

Maria Vittoria Ballestrero
Gisella De Simone

Diritto del lavoro

Con la collaborazione di Marco Novella

QUINTA EDIZIONE RIVEDUTA E AGGIORNATA - LUGLIO 2022



Giappichelli

Maria Vittoria Ballestrero
Gisella De Simone

Diritto del lavoro

Con la collaborazione di Marco Novella

QUINTA EDIZIONE RIVEDUTA E AGGIORNATA - LUGLIO 2022



Giappichelli

© Copyright 2022 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4421-7



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/
fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge
22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per
uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata
da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122
Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Capitolo I

LE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le fonti sovranazionali. Il diritto dell'Unione europea e l'*acquis communautaire*. – 2.1. Diritto primario e diritto derivato, efficacia diretta ed efficacia indiretta. L'attuazione delle direttive nel diritto italiano. – 3. Il diritto internazionale. In particolare: *a)* la CEDU e la Carta sociale europea; *b)* le Convenzioni dell'OIL. – 4. Le fonti del diritto interno. La Costituzione e il lavoro. – 4.1. I diritti sociali come diritti fondamentali. – 5. La legislazione ordinaria: ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni. – 6. La legge e la contrattazione collettiva.

1. *Introduzione*

Allo studio delle fonti del diritto del lavoro è necessario premettere alcuni chiarimenti sulle nozioni e sulla terminologia che utilizzeremo: si tratta di concetti e terminologie che gli studenti hanno già appreso con lo studio delle materie istituzionali di base, ma che vale la pena di riepilogare in questa sede per ragioni di chiarezza¹.

a) Fonti legali

Si dicono fonti *legali o formali* (di produzione) del diritto tutti quegli atti o fatti cui il diritto stesso attribuisce il potere (o la competenza che dir si voglia) di creare norme giuridiche vincolanti *erga omnes*.

Il diritto, in altre parole, disciplina (tra le altre cose) la sua stessa creazione, mediante norme cosiddette “sulla produzione giuridica”: norme, cioè, che stabiliscono quali soggetti od organi e con quali procedimenti possano validamente creare (nuove, ulteriori) norme giuridiche. Ne sono esempi particolarmente chiari gli artt. 70 ss. Cost. che conferiscono alle Camere il potere legislativo e stabiliscono con quali procedimenti tale potere possa essere esercitato.

Le norme prodotte da fonti legali o formali appartengono all'ordinamento positivo in virtù delle norme sulla produzione giuridica che ne disciplinano la creazione.

b) La fonte originaria

Ogni ordinamento, tuttavia, necessariamente include – accanto alle fonti legali, di cui al punto precedente – anche una fonte originaria, la cui appartenenza all'ordinamento non dipende dalla esistenza previa di norme sulla produzione giuridica. La fonte in questione altro non è che la costituzione, frutto dell'esercizio non già di un

¹ Dobbiamo questo paragrafo introduttivo a Riccardo Guastini 2010.

potere costituito (ossia previsto e regolato da norme sulla produzione giuridica, quale il potere legislativo), bensì del potere costituente, ossia di un potere *extra ordinem*, non conferito né disciplinato da alcuna norma preesistente.

Le norme costituzionali appartengono all'ordinamento, per così dire, per virtù propria: non perché una norma preesistente abbia conferito ai padri costituenti il potere di emanare una costituzione, ma perché sono norme, di fatto, accettate e generalmente osservate.

Insomma, criterio di appartenenza all'ordinamento delle norme derivanti da fonti legali è la conformità alle norme sulla produzione giuridica. Criterio di appartenenza delle norme costituzionali originarie è l'effettività.

c) *Fonti extra ordinem*

Generalmente parlando, si dicono fonti *extra ordinem* tutti quei fatti che, pur non essendo previsti come fatti produttivi di diritto dalle norme sulla produzione giuridica vigenti, nondimeno danno vita a norme che, di fatto, ricevono egualmente accettazione ed osservanza da parte dei loro destinatari, e si impongono come norme valide in virtù del cosiddetto "principio di effettività". Principio di effettività è quella regola in virtù della quale: una norma deve considerarsi giuridicamente esistente – anche se non risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora sia generalmente accettata ed osservata dai suoi destinatari; e reciprocamente una norma non può considerarsi giuridicamente esistente – anche se risponde ai criteri di validità dell'ordinamento vigente – qualora non sia per nulla accettata e osservata dai suoi destinatari.

d) *Le fonti dell'ordinamento vigente*

L'elenco di fonti contenuto nell'art. 1 disp. prel. c.c. (1942) – il quale, si osservi, non includeva la costituzione allora vigente, ossia lo Statuto albertino – è ormai palesemente inadeguato, a seguito della entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1948). L'elenco delle fonti si è notevolmente allungato; oltre alle nuove fonti del nostro ordinamento debbono necessariamente essere richiamate, per le ragioni che diremo oltre, le fonti dell'ordinamento dell'Unione europea.

e) *La gerarchia delle fonti*

Le fonti menzionate non stanno, per così dire, tutte "sullo stesso piano": al contrario, sono gerarchicamente ordinate, nel senso seguente. Una fonte (F1) si dice gerarchicamente sovraordinata ad un'altra fonte (F2) allorché una norma positiva inibisce a F2 di contenere norme incompatibili con quelle statuite da F1. Così, ad esempio, per limitarci alle relazioni gerarchiche più importanti, gli artt. 134, 136, e 138 Cost. inibiscono alla legge di contenere norme incompatibili con la Costituzione; l'art. 4 disp. prel. c.c., come pure l'art. 5, l. n. 2248/1865, all. E, sul contenzioso amministrativo, inibiscono ai regolamenti di contenere norme incompatibili con la legge; e così via.

In virtù delle norme che stabiliscono relazioni gerarchiche tra fonti, le norme della fonte inferiore che siano incompatibili con le norme della fonte superiore sono *invalidae*. Se si tratta di norme di legge (incompatibili con la Costituzione) la loro invalidità può essere dichiarata, con effetti di annullamento *erga omnes*, dalla Corte costituzionale (e da essa sola). Se si tratta di norme regolamentari (incompatibili con la legge), la loro invalidità può essere riconosciuta con effetti di disapplicazione *inter partes* dal giudice civile, e può essere dichiarata con effetti di annullamento *erga omnes* dal giudice amministrativo.

2. *Le fonti sovranazionali. Il diritto dell'Unione europea e l'acquis communautaire*

Il diritto del lavoro degli ultimi decenni risulta profondamente influenzato da quello che, sino a qualche anno fa, si definiva “diritto comunitario” (e ora “diritto dell'Unione europea” o “diritto eurounitario”), al punto che oggi non avrebbe alcun senso, e non sarebbe neppure possibile, studiare il diritto del lavoro italiano senza considerare quelle fonti, che hanno conformato molte materie e molti istituti cardine del diritto interno (eguaglianza e discriminazione, tempo di lavoro, sicurezza, lavori c.d. atipici, trasferimento d'azienda, insolvenza del datore di lavoro, licenziamenti collettivi, per citare alcuni temi centrali del diritto del lavoro).

Nato negli anni '50 per creare quello che diverrà un *mercato comune*, il diritto comunitario (diritto della Comunità Economica Europea, CEE, istituita con il Trattato di Roma del 25 marzo 1957, entrato in vigore il 1° gennaio 1958), nei decenni successivi ha progressivamente dato spazio ai *diritti sociali fondamentali* (*infra*, § 4.1)². Il punto di svolta finale – per quanto qui rileva – è rappresentato dal Trattato di Lisbona (entrato in vigore il 1° dicembre 2009), in forza del quale, tra l'altro, «l'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea³». Corretto e doveroso, dunque, parlare oggi di diritto dell'Unione europea, fondato sui due Trattati (che «hanno lo stesso valore giuridico») che rappresentano le fondamenta del nuovo diritto dell'UE: il (nuovo) Trattato sull'Unione europea (d'ora in poi TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora in poi TFUE).

Le disposizioni che riguardano segnatamente quello che possiamo definire il diritto del lavoro (o diritto sociale, in senso più ampio) dell'Unione europea (d'ora in poi UE) sono disperse in diverse parti di entrambi i Trattati (ma soprattutto nel TFUE) e, complessivamente, denotano una accresciuta sensibilità per la c.d. dimensione sociale dell'UE.

Tra gli obiettivi odierni, troviamo la realizzazione di una «economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» (art. 3.3 TUE). Tra i valori sui quali si fonda l'Unione, troviamo, per quanto qui più rileva, «il rispetto della dignità umana, della libertà, (...) dell'uguaglianza (...) e dei diritti umani», valori comuni «agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini» (art. 2 TUE). Questi stessi valori avevano già trovato la loro formale affermazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti CDFUE), solennemente proclamata a Nizza nel dicembre 2000; ma solo con la modifica dell'art. 6. 1 TUE ad opera del Trattato di Lisbona (2009) la Carta ha acquisito «lo stesso valore giuridico dei trattati», entrando formalmente e sostanzialmente a far parte delle fonti del diritto dell'UE, collocandosi, insieme ai Trattati, al vertice della gerarchia delle fonti dell'UE (c.d. diritto primario: *infra*).

Se la genesi e l'evoluzione del diritto dell'UE mostra le peculiarità delle quali si è

²Così da superare oggi, grazie soprattutto alla Carta dei diritti fondamentali di cui si dirà, l'accusa di «frigidità sociale» autorevolmente rivolta al diritto comunitario da Mancini 1988, p. 26.

³L'aggettivo “economica” (Comunità economica europea) era stato soppresso dal Trattato di Maastricht firmato nel 1992 ed entrato in vigore nel 1993.

brevemente detto, altrettanto peculiare, come anticipato, è la collocazione delle norme UE rispetto alla gerarchia delle fonti italiane, a causa della complessa interazione tra fonti con origini e competenze diverse. Generalmente si ritiene che il diritto dell'UE prevalga sul diritto interno degli Stati membri (la c.d. *primauté*), e si fa risalire questo principio ad una risalente pronuncia (1964) della Corte di Giustizia (d'ora in avanti CGE), organo della Comunità e poi dell'Unione, deputato, *in primis*, a controllare la corretta interpretazione del diritto UE e la formale e sostanziale conformità dei sistemi giuridici nazionali al diritto UE. Secondo la vulgata ormai consolidatasi ufficialmente, il primato del diritto UE dovrebbe valere anche rispetto alle Costituzioni nazionali, così da porre il diritto UE al vertice della gerarchia delle fonti per qualsiasi Stato membro.

I Trattati e la CDFUE tuttavia non sono, né formalmente né sostanzialmente, assimilabili ad una vera Costituzione europea. Risultati di atti di diritto internazionale, i Trattati hanno tuttavia creato un ordinamento giuridico autonomo (dotato di proprie istituzioni, che interagiscono in vario modo tra loro e con le autorità nazionali)⁴, fondato sul riconoscimento loro attribuito dagli Stati membri, che hanno rinunciato a parte della loro sovranità accettando che, nelle materie e con le modalità previste negli stessi Trattati, le fonti UE prevalgano sulle fonti interne. Cruciale, dunque, è verificare quali materie rientrino nella competenza dell'UE, ovvero i confini del riparto di competenze, e ciò dovrà essere fatto di volta in volta, verificando quali siano i settori di esclusiva competenza dell'UE, quali di competenza esclusiva nazionale, e quali invece di legislazione concorrente⁵.

Ancora più cruciale risulta il rapporto che si viene a creare tra i due ordinamenti giuridici e le relative fonti. La Corte costituzionale ha ormai avallato la prevalenza del diritto UE sul diritto interno (inclusa la stessa Costituzione, e con il solo limite dei principi fondamentali), ritenendo tale prevalenza consentita dalla stessa Costituzione. La Corte, nelle sue decisioni in materia, si è riferita anzitutto all'art. 11 («L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le orga-

⁴ Si rinvia, necessariamente, ai Manuali di diritto dell'UE. Ma non si può non richiamare qui l'attenzione almeno sul ruolo della Commissione e della Corte di Giustizia. In particolare, la Commissione svolge un importante ruolo di primo controllo dell'effettivo rispetto del diritto UE da parte degli Stati membri. In virtù delle sue prerogative, la Commissione (di propria iniziativa, su segnalazione di privati o sulla base di una interrogazione parlamentare) può avviare una *procedura di infrazione* nei confronti di uno Stato membro ogni qual volta rilevi la violazione di una norma del diritto UE, che può condurre la Commissione a presentare *ricorso per inadempimento* davanti alla CGE contro lo Stato in questione (art. 258 TFUE). Ma è la Corte di Giustizia che, secondo l'art. 19 TUE, «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati».

⁵ Secondo l'art. 5.2 TUE, «in virtù del *principio di attribuzione*, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri». Secondo l'art. 5.3 TUE, invece, «in virtù del *principio di sussidiarietà*, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». Non solo: «in virtù del *principio di proporzionalità*, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati» (l'art. 5.4 TUE).

nizzazioni internazionali rivolte a tale scopo»), e in secondo luogo all'art. 117 (come modificato dalla legge costituzionale n. 3/2001), in forza del quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'*ordinamento comunitario* e dagli obblighi internazionali». Ciò non esclude che, in talune circostanze, il problema della supremazia del diritto UE rispetto alla nostra Costituzione si sia posto (es. divieto di lavoro notturno femminile) e possa riproporsi, mettendo in evidenza punti di frizione tra i diversi principi e le diverse norme espresse da quelle fonti, rimettendo così in discussione i loro reciproci rapporti.

Il primato del diritto UE trova riscontro, sia nell'elaborazione della Corte costituzionale sia nella giurisprudenza della CGE, nell'obbligo del giudice nazionale di decidere una controversia sulla base delle norme UE direttamente applicabili, disapplicando le norme interne contrastanti. Quando invece il giudice individui un contrasto tra norme UE non direttamente applicabili e norme interne, trova spazio l'applicazione del principio di c.d. *interpretazione conforme*: il giudice nazionale deve interpretare le disposizioni interne nel modo più conforme alle disposizioni UE, quando ciò risulti possibile e non vi sia incertezza sull'interpretazione delle disposizioni UE.

Nella dialettica tra ordinamenti, e più specificamente nel dialogo tra le Corti, un ruolo importante è svolto dal meccanismo del *rinvio pregiudiziale*. In forza dell'art. 267 TFUE, la Corte è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione dei Trattati, nonché sulla validità e sull'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni e dagli organi dell'UE. Ogni organo giurisdizionale nazionale può rivolgersi alla Corte, sospendendo il giudizio in corso, per chiedere l'interpretazione del diritto UE che ritiene necessaria per risolvere la controversia interna. L'interpretazione delle norme UE decisa dalla Corte, pur non rappresentando formalmente una interpretazione autentica, costituisce un'interpretazione generalmente vincolante per qualsiasi interprete. La decisione, contro la quale non è ammesso alcun ricorso, è infatti obbligatoria per la giurisdizione nazionale che ha avviato il rinvio pregiudiziale (ma anche per tutte le giurisdizioni nazionali degli Stati membri). La facoltà di rinvio pregiudiziale si trasforma tuttavia (art. 276.3 TFUE) in obbligo per le giurisdizioni nazionali di ultima istanza (verso le cui decisioni non sia proponibile ricorso giurisdizionale secondo il diritto interno). Con le sentenze nn. 102 e 103/2008 della nostra Corte costituzionale, con le quali si è registrato il primo rinvio pregiudiziale ad opera della Corte italiana, sembrano ormai superate le molte remore che l'avevano indotta ad escludere un dialogo diretto con il supremo giudice UE, ritenendo che la sua funzione di controllo costituzionale non ne consentisse l'inclusione nel novero dei giudici di ultima istanza; a seguito dell'ordinanza n. 207/2013, la Corte utilizza il rinvio pregiudiziale anche nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Il dialogo tra giudici italiani e CGE pare ormai dunque chiaramente e pienamente instaurato, proprio al fine di garantire – con le parole della nostra Corte – il «generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario».

La Corte si limita a fornire l'interpretazione del diritto UE, che il giudice nazionale applicherà nel decidere la controversia interna. Questa netta distinzione di ruoli tra giudici nazionali (cui spetta decidere la controversia interna) e giudici della Corte (cui spetta l'interpretazione del diritto UE) dovrebbe segnare i confini della collaborazione tra giurisdizioni nazionali e giurisdizione UE. Di fatto, in alcuni recenti casi, la Corte si è spinta sino a fornire «suggerimenti» al giudice nazionale che dovrà decidere della conformità del diritto interno rispetto al diritto UE, rendendo meno limpida la ripartizione di competenze ed arrivando a comprimere, di fatto, il potere e l'autonomia dei giudici nazionali.

2.1. Diritto primario e diritto derivato, efficacia diretta ed efficacia indiretta. L'attuazione delle direttive nel diritto italiano

Le fonti formali del diritto UE possono utilmente distinguersi in:

a) diritto primario, costituito dai Trattati (e dalle fonti ad essi eventualmente equiparate: è il caso oggi della CDFUE), che definiscono gli ambiti di esercizio della potestà legislativa dell'UE e i poteri attribuiti alle istituzioni europee;

b) diritto derivato, costituito da tutti gli atti normativi la cui validità deriva dal diritto primario. Nell'ambito del diritto derivato – trascurando in questa sede gli atti convenzionali (es. accordi tra l'UE e un paese terzo) – si suole distinguere tra atti unilaterali tipici e atipici. Tra gli *atti tipici* (art. 288 TFUE) nella materia di nostro interesse risultano rilevanti, più che decisioni (vincolanti), raccomandazioni e pareri (non vincolanti), i *regolamenti* e le *direttive*. Tra gli *atti c.d. atipici* (perché non menzionati all'art. 288 TFUE), merita segnalare, nell'ambito di nostro interesse, i c.d. *libri bianchi e libri verdi*, per lo più manifestazioni di intenti e proposte (aperte alla consultazione pubblica, nel caso dei libri verdi, che in molti casi confluiscono poi in un libro bianco) volte a influenzare lo sviluppo del diritto UE e dei diritti nazionali⁶.

La funzione legislativa è esercitata congiuntamente, secondo procedure dettagliatamente regolate dai Trattati, dal *Parlamento europeo* (composto dai rappresentanti eletti dai cittadini degli Stati membri) e dal *Consiglio* (composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale, abilitato a impegnare il governo dello Stato membro che rappresenta e ad esercitare il diritto di voto)⁷. Gli atti legislativi (tra i quali le direttive e i regolamenti, per quanto qui più interessa) sono adottati su proposta della *Commissione*, che svolge un ruolo peculiare nel sistema complessivo. Tra le sue molte competenze (*ex art. 17 TUE*), infatti, all'iniziativa legislativa (es. proposte di direttive), si aggiungono funzioni di coordinamento, di gestione e di esecuzione, come pure la vigilanza sull'attuazione dei Trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei Trattati (es. direttive) (*retro*, nt. 4).

Regolamenti e direttive possono essere emanati nelle sole materie per le quali i Trattati prevedono una competenza primaria dell'UE e nei limiti di competenza ivi previsti.

«Il *regolamento* ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri». Ciò significa che le norme da esso prodotte hanno *effetto diretto* (anche nei rapporti tra i privati) all'interno degli ordinamenti nazionali, senza necessità di alcun intervento da parte del legislatore interno. Si tratta dunque di un intervento per così dire pesante, che regola in modo uniforme la materia che ne è oggetto, senza lasciare alcuno spazio ad adattamenti nazionali delle regole, dispiegando un effetto diretto *verticale* (nei confronti degli Stati

⁶ Si tratta di atti che non devono essere sottovalutati sia perché rappresentano la posizione della Commissione europea, ovvero di uno degli organi principali dell'UE, sia per l'impatto che essi hanno avuto e potranno avere sulle scelte politiche (di politica economia e di politica del diritto) dell'UE e degli Stati membri, a partire dallo storico *Libro bianco* di Jacques Delors del 1985.

⁷ Il Consiglio non deve essere confuso con il *Consiglio europeo*, che non ha funzioni legislative bensì di impulso e di indirizzo delle politiche dell'UE, ed è composto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri, dal suo presidente e dal presidente della Commissione.

membri) e *orizzontale* (tra privati). Importanti Regolamenti hanno regolato e regolano, per esempio, la libera circolazione dei lavoratori, tema centrale nel diritto sociale dell'UE sin dalle origini.

«La *direttiva* vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi». I destinatari della direttiva, dunque, sono (solo) gli Stati membri, che devono provvedere a conformare il loro ordinamento giuridico entro il termine previsto da ciascuna direttiva; per questa ragione le direttive non hanno effetto diretto, e devono essere necessariamente trasposte (o recepite: *infra*) nel diritto interno degli Stati membri.

Ciò non esclude tuttavia che, a determinate condizioni, una direttiva possa essere invocata direttamente da un cittadino di uno Stato membro in un procedimento giudiziario nazionale. Scaduto il termine entro il quale uno Stato membro avrebbe dovuto recepire la direttiva, a fronte di un mancato o inadeguato recepimento (*infra*) della stessa direttiva, le disposizioni contenute in quella direttiva possono essere invocate direttamente dal cittadino dello Stato inadempiente, a condizione che esse siano così dettagliate e *self executing* da definire in modo chiaro, preciso e incondizionato i diritti che il cittadino intenda far valere. Verificata questa necessaria condizione, la disposizione in oggetto acquisisce sì efficacia diretta, ma limitata: la sua efficacia, infatti, si dispiega soltanto nei confronti dello Stato (inadempiente all'obbligo di recepimento), sia pure inteso in senso ampio, così da ricomprendere anche tutti i casi nei quali sia parte del giudizio la pubblica amministrazione (per esempio nella sua veste di datore di lavoro pubblico). Si tratta di quello che usualmente viene definito *effetto diretto verticale*. Resta invece ferma l'impossibilità di realizzare l'obiettivo di attribuire alla direttiva effetto diretto orizzontale (nelle controversie tra privati).

Al fine di garantire l'effettività delle direttive e di evitare che uno Stato membro possa trarre beneficio dal loro mancato recepimento, tuttavia, la CGE ha statuito che il cittadino che abbia subito un danno direttamente riconducibile al mancato recepimento di una direttiva *non self executing* potrà far valere il diritto ad un risarcimento effettivo e proporzionato del danno subito⁸; si tratta dell'applicazione della c.d. dottrina *Franovich*, dal caso (italiano) che è stato all'origine di questa giurisprudenza della Corte, ormai consolidatasi⁹.

L'opera di interpretazione del diritto UE da parte della CGE, oltre che rappresentare un fondamentale ausilio per i giudici nazionali, rappresenta anche un importante tassello dello stesso diritto UE, che non può essere circoscritto alle soli fonti formali che abbiamo rapidamente considerato. Quelle fonti risultano infatti di volta in volta arricchite, nel loro significato e nella loro portata, proprio dall'interpretazione che la Corte ne dà con le sue decisioni (il c.d. *acquis communautaire*). Prova ne sia il fatto che, nelle numerose occasioni di aggiornamento e riscrittura delle direttive, si rinvie-

⁸ Perché il danno possa e debba essere risarcito, occorre che si verifichino tre condizioni: «la prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine, la terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi».

⁹ Sentenza 19.11.1991, Cause riunite C-6/90 e C-9/90.

ne spesso un esplicito rinvio all'elaborazione della CGE. Il richiamo all'*acquis communautaire* compare infatti o nei c.d. *Considerando* delle direttive, che definiscono la base giuridica della direttiva (la disposizione del Trattato sulla quale si fondano sia la sua validità sia le sue finalità), o addirittura nell'articolato del testo della direttiva. In tali casi, come si usa dire, la direttiva provvede a codificare il punto di approdo della giurisprudenza della Corte, che rappresenta dunque, in un certo senso, una fonte del diritto UE, seppure *sui generis*.

Per completare questa sintetica presentazione dell'interazione tra le fonti dell'UE e il diritto interno, occorre considerare brevemente le modalità con le quali il diritto italiano provvede a trasporre (o recepire, come pure si usa dire) le direttive, per dar loro piena attuazione. Diversamente da quanto avviene per le fonti di diritto internazionale (*infra*, § 3), le direttive acquisiscono efficacia nel diritto interno non attraverso una legge di ratifica, bensì attraverso un procedimento che, da molti anni, è stato codificato e strutturato in modo da garantire, almeno in via di principio, il costante e tempestivo adeguamento dell'ordinamento interno alle direttive che, anno dopo anno, vengono approvate dalle istituzioni UE e al "diritto vivente" elaborato dalla CGE. La l. n. 234/2012 ha sostituito la tradizionale legge comunitaria annuale introdotta nel 1989 dalla legge La Pergola con un doppio binario, costituito da: la *legge di delegazione europea*, che attribuisce al Governo deleghe legislative per il recepimento delle direttive; la *legge europea*, che contiene disposizioni legislative che danno diretta attuazione alle direttive o che modificano disposizioni vigenti oggetto di procedure d'infrazione nei confronti dell'Italia o di sentenze della CGE¹⁰.

Conclusivamente, si può ben comprendere come e perché il diritto (del lavoro, ma non solo) italiano sia ormai profondamente influenzato e quasi conformato dal diritto UE. Agli Stati membri resta certamente la possibilità di mantenere o introdurre disposizioni di miglior favore rispetto allo standard imposto dalle direttive, ma la Corte è sempre più vigile nel controllare che questo avvenga senza violare altre norme UE. L'opera di complessiva tendenziale omogeneizzazione dei diritti nazionali – nelle materie di competenza del diritto UE, secondo quanto previsto dai Trattati, beninteso – è poi completata dalle c.d. *clausole di non regresso*, inserite sistematicamente nelle direttive di ultima generazione. In forza di queste clausole, infatti, l'applicazione di una direttiva, e dunque il suo necessario recepimento, non legittimano una riduzione generale delle tutele offerte dagli ordinamenti nazionali nella materia oggetto della direttiva. Nell'interpretazione della Corte, queste clausole si applicano a qualsiasi intervento legislativo nella materia *de qua*, e non soltanto all'atto che formalmente ha recepito la direttiva, ma non impediscono invece al legislatore nazionale di modificare anche *in pejus* la disciplina previgente, purché sussistano giustificate finalità, principalmente di ordine economico, estranee alla trasposizione della direttiva e a condizione che comunque sia assicurato il rispetto dei livelli di protezione garantiti dalla direttiva¹¹.

¹⁰ Merita ricordare che diritto dell'UE consente anche la trasposizione attraverso accordi o contratti collettivi, a condizione che abbiano efficacia generale (la generale efficacia è condizione necessaria per qualsiasi disposizione interna – legislativa, regolamentare, amministrativa – idonea a recepire una direttiva). In Italia tale opzione non è praticabile, a causa dei limiti di efficacia dei contratti collettivi (*infra*, PT. II, Sez. III).

¹¹ Il caso più interessante, per il nostro diritto interno, riguarda l'applicazione della clausola di

3. *Il diritto internazionale. In particolare: a) la CEDU e la Carta sociale europea; b) le Convenzioni dell'OIL*

a) Tra le fonti internazionali che hanno assunto recentemente maggior rilievo anche per il diritto del lavoro merita di essere segnalata anzitutto la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* (CEDU). La Convenzione – un accordo internazionale multilaterale concluso tra tutti i membri del Consiglio d'Europa¹² – entrata in vigore il 3 settembre 1953, ha assunto una nuova rilevanza politica e istituzionale, ed un diverso valore giuridico con il Trattato di Lisbona (v. *retro*), che all'art. 6 TUE ha previsto da un lato, che i diritti fondamentali, quali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e, dall'altro, che l'Unione aderisce alla CEDU. Sul progetto di accordo di adesione la CGE ha espresso un parere (pubblicato nel dicembre 2014) giudicato molto cauto e problematico, se non addirittura negativo¹³.

Non si devono comunque trascurare da un lato il recepimento espresso dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU quali “principi generali” del diritto dell'UE, e dall'altro l'adesione dell'Italia alla CEDU¹⁴. In ogni caso, dunque, mentre quei principi potranno essere utilizzati dalla CGE nell'interpretazione del diritto dell'UE, d'altra parte quei principi dovranno essere rispettati dalla nostra Repubblica ed applicati dai giudici nazionali, nei limiti di compatibilità con la Costituzione (v. *infra*)¹⁵.

In secondo luogo va ricordata la *Carta sociale europea* (CSE), firmata a Torino nel 1961 nell'ambito del Consiglio d'Europa e ratificata dall'Italia con l. n. 929/1965; riveduta nel 1996 è stata ratificata dall'Italia con l. n. 30/1999. La CSE è spesso considerata una sorta di “sorella povera” della CEDU; come avremo occasione di sottolineare oltre, la sua rilevanza è tuttavia cresciuta negli ultimi anni. La CSE, alla quale la UE non aderisce, è richiamata dall'art. 151.1 TFUE, ma non è integrata nel diritto dell'UE, anche se l'Unione e gli Stati membri devono “tenere presenti” i diritti sociali fondamentali in essa definiti. Notevole importanza ha il Comitato europeo sui diritti sociali (CEDS), previsto dall'art. 25 CSE, organo non giurisdizionale di controllo molto atti-

non regresso presente nella Clausola 8 della Direttiva CE 99/70 sui contratti a tempo determinato, come vedremo a suo tempo.

¹² Ad oggi aderiscono 47 Paesi, tra cui gli Stati membri dell'Unione europea.

¹³ La Corte ritiene che l'adesione debba essere subordinata alle condizioni previste dai Trattati dirette a «garantire che quest'ultima non incida sulle caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione», tra cui spiccano il principio di attribuzione, il quadro istituzionale e la natura stessa del diritto dell'Unione, con particolare riferimento al suo “primato” (v. *retro*). Una delle questioni più delicate riguarda il rapporto tra i giudicati della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU, più nota come Corte di Strasburgo) – l'organo giurisdizionale internazionale che assicura l'applicazione e il rispetto della CEDU – da una parte, e i giudicati della CGE dall'altra.

¹⁴ La Convenzione è stata ratificata con l. n. 848/1955.

¹⁵ Le sentenze della Corte di Strasburgo possono assumere un ruolo non marginale nel “diritto vivente” interno: per fare solo un esempio, basti pensare al potenziale impatto, anche sul diritto del lavoro e sociale, della condanna dell'Italia (per violazione dell'articolo 8 della Convenzione CEDU sul «diritto al rispetto della propria vita privata e familiare») a causa della totale negazione di diritti alle coppie omosessuali. La grave carenza è stata finalmente sanata dall'Italia con la l. n. 76/2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.

vo e autorevole, formato da membri indipendenti, ai quali compete il monitoraggio sull'applicazione della CSE; al CEDS possono essere inoltrati da organizzazioni non governative (ONG) internazionali, europee e nazionali, reclami collettivi sulla violazione delle disposizioni della CSE.

b) Alle fonti sin qui esaminate occorre aggiungere altre fonti di specifico interesse: si tratta delle norme di diritto internazionale (pubblico) del lavoro, la cui parte più importante è rappresentata dalle *Convenzioni* dell'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro). Queste norme internazionali (di diritto internazionale convenzionale) non sono applicabili nell'ordinamento interno senza previa "recezione" (rinvio recettizio mediante ratifica e ordine di esecuzione di un trattato) o trasformazione in norme interne (riproduzione, con legge o altro atto normativo, delle norme internazionali). Le norme internazionali convenzionali oggetto di ratifica sono dunque fonti del diritto interno, ma di rango superiore alla legge ordinaria¹⁶.

L'OIL, da cui promanano le norme internazionali del lavoro, è un'antica organizzazione internazionale: istituita nel 1919 (PT. XIII del Trattato di Versailles), con sede a Ginevra, è diventata nel secondo dopoguerra un'agenzia specializzata dell'ONU, mantenendo la sua autonomia e la sua originaria struttura tripartita.

Sono organi dell'OIL: a) la Conferenza Internazionale del Lavoro, alla quale partecipano gli Stati membri, rappresentati da una delegazione composta da due rappresentanti del Governo (uno dei quali solitamente è il Ministro del Lavoro), un delegato per le organizzazioni nazionali dei lavoratori e uno per quelle dei datori di lavoro. La Conferenza adotta le Convenzioni e le Raccomandazioni, approva il bilancio, elegge il Consiglio di amministrazione; b) il Consiglio di Amministrazione, organo esecutivo dell'Organizzazione, con mandato triennale; c) l'Ufficio Internazionale del Lavoro, meglio conosciuto con l'acronimo BIT (*Bureau International du Travail*), o ILO (*International Labour Office*), costituisce l'apparato amministrativo dell'OIL e ha il compito di preparare le delibere del Consiglio di Amministrazione e degli atti della Conferenza e soprattutto di monitorare e verificare l'effettiva applicazione delle Convenzioni. All'interno dell'OIL opera il Comitato di esperti sull'applicazione delle Convenzioni e raccomandazioni (CEACR), organismo indipendente e non giurisdizionale, nominato dal Consiglio di amministrazione dell'OIL, chiamato a dare una valutazione tecnica e imparziale, non vincolante, dell'applicazione degli *International Labour Standards* (*infra*), i cui pareri sono tenuti in attenta considerazione anche dalla Corte EDU, quando si tratti di questioni che coinvolgono diritti sociali fondamentali.

Sono membri dell'OIL gli Stati membri dell'ONU.

Gli obiettivi universalistici dell'OIL (estensione della protezione sociale dei lavoratori – formali e informali – e in particolare la protezione delle condizioni di vita,

¹⁶ Occorre infatti segnalare che, secondo l'art. 117, c. 1, Cost., come modificato dalla legge costituzionale n. 3/2001, «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». La Corte cost., nelle sentenze "gemelle" nn. 348/2007 e 349/2007, ha precisato che le norme internazionali convenzionali (o pattizie) vincolano lo Stato ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno; non assumono valore costituzionale, ma sono "norme interposte", vale a dire norme di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria; il controllo sulla loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano spetta alla Corte costituzionale.

della salute, delle pari opportunità in campo educativo e professionale) sono stati definiti dalla *Dichiarazione di Philadelphia* del 1944, nella quale sono affermati (o meglio riaffermati) tre fondamentali principi: il lavoro non è una merce; la libertà di espressione e di associazione sono fondamentali per il progresso; la povertà in qualunque luogo costituisce un pericolo per la prosperità ovunque. Questa dichiarazione, che si collega strettamente alla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* adottata dall'Assemblea dell'ONU nel 1948, costituisce la base giuridica essenziale dell'azione normativa dell'OIL, che si sviluppa mediante la stipulazione di Convenzioni e Raccomandazioni.

Le Convenzioni dell'OIL, nelle quali vengono formulate norme dette correntemente *International Labour Standards (ILS)*, hanno natura di trattati internazionali multilaterali: le Convenzioni obbligano solo gli Stati che le ratificano e richiedono un numero minimo di ratifiche prima della loro entrata in vigore. Fa capo dunque alle delegazioni tripartite degli Stati membri la scelta se approvare o meno una Convenzione, ma rientra senz'altro nella sovranità degli Stati membri la scelta di dare o meno vita agli *ILS* mediante la ratifica delle Convenzioni.

Lo scarso interesse che per lungo tempo è stato riservato alle Convenzioni e all'attività dell'OIL certamente dipende dal fatto che si attribuiva alle norme internazionali un ruolo del tutto marginale rispetto al diritto interno e al sempre più invadente diritto dell'UE. Ma influiva su questo atteggiamento anche il progressivo declino dell'OIL, dovuto ad una serie di cause, tra le quali il sempre minor numero di Convenzioni adottate, per evidenti difficoltà di raggiungere il necessario consenso delle delegazioni, e il numero decrescente di ratifiche, specie da parte di potenze economiche come gli USA, la Cina, la Russia, il Brasile. Certamente però una delle ragioni maggiori della debolezza della regolamentazione internazionale del lavoro era, ma continua ad essere, la mancanza di sanzioni efficaci per le più gravi violazioni delle Convenzioni¹⁷.

Alla sfida rappresentata dalla perdita di centralità, l'OIL ha dato una prima importante risposta con l'adozione, nel 1998, della *Dichiarazione relativa ai principi e ai diritti fondamentali del lavoro*, nella quale, dopo aver richiamato i principi enunciati dalla *Dichiarazione di Philadelphia*, l'OIL ha definito i *core labour standards*, ricavati da otto Convenzioni fondamentali: la libertà di associazione e il riconoscimento del diritto effettivo alla contrattazione collettiva; l'eliminazione di ogni forma di lavoro obbligatorio o forzato; la eliminazione effettiva del lavoro infantile; l'eliminazione delle discriminazioni in materia di lavoro. Questi *standards* sono considerati vincolanti per tutti gli Stati membri indipendentemente dalla ratifica delle otto Convenzioni: il vincolo discende infatti direttamente dall'appartenenza all'Organizzazione, di cui la *Dichiarazione* costituisce atto fondamentale (o costituzionale)¹⁸. Deve essere inoltre ricordata l'Agenda per il *decent work* lanciata nel 1999, con la quale l'OIL denunciava l'impatto sociale drammaticamente negativo della globalizzazione. La *Dichiarazione* del 1998 e l'Agenda costi-

¹⁷ La posizione di monopolio (come produttore di *hard law* internazionale) dell'OIL, peraltro, è stata messa in crisi da ragioni interne (la struttura tripartita, la natura giuridica delle Convenzioni, lo scarso livello di effettività delle norme in esse contenute) e da fattori esterni, vale a dire da quella normativa transnazionale, caratterizzata dal passaggio dall'attore pubblico agli attori privati, che va dai codici di condotta e direttive etiche delle imprese transnazionali alle clausole sociali poste unilateralmente, di cui è ricca l'esperienza giuridica del commercio internazionale.

¹⁸ La lista dei *core labour standards* è ristretta, e né la sicurezza sociale, né la protezione della salute sul lavoro figurano nella lista: ma le conclusioni adottate nella Conferenza del 2001, che ha lanciato la "campagna per il lavoro decente" (*decent work*), hanno ribadito che l'azione dell'OIL non torna indietro sull'*acquis* normativo internazionale in materia di sicurezza sociale.

tuiscono ormai il fulcro dell'attività dell'OIL, presa in considerazione anche al di fuori dell'organizzazione; malgrado ciò, il rilancio di un ruolo centrale dell'OIL (visto con sfavore da quanti pensano che dall'applicazione degli *ILS* nel commercio internazionale deriverebbe uno svantaggio competitivo ai paesi in via di sviluppo) richiederebbe un rafforzamento della funzione normativa dell'OIL: ma ciò è possibile solo promuovendo l'uscita dell'Organizzazione dalle strettoie in cui è attualmente costretta dalla sua stessa struttura tripartita, dalla necessità di operare difficili mediazioni tra interessi spesso in aperto conflitto, dalla sua soggezione alla sovranità degli Stati. Le molte iniziative connesse alla celebrazione, nel 2019, del centenario dell'OIL, sono state l'occasione per la riapertura del dibattito sulle iniziative necessarie per il rilancio di questa importante organizzazione internazionale, la cui Agenda 2030 incorpora la *Decent work Agenda*¹⁹.

Conclusivamente, si può osservare che i diritti fondamentali trovano ormai protezione attraverso un sistema “multilivello”, che vede agire e interagire il diritto internazionale (es. OIL), il diritto europeo (es. CEDU, CSE), il diritto dell'UE (es. Trattati), senza trascurare il ruolo delle cc.dd. clausole sociali inserite, in modo crescente ma ancora limitato e oggetto di discussione, nei contratti commerciali internazionali, che hanno l'obiettivo di garantire *standard* minimi di trattamento economico e normativo nei confronti dei dipendenti di imprese che operano in paesi in via di sviluppo per conto di grandi imprese (per lo più multinazionali) europee o di altri Paesi c.d. avanzati.

4. *Le fonti del diritto interno. La Costituzione e il lavoro*

La Costituzione, fonte sovraordinata alle altre fonti del diritto interno, assegna al lavoro un ruolo di primo piano: il capitolo dei principi fondamentali si apre infatti con la solenne affermazione: «*L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro*» (art. 1, c. 1)²⁰.

La dottrina si interroga sul significato della formula *fondata sul lavoro*, chiedendosi se sia solo retorica costituzionale o se abbia anche una portata giuridica. Vi sono interpreti favorevoli ad assegnare al “principio lavoristico” il significato normativo di principio costitutivo, nel senso che il lavoro è il massimo valore riconosciuto, e dun-

¹⁹ Una ampia riflessione sul percorso dell'OIL e sulle prospettive nei saggi di vari autori pubblicati in *LD*, n. 3/2019, *Cent'anni di solitudine? OIL 1919-2019*.

²⁰ La formula *fondata sul lavoro* è il risultato di un compromesso, dopo che per pochi voti (12 per la precisione) era stata respinta la formula proposta dalla sinistra (Repubblica di lavoratori). Il rigetto di quella formula rispondeva all'intento di escluderne un'interpretazione classista, senza negare, assumendo il valore del lavoro, l'obiettivo di realizzare un nuovo equilibrio sociale che assegnasse alle forze del lavoro la preminenza sulle altre. Ai “lavoratori” si riferisce l'art. 3, c. 2 («È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»). Ma di questa disposizione, che sancisce il principio di eguaglianza in senso sostanziale, sono considerati in realtà destinatari *tutti i cittadini* (lavoratori e non lavoratori) e tutte le persone in condizione di sotto-protezione sociale, alle quali la Repubblica deve garantire *l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*.

que costituisce «il principio giuridico fondamentale al quale tutti gli altri sono, o dovrebbero essere, subordinati». Se così fosse, quando il valore “lavoro” si scontra, e va dunque conciliato con, in ipotesi, il valore “proprietà”, o con il valore “iniziativa economica privata”, il lavoro dovrebbe prevalere²¹. Ma per altri interpreti, e segnatamente per la Corte costituzionale, il lavoro è un *valore primario* della Repubblica democratica, ma non un valore *esclusivo*, perché nella Costituzione sono enunciati o tacitamente presupposti anche altri valori. La formula *fondata sul lavoro* è dunque letta – schematizzando al massimo – come attribuzione al lavoro di un valore non preminente, che dovrà essere bilanciato con altri valori di rango costituzionale con cui entra in conflitto.

Quanto al significato del vocabolo “lavoro”, occorre sottolineare il collegamento istituito dagli interpreti tra il primo comma dell’art. 1 Cost. e i principi fondamentali contenuti nell’art. 2 Cost. (il principio personalistico che assicura, attraverso la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo, lo svolgimento della personalità) e nell’art. 3, c. 2, Cost. Il collegamento tra questi principi porta a rileggere il “lavoro” in termini di affermazione della personalità dell’uomo, ovvero di diritto allo sviluppo della personalità attraverso il lavoro: si tratta dunque non solo del lavoro subordinato, ma del lavoro latamente inteso, subordinato, autonomo, professionale.

Avvalora questa interpretazione, che allarga il significato di “lavoro” ben oltre il lavoro subordinato, anche il collegamento dell’art. 1, c. 1, con l’art. 35, c. 1 («La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni»), che introduce il Titolo III (Rapporti economici). Secondo l’opinione prevalente, la tutela ha ad oggetto il lavoro (subordinato ma anche autonomo) svolto in situazione di sotto-protezione o soggezione. Il lavoro è inteso latamente, ma non fino a comprendere tra i lavoratori anche tutti coloro che iniziano e praticano una attività economica, ai quali si riferisce l’art. 41 Cost., che garantisce la libertà dell’iniziativa economica privata.

Il secondo principio fondamentale dedicato al lavoro è contenuto nell’art. 4, c. 1: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto». Lo stesso art. 4, c. 2, sancisce il dovere di ogni cittadino di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società. Questo dovere è interpretato in genere come dovere morale; si può tuttavia dire che il secondo comma dell’art. 4 contenga anche un principio giuridico – che può costituire il punto di partenza per la costruzione da parte del legislatore di vere e proprie regole di comportamento²² – ma non un dovere giuridico (e certamente non un “dovere di lavorare”) sanzionabile.

Della tutela del bene “lavoro” come tutela della stabilità nel posto di lavoro parleremo oltre (*infra*, PT. VIII, Cap. II). Per ora conviene spendere qualche parola sul significato che il diritto al lavoro ha nella nostra Costituzione, anche tenendo conto della sua possibile rilettura alla luce di alcune disposizioni della CDFUE, entrata ormai a pieno titolo nel diritto primario dell’UE (*retro*, § 2).

²¹ U. Rescigno 2009, p. 21 ss.

²² È il caso, ad esempio, dell’onere di accettare la seconda offerta di lavoro, pena la decadenza dal godimento del reddito di cittadinanza (d.l. n. 4/2019, conv. in l. n. 26/2019 e modificato da l. n. 234/2021) (*infra*, PT. IV, Cap. II).

La dottrina più risalente relegava senz'altro il primo comma dell'art. 4 Cost. nell'ambito delle norme programmatiche: il diritto al lavoro, non diversamente dagli altri diritti sociali (definiti come diritti a prestazioni), erano considerati non propriamente diritti, ma solo "aspettative" nei confronti dei pubblici poteri. Solo nella dottrina più recente è emersa la tendenza a rinvenire nell'art. 4, c. 1, anche un contenuto precettivo: posto che "diritto al lavoro" non significa diritto (perfetto e azionabile in giudizio) di ottenere un posto di lavoro, questa rilettura dell'art. 4, c. 1, conduce gli interpreti ad affermare che l'art. 4 contiene tuttavia la garanzia costituzionale di un diritto (e non di una mera aspettativa) scomponibile in due distinte pretese, una di carattere negativo (libertà di lavoro), l'altra di carattere positivo (diritto a prestazioni pubbliche).

La "pretesa *negativa*" è definita come *diritto sociale di libertà*: la libertà di lavoro, cioè il diritto di svolgere liberamente un'attività secondo le proprie scelte e le proprie capacità, senza che a tale libertà possano essere frapposti ostacoli o barriere irragionevoli. Il diritto al lavoro è sancito nei termini di un diritto sociale di libertà anche dall'art. 15, c. 1, della CDFUE, intitolato "Libertà professionale e diritto di lavorare" («Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata»). Nella Carta, il diritto di lavorare è caratterizzato come diritto fondamentale di libertà; in quanto tale è attribuito ad ogni individuo, ed ha dunque carattere universale²³.

Nel suo contenuto positivo (o pretesa *positiva*) il diritto al lavoro è un *diritto a prestazione* di cui sono titolari tutti i cittadini: prestazione pubblica, nel senso di intervento pubblico (del legislatore, della pubblica amministrazione) diretto a rendere effettivo il diritto, assicurandone la concreta realizzazione. Può contribuire ad uscire dalla vaghezza la considerazione di quanto previsto dalla CSE, che, all'art. 1, prevede che le parti si impegnino: a riconoscere, tra i loro principali obiettivi e responsabilità, la realizzazione ed il mantenimento del livello più elevato e più stabile possibile dell'impiego in vista della realizzazione del pieno impiego; a tutelare in modo efficace il diritto del lavoratore di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente intrapreso; a istituire o a mantenere servizi gratuiti in materia di occupazione per tutti i lavoratori; ad assicurare o a favorire un orientamento, una formazione ed un riadattamento professionale adeguati. Pur essendo assai più stringata, e più fortemente focalizzata sul contenuto "negativo" del diritto al lavoro, anche la CDFUE prevede all'art. 29 (Diritto di accesso ai servizi di collocamento): «Ogni individuo ha il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito» (*infra*, PT. IV, Cap. I).

Avvalendoci dell'apporto dei documenti comunitari e di altre fonti internazionali (la Convenzione OIL 122/1964 sulle politiche dell'impiego, ratificata dall'Italia con l. n. 864/1970), dobbiamo aggiungere che il lavoro oggetto del relativo diritto deve essere *adeguato* alle capacità e alle attitudini; il lavoro, ci dice ancora l'OIL (Rapporto del 1999), deve essere *decente*: decente nel senso di un lavoro a cui si accede in condizioni di libertà, di sicurezza, di equità e di sufficiente dignità. Insomma: non solo *more jobs*, ma *better jobs*.

²³ Nell'UE, ogni individuo ha diritto di lavorare, ma l'esercizio della libertà di lavoro non è garantita ad ogni individuo nello stesso modo: la garanzia varia a seconda che l'individuo che ne è titolare sia cittadino dell'UE, o provenga invece da uno Stato extracomunitario. Nell'UE, la libertà di lavoro si esercita nell'ambito del mercato interno, ed è garantita dalla libertà di circolazione delle persone sancita dal secondo comma dello stesso art. 15 della CDFUE, («Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro»). Il collegamento tra diritto al lavoro e libertà di circolazione è rinvenibile anche nella nostra Costituzione (art. 120, c. 1), che garantisce l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

4.1. *I diritti sociali come diritti fondamentali*

La Costituzione italiana, diversamente da altre costituzioni, non solo contiene un dettagliato catalogo di *diritti sociali*, ma presuppone una loro giustificazione complessiva, che si collega oltre che alla garanzia dei diritti civili e politici, anche e soprattutto al fine della rimozione degli ostacoli alla libertà e all'eguaglianza per lo sviluppo della democrazia nel campo politico ed economico-sociale. Con l'inserimento dei diritti sociali nella categoria dei diritti fondamentali, i diritti fondamentali divengono "indivisibili", nel senso che risulta superata la contrapposizione tra diritti di libertà e "diritti a prestazioni", dalla quale tradizionalmente si faceva derivare la priorità assiologica dei primi e la "minorità" dei secondi.

La qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali ha conseguenze significative: un diritto fondamentale può essere limitato solo da un altro diritto di pari rango, e nel bilanciamento prevale (o dovrebbe prevalere) su diritti che non godano dello *status* di diritti fondamentali.

L'indivisibilità dei diritti fondamentali non impedisce che sia ancora necessario distinguere: per quanto riguarda i diritti sociali, resta infatti necessario distinguere tra quelli, per così dire, *self executing* (tra i quali si ritiene che rientrino i diritti sociali il cui contenuto è essenzialmente una libertà: ad esempio, nel diritto al lavoro sancito dall'art. 4 Cost., rientra la libertà di lavorare) e quelli *condizionati*, nel senso che il loro soddisfacimento richiede l'intervento dei pubblici poteri. Rispetto a questi ultimi viene in evidenza la relazione tra risorse finanziarie disponibili e livello di protezione dei diritti: relazione che si risolve nel contemperamento tra le ragioni dei diritti sociali e quelle dell'efficienza economica.

Di questi diritti parleremo via via che affronteremo gli argomenti nei quali vengono in considerazione.

5. *La legislazione ordinaria: ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni*

La riforma in senso federalista, o meglio di valorizzazione delle autonomie locali, dell'art. 117 Cost., ad opera della legge costituzionale n. 3/2001, ha modificato la ripartizione del potere legislativo fra lo Stato e le Regioni originariamente prevista²⁴. Il riparto è ispirato al principio di *sussidiarietà*: superato il rigido riparto per materie del vecchio testo dell'art. 117, la formulazione attuale intende individuare il livello di regolamentazione (nazionale o locale) più adeguato secondo la natura dei fatti da regolare. Il potere legislativo risulta così ripartito: materie soggette alla legislazione esclusiva dello Stato; materie nelle quali la legislazione dello Stato concorre con la legisla-

²⁴ Nella scorsa legislatura (XVII) il Parlamento aveva approvato un testo di legge costituzionale contenente modifiche al Titolo V della Parte II della Costituzione, nel quale era prevista anche una modifica della ripartizione del potere legislativo fra lo Stato e le Regioni (art. 117). Il testo della riforma è stato sottoposto a referendum costituzionale. Nella consultazione, svoltasi il 4 dicembre 2016, il "no" aveva riportato la maggioranza dei voti: la riforma costituzionale è stata pertanto bocciata dal voto popolare.

zione regionale determinando, di quest'ultima, i principi fondamentali; materie nelle quali la Regione ha potestà legislativa esclusiva²⁵.

Limitandoci qui alle sole materie che direttamente o indirettamente riguardano il diritto del lavoro, ricordiamo che lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; immigrazione; giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; previdenza sociale. Sono materie di legislazione concorrente dello Stato e delle Regioni quelle relative a: tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; previdenza complementare e integrativa. Le Regioni hanno potestà legislativa (esclusiva) in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Tra le materie sulle quali vi è potestà legislativa concorrente tra Stato e Regioni spicca la *tutela e sicurezza del lavoro*. Un'interpretazione estensiva di questa espressione avrebbe messo fortemente in discussione l'unità del diritto del lavoro sul territorio nazionale (e con ciò l'eguaglianza dei lavoratori di fronte alla legge); l'orientamento prevalente si è perciò ragionevolmente orientato nel senso di una interpretazione riduttiva, autorevolmente avallata dalla Corte costituzionale (sentenze nn. 359/2003, 50/2005, 384/2005). La Corte ha precisato che il diritto del lavoro, essendo parte dell'ordinamento civile, è di competenza esclusiva dello Stato; restano nella competenza concorrente delle Regioni la disciplina del mercato del lavoro (servizi per l'impiego, politiche attive del lavoro), nonché le attività amministrative di tutela del lavoro e della sua sicurezza. Quanto alla formazione professionale (esclusa quella direttamente impartita dal datore di lavoro, di competenza esclusiva della legislazione statale: così ha stabilito la Corte costituzionale), essa rientra nella competenza esclusiva della Regione, ma lo Stato può ancora intervenire definendo i livelli essenziali delle prestazioni relative al diritto dei lavoratori alla formazione.

6. *La legge e la contrattazione collettiva*

Concludiamo questa breve rassegna delle fonti del diritto del lavoro segnalando che il diritto del lavoro presenta, relativamente alle proprie fonti, una caratteristica singolare, rappresentata dalla coesistenza di fonti legali (delle quali abbiamo parlato sin qui) e fonti contrattuali collettive (i contratti collettivi di lavoro, di cui parleremo oltre: PT. II) e dal rapporto complesso e mutevole tra tali fonti.

Occorre intanto premettere che il contratto collettivo si dice "collettivo" per un duplice ordine di ragioni: perché le parti stipulanti sono soggetti collettivi; perché i destinatari del contratto sono un numero indeterminato di soggetti. Il contratto collettivo, essendo appunto un contratto, è un atto di autoregolamentazione di interessi

²⁵ La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.