e che presto assumerà una dimensione inedita per ampiezza

⁶ R. SANLORENZO, *Giudici e processo del lavoro dallo Statuto ad oggi*, RGL, 1, 2020, p. 171 ss. ricorda come il nuovo processo del lavoro abbandonasse almeno in parte lo schema tradizionale del processo civile e della parità formale delle parti di fronte al giudice arbitro terzo, per approdare ad un impianto ispirato apertamente al 2° comma dell'art. 3, e fondato su dinamiche di superamento della disegualianza affidate al governo del pretore del lavoro e dei suoi poteri d'ufficio, svincolandolo dal sistema legale delle fonti di prova del codice civile. Il processo del lavoro realizzava la tutela dei diritti dei lavoratori in termini di effettività, rapidità e gratuità, sottraendo alla parte economica più forte il vantaggio di giocare su tempi lunghi e su difese dilatate.

e profondità, animata da costante riferimento all'interpretazione evolutiva dei principi costituzionali, susciterà nel tempo critiche e riserve indirizzate non solo alla radicalità di alcune letture delle norme statutarie, ma alla stessa intromissione del giudice nella vita dell'impresa, con il carico di incertezza che l'intervento giudiziario pone in termini di esiti e di costi. D'altro canto, il crescente ruolo della giurisprudenza ha favorito, su ambo i fronti, lo sviluppo di una nuova categoria di avvocati specializzati nel rito del lavoro, a cui non ha mancato di accedere in massa la prestigiosa casta degli accademici, desiderosi di mettere in pratica quanto professato nelle aule universitarie o sulle riviste di dottrina.

2. Segue: Il sindacato come contropotere in azienda

Accanto all'obiettivo costituzionale di realizzazione dei diritti di libertà e dignità nei luoghi di lavoro, affidato a una giustizia del lavoro meno costosa e più accessibile, lo Statuto ha affiancato un disegno promozionale o di sostegno della presenza sindacale in azienda. Delle due correnti di pensiero, tradotte in due distinte opzioni di politica del diritto, quella promozionale della presenza sindacale nei luoghi di lavoro ha costituito l'aspetto più innovativo per la realtà delle relazioni industriali nel nostro paese, fondata com'è sull'assunto che l'effettività dei diritti individuali dei lavoratori nei luoghi di lavoro non può che essere assicurata dalla agibilità dei sindacati in azienda attraverso il riconoscimento legale di una serie di diritti strumentali all'esercizio dell'attività sindacale. Ispirato alla legislazione nord-americana del *New Deal* e alla legislazione federale tedesca e svedese di sostegno al sindacato⁷, il titolo III dello Statuto, dedicato all'attività sindacale, sposa una filosofia interventista di impronta riformista completamente nuova, che non mira a regolare il fenomeno sindacale – ormai saldamente ancorato nel

⁷ In particolare, più che alla tradizionale posizione di *Abstention of the Law*, la legislazione di sostegno è ispirata dalla legislazione del *New Deal* di F.D. Roosevelt che, con il *Wagner Act* del 1935, aveva imposto al datore di lavoro il riconoscimento del sindacato in azienda, il divieto di atti e comportamenti discriminatori e di pratiche antisindacali, l'adozione di tecniche sanzionatorie più efficaci delle tradizionali tecniche civilistiche. Questa legislazione ha esercitato notevole influenza sulla formulazione delle Convenzioni internazionali dell'OIL n. 87/1948 e 98/1949 in tema di libertà sindacale e di diritto alla contrattazione collettiva.

secondo dopoguerra a radici privatistico-volontaristiche e all'accettazione del modello pluralista – bensì a fornire allo stesso strumenti di azione all'interno dei luoghi di lavoro⁸. Nel fare ciò lo Statuto contribuisce in maniera decisiva a svecchiare le relazioni collettive di lavoro, imponendo alle imprese con più di 15 dipendenti di sostenere i costi economici e organizzativi dell'attività sindacale in azienda: assemblee, referendum, permessi, contributi e trattenute sindacali, affissioni, locali dedicati sono lo strumentario necessario al radicamento del sindacato nei luoghi di lavoro e allo svolgimento dell'attività quotidiana di rappresentanza degli interessi dei lavoratori.

La norma di ingresso per godere dei benefici di cui al titolo III, l'art. 19, era volutamente selettiva: nell'originaria formulazione rappresentanze sindacali aziendali potevano essere costituite su iniziativa dei lavoratori nell'ambito di sindacati affiliati alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale (rappresentatività storica derivante dalla affiliazione alle storiche confederazioni Cgil, Cisl e Uil), ovvero di sindacati non affiliati alle predette confederazioni ma firmatari di contratti nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva (rappresentatività tecnica). La formula legislativa di sostegno al sindacato maggiormente rappresentativo rompeva con la concezione rigorosamente privatistica di regolazione del fenomeno sindacale a seguito della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., in favore di una concezione di matrice pubblicistica volta a selezionare i sindacati che, per storia e caratteristiche strutturali e funzionali, sono considerati ampiamente rappresentativi degli interessi dei lavoratori. A tali sindacati la legge riconosce la prerogativa di costituire rappresentanze sindacali in azienda e di svolgere attività sindacale nei luoghi di lavoro, codificando e generalizzando i diritti sindacali conquistati nei più importanti contratti collettivi nazionali nell'ultima tornata contrattuale pre-statutaria⁹.

L'operazione appariva ardita perché nella stagione di lotte del cd. autunno caldo nuove forme di rappresentanza spontanea dei lavoratori (i delegati, i consigli di fabbrica) avevano attivamente contestato

⁸ T. TREU, *Sindacato e rappresentanze aziendali*, Bologna, 1971; M. GRANDI, *L'attività sindacale nell'impresa*, Milano, 1976; da ultimo L. NOGLER, *Statuto dei lavoratori e ideologia del "nuovo sindacato"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, parte I, pp. 143 ss.

⁹ Sulla mediazione del Ministro del lavoro Donat-Cattin che ha chiuso la vertenza per il rinnovo del CCNL dei metalmeccanici 1969 v. L. NOGLER, *op. cit.*

e rimpiazzato i sindacati tradizionali nelle grandi realtà produttive: la scommessa del legislatore del 1970 è stata di tenere aperta la dialettica tra rappresentanti e rappresentati nei luoghi di lavoro prevedendo, da un lato, l’iniziativa dei lavoratori per la costituzione di rsa, dall’altro, un collegamento di queste con le strutture sindacali esterne ai luoghi di lavoro.

Il progetto riformista alla base del titolo promozionale dello Statuto¹⁰ fu contestato nei primi anni sia da quanti temevano l’esposizione delle imprese al rischio di conflittualità permanente, sia da chi lo vedeva come un progetto di ammodernamento del capitalismo che avrebbe “ritardato l’abbattimento dello Stato borghese e la conquista del potere da parte della classe operaia e del proletariato”¹¹. Il giudizio storico ha mostrato che il disegno riformatore si è mostrato invece idoneo a favorire il recupero del dissenso grazie alla capacità dei sindacati confederali, di lì a poco vincolati al patto di unità d’azione, di riconoscere come proprie strutture di base gli organismi spontanei sorti nelle fabbriche, i consigli dei delegati, cui sono stati attribuiti i diritti sindacali riconosciuti dallo Statuto. Questo bagno di umiltà ha consentito al sindacalismo storico di rigenerarsi¹² e di assumere le rivendicazioni provenienti dalle strutture di base – soprattutto nelle grandi aziende – come piattaforma per il rinnovo del contenuto della contrattazione collettiva, diventata protagonista di una stagione assai innovativa di conquiste sociali.

Alcuni aspetti meritano di essere segnalati, anche in vista degli svi-

¹⁰ La cui paternità è stata attribuita, in particolare, a Gino Giugni, presidente della Commissione di studio incaricata di redigere il testo della legge, consigliere del Ministro del lavoro Giacomo Brodolini, sotto la cui direzione erano stati avviati i lavori, e poi di Carlo Donat-Cattin, che gli era succeduto come ministro. La linea promozionale, o di istituzionalizzazione del sindacato in azienda, sostenuta da Gino Giugni e Federico Mancini, affondava le radici negli studi americani dei due giovani giuristi dei primi anni cinquanta presso l’Università del Wisconsin, e nell’influenza esercitata dal libro di SELIG PERLMAN, *Theory of Labor Movement*, tradotto e prefato da GINO GIUGNI, che svilupperà la teoria dell’affidamento degli interessi dei lavoratori all’autonomia del gruppo con la seminale monografia *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, Milano, 1960.

¹¹ Cfr. *Statuto dei lavoratori e legislazione sulle fabbriche – linee di un bilancio politico, Documento del Comitato di difesa e lotta contro la repressione*, CD, 1974, 2, p. 61.

¹² Cfr. A. PIZZORNO, *Fra azione di classe e sistemi corporativi*, in AA.Vv., *Problemi del movimento sindacale in Italia: 1943-1973*, Milano, 1976.

luppi successivi. Da un lato, la formula del sindacato maggiormente rappresentativo utilizzata dal legislatore statutario come filtro selettivo per accedere ai diritti di cui al titolo III, è stata contestata davanti al giudice costituzionale per lesione del principio di uguaglianza e di libertà sindacale. La Corte ha fatto salvo l'impianto selettivo adottato dal legislatore¹³ distinguendo tra libertà sindacale assicurata a tutti i sindacati, ex titolo II della legge, e promozione del sindacato che per forza ed efficienza manifestata nelle relazioni di lavoro è considerato effettivamente rappresentativo, in considerazione anche degli obblighi di cooperazione che la fruizione dei diritti sindacali impone al datore di lavoro¹⁴.

L'aspetto più rilevante della pronuncia della Corte costituzionale, col senno di poi, mi pare il riconoscimento del carattere discrezionale della scelta compiuta dal legislatore, scelta razionale e consapevole e in quanto tale non censurabile dalla Corte¹⁵, che non limita la libertà sindacale garantita dall'art. 39 Cost.; in secondo luogo, la ragionevolezza e proporzionalità dei criteri selettivi assunti per supportare alcuni sindacati e non altri, i quali potranno – grazie alla libertà sindacale – nel tempo integrare i requisiti di maggiore rappresentatività e quindi accedere ai benefici di legge¹⁶.

¹³ Con le sentenze n. 54/1974 e 333/1988.

¹⁴ Secondo la Corte il criterio della maggiore rappresentatività è un «criterio valutativo verificabile in ogni momento». E esso si riferisce non ad una comparazione ma ad una «effettività» della forza rappresentativa dei sindacati, dovendosi così «interpretare la norma in base a una valutazione del sistema nel quale essa si inserisce e che è caratterizzato, appunto, dall'evidente intento di circoscrivere le rappresentanze aziendali in un ambito nel quale ai poteri ad esse riconosciuti faccia riscontro un'effettiva capacità di rappresentanza degli interessi sindacali».

¹⁵ «Il rilievo (...) pone in luce la natura della disposizione dell'art. 19 rientrante nella discrezionalità del legislatore, della quale non può contestarsi la validità e la razionalità» (punto 4, sent. n. 54/1974).

¹⁶ Questa lettura è stata superata nel tempo e la norma-cardine del titolo promozionale dello Statuto è stata cancellata e riscritta dal referendum del 1995, a sua volta oggetto in più occasioni del giudizio di costituzionalità, al momento risolto dalla sentenza n. 231/2013 che ha visto contrapposta la FIOM, certamente un sindacato storicamente rappresentativo, alla Fiat (ora FCA) che, dando un'interpretazione letterale della nuova norma – della sua residua lett. b), che riconosce titolarità a costituire rsa ai (soli) sindacati firmatari di contratti collettivi (non più nazionali o territoriali) applicati nell'unità produttiva – aveva espulso dalle aziende del gruppo le rappresentanze FIOM. Come noto, la sentenza additiva della Corte costituzionale ha il pregio di dare un'interpretazione sistematica al mutilato art. 19 facendo dire cose che non sono scritte, raccomandando peraltro al legislatore di riscrivere la norma.

L'altro aspetto significativo nella dimensione diacronica del presente contribuito, in cui si focalizza l'attenzione sulle tutele del lavoro ieri e oggi, è quello della centralità dell'impresa nel disegno statutario (la grande fabbrica fordista). La parte promozionale dello Statuto – che rompeva con la tradizione post-bellica di *abstention of the law* in campo sindacale dopo i tentativi non riusciti di attuazione dell'art. 39 Cost. – fornisce strumenti di azione al sindacato nei luoghi di lavoro, privilegiando la dimensione dell'impresa come contesto organizzativo di esercizio delle funzioni di rappresentanza degli interessi dei lavoratori nei confronti del datore di lavoro concreto, non della classe dei padroni (e in questo senso suscettibile di rompere la solidarietà di classe, anche se nella stagione alta delle lotte sindacali la dimensione aziendale delle rivendicazioni ha strategicamente anticipato conquiste poi estese a tutti dal contratto nazionale). Strumenti di democrazia diretta, quali l'assemblea o il referendum, così come il diritto di affissione di comunicati sindacali in appositi spazi accessibili a tutti nei luoghi di lavoro, i permessi – retribuiti e non – per l'esercizio delle funzioni di rappresentanza sindacale, ecc., hanno reso possibile e legittimo lo svolgimento di attività sindacale nei luoghi di lavoro, ivi compreso il conflitto. Ne è riprova la norma di chiusura riguardante il procedimento speciale sommario per repressione della condotta antisindacale, volto a sanzionare comportamenti del datore di lavoro diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale e del diritto di sciopero, disposizione che ha assolto una funzione sistemica fondamentale per affermare, sia nella dimensione collettiva che individuale (grazie alla pluri-offensività della condotta), esigenze di effettività della tutela.

Questo apparato strumentale, che ha consentito il radicamento del fenomeno sindacale nei luoghi di lavoro, favorendo lo sviluppo della contrattazione collettiva aziendale, ha però sofferto, da un lato, di un campo di applicazione che esclude la stragrande maggioranza di piccole e piccolissime dimensioni organizzative, stante la soglia fissata dall'art. 35 Stat. di più di 15 dipendenti per unità produttiva; dall'altro, di una concezione antagonista-conflittuale che non ha favorito l'adozione di soluzioni istituzionali forti sul versante della partecipazione quando i tempi sono cambiati. La lettura al tempo dominante della legislazione promozionale come legittimazione del contro-potere sindacale in azienda¹⁷, ha nel tempo mostrato la corda, non consentendo

¹⁷ L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla*

di utilizzare questo strumento ad altri fini, di partecipazione alle decisioni di impresa, quando si è invocata una “fase 2” della legislazione di sostegno¹⁸. Ma su questo punto torneremo più avanti, alla luce dell'evoluzione del diritto europeo.

Preme qui richiamare ancora un passaggio critico molto importante: come detto, lo Statuto ha fatto dell'impresa il fulcro della disciplina garantista, da un lato, e promozionale, dall'altro, perché ha radicato nell'impresa i diritti di libertà e dignità del lavoratore nei confronti del potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, così come l'esercizio delle prerogative sindacali, disegnando l'impresa come spazio di esercizio dei diritti dei lavoratori, non più solo luogo di assoggettamento al potere privato del datore di lavoro¹⁹. Questa dimensione micro di sviluppo dei diritti e di promozione della loro effettività oggi presta il fianco a numerose critiche: da un lato, per la diseguale presenza del nucleo forte di diritti, caratterizzato dalla tutela reale del posto di lavoro e dalla presenza sindacale in azienda, a seconda delle dimensioni occupazionali dell'impresa; dall'altro, per la connessa diseguale

svolta del secolo, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Ferrara, 11-13 maggio 2000, Milano, 2002, p. 12, rilevava come: «lo statuto ha rotto il principio tradizionale di neutralizzazione sindacale delle imprese, correlato al principio autoritario del sistema di fabbrica fordista, e ha aperto le porte delle unità produttive a forme di coalizione dei lavoratori promuovendo un regime di democrazia industriale nei luoghi di lavoro. Le norme di sostegno (o promozionali) della presenza sindacale all'interno delle aziende hanno creato le condizioni di una interazione costante tra coalizione e subordinazione, che ha depotenziato la rilevanza giuridica attribuita dal codice alle “esigenze (o interesse) dell'impresa” come criterio di conformazione dei poteri dell'imprenditore e correlativamente ha attenuato il carattere gerarchico della subordinazione». E tuttavia, a distanza di trent'anni dalla emanazione della legge, segnalava come l'uso conflittuale di questa parte dello statuto, ritagliata sul modello della fabbrica fordista, apparisse in declino: significativa è «la scomparsa dal lessico giuslavoristico del vocabolo “contropotere”, usato e abusato negli anni '70 per denotare la funzione delle norme di sostegno» (p. 13).

¹⁸ F. MANCINI, *Per una “fase 2” della legislazione di sostegno*, PD, 1976, p. 12 ss. e in AA.VV., *Democrazia politica e democrazia industriale*, S. SCIARRA, DE DONATO (a cura di), Bari, 1978, p. 121 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

¹⁹ M. REVELLI, *Lavoro, trasformazioni sociali e scelte di vita*, RGL, 2020, 1, p. 7 ss. ricorda come la concezione organicistica e «autocratica» dell'impresa, espressa dall'art. 2086 c.c. fosse destinata a entrare in conflitto con i fondamenti giuspubblicistici affermati in Costituzione: dopo le durissime lotte sociali dell'autunno caldo, lo Statuto svolse quindi una funzione riequilibratrice tra fabbrica e società, bene accetta anche dai datori di lavoro.

presenza della contrattazione collettiva nelle sole realtà aziendali di dimensioni medio-grandi, in cui è garantita l'agibilità sindacale nei luoghi di lavoro e l'esercizio effettivo di contro-potere; da ultimo, per la crescente divaricazione tra lavoratori che beneficiano della tutela legale e contrattuale piena, sia di livello nazionale che aziendale, e lavoratori cui si applica il solo contratto collettivo nazionale con i minimi di trattamento economico-normativo di settore e non il secondo livello contrattuale²⁰.

La novità costituita dallo Statuto e la rottura con il passato hanno per molti anni caratterizzato la stessa identità del diritto del lavoro italiano, relegando sullo sfondo tutto quanto non compreso nella tutela statutaria: il lavoro prestato non con le modalità della subordinazione, il lavoro al di fuori dell'impresa, le nuove forme di impiego parziali e precarie in cui non c'è radicamento in un luogo di lavoro, il decentramento produttivo, l'adozione di modelli organizzativi a rete o per filiere, l'esternalizzazione di parti del ciclo produttivo attraverso il ricorso alle nuove forme di somministrazione e appalto, ecc. Questi problemi si sono manifestati nel corso del tempo, a seguito degli effetti delle crisi economiche che, già alla metà degli anni '70, hanno cambiato il segno del diritto del lavoro facendo rapidamente tramontare la stagione garantista in una progressiva stagione dell'emergenza e della crisi, che poco a poco ha eroso l'edificio garantista o ne ha ridimensionato i confini.

Pur con questi limiti, a distanza di cinquant'anni può dirsi che la legislazione di sostegno sia stata un tassello indispensabile e irrinunciabile per il radicamento del fenomeno sindacale nel nostro paese, che ha acquisito i caratteri di un sistema di relazioni industriali maturo. Storicamente la legislazione di sostegno ha preservato i caratteri originali e distintivi del sindacalismo del nostro paese, ampiamente fondato sull'autonomia collettiva e sul riconoscimento di una latitudine assai ampia alla libertà sindacale, che ha saputo – nelle sue stagioni migliori e/o sotto la spinta di eventi potenzialmente dirompenti – innovarsi e

²⁰ Malgrado il sistema di contrattazione collettiva in Italia preveda due livelli negoziali, in realtà né si è ampliata la platea di imprese che negoziano contratti aziendali, né si è diffusa oltre i settori che tradizionalmente la praticano (agricoltura, commercio, artigianato) la contrattazione di livello territoriale: secondo dati della Banca d'Italia (2017) la contrattazione aziendale nel settore privato copre solo il 20% delle imprese con più di 20 dipendenti, percentuale che cresce con la dimensione d'impresa, toccando il 65% nelle imprese con più di 500 dipendenti.

creare da sé le istituzioni e le regole di funzionamento²¹, diversamente da quasi ogni altro paese dell'Europa continentale (e similmente ai paesi scandinavi). L'opzione riformista alla base della legislazione di sostegno – attraverso il collegamento tra rappresentanze sindacali aziendali e sindacati rappresentativi esterni, e la stessa legittimazione ad agire in giudizio con il bazooka offerto dall'art. 28 a organismi sindacali esterni ai luoghi di lavoro che ne assicurino un uso consapevole e responsabile – ha consentito uno sviluppo di relazioni collettive a livello aziendale che ha trainato lo sviluppo della sindacalizzazione nel paese. Negli anni gloriosi delle lotte operaie il sindacato dei consigli ha utilizzato gli strumenti statuari per allargare la base di consenso e innovare i contenuti della contrattazione aziendale, che nelle grandi fabbriche ha svolto il ruolo di contrattazione pilota per le successive tornate di rinnovo dei contratti nazionali. Quando la storia ha successivamente virato in direzione della restaurazione dei poteri dell'imprenditore, lo Statuto da strumento di emancipazione della classe operaia si è trasformato in meccanismo di resistenza, a guardia della cittadella assediata, ruolo che ha svolto fino agli anni recenti, fornendo lo scudo a truppe sempre più in ritirata.

Il sostegno all'attività sindacale a livello aziendale non solo ha favorito un profondo rinnovamento della pratica sindacale, consentendo al sindacato di intervenire come contro-potere in azienda; ma ha saputo collegare questa esperienza innovativa alla dimensione extra-aziendale tramite un raccordo non gerarchico con il sindacato esterno. Il delicato equilibrio tra dimensione aziendale e nazionale è l'eredità più saliente della stagione statutaria, che i sindacati hanno cercato di preservare nel tempo anche attraverso la disciplina collettiva delle rappresentanze sindacali unitarie (rsu), che vivifica l'esperienza sindacale dal basso attraverso il meccanismo elettivo di investitura da parte di tutti i lavoratori, sindacalizzati e non. Nella esperienza italiana il doppio livello di contrattazione, nazionale e aziendale, resta il portato storico di quella stagione (pur se formalmente introdotta sin dal 1962), sicché

²¹ La concezione dello Statuto come legislazione di sostegno al sindacato, supporto legislativo all'iniziativa collettiva, per bocca del suo principale artefice Gino Giugni, ha costituito «quel tanto di nuovo che riuscimmo a far penetrare nella legge del 1970 (...) servito ad agevolare l'assetamento delle relazioni contrattuali, soprattutto a livello di impresa, e a stabilire il primato di esse come fonte regolativa dei rapporti di lavoro» (...): *Intervista a Gino Giugni, RIDL*, 1992, I, pp. 411-455, ora in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, pp. 431-473.

la contrattazione aziendale, in realtà mai sufficientemente estesa oltre i confini dell'impresa medio-grande, nella nostra tradizione di relazioni collettive di lavoro, non può *di per sé* essere considerata come espressione di una deriva neo-liberista, a meno che non si tratti di una contrattazione sganciata dal sistema di contrattazione nazionale – come ha mirato a fare la legge n.148/2011 con la finta operazione di sostegno alla cd. contrattazione di prossimità sganciata dal contratto collettivo nazionale e abilitata *ope legis* a derogare *in pejus* al contratto nazionale e alla stessa legge.

Il maldestro tentativo, sfacciatamente definito di sostegno, nel suo furore iconoclasta della tela di relazioni collettive faticosamente ricostruita in un frangente storico particolarmente avverso al lavoro, sull'onda della vicenda Fiat e delle divisioni sindacali, aveva quanto meno condizionato le deroghe all'approvazione maggioritaria delle rsa o rsu, laddove analoghe operazioni compiute in altri paesi hanno consentito tali deroghe a una contrattazione aziendale fatta, in situazione di palese soggezione, con soggetti di natura non sindacale o addirittura con estemporanee assemblee del personale²². La cd. aziendalizzazione delle relazioni collettive, scientemente perseguita dai legislatori nazionali negli anni '10 del nuovo secolo sull'onda del *mainstream* neo-liberista, era un rischio che non correva la contrattazione aziendale del periodo post-statutario, grazie alla lungimiranza di un legislatore che mirava al potenziamento del sindacato in azienda nel quadro di un sistema di contrattazione collettiva fondato su due livelli, nazionale e aziendale e a meccanismi di raccordo tra rappresentanze sindacali interne ai luoghi di lavoro e sindacato esterno di classe²³.

²² F. GUARRIELLO, *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri?*, *DLRI*, 2017, 1, p. 97 ss; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Dentro la crisi. Spunti comparati sull'impatto delle "riforme strutturali" nel diritto del lavoro in Italia, Portogallo e Spagna*, *RGL*, 2018, 4, pp. 643 ss.

²³ La logica promozionale dello Statuto mirava chiaramente al supporto di un sindacalismo non corporativo di carattere extra-aziendale: non a caso la lettera b) dell'art. 19 nella versione originaria consentiva la costituzione di rsa a sindacati non confederali firmatari di contratti collettivi *nazionali o provinciali* di lavoro applicati nell'unità produttiva.

3. I diritti del lavoro di matrice comunitaria e la loro integrazione nell'ordinamento giuridico italiano

La trama dei diritti riconosciuti dallo Statuto si è nel tempo arricchita e intrecciata con diritti di matrice comunitaria, che hanno progressivamente inserito i diritti individuali e collettivi affermati nello Statuto in un complesso sistema multilivello²⁴. I nuclei normativi più esposti all'influenza del diritto comunitario sono stati la protezione dei dati personali, la salute e sicurezza dell'ambiente di lavoro, il diritto antidiscriminatorio, che hanno innestato sul tronco delle disposizioni di diritto interno (rispettivamente gli articoli 8, 9 e 15 dello Statuto) una robusta normativa di diritto derivato (soprattutto direttive) a forte contenuto prescrittivo. L'emersione nel diritto comunitario di questi filoni normativi è stata preceduta e/o accompagnata da una giurisprudenza creativa della Corte di Giustizia che, sulla scorta di disposizioni del Trattato e della ricognizione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ha ricostruito tali diritti come diritti fondamentali dei lavoratori e, più in generale, della persona.

Lo sviluppo dei diritti sociali di matrice comunitaria è stato diseguale nel tempo, legato all'assetto delle competenze della Comunità (poi Unione) in materia sociale, inizialmente escluse dal Trattato di Roma – con l'eccezione della libera circolazione dei lavoratori e della parità salariale uomo-donna – sino all'Atto unico europeo, che ha introdotto il voto a maggioranza qualificata in materia di tutela dell'ambiente di lavoro, poi esteso dal Protocollo Sociale di Maastricht ad altre materie del capitolo sociale.

La collocazione del capitolo sociale all'interno dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e la sua progressiva espansione con l'attribuzione delle relative competenze alla Comunità ha sempre svolto, pur nelle diverse declinazioni assunte nel tempo, una funzione di accompagnamento all'allestimento del mercato, di cui doveva assicurare modalità di competizione non distorte e forme di compensazione per le conseguenze sociali negative del suo funzionamento in un contesto economico aperto alla concorrenza. Se i concreti assetti normativi del

²⁴ «Tutto l'ordinamento europeo ha natura composita, perché non costituisce un livello diverso e separato di governo, ma è il frutto di una commistione di ordini giuridici, nazionali, misti e europei»: S. CASSESE, *Il composito sistema dell'Unione bancaria*, recensione a M.P. CHITI, V. SANTORO, *The Palgrave handbook of European Banking union Law*, *Il Sole 24 ore*, 15/03/2020, p. VI supplemento domenicale.

diritto del lavoro sono sempre strettamente correlati al (o determinati dal) contesto economico, i cambiamenti intervenuti nel processo di integrazione europea hanno segnato le diverse fasi di attrazione della materia laburistica nel diritto dell'Unione, giustificando alla luce delle grandi varianti economico-istituzionali del progetto di costruzione europea il segno delle discipline approntate e delle interpretazioni fornite.

In dottrina²⁵ se ne sono evidenziati i caratteri distinguendo tra diverse linee direttrici: integrazione funzionale al mercato in una prima fase, armonizzazione coesiva attraverso lo sviluppo dell'*acquis communautaire* successivamente, costituzionalizzazione dei diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella fase più matura, parallelamente all'accompagnamento alla realizzazione dell'UEM attraverso il Metodo Aperto di Coordinamento delle politiche per l'occupazione e l'inclusione sociale, quindi gerarchizzazione dei diritti sociali rispetto alle libertà economiche fondamentali e attrazione nel processo di *governance* macroeconomica e della disciplina di bilancio nella stagione dell'*austerity*. Nelle diverse fasi di avanzamento del progetto europeo, la cd. dimensione sociale del mercato ha assunto carattere progressivo (o quanto meno neutrale) in relazione a obiettivi politici di appoggio/sostegno ai modelli democratico-sociali propri degli Stati membri²⁶ o di accompagnamento alla creazione del mercato unico e di riequilibrio rispetto alla più avanzata dimensione economica e monetaria, fino a palesare un carattere prevalentemente regressivo nella fase post-crisi, con un pesante condizionamento dei sistemi nazionali di diritto del lavoro da parte della *governance* economica e della dottrina europea dell'austerità.

Il processo di europeizzazione dei diritti dei lavoratori ha peraltro riguardato singoli istituti della disciplina giuslavoristica, con un campo di applicazione che ha talora travalicato i confini del lavoro subordinato, contribuendo all'estensione di alcune tutele (per tutte, quella antidiscriminatoria) oltre la sfera del rapporto di lavoro subordinato in cui avevano avuto origine. Il notevole arco temporale trascorso dall'emanazione dello Statuto è stato d'altronde foriero di mutamenti epocali

²⁵ Per una sintesi recente: C. KILPATRICK, *Social Europe via EMU: Sovereign Debt, the European Semester and the European Pillar of Social Rights*, DLRI, 2018, 4, pp. 737 ss.

²⁶ A.J. MENÉNDEZ, M. DANI, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, DPCE Online, v. 42, n. 1, aprile 2020.

che hanno avuto notevole impatto sulla disciplina del lavoro: terziarizzazione dell'economia, femminilizzazione dei mercati del lavoro, innovazione tecnologica, globalizzazione dei mercati, nuovi modi di produzione e distribuzione hanno segnato cambiamenti profondi nella disciplina dei rapporti di lavoro, divenuti plurali quando non frammentati. Il caleidoscopio delle trasformazioni in essere ha spinto le istituzioni europee a munirsi di precoci strumenti di studio e analisi, volti a favorire il dibattito pubblico sull'impatto dei cambiamenti e ad adeguare i quadri normativi di riferimento: il più delle volte questi sforzi di anticipazione non hanno però avuto esito politico impedendo una risposta comune agli interrogativi sollevati dai cambiamenti in corso²⁷.

Il diritto comunitario del lavoro si è sviluppato inizialmente *ai margini* dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, sorti e sviluppati all'interno degli Stati nazionali e profondamente intrisi dei valori, della storia, delle tradizioni che hanno forgiato le istituzioni del lavoro nelle diverse realtà nazionali nel corso del secolo, in particolare con le costituzioni democratico-sociali del secondo dopoguerra. Tale assetto è rimasto invariato con la creazione delle Comunità europee, giacché la finalità prevalentemente economica del mercato comune non ha intaccato le competenze degli Stati in materia di *welfare* e di disciplina delle condizioni di lavoro. La dottrina ordo-liberale che informava i Trattati²⁸ non interferiva direttamente con le competenze statuali in materia

²⁷ Vedi per tutti l'importante rapporto di studio, cd. rapporto Supiot, dal nome del giurista che ha coordinato il gruppo di esperti sulle trasformazioni del lavoro e il futuro del diritto del lavoro in Europa: A. SUPIOT (sous la direction de), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Rapport pour la Commission européenne*, Paris, 1999.

²⁸ Dato il carattere ambivalente del progetto di integrazione europea, almeno fino alla metà degli anni settanta l'ambivalenza della Comunità viene risolta nella creazione di un assetto istituzionale congeniale al consolidamento del costituzionalismo democratico e sociale, sicché il diritto comunitario delle origini appare orientato all'obiettivo di valorizzare piuttosto che contraddire gli impegni cardine del costituzionalismo democratico e sociale: S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, p. 33 ss.; A.J. MENÉNDEZ, M. DANI *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, cit., che, riprendendo la tesi di A. Milward, ricordano come, in maniera probabilmente artificiale, si istituisce un ordine giuridico e politico complessivo imperniato su una divisione del lavoro in cui alle istituzioni comunitarie è assegnato il compito di regolare il commercio delle merci alla luce di principi di razionalità economica, mentre gli stati sono chiamati a manovrare, apparentemente senza interferenze da parte della Comunità, le leve macroeconomiche e sociali in ossequio ai loro impegni

di lavoro, confidando sugli effetti benefici che sarebbero automaticamente derivati dal funzionamento del mercato comune, di miglioramento delle condizioni di vita (art. 2 Trattato Cee).

Le sole competenze sociali attribuite al livello sovranazionale dagli articoli 48 ss. e 119 del Trattato apparivano funzionali alla creazione del mercato comune, in cui è assicurata la libera circolazione dei lavoratori comunitari in condizioni di parità di trattamento con i lavoratori nazionali del paese ospitante, da un lato; il divieto di *dumping* salariale attraverso l'eliminazione delle differenze retributive uomo/donna per uno stesso lavoro, dall'altro. In entrambi i casi, il precetto normativo costituito dal divieto di discriminazione e dalla parità di trattamento era volto ad assicurare in primo luogo una concorrenza non distorta da condizioni salariali e normative deteriori per la manodopera immigrata o femminile, secondo i dettami dell'economia sociale di mercato. D'altro canto, esso non entrava in rotta di collisione con gli ordinamenti nazionali, ove il principio di uguaglianza e di pari dignità sociale costituiva un caposaldo delle costituzioni post-belliche: l'allestimento del mercato comune non ha interferito in questa fase con le protezioni assicurate dai sistemi nazionali di diritto del lavoro²⁹.

Tali principi hanno costituito il nucleo originario dei diritti sociali fondamentali di matrice comunitaria, cui una giurisprudenza seminale della Corte di giustizia ha riconosciuto diretta applicabilità anche nei rapporti tra privati, sancendo la diretta invocabilità degli stessi nei confronti del datore di lavoro³⁰. Il paradigma antidiscriminatorio costitu-

costituzionali. Una dura critica al carattere artificiale dell'opposizione tra economico e sociale su cui era fondato il Trattato di Roma è espressa nel rapporto Supiot, *op. cit.*, p. 11 ss., che segnala l'impostazione schizofrenica di mettere in comune l'economico e di collocare il sociale in una riserva nazionale, con la conseguenza di «*réparer de la main gauche (sociale) les dégâts occasionnés par la droite (économique)*» demandando alle politiche pubbliche di prendere a carico «*les externalités négatives*» dell'attività economica.

²⁹ All'interno del mercato comune gli stati membri sono tenuti ad assicurare parità di trattamento ai cittadini di altri stati membri, senza che il contenuto di questo trattamento sia in alcun modo definito dal diritto comunitario. Gli stati membri mantengono così ampi margini di autonomia nel definire gli obiettivi e gli strumenti delle loro politiche economiche e sociali e al contempo i cittadini degli stati europei acquistano una serie limitata di diritti di origine comunitaria complementari a quelli previsti dalle costituzioni nazionali (A.J. MENÉNDEZ, M. DANI, *op. cit.*).

³⁰ In questo periodo, la Corte di giustizia appare scarsamente propensa a trattare la libera circolazione delle merci e dei lavoratori come surrogati sovranazionali della libertà d'impresa e del diritto di proprietà. Prevale invece una giurisprudenza incentra-

isce del resto, ancor oggi, l'eredità più rilevante del diritto europeo, sviluppato da quell'originario nucleo di impronta mercatista – eliminazione delle barriere all'accesso, parità di trattamento nel rapporto di lavoro e nei vantaggi sociali ad esso riconducibili, portabilità delle prestazioni previdenziali – verso una concezione universalistica legata ai valori di dignità della persona e di eguaglianza, il cui rispetto deve essere garantito rispetto a fattori diversi dalla nazionalità e dal sesso, in tutti i campi dell'agire sociale. Ma su questa evoluzione si tornerà più avanti.

Gli anni '70, segnati dalla crisi petrolifera del 1973, le cui ripercussioni si sono protratte per tutto il decennio, hanno marcato a livello comunitario una stagione di interventismo legislativo in materia sociale in attuazione dell'ambizioso programma sociale della Commissione³¹, volto da un lato a fornire una più compiuta cornice normativa al principio di parità di trattamento uomo/donna contenuto nel Trattato; dall'altro a dettare una disciplina di armonizzazione delle normative riguardanti il fenomeno delle crisi di impresa³². Le direttive emanate nella seconda metà degli anni '70 hanno così riguardato, da un lato, l'attuazione del principio di parità uomo/donna nell'accesso al lavoro, nelle retribuzioni, nelle condizioni di lavoro e nei regimi previdenziali pubblici; dall'altro la disciplina dei licenziamenti collettivi, del trasferimento di azienda e delle garanzie dei crediti dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. L'influenza di tali direttive sul diritto interno è stata notevole, pur se non sempre dichiarata: la legge di parità uomo/donna n. 903/1977, epigono della stagione statutaria e frutto di una grande mobilitazione femminile e dell'inedita collaborazione tra forze parlamentari di diverso orientamento politico, ha di fatto recepito le direttive comunitarie n. 1975/117 e 1976/207 pur senza menzionarle, modificando l'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori – che non le contemplava – per includere le discriminazioni di sesso tra i

ta sulla garanzia del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità e del sesso, secondo un modello di regolazione definito *state regulation under non-discrimination*: M. POIARES MADURO, *We, the Court*, Oxford and Portland, 1998, 143-149.

³¹ Risoluzione del Consiglio del 21 gennaio 1974 relativa ad un Programma di azione sociale.

³² Le direttive adottate a tal fine erano basate sull'art. 100 del Trattato CEE che, nel quadro del ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, consentiva al Consiglio, su proposta della Commissione, di adottare all'unanimità direttive che avessero un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune.

comportamenti vietati dalla norma. Più complessa l'attuazione delle direttive sulle ricadute sociali delle crisi d'impresa, implicante ritardi e reticenze da parte italiana, a riprova di una non piena conformità con il modello normativo imposto dal diritto comunitario, per la cui piena attuazione si sono resi necessari reiterati pronunciamenti della Corte di Giustizia.

Inizia ad emergere, a parere di chi scrive, un certo scollamento tra obiettivi e strumenti di diritto comunitario, ispirati dalle legislazioni di alcuni Stati membri, e sistema normativo italiano: mi riferisco alla inidoneità del contratto collettivo non dotato di efficacia generale a fungere da strumento di recepimento di direttive comunitarie, non potendo garantire l'applicazione a tutti i destinatari delle loro previsioni; al ruolo richiesto alla pubblica amministrazione nella gestione delle eccedenze di personale; al paradigma procedurale che impone il preventivo coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nelle decisioni d'impresa suscettibili di ripercussioni sui livelli occupazionali o sulle condizioni di lavoro; alla mancata previsione di strumenti di garanzia per i crediti insoddisfatti dei lavoratori. Il mancato adempimento dello Stato italiano rispetto agli obblighi comunitari ha messo in evidenza già in questa fase i limiti di un sistema di diritti e garanzie concepito in una fase di crescita economica, ma poco attrezzato a fronteggiare situazioni di crisi. Il processo di adeguamento al diritto comunitario ha quindi costituito uno stimolo all'allestimento anche nel nostro paese di un nucleo di diritti e tutele, a carattere eminentemente procedurale, volto a favorire (quanto meno) la prospettazione dell'interesse dei lavoratori nelle vicende circolatorie dell'impresa, pur se non si è mai spinto a imporre all'impresa l'obbligo di predisporre un piano sociale per i lavoratori espulsi dal processo produttivo (con obblighi di formazione, riqualificazione professionale, ricollocamento in altre realtà produttive) come negli ordinamenti francese e tedesco.

La stessa concezione conflittuale della presenza del sindacato in azienda, secondo i canoni del contro-potere, non ha favorito l'approdo verso soluzioni istituzionali a carattere partecipativo, pur astrattamente consentite dal quadro costituzionale in virtù degli artt. 41, c. 2, 43 e 46 Cost. Le esigenze *lato sensu* partecipative sono state incanalate invece dalla contrattazione collettiva verso strumenti deboli di cd. partecipazione conflittuale (un evidente irrocervo), quali i diritti di informazione regolati dal contratto collettivo, implicanti l'obbligo delle associazioni datoriali (o del singolo datore di lavoro) di informare pe-

riodicamente i sindacati (o le rsa/rsu) dell'andamento e delle prospettive economiche del settore o dell'azienda, dei livelli occupazionali, di nuovi investimenti, delocalizzazioni, utilizzo di forme contrattuali flessibili, ecc. quale attività prodromica non a modalità più intense di partecipazione (sia essa organica o procedurale), ma alla contrattazione collettiva. D'altro canto, il modello di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro a canale unico non ha consentito la distinzione di funzioni assicurata in altri ordinamenti dai sistemi a doppio canale (sindacato e rappresentanti sindacali, da un lato; comitato di impresa quale organismo di rappresentanza di tutti i lavoratori, dall'altro), che tengono distinte le prerogative di natura sindacale (contrattazione, conflitto) da quelle partecipative (informazione, consultazione, codeterminazione) spettanti alle rappresentanze dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

Il diritto del lavoro della crisi, o dell'emergenza, come venne definito a ridosso degli anni '80, si è sviluppato quindi al di fuori del quadro normativo disegnato dallo Statuto, introducendo contratti di lavoro flessibile che rompevano il monopolio normativo costituito dal contratto a tempo pieno e a durata indeterminata legato alla fase industriale fordista, per inseguire prospettive regolative di lavoro flessibile, parziale, temporaneo destinato in primo luogo ai giovani e alle donne per facilitarne l'ingresso nel mercato del lavoro (si pensi al *part-time*, al contratto di formazione e lavoro, all'ampliamento delle ipotesi di ricorso al contratto a termine).

Sotto la spinta della crisi e di quella che appariva un'emergenza contingente, stava in realtà aprendosi una nuova stagione per il diritto del lavoro non più centrato sulla costruzione di un sistema di diritti e tutele assicurati in via generale e stabile (le cd. tutele rigide), ma volto a rinvenire soluzioni sperimentali e flessibili, devolvendo alla contrattazione collettiva il compito di dosare il grado di flessibilità richiesto dai diversi mercati del lavoro secondo i canoni del cd. garantismo flessibile. Negli anni successivi, la tendenza si è accentuata e ha assunto carattere strutturale, sancendo una segmentazione del mercato del lavoro sempre meno ricomponibile e riconducibile all'idealtipo del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, il solo che garantisca stabilità occupazionale e pienezza di diritti effettivamente esercitabili.

Nei decenni successivi il catalogo dei diritti di matrice statutaria è stato rafforzato e integrato dalle fonti comunitarie con riguardo innanzitutto alla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, centrata sull'ob-

bligo per il datore di lavoro di predisporre un sistema di prevenzione e valutazione dei rischi assicurando l'informazione e la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori alla gestione delle misure di sicurezza sulla base di standard di protezione elevati; a obblighi di parità di trattamento uomo/donna nell'accesso al lavoro e nelle condizioni di lavoro che travalicano i confini del lavoro subordinato e all'assunzione di una nozione oggettiva di discriminazione, diretta e indiretta che, grazie anche alla ripartizione dell'onere probatorio, consente uno scrutinio giudiziale di requisiti e prassi seriali che sfavoriscono sistematicamente gli appartenenti ad un sesso rispetto all'altro; a una tutela dei dati personali che dal rapporto di lavoro viene estesa e generalizzata come autonomo diritto fondamentale della persona fondato sul principio inviolabile di dignità; a una concezione ultra-paritaria che non ammette deroghe al principio di parità (tradizionalmente ammesse nel nostro ordinamento) in ragione dell'essenziale funzione familiare della donna; al riconoscimento paritario di congedi legati all'esercizio della funzione genitoriale da parte di uomini e donne; al diritto dei rappresentanti dei lavoratori all'informazione e consultazione *in tempo utile* su tutte le più rilevanti decisioni d'impresa, sia nella dimensione nazionale che transnazionale, e di più incisivi diritti di partecipazione nel quadro della Società europea (SE) e della Società cooperativa europea (SCE); al riconoscimento di uno zoccolo di diritti applicabili nel paese ospitante ai lavoratori temporaneamente distaccati nel suo territorio; all'affermazione del diritto dei lavoratori a tempo parziale e a tempo determinato a non subire trattamenti discriminatori rispetto ai lavoratori comparabili a tempo pieno o a durata indeterminata; all'applicazione del principio antidiscriminatorio ai nuovi fattori di razza e origine etnica, credo religioso, convinzioni personali, età, handicap, tendenze sessuali e all'introduzione della nozione di molestia come discriminazione lesiva del valore di dignità della persona.

Il rafforzamento del "modello sociale europeo" realizzato attraverso la cd. armonizzazione coesiva, tendente a conformare le legislazioni dei paesi membri a standard sostanziali comunitari e a favorire la definizione di valori sociali comuni³³, sintetizzati dalla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori proclamata solennemente a

³³ Cfr. M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di Diritto del lavoro comunitario*, 1995, p. 22.

Strasburgo nel 1989, si è avvalso, in quella fase, anche delle aperture previste dal Protocollo sulla politica sociale di Maastricht, poi incorporato nel Trattato di Amsterdam, alla dimensione contrattuale collettiva realizzata attraverso le procedure di dialogo sociale disposte dal Trattato. Il dialogo sociale europeo, patrocinato dal Presidente della Commissione europea Jacques Delors, ha istituzionalizzato attraverso la procedura di doppia consultazione delle organizzazioni sindacali e datoriali europee da parte della Commissione e la priorità riconosciuta a soluzioni negoziate dalle parti sociali stesse, il favore verso soluzioni condivise tra le contrapposte organizzazioni rappresentative del lavoro su questioni riguardanti la dimensione sociale del mercato interno in una situazione di evidente *deficit* democratico delle istituzioni europee³⁴.

Questo modello, ispirato alle pratiche di concertazione sociale o di legislazione negoziata diffuse in alcuni paesi europei sin dagli anni '80, ha avuto l'importante valenza di inserire nel circuito decisionale europeo il ruolo delle organizzazioni rappresentative degli interessi di capitale e lavoro, al fine di associarle alla funzione legislativa delegando loro una funzione regolativa "all'ombra della legge"³⁵ o, detto in altro

³⁴ Sul ruolo delle parti sociali nel processo legislativo comunitario è interessante la prima (e sino al 2019 unica) sentenza del Tribunale europeo nella causa T-135/96, *UEAPME c. Consiglio*, 17 giugno 1998, che, riguardo alla richiesta congiunta delle parti sociali firmatarie dell'accordo europeo di recepire lo stesso in una decisione del Consiglio, afferma che l'intervento nella suddetta procedura delle due istituzioni (Commissione e Consiglio) «ha per effetto di conferire un fondamento comunitario di natura legislativa ad un accordo concluso tra parti sociali, senza ricorrere ai procedimenti classici d'elaborazione di un testo legislativo previsti dal Trattato, che implicano la partecipazione del Parlamento europeo.(...) La partecipazione di quest'ultimo al processo legislativo della Comunità è il riflesso, sul piano comunitario, di un fondamentale principio di democrazia secondo il quale i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa (punto 88). (...) Per contro il procedimento (di dialogo sociale) non prevede l'intervento del Parlamento europeo. Ebbene, il rispetto del principio della democrazia, sul quale l'Unione è fondata, richiede – in mancanza di partecipazione del Parlamento europeo al processo d'adozione di un atto legislativo – che la partecipazione dei popoli a tale processo sia garantita in modo alternativo, nella fattispecie per il tramite delle parti sociali che hanno concluso l'Accordo al quale il Consiglio, statuendo a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione, conferisce un fondamento legislativo a livello comunitario. Per controllare il rispetto di tale condizione, spetta alla Commissione e al Consiglio verificare la rappresentatività delle parti sociali interessate» (punto 89).

³⁵ B. BERCUSSON, *Bargaining in the shadow of the Law*, in *Maastricht: a fundamental change in European Labour Law*, IRJ, 23 (3), 177-190, 1992.

modo, sostenendone la funzione negoziale attraverso il recepimento del contenuto degli accordi da esse conclusi in atti normativi (direttive) che ne estendano l'efficacia *erga omnes*. Le direttive frutto del dialogo sociale hanno riguardato tanto istituti di applicazione generale (congedi parentali, part-time, contratto a termine), quanto questioni di rilievo settoriale (orario di lavoro nel settore del trasporto ferroviario, aereo, della navigazione interna; rischi specifici per gli addetti agli ospedali; condizioni di lavoro nel settore della pesca e del trasporto marittimo), sulle quali il metodo negoziale ha fornito un'essenziale base di consenso alla regolazione comunitaria e alla sua effettiva implementazione negli Stati membri³⁶.

Malgrado tali meriti, il dialogo sociale ha sofferto anche di ritardi e limiti: l'insufficiente europeizzazione delle organizzazioni rappresentative, soprattutto sul versante datoriale, e l'assenza di un mandato generale a negoziare nella dimensione transnazionale; il consolidato radicamento degli attori sociali nella cultura e nella dimensione nazionale/territoriale, che spesso non ha favorito un approccio solidaristico europeo; la mancata considerazione della dimensione europea e/o internazionale come terreno prioritario di azione in uno scenario economico sempre più connotato dall'internazionalizzazione degli scambi. Dal punto di vista istituzionale, la speciale procedura disegnata dagli artt. 137-138 del Trattato (ora: 154-155 TFUE) per molto tempo non ha sollevato specifiche criticità, stante il ruolo centrale assegnato alla Commissione di promozione e sostegno equilibrato del ruolo delle parti sociali quale possibile alternativa regolativa al processo puramente istituzionale³⁷, perennemente a rischio di blocco da parte di governi nazionali non favorevoli allo sviluppo della dimensione sociale del mercato interno³⁸. All'epoca, anzi, il dialogo sociale europeo fu valutato come il più avanzato esperimento istituzionale volto a ri-

³⁶ Per una interessante e aggiornata ricostruzione del dialogo sociale cfr. J.P. TRICART, *Legislative implementation of European social partner agreements: challenges and debates*, WP ETUI, 2019.09. Sul dialogo sociale settoriale: C. DEGRYSE, *The European sectoral social dialogue: an uneven record of achievement?*, WP ETUI, 2015.02.

³⁷ Cfr. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Milano, 1999; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure, prospettive*, Milano, 2001; FONDAZIONE GIULIO PASTORE, *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici*, Milano, 2001.

³⁸ Il Regno Unito, che ha esercitato l'*opting out* sulla volontà manifestata con il Protocollo sulla politica sociale di Maastricht da 11 stati su 12 di procedere a un'ar-

conoscere il fondamentale ruolo normativo che le relazioni collettive di lavoro svolgono da oltre un secolo in tutti i paesi europei e che ne fanno uno dei tratti caratterizzanti del “modello sociale europeo”, a sua volta fonte di ispirazione di successive leggi o patti nazionali di concertazione (per l'Italia, il cd. patto di Natale del 23 dicembre 1998 tra governo e parti sociali).

L'armonizzazione coesiva perseguita dalle fonti comunitarie in materia sociale appariva quindi una frontiera avanzata rispetto all'attuazione di alcuni principi e valori di portata costituzionale, che contribuiva a rafforzare fornendone una lettura aggiornata, frutto della *koinè* epistemica nella quale il diritto europeo veniva forgiato. Sicché eventuali profili di dissonanza con la legislazione interna parevano più il frutto di tratte concezioni normative non più al passo coi tempi dei dispositivi di diritto interno, che espressione di conflitto su una diversa scala di valori tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno.

Per richiamare qualche esempio, val la pena citare l'annosa disputa sul lavoro notturno femminile, vietato dalla legge italiana (ex art. 5, legge n. 903/1977) nel settore manifatturiero a causa dei maggiori rischi incorsi dalla lavoratrice che svolga lavoro notturno rispetto ai colleghi di sesso maschile³⁹, divieto peraltro rimuovibile dalla contrattazione collettiva. La Corte di giustizia⁴⁰ confuta l'argomento dei maggiori rischi di aggressione incorsi dalle donne, ritenendo opportuno in tal caso che vengano predisposte misure adeguate per farvi fronte, senza pregiudicare il principio fondamentale di parità di trattamento, alla cui luce non appare più fondato il mantenimento del divieto di lavoro notturno femminile. Essa riconosce peraltro, sulla base di studi dell'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS), la maggior nocività del lavoro notturno per uomini e donne: sicché dal principio di parità di trattamento deduce che gli ordinamenti nazionali possono vietare o consentire il lavoro notturno, purché ciò avvenga senza discriminazioni di genere.

monizzazione più avanzata in campo sociale: clausola poi ritirata all'esito della vittoria elettorale del *New Labour* nel maggio 1997.

³⁹ I governi francese e italiano avevano sostenuto che il divieto di lavoro notturno per le donne rispondeva a finalità generali di protezione della manodopera femminile e a considerazioni particolari di ordine sociale riguardanti, ad esempio, i rischi di aggressione e il maggior carico di lavoro familiare gravante sulla donna.

⁴⁰ Causa C-207/96, *Alfred Stoeckel c. Repubblica francese*, sentenza 4 dicembre 1997.

Sempre in materia di parità, in sintonia con l'esigenza di consentire l'esercizio di funzioni genitoriali a uomini e donne favorendo il riequilibrio dei ruoli familiari, la disciplina europea dei congedi parentali ha spronato il legislatore italiano a riordinare l'assetto dei congedi, distinguendo tra quelli spettanti alla sola lavoratrice-madre in prossimità del parto, quelli riconosciuti al padre e quelli spettanti ad ambo i genitori al fine di favorire la distribuzione delle funzioni familiari e di cura, di fatto gravanti assai più sulle donne, spesso costrette a uscire dal mercato del lavoro in presenza di figli in età prescolare, nella perdurante assenza di servizi per l'infanzia accessibili e di qualità.

Un altro esempio di integrazione tra fonte sovranazionale e diritto interno ha avuto riguardo alla specifica garanzia di indipendenza dell'organismo antidiscriminatorio previsto dal diritto interno, in concreto negata dalla giurisprudenza amministrativa italiana alla Consigliera nazionale di parità, rimossa per *spoils systems* dal Ministro del lavoro. L'avvio della procedura di infrazione ha costretto il legislatore a conformare il diritto interno agli obblighi comunitari, riconoscendo il carattere indipendente dell'attività antidiscriminatoria svolta dalla Consigliera e la sua inamovibilità per la durata del mandato.

Lo sviluppo dei diritti di matrice comunitaria attraverso discipline di *hard law* recepite sul piano interno attraverso il processo di delega comunitaria ha comportato un complessivo rafforzamento sotto il profilo strumentale e rimediale di diritti e principi già ricavabili dal nostro sistema costituzionale e presenti nella legislazione interna, su cui il processo di recepimento ha costituito occasione di dibattito e approfondimento delle integrazioni da apportare alla legislazione interna per renderla conforme al diritto comunitario (si pensi alla riorganizzazione come testi unici dei decreti legislativi n. 626/1994 – ora: 81/2007 – in materia di salute e sicurezza, n. 151/2001 in materia di congedi parentali e n. 198/2006 cd. codice pari opportunità, o alla legge n. 675/1996 sulla riservatezza dei dati personali).

A questa stagione di consolidamento dei diritti attraverso una poderosa opera di risistemazione e di continua manutenzione della legislazione interna ha contribuito non poco la giurisprudenza della Corte di giustizia, attenta ai profili di effettività dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario e ad una nozione quanto più possibile inclusiva di lavoratore con particolare riguardo al riconoscimento di diritti riconosciuti come fondamentali.

4. Le prime smagliature nella rete di protezione dei diritti

In un contesto di complessiva acquisizione di diritti, non sono tuttavia mancati preoccupanti segnali di smarginatura di alcuni istituti tradizionalmente rientranti nella disciplina nazionale del diritto del lavoro: tra questi, l'orario di lavoro, oggetto di una direttiva europea di difficile gestazione per la difficoltà di trovare punti di equilibrio tra una visione liberista/deregolativa della disciplina dell'orario e una concezione più tradizionale di limite all'esigibilità della prestazione lavorativa per ragioni di tutela della salute e dell'equilibrio psico-fisico del lavoratore. La direttiva n. 93/104 (ora: 2003/88) ha segnato un primo importante smottamento delle garanzie poste dal diritto interno riguardo ai limiti legali e convenzionali dell'orario di lavoro (comprendente pause, riposi, lavoro straordinario, notturno, festivo, ferie, lavoro a turni), icasticamente simboleggiato dal venir meno della stessa nozione di orario giornaliero⁴¹. Lo scontro tra opposte esigenze di liberalizzazione degli orari per rispondere alla sfida della concorrenza e istanze di protezione dei lavoratori ha lasciato il segno negli assetti estremamente fluidi della disciplina europea dell'orario, che hanno consentito una variabilità infinita di soluzioni da parte degli Stati membri e, per quanto riguarda il nostro paese, un indiscutibile regresso delle condizioni di lavoro, massicciamente delegate alla disciplina del contratto collettivo. La direttiva sull'orario di lavoro è stata il primo segnale della progressiva smagliatura della rete di protezione tessuta nel corso del secolo dal diritto del lavoro: pur trattandosi di un classico istituto demandato alla regolazione contrattuale, per la maggiore flessibilità e adattabilità di questa ai diversi contesti economici, tecnologici e organizzativi, tuttavia la caduta di barriere storiche alla disciplina legale dell'orario di lavoro – enfatizzata dal recepimento con il d.lgs. n. 66/2003, in pieno furore liberista – ha segnato una prima visibile crepa nell'edificio giuslavoristico.

La seconda crepa è stata prodotta dal quasi coevo recepimento della direttiva n. 99/70 sul contratto di lavoro a tempo determinato con il d. lgs. n. 368/2001, atto simbolico di apertura della politica del lavoro del governo Berlusconi sotto il segno della flessibilità. Il tradimento

⁴¹ Desumibile secondo alcuni solo in via indiretta dalla nozione di riposo giornaliero come periodo di 11 ore consecutive sulle 24 ore, quindi come periodo di 13 ore nell'arco della giornata.

della direttiva si è realizzato sin dal suo *incipit* volto a riconoscere il contratto a durata indeterminata come forma comune del contratto di lavoro⁴², capovolto nella piena parificazione delle due modalità di utilizzo della manodopera e della legittima apposizione del termine in presenza di generiche ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (il cd. causalone). L'indirizzo impresso dal legislatore italiano è parso a molti contrario alla clausola di non regresso contenuta nella direttiva, espressamente volta a non consentire una riduzione del livello generale di tutela già garantito sul piano nazionale ai lavoratori. Nel contesto normativo di forte liberalizzazione del suo utilizzo, gli stessi obiettivi di miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato attraverso il rispetto del principio di non discriminazione e di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti a termine sono apparsi recessivi rispetto alla caduta di vincoli in ingresso.

Non a caso, il tema delle causali che consentono l'apposizione del termine è diventato il simbolo per eccellenza della volontà deregolatrice ovvero riformista del legislatore negli anni successivi, facendo del lavoro a termine un cantiere normativo soggetto a continui aggiustamenti in una direzione o nell'altra. Questo assetto variabile della disciplina legislativa interna ha avuto un impatto notevole sui ricorsi in giudizio, sia davanti al giudice nazionale che alla Corte di giustizia, confermando come la questione delle flessibilità sia diventata a cavallo del secolo il tema principale delle istanze di "modernizzazione" del diritto del lavoro (v. *infra*). La giurisprudenza ha opposto a questa temerarie liberista gli argini di cui disponeva, in particolare continuando a esercitare un controllo sulle causali di ricorso al contratto a termine (fino a che la conclusione del primo contratto a termine non è stata sganciata da ogni requisito causale) e sanzionando l'abuso nella reiterazione dei rinnovi, come previsto dalla disciplina europea. Nel tempo, il cuore della garanzia contro gli abusi nell'utilizzo reiterato del contratto a termine, implicante la conversione nel contratto a durata indeterminata e/o il risarcimento del danno, si è imposto anche alle

⁴² Il Preambolo dell'accordo-quadro recita: "Le parti firmatarie dell'accordo riconoscono che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori". Tale affermazione sarà ripresa, dopo numerosi rimaneggiamenti della disciplina del contratto a termine, solo con la legge n. 92/2012, art. 1: "Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune del rapporto di lavoro".

pubbliche amministrazioni che vi avevano massicciamente fatto ricorso per aggirare l'ostacolo costituito dal blocco delle assunzioni.

In entrambi i casi può dirsi che la disciplina europea abbia costituito più l'occasione che la causa della deregolamentazione interna di tali istituti: quel che è certo è che sui temi della flessibilità – oraria e tipologica – il diritto europeo ha cominciato a non costituire più un argine difensivo sufficiente rispetto alla volontà deregolativa dei legislatori nazionali, cambiando il segno della armonizzazione normativa, non più volta a garantire il miglioramento nel progresso delle condizioni di lavoro sulla base di standard elevati, ma ripiegata su condizioni minime opzionabili *à la carte* in una gamma di soluzioni possibili.

Un esempio emblematico delle difficoltà di armonizzazione coesiva, in un sistema comunitario ancora a dodici Stati membri, è costituito dalla direttiva n. 94/45 sull'informazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti nelle imprese o gruppi di dimensione transnazionale attraverso la costituzione di organismi di rappresentanza dei lavoratori, i comitati aziendali europei (CAE). A fronte di sistemi nazionali di rappresentanza e di legislazioni e prassi molto diversificate in materia di diritti collettivi, la direttiva dispone un meccanismo di recepimento basato in via prioritaria sull'accordo tra impresa transnazionale e rappresentanti dei lavoratori, e solo in via sussidiaria, in mancanza di accordo tra le parti, sull'osservanza di prescrizioni accessorie, che costituiscono il nucleo normativo vincolante della stessa.

Differenze ideologiche, storico-politiche, istituzionali alla base dello sviluppo dei diritti di rappresentanza e azione collettiva all'interno dei singoli ordinamenti nazionali hanno costituito un potente fattore di resistenza all'armonizzazione coesiva dei diritti collettivi nella dimensione europea, procrastinando un dibattito che, avviato fin dagli anni '70, è approdato a soluzioni normative solo un trentennio dopo. Il riferimento d'obbligo corre a un tema alquanto trascurato nella letteratura giuridica italiana (e *pour cause*), quello della Società europea, un nuovo regime societario di diritto europeo contraddistinto dalla partecipazione (*involvement*) di rappresentanti dei lavoratori negli organi societari⁴³. L'estraneità di tale modello alla legislazione di

⁴³ M. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Milano, 2012; M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un'idea*, RIDL, 2005, I, pp. 427 ss.; F. GUARRIELLO, *La partecipazione dei lavoratori nella Società europea*, DLRI, 2003, pp. 27 ss.

alcuni paesi, tra cui l'Italia, ha rallentato e profondamente inciso sulle proposte normative avanzate dalla Commissione sin dal 1970, ritenute troppo direttamente ispirate al modello tedesco di codeterminazione. Sicché la disciplina infine approvata nel 2001 è il risultato di numerosi compromessi al ribasso, tra cui la duplicazione del sistema di fonti, il regolamento per gli aspetti di diritto societario, la direttiva 2001/86 sugli aspetti giuslavoristici di partecipazione dei lavoratori e, in questa, una gamma di opzioni consentite alle singole compagini societarie che adottano in via volontaria il modello di SE (presenza di rappresentanti dei lavoratori nell'organo di sorveglianza per i sistemi di *governance* duale, o nell'organo di amministrazione nel sistema monista, ovvero costituzione di un organismo esterno che ha diritto di essere informato e consultato sulle decisioni della SE).

In altri tempi, l'entrata in vigore di tale regime avrebbe aperto un dibattito tra forze politiche e sindacali sulle modalità di attuazione della direttiva alla luce dei principi costituzionali contenuti negli articoli, 41, 2° comma, 43 e soprattutto 46 Cost. di democrazia economica e la trasposizione avrebbe costituito un'occasione di ripensamento del ruolo delle relazioni industriali nel nostro paese, che ripercorresse le orme, aggiornandolo, di quello lanciato vent'anni prima da giuristi del calibro di Stefano Rodotà e Giuliano Amato⁴⁴. In realtà al tema si è interessata solo la dottrina laburista (nella totale indifferenza dei cultori di diritto commerciale, che hanno contribuito alla riforma del diritto societario, cd. riforma Vietti, sulla base della delega contenuta nella l. n. 366/2001, che, pur prevedendo l'opzione tra modello monista e duale di *governance* societaria, in nessun caso prevede la presenza di rappresentanti dei lavoratori), per rilevare come il nostro ordinamento costituzionale offra spazi di realizzazione di una disciplina societaria che veda una qualificata presenza di lavoratori negli organi di indirizzo delle società commerciali, anche se di tale opzione, condivisa dalle organizzazioni sindacali, non v'è traccia alcuna nel decreto legislativo di recepimento della direttiva 2001/86 (e della direttiva gemella sulla cooperativa europea n. 2003/72), che ha di fatto rinunciato a disegnare un modello italiano di partecipazione dei lavoratori negli organi societari, persino nella SE, la cui adozione costituisce, come detto, un'opzione

⁴⁴ Alludo alla pubblicazione del dibattito sul controllo sociale dell'impresa in *Politica del diritto e al Piano d'impresa* presentato dall'IRES-CGIL: B. TRENTIN, G. AMATO, M. MAGNO, *Il piano d'impresa e il ruolo del sindacato in Italia*, Bari, 1980.

volontaria. Si è persa così l'occasione di adattare il nostro diritto societario a un modello di *stakeholder value*, un modello di capitalismo paziente nel quale è istituzionalmente prospettata la voce dei lavoratori e di altri portatori di interesse, accanto a quella degli azionisti.

5. Dal metodo comunitario classico al metodo aperto di coordinamento: *soft law* e governo dei numeri

Le imponenti trasformazioni economiche, tecnologiche, organizzative intervenute hanno segnato una profonda frattura nella concezione del rapporto di lavoro subordinato ereditato dal XX° secolo. Nell'evoluzione storica del diritto del lavoro l'asse portante della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, il contratto di lavoro standard a tempo pieno e a durata indeterminata, tendenzialmente stabile per l'intero arco della vita, ha costituito la base su cui si è edificata nel tempo una solida rete di diritti e garanzie a carattere sostanziale e procedurale, nonché la stessa costruzione dei sistemi di *welfare* cd. occupazionale. In molti paesi europei la stagione d'oro del diritto del lavoro, sviluppata nei trenta gloriosi dopo la fine del secondo conflitto mondiale grazie all'affermazione di sistemi di costituzionalismo democratico-sociale, ha iniziato a subire trasformazioni dapprima striscianti, poi via via più incisive.

Nel quadro di tali trasformazioni, anche l'armonizzazione coesiva realizzata attraverso l'*acquis communautaire* in campo sociale perde impulso in un contesto di crescenti differenziazioni tra paesi membri, nel frattempo numericamente aumentati grazie ai progressivi processi di allargamento. Sicché a cavallo del secolo l'obiettivo di integrazione sociale viene perseguito con un approccio diverso ai problemi creati dai mutamenti tecnologici e dall'apertura degli scambi sul piano globale. La crescente disoccupazione indotta da tali cambiamenti viene affrontata attraverso strumenti di *soft law*, come il coordinamento aperto delle politiche per l'occupazione e l'inclusione sociale (*Open Method of Coordination*, OMC) con la definizione da parte del Consiglio europeo di linee-guida, la cui attuazione è demandata agli Stati, da cui ci si aspetta la progressiva convergenza verso obiettivi comuni (cd. processo di Lussemburgo). Il metodo comunitario classico nella nuova fase viene abbandonato per la crescente difficoltà di approvare nuove direttive a maggioranza qualificata o all'unanimità, in favore del meto-

do di coordinamento delle politiche, che mantiene in capo agli Stati la scelta degli strumenti e delle modalità di perseguimento degli obiettivi occupazionali, tenuto conto dei diversi punti di partenza.

Il cambiamento più significativo del periodo è il ri-orientamento del diritto del lavoro alle politiche per l'occupazione, considerata dal Trattato di Amsterdam materia di interesse comune, con enfasi posta sulla disciplina giuridica del mercato del lavoro, che dev'essere ispirata a principi di *flexicurity*, concetto di nuovo conio e di incerta fortuna originato dalla crasi di due lemmi, flessibilità e sicurezza, in sé antitetici ma virtuosamente declinati congiuntamente nelle migliori esperienze del nord Europa. La nuova filosofia nasce dalla presa d'atto di cambiamenti irreversibili del mercato del lavoro e dall'accelerazione impressa dai nuovi modi di produzione, dall'apertura dei mercati e dalla competizione su scala globale, dalla sfida posta dall'economia della conoscenza, dall'invecchiamento della popolazione: fenomeni che impongono una "modernizzazione" del diritto del lavoro, non più centrato sulla tutela statica del lavoratore nel rapporto di lavoro (orario di lavoro, tutela della professionalità, salario, protezione contro i licenziamenti), ma in grado di fornire tutela nelle transizioni da un posto di lavoro all'altro, nelle interruzioni di carriera, nei periodi di disoccupazione.

Le transizioni occupazionali debbono quindi, secondo la dottrina *mainstream* europea, essere affrontate attraverso politiche di attivazione di soggetti a rischio di esclusione dal mercato del lavoro (inoccupati, disoccupati di lunga durata, lavoratori anziani, donne); da servizi per l'impiego efficienti, capaci di offrire nuove opportunità di impiego o di formazione al fine di garantire se non l'occupazione, almeno la potenziale "occupabilità" (*employability*) alle persone in cerca di lavoro; dall'abbandono di politiche di mera indennizzazione passiva che non rendono conveniente cercare un nuovo impiego; da misure di flessibilizzazione dei rapporti di lavoro che favoriscano occasioni di lavoro sia pur parziale e discontinuo; da una disciplina degli orari e dei salari adattabile alle mutevoli esigenze dell'impresa e (almeno tendenzialmente) a esigenze personali dei lavoratori; dalla formazione per tutto l'arco della vita (*longlife learning*) al fine di assicurare i necessari processi di riqualificazione del personale in presenza di mutamenti economici e organizzativi; dal sostegno al reddito nei periodi di transizione da un lavoro all'altro. Il cambiamento di prospettiva è quindi dato dall'idea di una rete di protezione fuori del rapporto di lavoro, volta a governare i processi di mobilità dei lavoratori nella fase di ingresso

nel mercato del lavoro, nei passaggi dal lavoro a situazioni di disoccupazione, nell'adattamento delle competenze possedute sia in funzione preventiva rispetto al rischio di espulsione dai processi produttivi, che di riqualificazione e aggiornamento professionale una volta che l'espulsione sia avvenuta, verso nuovi obiettivi occupazionali.

Se l'introduzione del capitolo Occupazione nel Trattato di Amsterdam è stata presentata come impegno dell'Unione al rafforzamento della dimensione sociale a fronte dell'avanzato processo di realizzazione dell'UEM, l'esercizio reiterato di coordinamento delle politiche per l'occupazione ha presto mostrato i segni di riduzione del processo deliberativo alla mera rilevazione e confronto di dati statistici sulla base di strumenti analitici di carattere pressoché esclusivamente quantitativo. La stessa complessa e ambiziosa strategia di Lisbona, che definiva come obiettivo strategico decennale "fare dell'Europa l'economia della conoscenza più competitiva e dinamica del mondo" affrontando i cambiamenti in modo coerente con i propri valori e concetti di società, è stata poi riduttivamente sintetizzata nelle parole d'ordine "*more and better jobs*"⁴⁵. Il ripiegamento sul mero dato occupazionale ha portato a un'estrema semplificazione e impoverimento del confronto tra paesi sulla base di numeri non in grado di evidenziare aspetti qualitativi del lavoro, come l'esistenza di buone relazioni industriali o di stabilità e sicurezza occupazionale. L'utilizzo di strumenti tipici delle discipline economico-aziendali e la modellizzazione sottostante implicante una certa idea del funzionamento dei mercati del lavoro, ampiamente ispirata ai dettami della *law and economics*, hanno surrettiziamente spostato l'asse di riferimento valoriale del diritto del lavoro da disciplina a carattere inderogabile finalizzata alla tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro, a disciplina funzionale all'allocazione sul mercato di forza lavoro spogliata delle sue caratteristiche intrinseche e differenziata solo per l'appartenenza a sotto-gruppi svantaggiati individuati come *target* specifici delle politiche del lavoro (inoccupati, disoccupati di lunga durata, donne con figli in età prescolare, giovani *neither in*

⁴⁵ Le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona (22-23 marzo 2000) fissavano l'obiettivo generale di portare il tasso di occupazione dalla media del 61% a una percentuale il più possibile vicina al 70% entro il 2010 e di aumentare il numero delle donne occupate dal 51% a una media superiore al 60% entro la stessa data. Attraverso l'ampliamento della forza lavoro avrebbe dovuto essere rafforzata la sostenibilità dei sistemi di protezione sociale.

employment nor in education or training -NEET, lavoratori anziani espulsi dai processi produttivi, ecc.).

Anche in campo sociale l'OMC negli ambiti in cui è stato applicato (occupazione, inclusione sociale, pensioni, istruzione, sanità) si è affermato come metodo di *governance through numbers*: attraverso la costruzione di *target*, indicatori, *benchmark*, obiettivi quantitativi, l'esercizio reiterato di coordinamento delle politiche nazionali nei diversi settori mirava a confrontare i risultati raggiunti segnalando le buone pratiche e indirizzando raccomandazioni ai paesi in cui permanevano criticità o strozzature del mercato del lavoro da un esercizio all'altro, secondo modalità tipiche di *soft law*. Ma, mentre al suo avvio il metodo è stato presentato come complementare alla tradizionale armonizzazione normativa, focalizzando l'attenzione sull'impatto delle politiche pubbliche e sulla loro efficacia, nel volgere di pochi anni si è dimostrato assorbente, canalizzando sui suoi obiettivi tutti gli sforzi degli apparati istituzionali nazionali e cannibalizzando gli strumenti europei di *hard law*. Può così affermarsi anche per le politiche del lavoro quanto rilevato per le grandi varianti macroeconomiche, ossia che il governo dei numeri dalla apparente descrizione dei cambiamenti ha portato alla creazione di un apparato semantico rigidamente prescrittivo⁴⁶, appannaggio di burocrazie e di reti di esperti al perenne inseguimento delle prove d'esame con la Commissione e del controllo incrociato dei pari.

Il progressivo slittamento semantico del diritto del lavoro a diritto dell'occupazione, da diritto della persona a diritto del mercato, ha alterato i termini assiologici sulla cui base sono stati edificati istituti centrali del diritto del lavoro: per tutti, la tutela ripristinatoria contro il licenziamento illegittimo, garanzia di effettività dei diritti della persona esercitabili nel corso del rapporto di lavoro, diventa un limite insostenibile per la libertà di impresa nella concezione economica dei *firing costs*. Gli stessi pilastri attorno a cui ruotano le politiche europee dell'occupazione – occupabilità, imprenditorialità, adattabilità, pari opportunità – risentono dell'influenza della cd. “terza via” di Tony Blair e del suo ispiratore Anthony Giddens che, dopo la distruzione del sistema di *welfare* britannico realizzata dai governi conservatori di Margaret Thatcher e John Major, preconizza una via di compromesso

⁴⁶ A. J. MENÉNDEZ, *European Governance through numbers, ovvero: How the sleep of numbers produces monsters*, Paper presentato al Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Perugia, 5 marzo 2020.

tra neoliberismo e modello sociale europeo⁴⁷ basata sulla responsabilizzazione dell'individuo, sulla capacità di adattamento al mercato, su elementi di condizionalità nell'accesso a prestazioni di *welfare*, ridefinito *welfare to work* o *workfare*, a rimarcare la centralità dell'obiettivo di attivazione al lavoro.

Se l'obiettivo di sostenere la persona nelle transizioni occupazionali attraverso misure di politica attiva e di ridefinizione del sistema di protezione sociale in senso universalistico contro i rischi di disoccupazione involontaria, malattia, sottoccupazione era ritenuto condivisibile alla luce dei mutamenti epocali in corso al fine di aggiornare la lettura dei principi costituzionali di cui agli artt. 3, 4, 35 e 38 Cost., buona parte della dottrina giuridica ha sollevato critiche e perplessità sull'assunto economicistico – entrato nel dibattito delle istituzioni europee quale preconditione per la riforma dei mercati del lavoro – dell'esistenza di un necessario *trade off* fra rigidità delle normative di protezione dei lavoratori nel rapporto di lavoro e protezione nel mercato, possibile solo a costo di un allentamento delle tutele dei lavoratori occupati. La consultazione pubblica avviata dalla Commissione europea con la pubblicazione del libro verde “Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”⁴⁸ ha messo in evi-

⁴⁷ Osserva con toni sferzanti lo storico britannico T. JUDT, *Post-war: A History of Europe Since 1945*, New York, 2005, pubblicato in italiano: T. JUDT, *Postwar. La nostra storia 1945-2005*, Bari, 2017, pp. 980 ss. come gli sforzi messi in campo fin dagli anni Ottanta per risolvere il dilemma tra solidarietà sociale europea e flessibilità economica americana coincisero con la ricerca di un nuovo progetto da mettere al posto dell'ormai defunto dibattito tra capitalismo e socialismo, che aveva costituito il cuore pulsante della politica occidentale per oltre un secolo. «Il risultato, durato soltanto un breve momento alla fine degli anni Novanta, fu la cosiddetta “Terza via”, che fondeva dichiaratamente l'entusiasmo per una produzione capitalistica priva di qualsiasi vincolo con una debita considerazione per esigenze sociali e interesse collettivo. Non era in realtà nulla di nuovo, e aggiungeva ben poco di concreto e sostanziale all'“economia sociale di mercato” proposta da Erhard negli anni Cinquanta». Judt ricorda come nell'atmosfera post-thatcheriana, Blair poteva apparire progressista ed europeo semplicemente parlando dell'auspicabilità di un ben distribuito sistema di servizi, mentre insisteva nel mantenere il paese al di fuori delle protezioni sociali della legislazione europea e dell'armonizzazione fiscale implicitamente presupposta dal mercato unico europeo. In sostanza la Terza via del New Labour era inseparabilmente connessa alla riluttanza britannica a scegliere tra Europa e USA mentre il suo fascino è declinato rapidamente a seguito del coinvolgimento britannico nell'intervento militare in Iraq e del drammatico aumento della povertà nel paese.

⁴⁸ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, Libro verde, COM(2006) 708 definitivo,

denza i rischi di deregolamentazione insiti in una certa lettura *market oriented* delle riforme necessarie a combattere la crescente segmentazione del mercato del lavoro, implicanti una base di diritti e garanzie riguardo all'orientamento al lavoro, alla tutela del reddito nelle fasi di transizione, alla formazione per i lavoratori cd. atipici al prezzo di una maggiore flessibilità nella disciplina del rapporto di lavoro standard con riguardo, in particolare, all'allentamento della tutela contro i licenziamenti illegittimi.

Nell'applicazione che tali linee di indirizzo hanno avuto nei diversi paesi il mutamento di prospettiva (dal rapporto al mercato) ha in effetti implicato il ridimensionamento delle tutele nel rapporto di lavoro, uno smantellamento progressivo, parziale, ma non per questo meno incisivo, "in cambio" della edificazione (altrettanto progressiva e parziale) di un nucleo di tutele sul mercato: dalla ridefinizione dello *status* di disoccupato, all'allestimento dei nuovi servizi per l'impiego, alla definizione del cd. patto di servizio e al ricorso a forme di condizionalità, al tentativo mai pienamente riuscito di approntare serie politiche attive del lavoro, alla riforma dei trattamenti di disoccupazione per i lavoratori subordinati e all'introduzione di una specifica tutela per i collaboratori coordinati e continuativi, al riordino della cassa integrazione e all'istituzione di fondi bilaterali che svolgano analoghe funzioni di tutela del reddito nelle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro nei settori non coperti dalla cassa. Si è trattato di un'imponente opera di adattamento di sistema a obiettivi di crescita dell'occupazione⁴⁹, che sin dalle prime battute ha implicato il superamento delle norme statutarie sul collocamento pubblico⁵⁰, l'introduzione del lavoro interinale attraverso l'intermediazione di agenzie di somministrazione, la moltiplicazione di tipologie contrattuali flessibili e precarie, in particolare con il d. lgs. n. 276/2003, sino ad arrivare, in tempi più recenti – nei

22/11/2006 e i materiali di risposta alla consultazione pubblica a cura di C. MASSIMIANI, *Dal Libro verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro alla Comunicazione sulla flexicurity, Dossier C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, n. 9/2007.

⁴⁹ Si è trattato di un'opera lenta, graduale, tuttora incompiuta, che ha dato luogo a reiterate (ad oggi se ne contano sette) operazioni di riforma del mercato del lavoro di diverso segno politico a seconda dei governi e delle maggioranze parlamentari che le hanno sostenute.

⁵⁰ Attraverso il famoso caso *Job Centre II* (Corte di giustizia, causa C-55/96, *Job Centre coop.*, 11 dicembre 1997) creato a tavolino per far dichiarare il contrasto con la normativa europea sulla concorrenza del regime di monopolio pubblico del collocamento.

processi di riforma sotto dettatura europea del periodo post-crisi economica e finanziaria – a intaccare l'impianto garantista dello Statuto nei confronti dei lavoratori occupati (v. *infra*).

In verità gli obiettivi occupazionali e le politiche del lavoro tratteggiate dal metodo aperto di coordinamento da un lato apparivano frutto dei compromessi di volta in volta realizzati nelle riunioni annuali del Consiglio europeo, dall'altro erano definiti in modo sufficientemente ambiguo da lasciare ampi margini di scelta ai governi nazionali in un settore ancora di loro competenza, pur nel rispetto della funzione di coordinamento spettante all'Unione. Il nostro paese in tale quadro ha scontato, sul piano delle politiche del lavoro, storici ritardi dovuti a un sistema di collocamento inefficiente, al permanente divario territoriale, al peso del lavoro nero o irregolare, a un sistema di *welfare* occupazionale differenziato per settore, dimensione d'impresa e tipologia contrattuale, a un sistema di formazione autoreferenziale e poco attento ai reali bisogni di lavoratori e imprese, a politiche attive – demandate alle regioni – deboli e diseguali. Il terreno di elezione delle politiche occupazionali ha anche tratto beneficio del *mutual learning* di pratiche virtuose attraverso forme di isomorfismo istituzionale, pur se la divaricazione tra misure di politica attiva e passiva, rispondenti a soggetti diversi, ha continuato a pesare sull'inefficienza del sistema.

Quale strumentario di diritti è uscito rafforzato dalla ultraventennale strategia per la crescita e l'occupazione? All'attivo possono enumerarsi il diritto a congedi formativi e alla formazione continua in costanza di rapporto di lavoro, una disciplina degli orari più flessibile anche in relazione a esigenze personali, la presa a carico dei servizi per l'impiego in situazioni di inoccupazione/disoccupazione attraverso attività di orientamento, formazione, riqualificazione, una progressiva e (almeno) tendenziale universalizzazione dei trattamenti di disoccupazione, un primo parziale riconoscimento di una base di diritti di libertà e dignità (equo compenso, tutela della maternità, malattia, divieto di discriminazioni (si veda la disciplina delle collaborazioni etero-organizzate ex d.lgs. n. 81/2015, il cd. Statuto del lavoro autonomo l. n. 81/2017, la legge sui *rider* n. 194/2019) anche per il lavoro non subordinato.

L'influenza europea sulle politiche dell'occupazione è stata per lo più indiretta e strumentale, talora opportunisticamente assunta come vincolo esterno ("ce lo chiede l'Europa") per forzare resistenze inter-

ne, soprattutto di (una certa) parte sindacale⁵¹. Di fatto l'avvio della strategia europea per l'occupazione ha aperto un cantiere permanente di riforme del mercato del lavoro, cui obiettivi talora progressivi⁵², talaltra regressivi sul piano delle garanzie, sono stati declinati dai governi con politiche del lavoro di segno prevalentemente liberista. D'altro canto, rispetto alla sua consacrazione formale nel Trattato di Amsterdam e alla definizione alta dei suoi obiettivi nel Consiglio europeo di Lisbona, la strategia europea per l'occupazione si è trovata a operare in un contesto politico profondamente mutato, con una maggioranza di paesi guidati da governi di ispirazione liberista e con il repentino allargamento ai paesi dell'est-Europa, che del processo di adesione hanno soprattutto inteso beneficiare delle libertà economiche. Connesso a questo mutamento di prospettiva è il fallimento del progetto di costituzione europea, che ha smorzato l'afflato ideale al ricongiungimento delle due Europe sotto il segno del costituzionalismo democratico e sociale, per affidare il processo di integrazione alle sole dinamiche di mercato⁵³.

⁵¹ Si allude in particolare alla imponente manifestazione della Cgil a Roma del marzo 2002 contro l'ipotesi di modifica dell'art. 18 dello Statuto in materia di licenziamento. E alla rottura con le altre confederazioni rispetto alle politiche del lavoro del governo Berlusconi anticipate dal Libro Bianco del novembre 2001, che faceva strumentalmente riferimento alla strategia europea per l'occupazione.

⁵² Si intende menzionare, in particolare, l'attenzione prestata al tema dell'inclusione sociale e della estensione di alcune tutele lavoristiche oltre i confini del lavoro subordinato, tradizionale campo di elezione del diritto del lavoro. Già alcune normative di *hard law* avevano incluso nel loro campo di applicazione tutte le forme di lavoro con riguardo all'applicazione di diritti fondamentali quali la tutela della salute e sicurezza nel lavoro e i divieti di discriminazione. La strategia per l'occupazione ha per definizione finalità inclusiva, mirando ad attrarre nel mercato del lavoro target di popolazione con difficoltà a entrarvi (ad esempio a causa di ridotta scolarizzazione) o a rimanervi (ad esempio in presenza di figli), e a considerare il lavoro in tutte le sue forme, compreso il lavoro autonomo, parasubordinato, imprenditoriale, associato, ecc. Da questo punto di vista, ha certamente contribuito ad allargare gli orizzonti del diritto del lavoro, sinora centrato esclusivamente sulla disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

⁵³ Pagine illuminanti sul tormentato processo di riunificazione tra le due Europe sono contenute in T. JUDT, *Postwar*, cit. pp. 864 ss., nonché in P. THER, *Europe Since 1989*, Princeton University Press, 2014; I. KRASTEV, S. HOLMES, *The Light that Failed. A Reckoning*, Penguin Random House, 2019 e in I. KRASTEV, *After Europe*, University of Pennsylvania Press, 2017, pubblicato in Italia col titolo *Gli ultimi giorni dell'Unione*, Luiss University Press, 2019.

6. I diritti sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Il processo di rifondazione dell'Europa attraverso l'approvazione di un Trattato costituzionale fondato sull'affermazione dei valori alla base dell'identità europea ha suscitato grandi aspettative tra quanti ritenevano necessario dare forma costituzionale al nuovo assetto di poteri e competenze che l'Unione stava assumendo in virtù del processo avviato a Maastricht. Premessa fondamentale del processo costituente è stata la ricognizione dei diritti fondamentali riconosciuti dai Trattati, dalle fonti internazionali, dai principi costituzionali comuni agli Stati membri, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo ad opera di una Convenzione incaricata di redigere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta, approvata solennemente nel Consiglio europeo di Nizza il 18 dicembre 2000, è strutturata sulla base di valori comuni, indivisibili e universali, di dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà e sui principi di democrazia e stato di diritto.

Le modalità della sua approvazione, inidonee ad attribuire efficacia giuridica alla Carta; l'interruzione del processo costituente a seguito degli esiti referendari negativi in Francia e Paesi Bassi; l'incerta natura giuridica dello strumento sino all'equiparazione con le fonti di rango primario realizzata col Trattato di Lisbona, hanno per molti anni congelato la valenza giuridica della Carta, al più invocata come fonte di ispirazione o argomento a sostegno dell'interpretazione di norme contenute in fonti di rango primario o secondario del diritto dell'Unione. E tuttavia, pur in questa fase di sospensione, i giudici nazionali hanno iniziato a richiamarla e a fornire un'interpretazione dei diritti alla luce dell'ordinamento multilivello, gli avvocati generali e la stessa Corte di giustizia a soppesare la valenza della qualificazione di alcuni diritti come fondamentali esercitando la tipica funzione costituzionale di bilanciamento tra gli stessi, la dottrina a discutere criticamente del suo ambito di applicazione esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione senza alcun ampliamento delle competenze e dei compiti definiti dai trattati (ex art. 51), della portata dei diritti da essa garantiti e di eventuali limitazioni che ne alterino il contenuto essenziale, dell'anacronistica distinzione tra diritti e principi.

I diritti fondamentali dei lavoratori, distribuiti in vari capi dedicati al valore della dignità, libertà, uguaglianza, sono soprattutto concen-

trati nel capo dedicato al valore della solidarietà, che raccoglie il cuore dei diritti sociali affermati nelle costituzioni democratiche: il diritto dei lavoratori all'informazione e consultazione nell'ambito dell'impresa, il diritto di negoziazione e di azioni collettive, il diritto di accesso ai servizi di collocamento, la tutela in caso di licenziamento ingiustificato, condizioni di lavoro giuste ed eque, il divieto di lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro, la tutela della vita familiare e professionale, la sicurezza e assistenza sociale.

La tavola dei diritti sociali attinge a diritti riconosciuti in particolare dalla Carta sociale europea riveduta, dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della omonima Corte, oltre che, naturalmente, dal diritto primario e secondario dell'Unione europea e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. La ricchezza di fonti e il suo carattere evolutivo ha in particolare catturato l'attenzione degli interpreti, attratti dall'inserimento dei diritti sociali in una dimensione multilivello, in cui strumenti operanti in diversi contesti semantici sono chiamati a dialogare e – in quanto sviluppati in fonti precipuamente volte alla valorizzazione dei diritti sociali come diritti umani – ad arricchirne la trama, sinora debole e poco strutturata nel diritto dell'Unione.

Il riconoscimento di diritti sociali a valenza collettiva, che esorbitano dalle competenze attribuite dal Trattato all'Unione (in materia di retribuzione, diritto di associazione, diritto di sciopero e serrata, ex art. 153, comma 5) ha indotto alcuni commentatori a confidare nel fatto che l'affermazione di tali diritti come fondamentali li avrebbe posti ad un rango superiore rispetto alle libertà economiche assicurate dai Trattati, o quanto meno ne avrebbe garantito l'immunità rispetto al diritto del mercato e della concorrenza⁵⁴, sulla base del principio “il lavoro non è una merce”⁵⁵. Quando però la Corte di giustizia con le sentenze del cd. “*Laval quartet*”⁵⁶ si è trovata ad affrontare la questio-

⁵⁴ Cfr. Corte Giustizia, causa C-67/96, *Albany International BV*, 21 settembre 1999, e le conclusioni dell'Avv.to generale Jacobs.

⁵⁵ Dichiarazione di Filadelfia del 10 maggio 1944, sulla cui rilettura nell'odierno contesto economico v. A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010. Adde: M. GRANDI, “*Il lavoro non è una merce*”: una formula da rimeditare, *LD*, 4, 1997, p. 557 ss.

⁵⁶ Si fa riferimento al quartetto di sentenze emanate dalla Corte di giustizia in un breve lasso di tempo tra dicembre 2007 e giugno 2008 che forniscono una lettura

ne della conformità con il diritto dell'Unione dell'esercizio del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva nei confronti di imprese che hanno esercitato le libertà economiche sancite dai Trattati, l'operazione di bilanciamento si è risolta dando prevalenza alle libertà economiche a detrimento dei diritti collettivi, sottoposti a condizioni di adeguatezza e proporzionalità tali da limitarne la legittimità e la portata. Questa giurisprudenza, mai modificata dalla Corte, ha segnato una frattura insanabile tra la concezione dei diritti sociali a carattere collettivo propria di alcuni ordinamenti costituzionali, come il nostro, e la sua accezione europea, da allora irrimediabilmente minata dal rischio di azioni in giudizio contro i sindacati che pongano in essere azioni collettive volte a limitare l'esercizio delle libertà economiche dell'impresa⁵⁷.

Sulla prevalenza accordata alle libertà economiche hanno pesato vari fattori: dalla matrice economica dei Trattati, all'arresto del processo di costituzionalizzazione, all'allargamento realizzato in una fase in cui i principi coesivi del modello sociale europeo cominciavano ad appannarsi per fare spazio a un modello di competizione tra regimi giuridici, all'irresistibile ascesa dell'accezione più liberista dell'economia sociale di mercato, che – malgrado l'introduzione di una clausola sociale nel Trattato di Lisbona (art. 9 TFUE)⁵⁸, che impegna l'Unione a promuovere la realizzazione di obiettivi sociali in tutte le sue politiche, in una logica di *social mainstreaming*⁵⁹ – tende a considerare le norme

assai riduttiva dei diritti sociali a fronte del preminente rilievo riconosciuto alle libertà economiche sancite dal Trattato: C-438/2005, *Viking Line ABP*, 11 dicembre 2007; C-341/2005, *Laval un Partneri Lmt.*, 18 dicembre 2007; C-346/06, *Rueffert*, 3 aprile 2008; C-319/06, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, 19 giugno 2008, su cui è stata prodotta una letteratura sterminata.

⁵⁷ Anche la più recente sentenza *AGET Iraklis* (causa C-201/2015, del 21 dicembre 2016) fornisce una lettura quanto mai ampia della libertà d'impresa ex art. 16 della Carta per contestare i vincoli amministrativi posti dalla legislazione di uno stato membro al licenziamento collettivo di un'impresa multinazionale che intende delocalizzare la produzione da un paese all'altro.

⁵⁸ “Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana”.

⁵⁹ M. D. FERRARA, *L'integrazione europea attraverso il “social test”: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, RGL, 2013, I, p. 295 ss.; A. PERULLI, *Fundamental Social Rights, Market Regulation and EU External Action*, IJCLLIR, 2014, 30, p. 27 ss.; A. LO FARO, *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, DLRI, 2018, 4, p. 761 ss.. Sul valore ermeneutico della clausola sociale,

protettive di diritto del lavoro come un intollerabile vincolo alla libertà di impresa. Un altro elemento implicito di contraddizione nel processo di pseudo-costituzionalizzazione dei diritti sociali come diritti fondamentali, realizzato con la Carta, è la equi-ordinazione dei diritti ivi elencati, che rimette al giudice europeo il compito di effettuare l'operazione di bilanciamento senza disporre nel sistema di una gerarchizzazione tra gli stessi che riconosca ai diritti sociali una posizione di primazia rispetto alle libertà economiche sancite dai Trattati, o, nelle vicende in cui non vi sia questione di contrasto con la libertà di stabilimento o di prestazione di servizi, rispetto alla generica libertà di impresa riconosciuta dall'art. 16. In un totale ribaltamento di prospettiva rispetto alla nostra concezione costituzionale della libertà d'impresa, l'assenza di gerarchia tra diritti enunciati nella Carta ha finito infatti per tradursi nell'assunzione della libertà d'impresa a limite di carattere generale ai diritti sociali fondamentali nell'interpretazione totalizzante operata dalla Corte⁶⁰.

Dopo il traumatico esordio del *Laval quartet*, e malgrado il riconoscimento di valore giuridico di fonte di rango primario alla Carta col Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia ha continuato a ignorare i diritti sociali, diversamente da altri diritti fondamentali, mantenendoli in una situazione di minorità e di incertezza, proprio quando gli effetti della crisi e i vincoli di consolidamento macroeconomico ne hanno imposto un drastico ridimensionamento in molti paesi. Da un lato, infatti, la giurisprudenza della Corte si è mossa su un doppio binario⁶¹, distinguendo tra misure che non impattano direttamente sulle libertà economiche, per le quali ha mantenuto un elevato livello di tutela dei diritti sociali⁶²; e misure riconducibili alle libertà fondamentali e so-

letta in combinato con l'art. 31 della Carta e l'art. 3.3 del TUE, v l'opinione dell'AG Cruz-Villalón nella causa C-515/08, *Vitor Manuel dos Santos Palhota et al.*, nemmeno presa in considerazione dalla Corte di Giustizia.

⁶⁰ Cfr. la giurisprudenza della Corte di giustizia in C-426/11, *Mark Alemo-Herron et al. C. Parkwood Leisure Ltd*, del 18/7/2013 e C-201/2015, *AGET Iraklis c. Ypourgos Ergasias Kounonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengys*, del 21/12/2016. Sull'impatto della Carta sulla effettività della tutela dei diritti sociali, v. F. DORSSEMONT, K. LORCHER, S. CLAUWAERT, M. SCHMITT (eds.), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Oxford, 2019.

⁶¹ Così: C. BARNARD, *The Charter, the Court – and the Crisis*, University of Cambridge, Faculty of Law Research Paper n. 18/2013.

⁶² Esempio è il caso C-555/07, *Seda Kucukdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, del 19/01/2010, riguardante una discriminazione per età.

prattutto al meccanismo di *governance* macroeconomica, per le quali ha declinato la propria giurisdizione⁶³ oppure, quando l'ha ammessa, ha negato in concreto l'applicazione della Carta a misure nazionali di deroga a diritti fondamentali adottate sulla base di condizionalità imposte dalla *troika* tramite i famigerati *Memoranda of Understandings*, considerando tali provvedimenti non adottati in attuazione del diritto dell'Unione⁶⁴.

D'altro canto, un ulteriore elemento generatore di incertezza è stato l'utilizzo dell'artificiosa distinzione tra diritti e principi, richiamata nella sentenza *Association de médiation sociale*⁶⁵ per negare l'applicazione diretta dell'art. 27 della Carta (diritto dei lavoratori all'informazione e consultazione nell'ambito dell'impresa), che non attribuisce ai privati diritti soggettivi perfetti invocabili in quanto tali perché necessita di specificazione e della definizione di modalità di attuazione nel diritto derivato, diversamente dall'art. 21 (non discriminazione), una delle rare norme dotate di efficacia diretta orizzontale. La pretestuosità della distinzione, che tenderebbe a relegare i diritti sociali nella categoria dei principi, pur in presenza di un corpo di diritto derivato che vi ha dato attuazione, porta a negare non solo l'efficacia orizzontale degli stessi anche ove letti in combinato disposto con una direttiva, bensì pure la loro valenza quale parametro di legittimità delle disposizioni europee o nazionali⁶⁶, ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti ex art. 52.5 della Carta. Nella stessa categoria dei diritti soggettivi perfetti, esercitabili *anche in assenza* di una manifestazione di diritto derivato che vi abbia dato espressa attuazione, purché

⁶³ Il primo caso in cui la Corte ha negato la propria giurisdizione riguardo a una misura di riduzione di diritti sociali adottata dal governo irlandese è la sentenza C-370/12, *Thomas Pringle v. Government of Ireland*, del 27/11/2012.

⁶⁴ Il riferimento è alle sentenze portoghesi C-128/12, *Sindicatos dos Bancarios do Norte e altri c. BPN Banco Portugues de Negocios*, del 7/03/2013; C-264/12, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins c. Fidelidade Mundial Companhia de Seguros*, del 26/6/2014 e alle ordinanze pronunciate sui casi presentati da sindacati rumeni C-434/11, *Corpul National al Politistilor c. Ministerul Administratiei si Internelor (MAI) et al.*, del 14/12/2011; *Corpul National al Politistilor – Biroul Executiv Central c. Ministerul Administratiei si Internelor et al.*, del 10/5/2012.

⁶⁵ Sentenza C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT et al.*, del 15/1/2014.

⁶⁶ Cfr. Corte giustizia C-356/12, *Wolfgang Glatzel c. Freistaat Bayern*, del 22/5/2014 in materia di diritto dei disabili di beneficiare di misure di inserimento (art. 26 della Carta).

sussista un «collegamento di una certa consistenza»⁶⁷ tra norma nazionale e diritto dell'Unione, la Corte ha in concreto negato ogni rilievo alla Carta pur dinanzi a situazioni palesemente rientranti nel diritto dell'Unione in quanto regolate da normative interne di recepimento di direttive comunitarie (principio di tutela giurisdizionale effettiva in caso di insolvenza del datore di lavoro⁶⁸, parità di trattamento nel contratto di lavoro a termine⁶⁹).

La marginalità a cui la Corte di giustizia ha relegato l'applicazione della Carta ai diritti sociali è stata inoltre determinata dalla sua inutilizzabilità ogniqualvolta le competenze attribuite dal Trattato all'Unione non siano state in concreto esercitate. Il caso più eclatante è quello dell'art. 30 in materia di tutela contro il licenziamento ingiustificato, liquidato dalla Corte con ordinanze di manifesta incompetenza basate sull'assenza di un atto legislativo europeo in materia che potesse giustificare il suo intervento ex art. 51.1.

Nella sua concreta applicazione il giudizio di sostanziale irrilevanza della Carta⁷⁰ nel soddisfare alcuni degli obiettivi per cui era stata adottata poggia anche sull'argomento dell'intransigente utilizzo della categoria del primato del diritto dell'Unione anche in situazioni giuridiche che negli ordinamenti interni hanno rilievo costituzionale, accentuando i profili di potenziale contrasto con le corti costituzionali.

Per uno strano destino, la ri-proclamazione della Carta e il riconoscimento del valore giuridico di fonte primaria del diritto dell'Unione con l'art. 6 del Trattato di Lisbona, ha paradossalmente coinciso con un uso assai ridotto da parte della Corte di giustizia dei diritti sociali in essa sanciti, in un momento di massima tensione tra la loro solenne proclamazione come diritti fondamentali e gli effetti nefasti determinati dalla realizzazione dell'UEM, dal processo di allargamento e dagli effetti della crisi che li ha travolti, facendone una leva di competizione

⁶⁷ Cfr. Corte di giustizia C-617/10, *Aklageren c. Hans Akerberg Fransson*, del 26/2/2013 su cui v. G. BRONZINI, *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 118/2015.

⁶⁸ C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos c. Korota SA e Fondo de Garantia Salarial*, del 27/3/2014.

⁶⁹ C-161/11, *Cosimo Damiano Vito c. Poste italiane SpA*, del 22/6/2011; C-178/12, *Rafaela Rivas Montes c. Instituto Municipal de Deportes de Cordoba*, del 7/3/2013.

⁷⁰ A. LO FARO, *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, cit., p. 764.

al ribasso tra sistemi. Lo squilibrio determinato da tali eventi sull'assetto istituzionale dell'Unione sembra aver travolto la Corte di giustizia, incapace di utilizzare la Carta come bussola costituzionale nella tempeste di avvenimenti che hanno scosso dalle fondamenta l'architettura dell'Unione e, in particolare, la sua dimensione solidaristica e sociale.

7. La crisi e le misure di austerità: il diritto del lavoro derogabile come strumento di svalutazione competitiva e la sua attrazione nei meccanismi di governance macroeconomica. Il Pilastro sociale come tentativo di restituire visibilità sociale all'immagine dell'Europa

Il manifestarsi della crisi economico-finanziaria in Europa ha costituito uno straordinario laboratorio di sperimentazione su vasta scala di ricette neoliberiste predicate da tempo nei consessi internazionali, ma sino ad allora non compiutamente realizzate a causa di resistenze interne e per l'effetto inerziale di sistemi ancora formalmente ancorati ai canoni del modello sociale europeo nelle sue diverse varianti nazionali. Con l'esplosione della crisi dei debiti sovrani la decostruzione dei sistemi di diritto del lavoro è stata presentata come una necessità volta a fornire risposte rassicuranti ai mercati e alle agenzie di *rating* circa il grado di salute dell'economia di un paese. L'esplosiva miscela innescata dalla crisi finanziaria sull'economia reale e sulla capacità degli Stati dell'eurozona di affrontarla con strumenti adeguati, non disponendo più della leva costituita dalla svalutazione competitiva della moneta, ha portato molti paesi a giocare la carta della svalutazione interna attraverso una più intensa flessibilizzazione dei sistemi di diritto del lavoro⁷¹, sotto pressione delle istituzioni europee. La riforma dei sistemi nazionali di diritto del lavoro – ove il termine riforma allude al ribaltamento della logica protettiva del lavoratore-contraente debole, con sacrificio del principio di favore in funzione della centralità riconosciuta alle ragioni dell'impresa – ha mirato ad allentare i vincoli normativi posti da norme inderogabili per adattare le condizioni occupazionali

⁷¹ S. DEAKIN, *Politica sociale, governance dell'economia e UEM: alternative all'austerità*, RGL, 4, 2018, pp. 589 ss.; S. DEAKIN, A. KOUKIADAKI, *The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe*, in N. CONTOURIS, M. FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013, p. 163 ss.

e di lavoro alle concrete esigenze delle imprese e del mercato, completando il quadro deregolativo disegnato nel decennio precedente. Ma stavolta l'attacco al diritto del lavoro non è avvenuto ai margini della disciplina, ma ne ha toccato il cuore attraverso la manomissione dello stesso impianto garantista e promozionale dello Statuto.

Il primo attacco in ordine di tempo, contenuto nella manovra di agosto 2011 in risposta alla lettera della BCE al governo Berlusconi, ha riguardato la norma (art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011) che consente alla contrattazione decentrata (aziendale o territoriale) di derogare *in pejus* ai trattamenti previsti dalla fonte legale e dal contratto collettivo nazionale su un'ampia gamma di istituti⁷² in ragione di numerose e indeterminate finalità⁷³, con la sola salvezza del rispetto della Costituzione e delle normative di derivazione comunitaria e internazionale. La stessa norma faceva salve retrospettivamente le deroghe già apportate a norme legali e contrattuali dall'accordo Fiat del 2010, alla condizione che l'accordo fosse approvato a maggioranza dei lavoratori. Se la portata disgregante della norma è stata di fatto neutralizzata dalla postilla firmata da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil in calce all'accordo interconfederale del 2011 in cui impegnano le loro strutture decentrate a non avvalersene, la stessa rimane nell'ordinamento come una mina vagante mai formalmente abrogata.

Fiumi di inchiostro sono stati scritti sulle potenzialità destabilizzanti dell'art. 8 sull'intero impianto del diritto del lavoro fondato sull'inderogabilità unilaterale delle norme di legge e di contratto collettivo e sul principio di favore nei confronti del prestatore. Qui merita di essere segnalato il contestuale attacco a entrambe le anime dello Statuto, giacché il meccanismo derogatorio prende di mira non solo alcuni dei capisaldi garantisti del titolo I dello Statuto (in particolare in

⁷² Le materie oggetto delle intese derogatorie possono riguardare: impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie, mansioni classificazione e inquadramento del personale, contratti a termine, a orario ridotto, regime di solidarietà negli appalti, ricorso alla somministrazione di lavoro, orario, modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro comprese collaborazioni e partite Iva, trasformazione e conversione dei contratti di lavoro, conseguenze del recesso, ad esclusione del licenziamento discriminatorio e di quello intimato a causa di matrimonio, maternità o congedo parentale.

⁷³ Le finalità contemplate dall'art. 8, c.1, l. 148/2011 sono: maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione di lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione di crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività.

materia di controlli a distanza e mansioni), ma intende utilizzare come cavallo di Troia le rsa di cui all'art. 19 (o le rsu), con evidente torsione della funzione promozionale del riconoscimento delle rappresentanze dei lavoratori nei luoghi di lavoro. Il disegno legislativo, che mirava a replicare su larga scala la vicenda del distacco Fiat dal contratto nazionale di settore per sostituirlo con il solo contratto aziendale⁷⁴, ha però trovato un argine nella regola maggioritaria prevista per l'approvazione degli accordi in deroga con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori, nonché nella situazione di incertezza giuridica creata da tali accordi, oltre che – ovviamente – nel rifiuto delle organizzazioni maggiormente rappresentative di utilizzare esplicitamente questo meccanismo derogatorio⁷⁵, potenzialmente distruttivo della tenuta del contratto collettivo nazionale e della stessa funzione di rappresentanza da esse svolta.

Il medesimo obiettivo di smantellare il sistema di contrattazione collettiva nazionale⁷⁶ favorendo la contrattazione di livello aziendale – vero *leit-motiv* delle *Country Specific Recommendations* indirizzate agli Stati membri nel quadro del processo di *governance* macroeconomica – è stato perseguito in altri paesi attribuendo la legittimazione a stipulare accordi derogatori a soggetti diversi dalle organizzazioni sindacali, non in grado di esprimere una genuina dialettica con il datore di lavoro, tanto più in situazioni di crisi che espongono i lavoratori a subdole forme di ricatto occupazionale⁷⁷. L'articolo 8 della legge 148 non ha invece bypassato il ruolo negoziale di rsa e rsu (o dei sindacati territoriali) permettendo di stipulare accordi in deroga a soggetti diversi da quelli legittimati in via ordinaria alla negoziazione a questo livello, e forse proprio per questo l'operazione non ha avuto l'esito sperato (o temuto). A quarant'anni dallo Statuto, va comunque segnalato il rovesciamento prospettico della finalità promozionale, ora realizzata attraverso il sostegno legislativo⁷⁸ al contratto aziendale che introduce

⁷⁴ Sulla vicenda Fiat che ha rappresentato un vero punto di rottura del sistema cfr. L. NOGLER, *Statuto dei lavoratori e ideologia del "nuovo sindacato"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, parte I, pp. 143 ss.

⁷⁵ In via implicita l'art. 8 legge 148 è stato utilizzato, pur senza menzionarlo, in alcuni accordi aziendali in situazioni di crisi.

⁷⁶ P. MARGINSON, *Coordinated Bargaining in Europe. From Incremental Corrosion to Frontal Assault?*, *EJIR*, 2014, p. 97 ss.

⁷⁷ F. GUARRIELLO, *Il decennio perduto del diritto del lavoro*, *RGL*, 2019, 3, pp. 545 ss.

⁷⁸ L'art. 8, l. 148 è paradossalmente rubricato "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità".

deroghe peggiorative agli standard normativi legali e di settore, al fine di rompere «l'uniformità oppressiva»⁷⁹ delle fonti superiori.

L'obiettivo di disarticolare il *sistema* di contrattazione collettiva è perseguito in modo più anodino anche dalla disposizione del *Job's Act* (art. 51, d. lgs. n. 81/2015) che, ai fini dei rinvii operati dalla legge al contratto collettivo in materia di flessibilità tipologica o funzionale, considera egualmente idonei a introdurre deroghe alla disciplina legale tanto i contratti collettivi nazionali, quanto quelli territoriali o aziendali, purché stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o da loro rsa/rsu. Anche la nuova disposizione, infatti, professa una sospetta neutralità nel rinviare a qualunque livello di contrattazione collettiva una materia così controversa come quella delle (ulteriori) flessibilità da apportare a una disciplina legale che ha già oltremodo allentato i vincoli normativi imposti dallo Statuto. Il suo articolo 3 riscrive infatti la disciplina delle mansioni prevista dall'articolo 13 dello Statuto, eliminando il vincolo di equivalenza professionale delle mansioni di nuova assegnazione rispetto a quelle pregresse e consentendo, sia pure a parità di retribuzione, la mobilità su mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella stessa categoria legale, in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali (condizione chiaramente determinata dal datore di lavoro) o nelle ipotesi (in bianco) previste dai contratti collettivi (appunto: di qualunque livello).

L'inderogabilità della disciplina delle mansioni, emblema della rigidità della disciplina statutaria (nell'icastica formula: "Ogni patto contrario è nullo"), viene ipocritamente fatta salva dall'ultimo comma dell'articolo, che premette al citato precetto di nderogabilità le eccezioni (in bianco) ora consentite: "salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo restando quanto disposto al sesto comma". Che l'inderogabilità diventi un mero simulacro è plasticamente reso dalla disposizione, di cui al comma 6, sulla derogabilità assistita, che consente la stipula di un accordo *individuale* di declassamento in sede conciliativa o davanti alle commissioni di certificazione (istituto introdotto dal D.lgs. 276/2003) in deroga a disposizioni di legge in tema di modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione (!!!) nell'interes-

⁷⁹ Così: A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, MGL, 2011, pp. 682 ss.

se del lavoratore alla conservazione dell'occupazione (deroga già ammessa dalla giurisprudenza a fronte del rischio di licenziamento per motivo oggettivo), all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita (ipotesi francamente di ardua configurazione).

Le deroghe alla disciplina legale sono consentite al contratto collettivo (di qualunque livello) in materia di: lavoro supplementare e clausole elastiche apposte al contratto a tempo parziale, durata complessiva del rapporto a tempo determinato in caso di successione di più contratti tra le stesse parti e percentuali di impiego a tempo determinato rispetto al numero di lavoratori stabili, regime applicabile alle collaborazioni organizzate dal committente, limiti quantitativi per la somministrazione di lavoro a tempo determinato, limiti all'assunzione di apprendisti da parte di imprese che non abbiano proceduto alla stabilizzazione di una certa percentuale di apprendisti assunti nei 36 mesi precedenti (facoltà rimessa ai soli contratti nazionali), per citarne alcune.

Un altro fronte di rottura con le garanzie statutarie è stato quello dei controlli a distanza sull'esecuzione della prestazione lavorativa tramite apparecchiature che l'art. 4 della legge del 1970 definisce arcaicamente impianti audiovisivi, per l'introduzione dei quali richiede l'accordo con le rappresentanze sindacali. La riscrittura della norma ad opera dell'art. 23 d. lgs. 151/2015 distingue ora tra gli anzidetti impianti audiovisivi, il cui impiego è consentito esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, il cui utilizzo necessita di previo accordo con le rsa o rsu; e gli altri strumenti utilizzati per rendere la prestazione lavorativa (gli *strumenti di lavoro* come *computer, tablet, smartphone*) o per registrare gli accessi e le presenze, che consentono la tracciabilità delle attività svolte e per i quali non è richiesto alcun vaglio collettivo. Il datore può utilizzare le informazioni raccolte attraverso tali dispositivi *a tutti i fini* connessi al rapporto di lavoro (anche a fini disciplinari), alla sola condizione che venga fornita al lavoratore adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto della normativa sulla *privacy*.

La filosofia del diritto del lavoro derogabile arriva a intaccare il cuore della disciplina del contratto di lavoro standard (a tempo pieno e durata indeterminata), in Italia come in altri paesi europei, attraver-

so la manomissione dell'articolo 18 dello Statuto, ultimo tabù della stagione garantista. L'operazione, come noto, viene compiuta in due tempi: dapprima ad opera della legge n. 92/2012, cd. legge Fornero, che riscrive l'articolo 18 smembrando l'unica tutela reintegratoria prevista per tutti i casi di licenziamento illegittimo in quattro sottotipi di tutela in relazione alle diverse ipotesi di illegittimità, conservando la reintegrazione nei soli casi di licenziamento per motivo discriminatorio⁸⁰, determinato da motivo illecito determinante o intimato in forma orale, nonché nelle ipotesi di insussistenza di giusta causa o giustificato motivo; comminando una sanzione meramente risarcitoria in tutti gli altri casi, in cui un licenziamento, pur dichiarato illegittimo dal giudice, produce comunque l'effetto risolutivo del rapporto dal momento della sua intimazione.

La seconda e più dirompente tappa verso la liberalizzazione dei licenziamenti, realizzata dalla legge *Job's Act* (legge n. 183/2014 e d.lgs. n. 23/2015), introduce un nuovo regime generale di tutela del licenziamento applicabile ai lavoratori assunti con contratto a durata indeterminata⁸¹ a far data dalla sua entrata in vigore (7 marzo 2015), consistente in una mera tutela indennitaria variabile in ragione della sola anzianità di servizio tra un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità di retribuzione⁸² (cd. tutele crescenti), e confinando la tutela reintegratoria ai soli licenziamenti discriminatori o nulli. La nuova disciplina taglia in due il mondo del lavoro subordinato, applicando due diversi regimi del licenziamento sulla base della data di assunzione. La stessa generalizzazione della tutela economica ispirata alla teoria dei *fring costs* è peraltro consistentemente più ridotta per i neo-assunti rispetto ai lavoratori cui continua ad applicarsi il revisionato articolo 18. Tale assetto legislativo è rimasto invariato anche dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale, che ha censurato la

⁸⁰ Cui sono equiparati gli altri casi di nullità speciali previsti dalla legge: il licenziamento a causa di matrimonio, della lavoratrice madre nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento, del genitore a causa della richiesta e/o fruizione di congedo parentale (ipotesi tutte coperte dal diritto europeo).

⁸¹ O il cui contratto a termine o di apprendistato venga stabilizzato o convertito in un contratto a durata indeterminata dopo tale data.

⁸² L'impianto della tutela non è stato modificato dal cd. decreto Dignità (d.l. n. 87/2018, convertito con modifiche in l. n. 96/2018), che ha innalzato il minimo e il massimo rispettivamente a sei e trentasei mensilità, mentre per le imprese con meno di 15 dipendenti l'indennità è compresa tra un minimo di due (era una nel *Job's Act*) e un massimo di sei mensilità (invariato).

predeterminazione dell'importo dell'indennità in base all'unico criterio dell'anzianità di servizio, ma non la forbice tra il minimo e il massimo previsto dalla legge (v. punto 12.1), né l'applicazione di un regime differenziato tra vecchi e nuovi assunti. E ciò, nonostante il riconoscimento «del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (...) per realizzare il pieno sviluppo della personalità umana» che comporta «la garanzia dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti» (punto 13 della sentenza).

La disciplina deteriore del licenziamento nei confronti dei neo-assunti è peraltro costellata di aggiustamenti volti a ridurre il costo economico del licenziamento: l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato è commisurata all'ultima mensilità di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, non all'ultima retribuzione globale di fatto ex art. 18; la violazione di oneri formali o procedurali viene considerata una violazione di minore entità, che dimezza la misura dell'indennizzo spettante al lavoratore; le imprese con meno di 16 dipendenti per unità produttiva o meno di 60 sul territorio nazionale sono tenute a un indennizzo compreso tra un minimo di una – ora due – e un massimo di sei mensilità; la tutela indennitaria si applica anche alla violazione delle procedure previste per i licenziamenti collettivi, nonché alla violazione dei criteri di scelta; mentre in caso di licenziamento disciplinare la legge precisa – al fine di chiudere gli spazi interpretativi circa l'insussistenza del fatto – che, ai fini dell'annullamento, deve essere “direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto *materiale* contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta *estranea ogni valutazione circa la sproporzione* del licenziamento” (art. 3, c. 2, d. lgs. 23/12015), con ciò cancellando il principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione e il rinvio operato ai contratti collettivi di cui all'art. 2106 c.c. e all'art. 7, Statuto dei lavoratori⁸³.

La monetizzazione del rischio di perdita del lavoro è cinicamente completata dalla disposizione che riguarda l'offerta di conciliazione (art. 6, d.lgs. 23/2015), istituito volto a evitare l'impugnazione del licenziamento (“al fine di evitare il giudizio”), in virtù del quale il datore può offrire al lavoratore licenziato un assegno circolare di importo

⁸³ Cfr. Corte di Cassazione n.12174 dell'8 maggio 2019 che, sulla scorta della precedente giurisprudenza di legittimità, ha ritenuto illegittimo il licenziamento disciplinare a fronte di un fatto materialmente accaduto che non presenti rilievo disciplinare, applicando in tal caso la tutela reintegratoria prevista dall'art. 3, c.2.

pari a una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio prestato e comunque compreso tra due e diciotto mensilità⁸⁴, somma che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettata a contribuzione previdenziale, la cui accettazione da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto e – soprattutto – la rinuncia all'impugnazione anche qualora sia già stata proposta.

Lo scardinamento dell'impianto statutario ha riguardato anche la tutela giudiziaria dei diritti nascenti dal rapporto di lavoro, oggetto di reiterati interventi legislativi volti a deflazionare il contenzioso del lavoro attraverso il ricorso preventivo a modalità di conciliazione obbligatoria in materia di licenziamento economico, l'introduzione del sospetto istituto della certificazione dei rapporti di lavoro, il reiterato tentativo di ridurre gli spazi di discrezionalità del giudice vincolandolo all'applicazione di parametri legali certi e predefiniti, l'aumento dei costi del ricorso in giudizio. Se vogliamo, la stessa soppressione della figura del pretore come giudice monocratico diffuso sul territorio ha avuto l'effetto di allontanare la giustizia del lavoro dai suoi destinatari. Da questo *trend* ormai risalente si distacca la previsione del rito Fornero (art. 1, c. 49, l. n. 92/2012), un procedimento sommario almeno in prima fase volto ad accelerare i tempi di trattazione delle controversie in materia di licenziamento ex art. 18 e le correlate questioni di qualificazione del rapporto di lavoro. Su questo fronte la citata sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale, dichiarando parzialmente illegittimo l'art. 3, c. 1 del d. lgs. n. 23/2015 a causa della misura rigida e predeterminata dell'indennità spettante al lavoratore in ragione della sola anzianità di servizio, restituisce al giudice la funzione di stabilirne la misura concreta, nel rispetto dei limiti minimo e massimo, tenendo conto anche «degli altri criteri (...), desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensione dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)» (punto 15).

Si discute in dottrina se il forte richiamo valoriale delle pronunce della Corte costituzionale su elementi topici del diritto del lavoro della crisi (in particolare la n. 231/2013 sull'art. 19 dello Statuto, n. 70/2015 sulla rivalutazione delle pensioni, n. 178/2015 sullo sblocco della con-

⁸⁴ Importo elevato nel minimo a tre e nel massimo a ventisette mensilità dal d.l. Dignità n. 87/2018 convertito in l. n. 96/2018.

trattazione collettiva nel pubblico impiego, n. 194/2018 sui criteri di computo delle cd. tutele crescenti in caso di licenziamento illegittimo) segni un ritorno ai valori fondanti della disciplina, in discontinuità con il paradigma neo-liberista affermato negli ultimi vent'anni. La risposta mi pare non possa che essere sfumata: la Corte, anche richiamando fonti sovranazionali, tra cui la Carta sociale europea riveduta (soprattutto nella sentenza n. 194/2018), ha certamente impresso una battuta d'arresto alla crescente ri-mercificazione del diritto del lavoro. E tuttavia non può dirsi che si sia innescato un processo di inversione di rotta: il monito al legislatore a intervenire riformulando l'articolo sulle rappresentanze sindacali aziendali è rimasto lettera morta, la rivalutazione delle pensioni è stata neutralizzata da un intervento legislativo successivo, la ripresa dei processi di contrattazione collettiva nel pubblico impiego ha continuato a soffrire di cronici ritardi, la monetizzazione del licenziamento illegittimo non è stata scalfita ma solo riparametrata su esigenze di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, la disparità del trattamento riservato ai nuovi assunti è stata giustificata dalla richiamata teoria del *fluire del tempo* quale valido elemento di diversificazione di situazioni giuridiche, la stessa *ratio* giustificatrice del diverso regime temporale, rinvenibile nello scopo dichiarato dal legislatore di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro per coloro che sono in cerca di occupazione, è stata dichiarata coerente e non irragionevole «non spetta(ndo) a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito» (punto 6)⁸⁵.

Va ricordato come la legislazione della crisi e le misure di austerità hanno costituito oggetto di numerosi ricorsi a organismi di controllo sull'applicazione di strumenti di diritto internazionale, quali il Comitato di esperti della Carta sociale europea, il Comitato per la libertà sindacale e il Comitato per l'applicazione delle norme dell'Organizzazione internazionale del lavoro, oltre alla Corte europea dei diritti dell'uomo. L'aumento di ricorsi presentati a organismi internazionali per violazione di diritti sociali fondamentali da parte di paesi europei costituisce un dato inedito, significativo dell'incidenza delle misure di

⁸⁵ Critiche su questi aspetti della sentenza sono espresse da M.V. BALLESTRERO, *op. loc. cit.*, p. 34, la quale ritiene che la Corte abbia evitato di esprimersi sulla compatibilità con i valori fondanti della Costituzione di una disciplina dei licenziamenti che ha ridotto la tutela restitutoria a rimedio eccezionale, per cui stabilità del lavoro e dignità del lavoratore non vanno più insieme.

austerity sulla tenuta del modello sociale europeo, giacché i paesi europei tradizionalmente costituivano l'area geografica con il più alto tasso di osservanza dei diritti sociali⁸⁶, e un esempio illuminante di mobilitazione degli strumenti di diritto internazionale e di *strategic litigation* da parte di sindacati nazionali che si appellano a corti o organismi para-giurisdizionali internazionali per fare accertare la violazione di diritti sociali fondamentali da parte dei legislatori domestici⁸⁷.

Gli imponenti cambiamenti normativi del diritto del lavoro registrati in Italia, così come in altri paesi europei, sotto la pressione della dottrina dell'austerità, hanno fatto parlare di un mutamento dell'asse valoriale del diritto del lavoro, da strumento di affermazione della dignità della persona che lavora verso una ri-mercantilizzazione del lavoro in funzione dell'interesse dominante dell'impresa. Tendenze già registrate da tempo alla de-regolazione dei rapporti di lavoro, realizzata attraverso una iper-regolamentazione legislativa che abbassa gli standard protettivi o tramite il rinvio in funzione derogatoria al contratto collettivo, subiscono un'accelerazione negli anni della crisi, contribuendo al mutamento di paradigma del diritto del lavoro. Il mercato del lavoro, oggetto di un processo di riforma che assume carattere permanente e che stenta a raggiungere un equilibrio tra flessibilità e sicurezza, a discapito della seconda, si presenta frammentato e segmentato in ragione della dimensione d'impresa, della tipologia contrattuale, della presenza di alte percentuali di lavoratori precari e

⁸⁶ C. KILPATRICK, *L'Europa della crisi si rivolge all'Oil: come è cambiata la mobilitazione sui diritti sociali e del lavoro*, RGL, n. 1, 2019, pp.147 ss.

⁸⁷ Un esempio significativo è la pronuncia del Comitato europeo sui diritti sociali adottata l'11/09/2019 sul ricorso collettivo n. 158/2017 *Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL) v. Italia*, che ha dichiarato la violazione dell'art. 24 della Carta sociale europea da parte degli articoli 3, 4, 9 e 10 del d. lgs. n. 23/2015 in quanto il tetto fissato dalla legge all'indennità (24 mensilità, portato a 36 mensilità a far data dall'entrata in vigore del d.l. 87/2018) non costituisce una compensazione adeguata a ristorare il danno patito dal lavoratore illegittimamente licenziato, né un efficace meccanismo dissuasivo per il datore di lavoro. Il Comitato censura altresì il meccanismo conciliativo previsto che, se pur *di per sé* non incompatibile con la Carta, «*this should not be done at the expense of the subjective rights guaranteed by the Charter*» (punto 100). Infatti sia la scelta della procedura giudiziaria pone a carico del lavoratore la durata del processo, favorendo comportamenti dilatori del datore di lavoro; sia la procedura conciliativa «per evitare il giudizio» offre al datore un minor costo del licenziamento (a spese della collettività) e al lavoratore il solo vantaggio di ricevere una somma di denaro – detassata e senza contributi – subito: «*each of these options are, however, of a nature to encourage, or at least not inhibit, recourse to unlawful dismissal*» (punto 101).

irregolari, dei processi di esternalizzazione attraverso filiere e catene di subappalto, di un'economia dei servizi che insegue margini di competitività attraverso la riduzione dei costi, di attività lavorative prestate tramite piattaforme digitali, di una crescente componente di persone ingaggiate nella *gig economy*.

Le conseguenze di questa estrema segmentazione del mercato del lavoro è, insieme alla rottura del paradigma garantista che assisteva al rapporto di lavoro standard, la diffusione di lavoro povero, sia dal punto di vista normativo (lavoro senza diritti) che economico (bassi salari). La categoria dei *working poor*, cresciuta a dismisura dopo il 2008⁸⁸, annovera lavoratori discontinui e occasionali, lavoratori somministrati e distaccati, a orario ridotto (nella stragrande maggioranza donne), giovani a partita Iva o ingaggiati tramite stages, contratti di collaborazione coordinata e continuativa, soci di cooperative di servizi (pulizie, informatici), lavoratori dello spettacolo, lavoratori della logistica e degli appalti, stagionali, lavoratori domestici, immigrati. Fuori dall'alveo del lavoro subordinato e dintorni, anche gli appartenenti alle classiche professioni ordinistiche o a nuove professioni non regolamentate hanno subito negli anni un processo di progressivo impoverimento, come testimoniato dalla rivendicazione proveniente dal frastagliato universo delle associazioni professionali di compensi proporzionati e sufficienti, nonché dall'elevato numero di richieste da parte di lavoratori autonomi e professionisti all'INPS dell'assegno di 600 euro previsto dal decreto Cura Italia (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in l. n. 27/2020) per far fronte alla perdita di guadagni causata dall'emergenza Covid-19.

L'esplosione dell'universo del lavoro subordinato in mille rivoli costituisce uno dei cambiamenti epocali avvenuti nell'intervallo di tempo che ci separa dallo Statuto dei lavoratori, legge che assumeva quale referente normativo l'operaio della grande fabbrica fordista che non è, contrariamente a quanto superficialmente si dice, scomparso con l'era industriale, ma la cui centralità è stata certamente contesa da altre figure che aspirano a un riconoscimento in termini di tutele e diritti. La stessa nozione di impresa come luogo fisico dove viene

⁸⁸ Si veda il rapporto seminale presentato al CNEL da C. LUCIFORA, *Working poor: un'analisi sui lavoratori a bassa remunerazione dopo la crisi*, 1° luglio 2014. A far data da questa analisi il tema è entrato stabilmente nel dibattito scientifico e pubblico italiano.

prestata l'attività lavorativa da parte di collettività di lavoratori "alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore" si è rarefatta e smaterializzata grazie alla robotica e all'informatica, a modelli organizzativi fondati sull'esternalizzazione di parti del ciclo produttivo in catene e filiere e alla crescita dell'economia dei servizi (pubblicitari, finanziari, di assistenza tecnica), alla produzione snella che asseconda gusti e ritmi imposti dalla clientela, al ricorso ad appalti per lo svolgimento di attività non rientranti nel *core business*.

Il grande tema sul tappeto del diritto del lavoro è, quindi, oggi quello di una ricomposizione del lavoro, eccessivamente frantumato dopo decenni di "riforme" liberiste. Il passaggio da una crisi all'altra, da quella economico-finanziaria, al debito sovrano e alle connesse misure di austerità, alla stagnazione e alla crisi di produttività, alla crisi ambientale, all'emergenza pandemica e alla nuova crisi economico-sociale che inevitabilmente seguirà, rendono necessario ripensare in un'ottica universalistica le tutele del lavoro, garantendo uno zoccolo di diritti incompressibili alla persona che lavora in qualunque forma insieme con il ridisegno delle tutele securitarie di *welfare*. L'inseguimento dei mille rivoli del lavoro frantumato, icasticamente rappresentato dalla difficile tessitura di una rete di sostegno al reddito di lavoratori e imprese durante l'emergenza pandemica, rende indifferibile la ricerca di soluzioni a carattere universalistico.

Alcuni passi in questa direzione sono stati mossi: sul piano europeo, con le misure annunciate e (in parte) approvate del Pilastro sociale⁸⁹, tra le quali spicca la nuova direttiva sul distacco transnazionale di lavoratori n. 2018/957 che introduce un obbligo di parità retributiva tra lavoratori distaccati e locali, su condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili n. 2019/1152, sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per genitori e prestatori di assistenza n. 2019/1158, sulla istituzione di un'Autorità che vigila sulla mobilità dei lavoratori e il coordinamento della sicurezza sociale (*European Labour Authority, ELA*, regolamento n. 2019/1149), sugli obblighi di informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori in caso di trasformazioni, fusioni e scissioni transfrontaliere n. 2019/2121. Tra le priorità di azione indicate nel Pilastro sociale spicca quella relativa alla retribuzione,

⁸⁹ Il Pilastro europeo dei diritti sociali è stato proclamato solennemente a Göteborg il 17 novembre 2017 da Consiglio Ue, Parlamento europeo e Commissione: cfr. G. BRONZINI (a cura di), *Verso un pilastro sociale europeo*, Roma, 2019.

che deve assicurare un tenore di vita dignitoso, e al salario minimo, che dev'essere adeguato a soddisfare i bisogni del lavoratore e della sua famiglia, nonché a un reddito minimo che garantisca una vita dignitosa e l'accesso a beni e servizi per coloro che non dispongono di risorse sufficienti.

La Commissione europea insediata il 1° dicembre 2019 ha ripreso nel suo programma di azione queste priorità⁹⁰. L'emergenza economica e sanitaria legata alla pandemia da Covid-19 ha sbloccato il progetto di uno strumento europeo contro la disoccupazione, attraverso un programma temporaneo di sostegno al reddito per i lavoratori che hanno ridotto o sospeso l'attività lavorativa a seguito del *lock-down* o hanno perso il lavoro (SURE: *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*)⁹¹, una sorta di Cassa integrazione europea. L'uso dello strumento è accompagnato nel Decreto Rilancio (d.l. n. 34/20) dalla combinazione tra rimodulazione dell'orario di lavoro e formazione, tramite l'istituzione di un fondo pubblico, denominato Fondo Nuove Competenze (art. 88), volto a favorire la rimodulazione dell'orario di lavoro per mutate esigenze organizzative o produttive dell'impresa coniugandola con percorsi formativi condivisi individuati attraverso accordi collettivi aziendali o territoriali stipulati da organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o loro rappresentanze aziendali⁹².

Tentativi di apprestare forme di tutela a carattere tendenzialmente universalistico e inclusivo⁹³ sono stati realizzati nel nostro paese nella

⁹⁰ Nel suo discorso programmatico la Presidente della Commissione Ursula von der Leyen (*A Union that strives for more*, in *ec.europa.eu*) si è impegnata a dare piena attuazione al Pilastro europeo dei diritti sociali e a presentare uno strumento giuridico sul salario minimo che assicuri un livello di vita dignitoso, oltre che a sostenere il dialogo sociale, a migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali, a proporre un *European Unemployment Benefit Reinsurance Scheme* per i disoccupati, a combattere la povertà soprattutto minorile attraverso un *European Child Guarantee*, a favorire la redistribuzione del lavoro di cura attraverso la piena attuazione della direttiva sulla conciliazione tra vita familiare e professionale, ad assicurare servizi accessibili e di qualità per la cura e educazione dell'infanzia, a rendere la *Youth Guarantee* uno strumento permanente di lotta alla disoccupazione giovanile.

⁹¹ F.VANDENBROUCKE, L. ANDOR, R. BEETSMA, B. BURGOON, G. FISCHER, T. KUHN, C. LUIGJES, F. NICOLI, *The European Commission's SURE initiative and euro area unemployment re-insurance*, *Vox*, 6 aprile 2020.

⁹² Il richiamo alle r.s.a./r.s.u. è operato ai sensi della normativa e degli accordi interconfederali vigenti.

⁹³ Un progetto di legge di iniziativa popolare è stato avanzato dalla CGIL di una

fase precedente l'emergenza pandemica da parte di governi di segno politico diverso (la legge sui rider n. 128/2019 dal governo Conte 2, l'introduzione del reddito di cittadinanza l. n. 4/2019 e il già richiamato decreto/legge dignità n. 96/2018 dal governo Conte 1, il cd. statuto del lavoro autonomo n. 81/2017 dal governo Gentiloni), segnali che tuttavia non sembrano in grado di imprimere in maniera univoca un'inversione di rotta ispirata ai valori costituzionali di tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni. Le ricette neolibériste del recente passato hanno precarizzato il lavoro, aumentato disuguaglianze e discriminazioni, ridotto salari e disperso il contro-potere collettivo, senza creare occupazione o migliorare la produttività. L'emergenza determinata dalla pandemia ha indiscutibilmente mostrato il valore del lavoro umano (il lavoro di cura e assistenza, il lavoro dei *rider*, degli insegnanti, degli addetti ai trasporti e alla logistica, dei lavoratori agricoli e dei produttori di beni e servizi essenziali alla collettività) e al contempo la debolezza del suo quadro regolativo, lacerato dalla bulimia di riforme susseguite negli ultimi vent'anni, rendendo indifferibile un disegno di ricomposizione del mondo del lavoro che – al pari dello Statuto cinquant'anni fa – riconosca diritti universali all'intero mondo del lavoro, declinando e selezionando le tutele in relazione agli effettivi bisogni espressi dal mondo del lavoro sotto il comune valore della libertà e dignità.

Carta dei diritti universali del lavoro, che apre il Titolo I, dedicato ai Diritti fondamentali, tutele e garanzie di tutte le lavoratrici e i lavoratori, prevedendone l'applicazione a tutte le lavoratrici e i lavoratori titolari di contratti di lavoro subordinato e di lavoro autonomo, anche nella forma di collaborazione coordinata e continuativa, pur se occasionale, nonché a chi effettui prestazioni di lavoro in ragione di contratti di tipo associativo, o a chi operi nei luoghi di lavoro in esecuzione di tirocini di formazione o orientamento, di attività socialmente utili o altre relazioni a queste assimilabili.

ABBREVIAZIONI

CD: Critica del diritto

DL: Il Diritto del lavoro

DLRI: Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali

EJIR: European Journal of Industrial Relations

IJCLLIR: The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations

IRJ: Industrial Relations Journal

LD: Lavoro e diritto

MGL: Massimario di giurisprudenza del lavoro

PD: Politica del diritto

RGL: Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale

RIDL: Rivista italiana di diritto del lavoro

RTDPC: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)