



CENTRE FOR THE STUDY OF
EUROPEAN LABOUR LAW
"MASSIMO D'ANTONA"

Working Papers

La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 132/2016

© Giorgio Fontana 2016

Dipartimento di Giurisprudenza ed Economia - Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
giorgio.fontana@unirc.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X

Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania

On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012

Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)

Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020

csdle@lex.unict.it

<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi^α

Giorgio Fontana
Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

1. La Carta Sociale europea, i giuslavoristi e i "principi di Ruggie".	2
2. L'applicazione della Carta e i "principi senza garanzie".....	5
3. Il problema dell'effettività dei diritti. Il CEDS e l'ambiguità di una "decisione che non decide".	11
4. Crisi, riforma dei licenziamenti e Carta sociale europea.	16
5. La giurisprudenza del Ceds: una non casuale asimmetria di opinioni.....	21
6. La (contro)riforma del diritto del lavoro in Italia (2011-2015).	24
7. La Carta Sociale e il contro-riformismo. Conclusioni.	29

^α Questo saggio è destinato al volume a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, dal titolo *La Carta Sociale Europea fra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, di prossima pubblicazione per i tipi dell'Editoriale Scientifica, Napoli.

1. La Carta Sociale europea, i giuslavoristi e i "principi di Ruggie".

Secondo alcuni studiosi la Carta Sociale Europea sta vivendo una "nuova vita" da quando, finalmente, sono entrati in azione meccanismi (seppure atipici ed imperfetti) attuativi dei diritti sociali fondamentali.¹ E in effetti anche nel diritto del lavoro, dopo un lungo oblio, sembra esserci negli ultimi tempi una maggiore attenzione verso la Carta, che dimostra più vitalità e presenza nel discorso giuridico, in particolare dal momento in cui la legislazione ha imboccato una direzione divaricante rispetto alla tradizionale sua funzione di tutela del "contraente debole".²

Di fronte a questo rinnovato interesse viene tuttavia spontaneo chiedersi perché in precedenza i giuslavoristi hanno tenuto la Carta ai margini delle proprie riflessioni, come può evincersi da una semplice scorsa dei manuali e delle riviste del settore. Oltre tutto, alla "freddezza" della dottrina non si è opposto un diverso atteggiamento della giurisprudenza, che poche volte ha utilizzato la Carta come proprio riferimento, anche solo di rafforzamento argomentativo.³ Ed è questo, a ben pensare, un ritardo

¹ O. De Schutter, *The Two Lives of the European Social Charter*, in O. De Schutter (eds.), *The European Social Charter: a Social Constitution for Europe*, Bruylant ed., Bruxelles, 2010, secondo cui l'evoluzione della Carta sarebbe intimamente collegata a "...les étapes du développement de l'Europe sociale dans le cadre du Traité de Rome et de ses modifications successives" (così v. p. 95). Per analoghe considerazioni v. recentemente G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, relazione al Convegno di Milano del 27 novembre 2015, *I diritti sociali e la crisi economica*, paper. Fra gli studi più recenti sul sistema della Carta Sociale Europea, oramai numerosissimi, si vedano fra gli altri M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali (a cura di), *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, ESI, Napoli, 2013; M. D'Amico, G. Guiglia (eds.), *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, ESI, Napoli, 2014; J. Luther, L. Mola, (eds.), *Europe's Social Rights under "Turin Process"*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

² Soprattutto recentemente, dopo la riforma della disciplina dei licenziamenti e l'introduzione del nuovo contratto di lavoro a tutele crescenti (CTC), diversi ed autorevoli studiosi hanno sostenuto la violazione non soltanto nei confronti delle disposizioni costituzionali "interne" ma anche delle fonti internazionali (art. 24 Carta Sociale europea) e delle fonti di diritto comunitario (Carta dei diritti fondamentali della U.E.) di queste nuove norme. Si vedano, recentemente, fra gli altri su questi temi S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", n. 246/2015; F. Buffa, *I licenziamenti nel Jobs Act e nelle norme internazionali*, Key ed., 2015 e dello stesso autore *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, 1, I; da un punto di vista costituzionalistico C. Salazar, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe" dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. III, Giappichelli ed., 2016. Più recentemente ancora, volendo, il mio saggio critico *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*

³ Sulla ritrosia della giurisprudenza costituzionale ad utilizzare le potenzialità della Carta Sociale v. A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema"*

tanto più inspiegabile se si considera che la Carta - sottoscritta nel 1961, revisionata nel 1996 e ratificata con legge dello Stato italiano nell'oramai lontano 1999 - enuncia principi e diritti riguardanti direttamente la materia lavoristica e che ne costituiscono anzi il suo cuore pulsante.

Per molto tempo, in verità, ho pensato che la risposta a questa domanda potesse essere la stessa che Thomas Schultz, prendendo le mosse dalla questione dei cosiddetti "principi di Ruggie" (elaborati da John Ruggie, il difensore dei diritti umani di Harvard, per costringere le imprese multinazionali al rispetto dei diritti fondamentali a livello globale) dà delle ragioni della resistenza del mondo giuridico ad accettare un *diritto transnazionale senza stato*.⁴ Riflettendo su questa vicenda Schultz ricorda che sulle prime la pressione dei movimenti per i diritti umani portò alcune delle principali multinazionali a rivedere le proprie pratiche commerciali, tanto che molti Stati del Sud del mondo, insieme a un buon numero di ONG, cercarono di trasformare i Principi di Ruggie in un vero e proprio trattato internazionale "da cui potessero scaturire obblighi cogenti e giuridicamente vincolanti per le imprese".⁵ Ma fu proprio questo tentativo (contro gli avvertimenti dello stesso John Ruggie⁶) a far fallire gli sforzi per ottenere il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle imprese, che si persero in una serie infinita di negoziati diplomatici, con la gioia, occorre dire, delle stesse multinazionali. La conclusione di Schultz è che proprio "il tentativo di usare il diritto come un mezzo per la progettazione sociale corre, in questo caso, su un binario sbagliato (...), a causa dell'idea secondo cui la progettazione sociale attraverso il diritto significhi ingegneria sociale attraverso il diritto fatto dallo stato".⁷

(notazioni di metodo), in Consulta Online, 2015, II, p. 550 e A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)* in Consulta Online, 2015, p. 502, il quale sottolinea come non a caso la Carta sia stata completamente ignorata dalla Corte costituzionale nelle (oramai celebri) sentenze "gemelle" n. 348 e 349 del 2007.

⁴ T. Schultz, *Diritto transnazionale senza Stato: quali le cause della resistenza?*, in *Ars Interpretandi*, 2015, 2, p. 35 ss.. I principi elaborati da J. Ruggie possono essere trovati nel sito www.ohchr.org/documents/issues. Si tratta di un complesso ed elaborato insieme di proposte ed analisi, raccolti in diversi rapporti commissionati dal Segretariato delle Nazioni Unite, con i relativi Addendum, in cui sono stati definiti i "principi guida" sul rispetto dei diritti umani nei rapporti economici e commerciali.

⁵ T. Schultz, op. ult. cit., p. 36.

⁶ Il quale concluse che "un trattato generale sui diritti umani e imprese dovrebbe essere elaborato ad un livello di astrazione talmente elevato da risultare di difficile o di nessuna utilità per persone reali in luoghi reali". Cfr. ancora a tal riguardo T. Schultz, *Diritto transnazionale senza Stato: quali le cause della resistenza?*, op. cit., p. 36.

⁷ T. Schultz, op. ult. cit., p. 37.

In questa vicenda trovo molte analogie con il recente passato (ancora oggi in parte persistente) del diritto del lavoro e con il problema della sua scarsa attenzione per la Carta sociale. Allo stesso modo, infatti, per quanto positivisti eclettici o anomali,⁸ i giuslavoristi non sono mai riusciti a distaccarsi fino in fondo dall'idea che il diritto transnazionale non statale non potesse essere considerato, senza la mediazione dell'ordinamento positivo, diritto *appropriato*. Il diritto del lavoro è figlio della "norma inderogabile" e pur volendosi aprire ad altri modi di produzione normativa (come quello che proviene dalla giurisdizione, che forma il *diritto vivente*) probabilmente resta insopprimibile, per la natura stessa delle funzioni che è chiamato ad assicurare, il "bisogno" di una regolazione normativa stringente, uniforme e di carattere generale.⁹

Ed allora si potrebbe pensare che l'interesse recente per la Carta e più in generale i tentativi di creare nessi sempre più stretti e ponti più solidi fra le fonti sovranazionali dei diritti fondamentali e l'ordinamento interno,¹⁰ non segnalano tanto un cambiamento della sua cultura giuridica, ossia una revisione autentica dei paradigmi di riferimento della dottrina giuslavorista, ma piuttosto la crisi della "norma inderogabile" e il ritrarsi dell'ordinamento.

Sarebbe dunque per controbilanciare il minor interventismo statale a tutela del "contraente debole" che si moltiplicano i richiami ai principi e alle fonti sovranazionali, di cui si invoca anche la diretta applicabilità, trattandosi di fonti ancora immuni dall'attacco portato alle tutele realizzate dalla legislazione ordinaria. Mentre, fin quando non si è avvertita questa necessità, la Carta è rimasta chiusa in un cassetto e dimenticata, non ritenendosi, in consonanza con l'osservazione di Schultz, che i suoi principi, privi di garanzie, potessero essere di qualche utilità.¹¹

Si potrebbe in conclusione affermare che la scoperta (o riscoperta) della Carta sociale europea si inserisca in una tendenza, per rispondere alla profonda crisi del sistema legale di tutela, a rivalutare i principi e le Carte che li incorporano, indipendentemente dalla loro natura di norme non cogenti e prive di applicabilità diretta, entrando nonostante ciò in modo

⁸ M. D'Antona, *L'anomalia post-positivista del diritto del lavoro*, 1990 in Rivista critica del diritto privato, 1990, p. 207 ss, ora in Opere, vol. I, Milano, Giuffrè ed., 2000.

⁹ Si veda il classico studio di R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene ed. Napoli, 1976

¹⁰ Tentativi influenzati dalle evoluzioni della giurisprudenza e da quello che viene definito, talvolta enfaticamente, come "dialogo fra le Corti" o "giurisprudenza multilivello", creando comunque le premesse di una circolazione molto feconda di idee e tecniche decisorie. Fra i tanti contributi di studio e riflessione ancora molto attuali sono quelli raccolti nel volume a cura di G. Bronzini, V. Piccone, *La Carta e le Corti*, Chimienti ed., Torino, 2007

¹¹ Per riflessioni più approfondite sia consentito rinviare al mio *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, G. Giappichelli ed., 2010.

incisivo nel discorso giuridico, quale che sia il loro fondamento, se di diritto internazionale (come la Carta sociale, che, com'è noto, afferisce, insieme alla Convenzione dei diritti dell'uomo, al Consiglio d'Europa) o piuttosto di diritto comunitario (com'è invece la Carta dei diritti fondamentali della U.E.).¹²

Tuttavia questa tendenza – semmai i motivi fossero davvero questi – deve fare i conti, nel caso della Carta sociale europea, col fatto che non solo ci sono molte difficoltà a tradurre i suoi principi in "diritto appropriato",¹³ ma anche col fatto che le altre "strade", per garantire la sua effettività, non sembrano facilmente agibili.

In realtà si potrebbe rinnovare la disputa sui principi di Ruggie, come ci viene raccontata nel saggio di Schultz.

Trasformare i principi della Carta Sociale europea in un complesso di norme esigibili e cogenti all'interno degli ordinamenti nazionali potrebbe rivelarsi un'impresa impossibile e praticamente contro-producente per la causa dei diritti sociali, rimanendo la Carta Sociale, per il diritto del lavoro, un documento espressione di alti principi e formule orientative, una sorta di "programma" molto sofisticato del *decent work*, da valorizzare così, senza pretendere ciò che non può dare.

2. L'applicazione della Carta e dei diritti fondamentali.

E' piuttosto noto, infatti, che la Carta Sociale Europea revisionata, anche se il suo rilancio grazie al Protocollo del 1995 ha avuto l'effetto di far terminare un lungo oblio,¹⁴ non possiede affatto (se non a livello embrionale) i caratteri tipici di un "ordinamento", inteso come insieme di norme dotate di *imperatività* (rispetto alla materia regolata) o di capacità di *coazione* (volendo considerare come sua costante storica o fra i suoi

¹² A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, op. cit.. Sui diritti sociali nello spazio giuridico europeo si veda, fra gli altri, S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012 e precedentemente dello stesso autore *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003, quest'ultimo per la chiarissima ricostruzione storico-evolutiva.

¹³ Sui problemi e sulle lacune della Carta sociale europea, v. fra gli altri G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in Forum di Quaderni Costituzionali, rivista on line (www.forumcostituzionale.it).

¹⁴ Ci si riferisce ovviamente ai due protocolli addizionali che hanno portato alla nuova versione della Carta, aperta alla firma nel 1996 e poi entrata in vigore due anni dopo. Per una ricostruzione v. fra gli altri F. Oliveri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta Sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, in www.europeanrights.eu/public/commenti; dello stesso autore v. *La Carta sociale europea come strumento vivente. Riflessioni sulla prassi interpretativa del Comitato europeo dei diritti sociali*, in Jura Gentium, 2012, 2.

caratteri tipici, la sanzione).¹⁵ Tanto che si discute ancora, fra i costituzionalisti, se la Carta costituisca un documento realmente giuridico, anche se, bisogna dire, questa posizione pare essere in realtà decisamente minoritaria.¹⁶

Il problema dell'effettività delle disposizioni recanti "principi senza garanzie", come si diceva nell'*incipit* di questo lavoro, costituisce del resto uno dei temi più controversi di dibattito¹⁷ e la Carta Sociale Europea, a maggior ragione, non si sottrae a questa difficoltà che è insieme teorica ed applicativa (ed è figlia della stessa correlazione e indissolubilità, per tanto tempo, del legame fra sovranità, potestà giuridica e norma).¹⁸

Come dunque concretizzare i diritti e i principi della Carta sociale?

Per spezzare questo circolo vizioso si dovrebbe probabilmente accogliere la provocazione intelligente di Schultz e smetterla di tentare di dare attuazione ai suoi principi con formule e strumentazione di tipo normativista o giuspositivista. Ci si dovrebbe limitare cioè a prendere tutto ciò che si può ricavare dal suo effetto indiretto, sul piano interpretativo e, perché no, sul piano politico, come per la Carta dei diritti fondamentali, viste le lacune impeditive (diverse ma di analoga natura).¹⁹

¹⁵ Per una sintesi delle teorie sull'ordinamento giuridico si veda il sempre attuale volume di Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, G. Giappichelli ed., 1993, soprattutto v. p. 159 ss. e ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, G. Giappichelli ed., 1994, p. 76 ss.

¹⁶ V. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, op. cit., qui p. 509, anche per i riferimenti. La stessa Corte costituzionale sembra considerare la Carta Sociale, come nota Spadaro, come un documento senza uno specifico contenuto prescrittivo e come un documento di mero indirizzo.

¹⁷ Come scrive ancora Spadaro è "storia vecchia che alcuni diritti vengano "in astratto" proclamati, anzi declamati ai quattro venti, ma poi in concreto siano negletti o comunque restino inattuati" (v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, op. cit.)

¹⁸ Nel sistema della Carta "lacune" evidenti possono individuarsi negli stessi, complessi meccanismi di firma e ratifica delle disposizioni della Carta e in particolare dei protocolli aggiuntivi che la compongono, oltre che nelle diverse procedure nazionali di esecuzione dei trattati, ossia nella possibilità per gli stati di aderire solo parzialmente alla Carta Sociale con un meccanismo di adesione farraginoso e complicato, accettando un numero ridotto di disposizioni (almeno sei dei nove articoli che compongono quello che viene definito come l'*hard core* della Carta, oltre a un certo numero di articoli o di paragrafi relativi a diritti), sacrificando in tal modo l'universalismo dei principi e dei contenuti della Carta (nonché, come si è notato, l'universalismo dei titolari dei diritti stessi). Sul punto v. F. Oliveri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta Sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, op. cit., per l'attenta analisi.

¹⁹ Molti tentativi sono stati fatti per aggirare la limitazione derivante, soprattutto, da quello sciagurato compromesso al ribasso che è l'art. 51 della Carta, ma senza successo. Non resta dunque che "accontentarsi" dell'*indirect horizontal effect* della Carta, esplorando le possibilità offerte dalla dottrina sulla *consistent interpretation* e forse lo stesso, nella migliore delle ipotesi, si potrà dire e fare con la Carta sociale europea (per motivi diversi ma anche in questo caso riferibili alla volontà degli stati). Per riflessioni in tal senso v. P.P. Craig, *The Charter, the ECJ and National Courts*, in D. Ashiagbor, N. Countouris, I. Lianos, *The European Union*

Come in altra sede ho cercato di dimostrare,²⁰ il diritto del lavoro, che storicamente si è nutrito di norme imperative privilegiando il terreno dell'inderogabilità, non può ignorare il diritto vivente e il ruolo fondamentale, non solo integrativo, della giurisprudenza. Anche per il diritto del lavoro (anzi, a maggior ragione) può dirsi fondatamente che l'evoluzione a cui assistiamo implica una complessa riorganizzazione di ruoli e poteri, che porta, fra l'altro, "les décisions de justice en position de plus en plus dominante", con una vera e propria "métamorphes de la souveraineté" e un cambio di paradigma inequivocabile.²¹ Non può del resto escludersi che ai condizionamenti esercitati sugli stati (e sui parlamenti) da parte dei poteri e delle istituzioni sovranazionali che governano i mercati, siano destinati a contrapporsi viepiù, in futuro, i valori e i principi dell'ordinamento costituzionalmente radicati e tutelati, di cui è custode la giurisprudenza, come di recente sembra essere dimostrato dalle "reazioni" delle alte Corti nazionali alle politiche di *austerity*.

La "giurisdizionalizzazione" si intreccia, poi, all'immersione dell'ordinamento nazionale in un sistema spurio (un "ermafrodito", ebbe a definirlo Giuliano Amato), che è, per la tradizione giuridica della "vecchia Europa", un laboratorio unico nell'esperienza contemporanea (ancorché prossimo a essere liquidato per il fallimento dei suoi propositi originari).²²

Ovviamente siamo ben lontani dalla potentissima riorganizzazione della *lex mercatoria*, che si forma già ontologicamente su un piano sopra o trans-nazionale,²³ essendo il diritto del lavoro e in generale la regolazione

after the Treaty of Lisbon, Cambridge University Press, 2012; R. Schutze, *An Introduction of European Law*, Cambridge University Press, 2012.

²⁰ Sia consentito ancora rinviare al mio *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit.

²¹ v. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Buxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, i quali genialmente raffigurano visivamente questo mutamento giustapponendo l'immagine del Leviatano di T. Hobbes al famoso quadro *Relativité* di M.C. Escher. Con particolare riferimento al tema della *judicialization* e della espansione del ruolo del formante giurisprudenziale (definito causticamente come *juristocracy*) v. M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002. Diversamente Spadaro preferisce parlare di "stato giurisdizionale" (v. in *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino Bologna, 2015).

²² La voce di Giuliano Amato non è del resto isolata. Si veda pure v. B. De Witte, *The European Union as an international legal experiment*, in G. De Búrca, J.H.H. Weiler (eds), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, p. 19 ss., secondo cui l'Unione europea non è altro che "a developed form of international organization which displays characteristics of an embryonic federation" (ivi p. 53).

²³ F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, per il quale (oggi si potrebbe dire con eccessiva enfasi) la globalizzazione dei mercati "conduce così all'inevitabile tramonto del dogma della statualità del diritto", e non solo, poiché "entro il mercato globale il diritto può ritrovare l'antico cosmopolitismo, l'originaria universalità, quella

in materia sociale riservati ancora, per la gran parte, alla competenza degli stati, anche se le influenze e inter-connessioni (per così dire fra "interno" ed "esterno") sono molteplici e fondamentali in tutte le direzioni. Per certi versi il diritto del lavoro viene a trovarsi in una posizione ambivalente di fronte ai nuovi rapporti fra i formanti, perché se da un lato la rinuncia a strutturarsi come sistema di norme inderogabili, adeguatamente sanzionate, non può dirsi un'operazione agevole, dall'altro la sua "apertura" metodologica, la sua stessa fondazione sui principi del pluralismo ordinamentale,²⁴ rende forse più semplice il superamento della concezione piramidale (stato-centrica) dell'ordinamento.²⁵

La concretizzazione dei diritti fondamentali al di fuori dell'orbita del diritto positivo statale è tributaria di molteplici esperienze e teoriche, di diversa provenienza, dalla *Drittwirkung* che presiede alla "giurisprudenza per principi", alla *constitutional cross fertilization* e alla circolazione dei precedenti e dei modelli di tutela dei diritti²⁶, alla stessa comparazione come metodo interpretativo, per non dire dell'interpretazione conforme al diritto della U.E. o costituzionalmente orientata, di cui oramai tanto uso si fa nel diritto del lavoro.²⁷

Non mancano dunque gli strumenti per inverare i principi – anche i principi della Carta sociale – mentre altro è il discorso sull'efficacia di queste "alternative" alla norma inderogabile (e sulla natura stessa dell'ordinamento multilivello).

E' del resto molto complicato, fra tutti i protagonisti e la pluralità di voci che compongono il sistema *multilivel*, ricercare e trovare un *fil rouge*.

continuità fra l'economia e il diritto che aveva caratterizzato l'epoca della prima *lex mercatoria*" (v. p. 72 ma passim).

²⁴ Ispirata dall'opera di Santi Romano, di cui si veda soprattutto *L'ordinamento giuridico*, edito da Sansoni nel 1946 e recentemente ripubblicato.

²⁵ La fondazione teorica del diritto sindacale post-costituzionale la si deve indubbiamente all'opera di G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, in cui Giugni, riprendendo la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, elaborò una complessa ridefinizione del sistema sindacale a contrattuale affermandone la natura autonoma e per così dire originaria, alla stregua di un vero e proprio ordinamento sindacale dotato di un proprio specifico sistema di regolazione e di sanzioni. Più tardi un altro giurista a cui si devono riflessioni essenziali per la formazione del diritto del lavoro, Vardaro, tentò di ricostruire in termini di "sistema", secondo il modello luhmaniano, l'ordinamento sindacale, rileggendo criticamente l'opera di Giugni (v. G. Vardaro, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene ed., Napoli 1984).

²⁶ V. A. Spadaro, *Gli effetti costituzionali della globalizzazione*, in *Pol. Dir.*, 1998, 441 ss.

²⁷ Per una sintesi, con riferimento ai processi di integrazione normativa e agli indirizzi giurisprudenziali "che si compongono in *catene* connotate da proiezioni inter-ordinamentali", ed ai "flussi di materiali normativi e giurisprudenziali e delle indicazioni da essi desumibili sul piano delle relazioni *orizzontali*, degli ordinamenti statali *inter se*", v. recentemente A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, 2015, II, p. 538 ss. (le citazioni sono a p. 548 del testo).

Studiosi illuminati suggeriscono a tal riguardo di individuare un nesso comune nel fine di tutela e in particolare nel principio della "norma più favorevole" o del migliore trattamento possibile. Ma si può ipotizzare che il principio di *massimizzazione delle tutele* – attorno a cui Ruggeri ricostruisce il sistema multilivello – o del "trattamento più favorevole" (invocandosi, per i diritti sociali, la triplice norma contenuta negli art. 53 della Cedu, 53 della Carta dei diritti fondamentali e H della Carta sociale europea) possa funzionare anche per il diritto del lavoro, nel quale si confrontano opposti interessi e dunque antitetiche prospettive di tutela (antinomie queste difficilmente risolvibili attraverso la selezione della norma più favorevole)? Nel diritto del lavoro è sempre aperto il conflitto fra interessi e scegliere aprioristicamente l'interesse meritevole di maggior tutela è operazione molto complicata, talvolta impossibile. Spesso vale il principio del "male minore" e bisogna accettare meccanismi che comportano il sacrificio dei diritti di alcuni per tutelare gli interessi collettivi o generali, ovvero il sacrificio degli interessi immediati del gruppo per la tutela nel "lungo periodo" degli stessi. Inoltre si confrontano (sistematicamente, si potrebbe dire) diritti e interessi di pari rango costituzionale ed è illusorio stabilire relazioni gerarchiche in base a un non meglio (o mai) chiarito "primato" del principio lavoristico, pure a volte invocato, ma su un piano di astrattezza.²⁸

D'altra parte, come si è accennato, il problema dell'applicazione effettiva dei principi non rappresenta una criticità prerogativa della Carta Sociale, essendosi discusso a lungo degli stessi problemi (e con accenti particolarmente critici) a proposito della Carta dei diritti fondamentali della U.E.. Ma per quanto riguarda in particolare la Carta sociale, è oltre tutto convinzione diffusa che le sue disposizioni abbiano eminentemente carattere programmatico.²⁹ Non a caso gli stati sono lasciati liberi di scegliere – fra quelli enunciati dalla Carta – quali diritti in concreto proteggere,³⁰ ed inoltre, sono le stesse ampissime facoltà degli stati circa il modo tradurre all'interno dei propri confini gli obblighi assunti con la sua

²⁸ Si veda G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro fra costituzioni nazionali, carte dei diritti e Corte di giustizia dell'Unione europea*, relazione al Convegno di Perugia 25-26 marzo 2011 "Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali".

²⁹ La stessa Corte costituzionale sembra considerare la Carta Sociale come un documento di mero indirizzo: v. sent. n. 325/2010 e n. 50/2015, citate da Spadaro in *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, op. cit. p. 510.

³⁰ v. C. Panzera, *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B.Caruso-G.Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 255, con riferimento all'art. A Parte III della Carta; v. pure F. Oliveri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta Sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali* op. cit., il quale cita a tal riguardo le perentorie affermazioni dell'Avvocato Generale Jacobs nel notissimo procedimento *Albany International BV, C-97/96*, dinanzi alla Corte di Giustizia europea.

sottoscrizione a rendere molto incerta la vincolatività della Carta rispetto agli ordinamenti nazionali.³¹

La difficile situazione dal punto di vista dell'applicazione della Carta si tinge poi di colori surreali quando si esamini in concreto lo stato della sua attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali. Difatti gli stati che hanno consentito la sua applicazione diretta all'interno dei propri rispettivi ordinamenti sono quelli in cui, mediamente, più problematica è la tutela dei diritti sociali (o quanto meno dei diritti dei lavoratori), mentre gli stati in cui più consolidata è la protezione di questi diritti – sia dal punto di vista del sistema nazionale di welfare che dal punto di vista dei diritti nei confronti del proprio datore di lavoro – si sono astenuti, per lo più, dal disporre misure nazionali di questa natura.³²

Questa ambiguità di fondo rischia non solo di apparire come una rinuncia implicita a rispettare gli impegni (pur solennemente) assunti, ma è fonte, evidentemente, di depotenziamento dei diritti stessi.³³

Le lacune del "sistema" della Carta sembrano tali, in conclusione, da pregiudicare ogni possibilità di applicazione diretta delle sue disposizioni, ma ciò non dovrebbe impedire che della Carta si faccia un "uso alternativo", soprattutto nell'ambito dei circuiti giurisprudenziali (anche se, come si è già accennato, si tratta di sentieri più tortuosi per affermare i diritti sociali fondamentali). Inoltre è tempo di riflettere sull'importanza in sé, nel discorso pubblico, di una Carta dei diritti sociali fondamentali solennemente affermata dagli Stati del Consiglio d'Europa, un "faro nella notte" in questi tempi segnati dalla progressiva erosione delle caratteristiche storiche del "modello sociale europeo".

³¹ Come giustamente osserva Oliveri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta Sociale europea tra enunciazioni dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali* op. cit., l'art. V-I della Carta prevede che i modi con cui uno stato può dare attuazione agli obblighi derivanti dal trattato sono i più vari: "la legislazione o la regolamentazione" ma anche "le convenzioni stipulate tra datori di lavoro o organizzazioni di datori di lavoro e organizzazioni dei lavoratori", o "una combinazione di questi due metodi" o infine "altri mezzi appropriati". Sui problemi relativi all'efficacia e alla forza della Carta Sociale Europea v. infra.

³² Si veda G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, op. cit.

³³ Per un recente ed ampio lavoro di ricerca in tema v. S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, G. Giappichelli ed., Torino, 2015, e qui soprattutto, sulle tematiche del presente contributo, si veda S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, W. Nocito, *Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova*, nonché A. Ruggeri, *Crisi economica e diritti sociali sotto stress: il punto su una ricerca*. Per una lettura della Carta Sociale Europea molto approfondita (oltre che particolarmente autorevole) v. L. Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales*, in Mellado-Quesada-Beltrán, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete 2014.

3. Il problema dell'effettività dei diritti. Il CEDS e l'ambiguità di una "decisione che non decide".

La dottrina costituzionalista italiana ha proposto di risolvere il *rebus* dell'applicazione della Carta nell'unico modo forse possibile, mediante l'aggancio all'art. 117 I comma Costituzione, guardando alla Carta come "fonte interposta" analogamente a quanto la Corte costituzionale ha affermato e riconosciuto, con le sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, nel caso della CEDU.³⁴ In queste sentenze la Consulta ha fissato il principio secondo cui il parametro costituzionale può ricomprendere anche fonti esterne alla Costituzione, fra cui quelle derivanti dagli "obblighi internazionali", che vincolano la potestà legislativa, e questo principio potrebbe applicarsi fondatamente anche alla Carta Sociale Europea.³⁵

Non applicazione diretta dunque ma possibilità di farne un parametro di legittimità delle norme di diritto interno.

Il tema è tipicamente costituzionalistico e tuttavia è utile segnalare che questa tesi ha trovato attento ascolto nella dottrina giuslavorista, in particolare nel contesto della sindacabilità, attraverso la Carta sociale, delle recenti riforme dettate dall'agenda dell'*austerità*. Fra queste, in particolare,

³⁴ Si vedano le considerazioni di A. Ruggeri, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, op. cit. p. 550; v. pure C. Panzera, *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. Caruso-G. Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea* op. cit.; G. Guiglia, *Le prospettive della Carta Sociale europea*, in Forum di Quaderni costituzionali, www.forum-costituzionale.it. Sulla portata "storica" delle due sentenze della Corte, ancorché successivamente "mitigate" dalla più recente decisione della Corte costituzionale n. 49/2015, v. A. Spadaro-C. Salazar (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè ed., 2009, e qui soprattutto i saggi di Spadaro, Salazar, Panzera e Rauti;

³⁵ Nello specifico la Corte ha sancito che "il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme CEDU, la cui funzione è dunque quella di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato" (così la sent. n. 348/2007 ed il dato non è smentito ma solo più prudentemente affermato dalla pronuncia successiva n. 49/2015 appena citata). Ovviamente è ben chiara la diversità di *status* delle norme della Convenzione rispetto alle norme comunitarie, che impedisce di dedurre l'effetto diretto delle prime con conseguente disapplicazione delle disposizioni nazionali difformi. Ciò vale a maggior ragione per la Carta Sociale Europea. Si veda su tale questione C. Salazar, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"?*, op. cit., qui p. 60 ss., e A. Spadaro *Breve introduzione al "circolo costituzionale": prima la storia fa le Corti costituzionali e poi le Corti fanno la "storia costituzionale"*, op. cit. qui p. 6-7, entrambi nel volume *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, op. cit. Sulla sentenza n. 49/2015 v. R. Conti, *La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. n. 49/2015)* in Consulta Online, 2015/I, p. 181 ss. che parla di "accerchiamento" e depotenziamento della CEDU "sia sul versante dell'operatività diretta...che su quello dell'interpretazione del diritto interno". In effetti, tenendo conto degli ostacoli posti dalla Corte di Giustizia all'adesione della U.E. alla CEDU, non sembra azzardato sostenere che è in atto una tendenza conservativa dei vecchi assetti, sia sul piano dell'ordinamento interno che comunitario.

la riforma della disciplina dei licenziamenti, che ha provocato una notevole restrizione delle tutele.³⁶ Si tratta di tentativi degni di nota e in grado, quanto meno, di garantire che la Carta sociale non sia ridotta ad un ruolo meramente ornamentale.

Un decisivo passo in avanti sarebbe invece il definitivo superamento dell'indifferenza dell'Unione europea nei confronti della Carta sociale, che renderebbe applicabili le disposizioni della Carta alla stregua di principi generali del diritto della U.E.³⁷ Ma si tratta di un problema apparentemente irrisolvibile, la spia di quanto scarsa sia la considerazione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo e di quanto complessa resti, nonostante le tante prolusioni teoriche sull'ordinamento multilivello, l'integrazione fra le fonti.

Dopo le speranze create dall'Atto Unico europeo del 1987, allo stato nulla è cambiato e il TFUE cita la Carta Sociale Europea soltanto (ed incidentalmente) nell'art. 151, I comma, pur riconoscendo i diritti da essa enunciati "diritti sociali fondamentali". Nell'art. 6 del Trattato - che riconosce la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione come documento "con lo stesso valore giuridico dei trattati" e dichiara solennemente che "i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" - non c'è spazio per la Carta sociale. I diritti sociali - e fra questi i diritti dei lavoratori - seppure posti all'apice dell'ordinamento del Consiglio d'Europa, non sono tradotti nel sistema comunitario con eguale forza ed intensità. Ed anche fra la Carta dei diritti fondamentali e la Carta Sociale Europea sussistono difficoltà "comunicative", come ricorda il *Documento di Bruxelles sul futuro dei diritti sociali in Europa* presentato nel febbraio 2015 sotto l'egida del Consiglio d'Europa da un gruppo di esperti indipendenti. La stessa Corte di Giustizia, stante il problema delle ratifiche asimmetriche della Carta, rifiuta di riconoscere alle disposizioni della Carta la natura di principi generali del diritto dell'Unione.

³⁶ Riforma, si ricorda, a cui consegue l'inapplicabilità dell'art. 18 l. n. 300/1970 (già sottoposto ad un intervento manipolativo ad opera della l. n. 92/2012, c.d. "legge Fornero") ai nuovi assunti, ai quali viene applicata invece la disciplina del contratto a tutele crescenti (d. lgs. n. 23/2015, c.d. *Jobs Act* del Governo Renzi). La questione sarà richiamata anche successivamente in questo scritto. Si veda in tema, fin da ora, F. Buffa, *I licenziamenti nel Jobs Act e nelle norme internazionali*, op. cit.; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit. e ID. *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, op. cit.; si veda infine, per un commento sulla questione dell'applicabilità della Carta, C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT n. 273/2015.

³⁷ v. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, rivista on line, p. 14.

D'altro canto, se l'Unione continua ad avere un rapporto idiosincratico nei confronti dei diritti sociali, come dimostra l'esclusione dal novero delle sue competenze di materie cruciali dal punto di vista del diritto del lavoro (v. art. 153.5 TFUE), allora non deve neppure stupire che la Carta sociale europea non rientri fra i suoi riferimenti prioritari ed essenziali.

Il cammino affinché sia garantita l'effettività dei diritti è dunque ancora lungo, quale che sia la strada prescelta: se quella apparentemente più agevole consistente nella ricezione della Carta Sociale nell'ambito dei Trattati europei, ossia nella "positivizzazione" comunitaria della CSE, certo più coerente, anch'essa, con "l'atteggiamento reticente del giudice italiano, e in genere del giurista medio europeo - ultra-prudente, conservatore e formalista", ma forse utopistica, allo stato;³⁸ o l'altra, che passa piuttosto attraverso un intervento (possibile ma non scontato) di "creazione giurisprudenziale", da parte delle Corti nazionali,³⁹ seguendo il suggerimento "antipositivista" di Thomas Schultz, che paradossalmente invece potrebbe essere a portata di mano nonostante le difficoltà derivanti dalla "freddezza" della giurisprudenza costituzionale e della stessa CGE nei confronti della Carta sociale.

Ovviamente quando si parla di creazione giurisprudenziale è immediata la considerazione che una delle lacune maggiori della Carta sociale è esattamente la mancanza di una Corte con poteri analoghi a quelli che, a tutela dei diritti umani, sono attribuiti alla Corte di Strasburgo, in grado cioè di esercitare una vera e propria giurisdizione, con garanzia di accesso e dispositivi vincolanti.⁴⁰

Nel caso della Carta sociale sono previsti, com'è noto, solo reclami collettivi (Parte IV- Articolo D), disciplinati dal Protocollo addizionale della Carta, ossia una procedura ristretta tendente al controllo degli obblighi sottoscritti dagli Stati all'atto della ratifica e accettazione della Carta sociale europea.⁴¹ Procedura che dà luogo, all'esito, ad un rapporto al Comitato

³⁸ Così molto efficacemente A. Spadaro, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa* op. cit., p. 32.

³⁹ v. paragrafo 1 ed ivi i riferimenti.

⁴⁰ Mancano nella Carta disposizioni analoghe agli artt. 1 e 46 della Convenzione. Ciò nonostante è indubbio, come sostiene Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales* op. cit. p. 62, che "la CSE y la jurisprudencia del CEDS tienen vocación y pretensión de configurarse como el *Pacto Europeo para la Democracia Social* y el *ius commune* por excelencia de la Europa de los derechos sociales, respectivamente".

⁴¹ Per un esame molto dettagliato e per i riferimenti bibliografici, v. G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Rivista AIC* n. 2/2016 (18/4/2016) sul sito dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Si noti che i reclami sulla non corretta applicazione della Carta, limitatamente alle disposizioni che gli Stati hanno espressamente accettato, possono essere introdotti soltanto a) da organizzazioni internazionali di datori di lavoro e lavoratori indicati dal par. 2 art. 27 della Carta, oppure b)

dei Ministri nel quale si stabilisce, come prescritto dall'art. 8 del Protocollo addizionale, "se la Parte contraente in causa abbia o non provveduto in maniera soddisfacente all'attuazione della norma della Carta oggetto del reclamo".⁴²

A seguito della trasmissione del rapporto del Comitato europeo dei diritti sociali, il Comitato dei Ministri, a sua volta, può adottare una risoluzione (a maggioranza di due terzi dei votanti) contenente una raccomandazione alla Parte contraente chiamata in causa, qualora il Comitato europeo dei diritti sociali abbia rilevato "un'attuazione non soddisfacente della Carta" (art. 9 del protocollo addizionale).

Tutto finisce qui. La procedura non prevede altre conseguenze in caso di rifiuto dello Stato contraente di adeguare la propria legislazione, limitandosi a richiedere "indicazioni sui provvedimenti adottati per dare effetto alla raccomandazione", nell'ambito del rapporto biennale previsto dall'art. 21, Parte IV, della Carta, (e sempre che abbia ratificato il protocollo del 1998 sui reclami collettivi).⁴³

I limiti obiettivi della procedura all'interno della quale opera il Comitato europeo dei diritti sociali impediscono dunque di sostenere che in questo modo sia stata garantita la "giustiziabilità" dei diritti sociali e l'effettività delle decisioni prese.⁴⁴

da altre organizzazioni internazionali non governative ammesse, o ancora c) dalle organizzazioni nazionali rappresentative di datori di lavoro e lavoratori "dipendenti dalla giurisdizione della Parte contraente chiamata in causa" (art. 1 del protocollo addizionale della Carta). Una tale selettività non agevola però il rapporto diretto fra il Comitato e la società civile europea, mediato dalle organizzazioni rappresentative degli interessi e condizionato inevitabilmente da precisi orientamenti politici e sindacali, che certamente a loro volta influenzano la decisione di promuovere o meno i reclami. Se lo scopo era quello di selezionare le istanze, si potevano indubbiamente trovare altri modi e altre strade, e quanto alla struttura del procedimento forse si poteva cercare di coniugare la selettività dell'accesso con l'apertura al gruppo dei lavoratori o cittadini i cui interessi sono coinvolti dalla decisione sul reclamo, o che potrebbero essere tutelati dal Comitato se solo potessero rivolgergli le proprie istanze e domande.

⁴² Va sottolineato che il controllo del Comitato può essere esercitato soltanto nei confronti degli Stati che hanno ratificato la Carta e hanno effettuato la dichiarazione prevista dall'articolo D Parte IV della Carta riveduta e in relazione alle disposizioni che essi hanno espressamente accettato di applicare. Cfr. L. Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales*, op. cit., p. 61.

⁴³ Jimena Quesada ricorda (v. *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales* op. cit. p. 63) che il Ceds ha molto insistito sulla necessità di generalizzare il procedimento di reclamo collettivo.

⁴⁴ In tal senso, fra gli altri, A. Spadaro, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, op. cit., p. 32. Ma si veda, in modo più possibilista, L. Jimena Quesada, op. ult. cit., p. 94, richiamando il principio dell'applicazione del trattamento più favorevole previsto dall'art. 53 della CEDU, dall'art. 32 della Carta Sociale (art. H revisionata) e dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali della U.E.

Resta tuttavia il fatto che la giurisprudenza del Comitato europeo, per le sue decisioni molto avanzate, ha conquistato egualmente un ruolo importante quale organo di garanzia a presidio dei diritti sociali. Come ha notato la dottrina costituzionalistica, gli effetti delle decisioni del Comitato sono stati molto rilevanti per gli ordinamenti degli Stati del Consiglio d'Europa che hanno dato seguito alle "raccomandazioni" del Comitato dei Ministri.⁴⁵ Si potrebbe anzi dire che, se si vuol studiare e conoscere la Carta, è imprescindibile conoscere la "voce" del Comitato Europeo dei diritti sociali (CEDS), l'unico presidio sovranazionale a tutela dei diritti sociali presente nella "vecchia Europa".⁴⁶

Il principio informatore della giurisprudenza del Ceds è l'effettività dei diritti sociali enunciati dalla Carta. Proprio in funzione della realizzazione in concreto della tutela dei diritti sociali il Comitato, in molte decisioni, si è spinto fino al punto da imporre agli Stati "obblighi di risultato", non accontentandosi di impegni generici e pur riconoscendo un margine di apprezzamento nella scelta dei mezzi destinati a garantire i diritti.⁴⁷

Ma evidentemente la "fortuna" di un organismo privo di qualsiasi strumento d'intervento, che con mezzi non giurisdizionali ha saputo ottenere risultati forse, in qualche caso, più importanti di quelli ottenuti dalle due Corti europee di Lussemburgo e Strasburgo,⁴⁸ nasconde logicamente più una domanda che la possibile soluzione. Allude - come la domanda implicita che pone la questione da cui ho preso le mosse, ossia la questione dei "principi di Ruggie" - al grande tema del rapporto con il mercato e, dunque, alla necessaria rivalutazione critica dell'inebriante modello di capitalismo affermatosi negli scorsi decenni, senza il quale né la "voce" del Ceds, né altre voci, per quanto autorevoli, potranno mai garantire il rispetto dei diritti sociali. Senza questa "presa di coscienza" - che non ha nulla di ideologico ma si fonda piuttosto su stringenti considerazioni circa il fallimento dell'economia politica dominante e sulle cause reali della crisi economica, che i maggiori economisti imputano, più che alle fatalità o alle convulsioni dei mercati, all'eccessivo e ingestibile livello raggiunto dalle disuguaglianze⁴⁹ - difficilmente vedremo passi in

⁴⁵ V. C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, op. cit.

⁴⁶ Per una recente ed attenta analisi della giurisprudenza del Comitato Europeo negli ultimi anni v. Mellado-Quesada-Beltrán, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo Ed., Albacete, 2014.

⁴⁷ v. G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in forum dei costituzionalisti, op. cit. p. 6

⁴⁸ V. in tal senso pure G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, op. cit., e G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit.

⁴⁹ J.E. Stiglitz, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, 2012, trad. it. Einaudi Torino, 2013. Come scrive Piketty, "è difficile immaginare che

avanti e probabilmente bisognerà affidarsi ancora al buon volere degli Stati, fin tanto che vorranno adempiere le raccomandazioni del Comitato dei Ministri per non "apparire" come soggetti che violano gli obblighi internazionali.⁵⁰

4. Crisi, riforma dei licenziamenti e Carta sociale europea.

Con gli interventi in nome delle politiche di *austerità* introdotti negli ordinamenti nazionali e in modo molto determinato, soprattutto, nei paesi più deboli dell'Eurozona, si sono visti in azione meccanismi ineguagliati quanto a capacità di condizionamento degli stati e dei loro organi rappresentativi. Probabilmente la riforma dei licenziamenti in Italia rappresenta anch'essa una prova dell'efficacissima influenza esercitata da organismi internazionali distanti e spesso invisibili, che tuttavia riescono magicamente a indirizzare l'economia politica degli stati.

L'intervento legislativo sopra citato, in due tappe - prima con la l. n. 92/2012 c.d. legge "Fornero", poi con il d. lgs. n. 23/2015 del Governo Renzi - ha modificato profondamente l'assetto della materia.

Soprattutto l'ultimo intervento legislativo, per il suo carattere fortemente recessivo, è stato apertamente accusato aver prodotto una rottura con i principi costituzionali e con la stessa Carta Sociale europea.⁵¹

un'economia e una società possano continuare a funzionare come se nulla fosse, con uno squilibrio così profondo tra i gruppi sociali" (v. *Il Capitale nel XXI secolo*, Bompiani ed., 2014, p. 455, in riferimento alla situazione dei paesi colpiti dalla crisi economica.

⁵⁰ Così G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato*, op. cit., il quale comunque giudica, forse con troppo ottimismo, molto efficace questo meccanismo di «implementazione» delle decisioni del Comitato negli ordinamenti nazionali.

⁵¹ Nell'ordinamento italiano, il licenziamento del lavoratore è sottoposto ad una disciplina "vincolistica" ed è condizionato dal ricorrere di specifiche fattispecie autorizzatorie, previste e disciplinate dall'art. 3 l. n. 604/1966, in combinato disposto con l'art. 2119 cod.civile. Ne consegue che il licenziamento datoriale è sindacabile qualora non ricorra in concreto né una giusta causa né un giustificato motivo, soggettivo od oggettivo (motivi rispettivamente di natura disciplinare, ossia collegato ad una condotta del lavoratore, o per ragioni aziendali che rendono non più utile per il datore la prestazione lavorativa). Tali requisiti disegnano il perimetro di legittimità dell'atto, che ha carattere inderogabile, a cui si affianca l'area della nullità, variamente definita, ma sostanzialmente risultante dall'eventuale motivo discriminatorio o illecito ovvero dalla contrarietà dell'atto a norme imperative di legge (nullità espressa e nullità virtuale). La descritta condizione di validità del licenziamento è il sostrato comune a tutti i rapporti lavorativi di natura subordinata, mentre il sistema rimediabile/sanzionatorio è oggetto di differenziazioni notevoli, basate, fino alla riforma introdotta con la l. n. 92/2012 (legge "Fornero"), sulla dimensione dell'unità produttiva, così da escludere dall'applicazione della reintegrazione disposta dall'art. 18, in caso di illegittimo licenziamento, i lavoratori impiegati nelle piccole aziende (entro il limite previsto

Sul banco degli imputati è in particolare la scelta di effettuare una distinzione di trattamento radicale, quanto alla tutela in materia di licenziamenti, fra i lavoratori assunti con i nuovi contratti ("a tutele crescenti") e i vecchi assunti, già occupati alla data di entrata in vigore della neo-disciplina dei licenziamenti. Difatti ai primi, anche se impiegati in aziende con più di 15 dipendenti, si applica sempre e comunque la disciplina prevista dal decreto legislativo, che riduce quasi ad un'eccezione la portata applicativa della reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo, preferendo piuttosto disporre nella generalità dei casi una sanzione economica molto ridotta nel suo ammontare (pari a due mensilità per ogni anno di servizio, una sanzione dunque così ridotta da non poter costituire alcun deterrente alla violazione delle causali giustificatrici previste dalla legge per recedere dal rapporto lavorativo).⁵² La norma è stata oltre tutto scritta in modo da impedire qualsiasi discrezionalità valutativa del Giudice, imponendogli un automatismo in base al quale al lavoratore (nella stragrande maggioranza dei casi) spetta, in caso di accertata illegittimità del recesso, la piccola somma risarcitoria prevista. Solo in caso di licenziamento discriminatorio o nullo resta fermo il principio della reintegrazione e dell'integrale risarcimento dei danni e, quanto all'area del licenziamento illegittimo, solo in una specifica e molto contestata ipotesi - ossia in caso di insussistenza del "fatto materiale" contestato al lavoratore in via disciplinare - residua la possibilità per il Giudice di disporre la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore licenziato ingiustificatamente.⁵³

Questa nuova e peculiare disciplina di legge - che ha indotto più volte il Presidente del Consiglio in carica ad affermare con malcelato orgoglio di aver "eliminato" l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori - ha interrogato la dottrina, in presenza di fonti sovraordinate che sembrano invece esigere sempre, in caso di licenziamenti ingiustificati, una sanzione dissuasiva.⁵⁴

originariamente dei 15 dipendenti, poi rivisto dalla l. n. 108/1990) a cui, viceversa, ai sensi dell'art. 8 l. n. 604/1966, si applicava unicamente la tutela c.d. repressivo-risarcitoria ivi prevista (da un minimo di 2,5 ad un massimo di sei mensilità di retribuzione, aumentabili fino a quattordici mensilità in caso di lavoratori con anzianità di servizio superiore a vent'anni).

⁵² Ho trattato approfonditamente l'effetto discriminatorio della norma, che difficilmente potrà essere assolta in sede di verifica della sua legittimità costituzionale, nel mio *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, op. cit.

⁵³ Gli studi e le riflessioni sulle nuove disposizioni di legge sono talmente numerosi da essere praticamente...indicibili. Si rinvia, fra gli altri, per un commento esaustivo delle nuove disposizioni di legge a C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, op. cit., ed ivi i riferimenti anche bibliografici.

⁵⁴ In tal senso v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.

Oltre a destare notevoli perplessità sul piano della disparità di trattamento fra vecchi e nuovi occupati, che penalizza in modo selettivo e mirato i più giovani, una sanzione economica così evanescente sembra in realtà a ripristinare di fatto la libertà di licenziamento, annullando l'effetto "vincolistico" derivante dall'esistenza di fattispecie autorizzatorie inderogabili (giusta causa e giustificato motivo).

Nel valutare criticamente un cambiamento di marcia così radicale, ritenuto ingiusto sul duplice versante dell'effetto discriminatorio e del drastico regresso di tutele, sono state chiamate in causa, come si è accennato, oltre alle disposizioni costituzionali risalenti agli artt. 3, 4, 35, 36 e 41 2° comma della Costituzione, le fonti internazionali e il diritto della U.E., con le (diversificate) conseguenze del caso.⁵⁵

In questa prospettiva sono state invocate innanzitutto le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali della U.E., in particolare l'art. 30, ma la genericità del rinvio ad una tutela "adeguata" del lavoratore in caso di licenziamento è parsa impeditiva di una sua concreta operatività.⁵⁶ E poi si è invocato l'art. 24 della Carta Sociale Europea, sulla tutela dei lavoratori in caso di licenziamento, stante la sua ratifica con la l. n. 30 del 9/2/1999 che ha riguardato anche tale articolo, derivando da ciò la sua vincolatività.

Una generosa dottrina ha tentato di dedurre un potere di disapplicazione delle disposizioni nazionali difformi (fra le quali l'art. 3 d. lgs n. 23/2015, con riguardo alla sanzione risarcitoria prevista in caso di licenziamento), ovvero la possibilità di un'interpretazione adeguatrice della norma nazionale.⁵⁷ L'intervento manipolativo del giudice comune con disapplicazione della norma nazionale è però probabilmente da escludere.⁵⁸

⁵⁵ S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.; F. Buffa, *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, op. cit., 3; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit.; C. Salazar, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe" dei diritti sociali?*, op. cit.

⁵⁶ Fra gli altri v. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.; v. poi M. Marazza, seppure da altra prospettiva, in *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 2; in termini possibilisti A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli ed., Torino, 2015.

⁵⁷ v. V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit. p. 139

⁵⁸ Cfr. C. Salazar, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"?*, op. cit., anche per i riferimenti. È bene ricordare che la nostra Corte costituzionale ha sempre rifiutato di collegare la CEDU all'art. 11 della Costituzione, diversamente da quanto invece ammesso pacificamente per il diritto della U.E., rispetto al quale non è mai stato in discussione il potere di non applicazione della legge interna contrastante con la fonte europea *self-executing* (v. sent. n. 349/2007 e 303/2011 per la dottrina secondo cui "dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della

Più opportunamente, nell'ambito di un eventuale giudizio di costituzionalità,⁵⁹ si potrebbero proporre i già richiamati argomenti della dottrina costituzionalistica per utilizzare la Carta come fonte interposta. Ovviamente bisogna sempre tener presente la difficoltà di operare una completa equi-ordinazione fra la Carta Sociale e la Convenzione dei diritti dell'uomo,⁶⁰ per quanto complementari e logicamente inserite in un comune progetto, rimanendo la Carta, seppure ingiustificatamente, "l'anello più debole dell'insieme di tutele previste per i diritti a livello sopranazionale".⁶¹

Per superare il problema dell'effettività dei principi della Carta Sociale nell'ambito dell'ordinamento nazionale occorrerebbe, come giustamente nota Panzera, stralciare ogni remora dal considerare la Carta Sociale come fonte interposta, così come si è fatto con la CEDU, ritenere la giurisprudenza del Comitato "voce" fondamentale dell'interpretazione delle clausole del trattato ed infine operare una comparazione fra i diritti in gioco basata su una maggiore evidenza del principio del trattamento più favorevole.⁶²

CEDU come principi generali del diritto comunitario non può farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost., né, correlativamente, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la predetta Convenzione", così ribadita dalla recente sent. n. 96/2015). Sulla questione v. C. Padula, *La Corte Edu e i giudici comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta Online*, 2016/II, qui p. 329 ss. Per una sintesi e un efficace inquadramento della questione v. C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta Online*, 2015/II, p. 495 ss.

⁵⁹ v. ancora V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo* op. cit.

⁶⁰ Fra gli altri si veda G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit., il quale sottolinea la circostanza che i Trattati dell'Unione Europea non prevedono, diversamente da quanto fanno con la Convenzione europea, neppure la possibilità di adesione della U.E. alla Carta Sociale Europea. Del resto il depotenziamento della Carta è insito nel fatto che la sua ratifica non è richiesta quale condizione per l'ingresso nel Consiglio d'Europa, come invece è previsto per la Convenzione. Ma soprattutto la mancanza di una tutela di carattere giurisdizionale dei diritti analoga a quella prevista dalla Convenzione per i diritti umani pone obiettivamente la Carta su un piano di obiettiva, maggiore debolezza.

⁶¹ V. C. Panzera, *Stranieri e diritti nel sistema della Carta Sociale Europea*, in Panzera-Rauti-Salazar-Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Atti del Convegno internazionale di studi di Reggio Calabria del 26-27 marzo 2015, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁶² Oltre al saggio già citato nella nota precedente si veda di C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, op. cit. Si veda pure G. Guiglia, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in M. D'Amico, G. Guiglia, B. Liberali, *La Carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; dello stesso autore *Le prospettive della Carta sociale europea*, op. cit.

Ma poi tutto da verificare resterebbe, anche in tal caso, l'effetto in concreto di questa possibile "proiezione" della Carta nell'ordinamento interno.

Bisogna considerare infatti che la Parte I, punto 24, della Carta stabilisce sì che "tutti i lavoratori hanno diritto ad una tutela in caso di licenziamento", ma come "obiettivo di una politica che [gli Stati, n.d.r.] perseguiranno con tutti i mezzi utili, a livello nazionale ed internazionale, per la realizzazione di condizioni atte a garantire l'esercizio effettivo" del summenzionato principio. L'art. 24, Parte II, della Carta, stabilisce poi il "diritto ad una tutela in caso di licenziamento" riconoscendo: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un *congruo* indennizzo o altra *adeguata* riparazione. A tal fine le parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale". Nell'Annesso alla Carta Sociale riveduta si prevede tuttavia che "s'intende che l'indennizzo o ogni altra riparazione adeguata in caso di licenziamento senza valido motivo deve essere determinata secondo la legislazione o regolamentazione nazionale, convenzioni collettive o in ogni altra maniera adeguata alle condizioni nazionali" (Art. 24, punto 4).

Si tratta di principi molto elastici, nonostante la previsione di criteri di congruità e adeguatezza della tutela per i lavoratori.

Mi sembrano dunque non facili da realizzarsi le speranze, pur sostenute da una parte della dottrina, di una possibile sanzione d'incostituzionalità della norma nazionale per contrasto con l'art. 24 della Carta Sociale europea, ammesso sempre che la Corte costituzionale applichi a favore della Carta sociale lo stesso *standard* di trattamento riservato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Del resto la stessa Convenzione ILO n. 158/1982 sui licenziamenti prevede che, qualora il licenziamento sia ingiustificato, se il giudice o gli organismi competenti a giudicare l'atto di recesso "*non hanno il potere di annullare il licenziamento e/o di ordinare o di proporre il reintegro del lavoratore, o non ritengono che ciò sia possibile nella situazione data, dovranno essere abilitati ad ordinare il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata*". Anche questa norma potrà certamente essere invocata dinanzi al Giudice delle leggi, ma si tratta, a ben vedere, di concetti generici che implicano un'ampia discrezionalità dei legislatori nazionali, e sarà quindi difficile

dedurne vincoli così stringenti da motivare l'illegittimità della norma di diritto interno qui esaminata.

Sul piano dell'interpretazione adeguatrice, orientata dalla Carta Sociale europea e della stessa Convenzione ILO, la genericità del richiamo ai canoni di adeguatezza di cui all'art. 24 cit. mi sembra in effetti impeditiva di un intervento correttivo del giudice comune, non potendosi rimettere al giudice né il potere di determinare, in base al proprio personale convincimento, la sanzione adeguata in caso di licenziamento illegittimo, né tanto meno il potere di applicare al caso concreto una norma diversa da quella prevista dal legislatore (ossia l'applicazione dell'art. 18 l. n. 300/1970, in luogo dell'art. 3 d. lgs. n. 23/2015, non potendo l'interpretazione conforme risolversi, com'è noto, in un effetto abrogativo).

Diversamente, la norma nazionale potrebbe essere oggetto di scrutinio negativo da parte della Corte costituzionale, ma sotto il profilo della giustificazione della disparità di trattamento con i lavoratori già occupati, ai quali continua ad applicarsi la tutela prevista dall'art. 18 l. n. 300/1970, stante la non ragionevolezza e proporzionalità del regresso, con una sanzione economica effimera e scarsamente selettiva, disposta soltanto per i "nuovi assunti".

In tal caso la Carta potrebbe effettivamente giocare un ruolo importante nella decisione di costituzionalità, giacché, pur non potendosi ritenere che i canoni di adeguatezza e congruità dell'art. 24 della Carta siano in grado *sic et simpliciter* di "motivare" l'illegittimità dell'art. 3 d. lgs. n. 23/2015, non v'è dubbio che essi dimostrino ulteriormente l'irragionevolezza della norma la cui applicazione è riservata, essenzialmente, ai giovani in cerca di occupazione.

5. La giurisprudenza del Ceds: una non casuale asimmetria di opinioni.

Proprio in materia di licenziamento e in particolare nel prendere posizione sul problema del risarcimento al lavoratore ingiustamente licenziato, la giurisprudenza del Ceds ha indicato in effetti principi che potrebbero essere letti come un "contraltare" a quelli sottesi alla nostra recente, ineffabile riforma dei licenziamenti.⁶³

⁶³ Il riferimento è alla decisione del Ceds citata da V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, op. cit., p. 141 in nota, anche se mancante di estremi precisi per la sua identificazione. Per un altro caso piuttosto interessante si veda la decisione pubblicata il 16/10/2013 sul reclamo n. 74/2011 *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) v. Norway*, in cui il Comitato ha rilevato la violazione dell'art. 24 della Carta della normativa nazionale che consentiva il recesso *ad nutum* del lavoratore per il solo fatto di aver superato i 62 anni, raggiungendo l'età pensionabile (età minima, non avendo il lavoratore superato l'età pensionabile obbligatoria di 70 anni).

Ma anche su molte altre questioni il Comitato ha assunto posizioni avanzate e fra queste un particolare richiamo va fatto alla decisione sulla normativa nazionale della Svezia introdotta in materia di negoziazione collettiva e diritti sindacali, a seguito dei principi espressi dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza sul caso *Laval*.⁶⁴

In questa decisione il Comitato si è discostato nettamente dall'orientamento meglio noto come "Laval quartet",⁶⁵ affermando che una restrizione di questi diritti collettivi, per essere conforme alla Carta sociale (v. art. 6.4 e art. G della Carta), non solo deve essere prevista espressamente dalla legge ma deve perseguire un fine legittimo (a tutela dei diritti e delle libertà di terzi, dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale, della salute pubblica o del buon costume) e ritenersi necessaria, in una società democratica, per conseguire questi fini, oltre a dover apparire proporzionata con l'obiettivo legittimo che si persegue.⁶⁶

Il principio di fondo della decisione del Ceds, in questa come in altre pronunce, è che gli Stati contraenti, sia quando sono chiamati a dare applicazione ad una direttiva dell'Unione Europea (tanto nell'elaborazione del testo che nella fase di sua trasposizione nel diritto interno) sia quando applicano attraverso disposizioni nazionali i pronunciamenti della Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, devono tener conto degli impegni che hanno assunto con la sottoscrizione della Carta. E difatti, proprio perché la Carta Sociale Europea e il diritto della U.E. sono sistemi giuridici differenti, e i principi, le norme e gli obblighi che formano il secondo non coincidono necessariamente con il sistema di valori, principi e diritti consacrati dalla prima, e tenendo conto del posto che occupano attualmente i diritti sociali nell'ordinamento giuridico della U.E., ovvero del contenuto e del processo di elaborazione della sua legislazione, risulta ingiustificabile per il Ceds, in termini generali, l'idea che il diritto della U.E. sia necessariamente conforme, nei suoi vari aspetti, alla Carta.⁶⁷

Naturalmente lo spettro delle pronunce del Ceds in materia di diritti sociali va ben oltre i diritti dei lavoratori e per apprezzarne compiutamente

⁶⁴ v. Decisione sul reclamo n. 85/2012. Il Comitato ha dichiarato la nuova legislazione svedese in contrasto con l'art. 19.4 lett. b) della Carta Sociale Europea. Anche in altri casi il Comitato europeo dei diritti sociali ha assunto posizioni in contrasto con le Corti europee. Si veda ad esempio il caso deciso dalla Corte EDU *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, 8 aprile 2014 (caso n. 31045/10), in cui i giudici di Strasburgo, nel giudicare non fondata la violazione dell'art. 11 della Convenzione da parte del Regno Unito, esplicitamente si dissociano dalla posizione in senso contrario assunta dal Comitato sulla medesima questione, in materia di procedure per l'esercizio del diritto di sciopero.

⁶⁵ Per attente valutazioni della giurisprudenza successiva v. G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit.

⁶⁶ Si veda il punto 13 della decisione del Ceds.

⁶⁷ V. punti 2 e 3 della decisione n. 85/2012, trascritti nel testo quasi testualmente.

l'opera occorrerebbe valutare nel suo complesso la giurisprudenza anche con riguardo a materie ed aspetti molto delicati e complessi quali la protezione dell'infanzia, la tutela delle persone portatrici di handicap, i diritti degli stranieri e dei migranti, la tutela delle minoranze ed altro ancora.⁶⁸

Ma indubbiamente i principi che il Ceds ha espresso in questa decisione sui diritti collettivi dei lavoratori hanno un particolare significato, ponendosi in consapevole opposizione a un orientamento della Corte di Giustizia che, pur in linea con il tradizionale e mai smentito primato della libertà di circolazione, appare in realtà poco attento al corretto bilanciamento fra diritti pure posti, in linea di principio, in posizione di equi-ordinazione dal punto di vista costituzionale.⁶⁹ Se unito a quello che il Ceds ha saputo formulare ed opporre alle più dure misure nazionali imposte dalle politiche di *austerità* dell'Eurozona, potrebbe forse parlarsi fondatamente di una non episodica asimmetria fra la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e la giurisprudenza del Ceds, riscontrabile del resto pure fra i rispettivi trattati (TFUE e Carta Sociale).

Ed infatti, mentre il Ceds ha promosso, in risposta ai reclami collettivi, una minuziosa verifica della compatibilità con la Carta Sociale delle misure nazionali e delle politiche di *austerità* imposte ai paesi più deboli

⁶⁸ Per una rassegna puntuale e molto completa della giurisprudenza del CEDS v. L. Jimena Quesada, *Defensa y garantía de los derechos sociales por el consejo de Europa: atención especial al Comité Europeo de Derechos Sociales* op. cit., p. 63 ss.; una recente ed interessante pronuncia riguardante aspetti diversi a quelli lavoristici è stata recentemente pubblicata, in data 11/4/2016, sul reclamo n. 91/2013, *Confederazione generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italy*, in cui il Comitato ha rilevato la violazione della Carta nell'applicazione della l. n. 194/1978 che disciplina l'obiezione di coscienza dei medici e del personale non medico in relazione ai servizi di aborto. Decisione presa con l'opinione contraria del Presidente del Comitato.

⁶⁹ Per una riflessione su questi temi sia consentito rinviare al mio *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in CSDLE "Massimo D'Antona". INT, n. 104/2014, ma anche in Forum dei Quaderni costituzionali. In precedenza il Ceds si era pronunciato su questioni riguardanti il diritto di negoziazione collettiva e di autotutela, ma si è trattato o di pronunce su questioni già toccate dalla giurisprudenza della CEDU, come nel caso delle restrizioni poste agli appartenenti ad alcune categorie come le forze armate e di polizia (v. ad esempio, le decisioni sui reclami n. 11/2001, n. 25/2004 n. 37/2006 e n. 83/2012) o sulle clausole di *closed-shop* (decisione sul reclamo n. 12/2002) o ancora riguardanti altre categorie di funzionari pubblici e lavoratori di particolari settori produttivi (decisione sul reclamo n. 32/2005 e n. 59/2009). Per la prima volta in questa decisione si affronta il problema della diversa scala valoriale e normativa fra la carta sociale e l'ordinamento comunitario, in relazione ai diritti collettivi dei lavoratori.

dell'Eurozona,⁷⁰ la Corte di Giustizia europea, con la sentenza *Pringle*,⁷¹ ha invece dichiarato sorprendentemente inapplicabile agli atti posti in essere nell'ambito del MES – e dunque alle misure concordate con la Commissione, BCE e FMI dagli Stati "debitori", successivamente trasfuse in disposizioni cogenti all'interno degli ordinamenti nazionali – il sindacato di legittimità (o per meglio dire di costituzionalità) fondato sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. E la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, amplificando eccessivamente la portata della propria dottrina sul "margine di apprezzamento nazionale", ha di fatto preferito assumere una posizione molto prudente, quasi astensionistica, nella contesa derivante dall'applicazione di misure e provvedimenti recessivi in grado di vulnerare significativamente i diritti sociali.⁷²

6. La (contro) riforma del diritto del lavoro in Italia (2011-2015).

La fase attuale del diritto del lavoro è contrassegnata da iniziative di riprogettazione di cui è molto difficile soppesare la reale autonomia, alla luce dei caratteri eterodiretti delle riforme imposte ai paesi dell'Eurozona e particolarmente ai più deboli, mentre molta chiara è la direttrice, che persegue logicamente un duplice obiettivo: da un lato produrre importanti risparmi della spesa destinata a finanziare le prestazioni di *welfare* impedendo il *deficit spending* e dall'altro portare avanti una concreta deregolazione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro, con una contestuale ri-regolazione in cui il valore sotteso non è più, con tutta

⁷⁰ Su cui v. recentemente G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, op. cit.. Sulle decisioni del Comitato riguardanti il caso della Grecia (soprattutto sulla decisione sul reclamo n. 80/2012) v. pure l'attenta valutazione di G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit.

⁷¹ sent. 27 novembre 2012 C-370/12. Ma bisogna ricordare pure le decisioni del Tribunale (sentenza 27 novembre 2012, cause T-541/10 e T-215/2011) e le ordinanze della Corte di Giustizia (ord. 7/3/2013 causa C-128/12 e ord. 26/6/2014 causa C-264/12), in cui si sono stati dichiarati irricevibili o si è declinata la competenza sui ricorsi promossi avverso le misure di *austerità* adottate in alcuni paesi europei.

⁷² V. le sentenze *Koufaki v. Grece* (C-57665 e C-57657 del 2012) e *De Conceicao Mateus e Santos Januario* (C-62235 e C-57723/12). Sulla giurisprudenza che si è formata successivamente alle misure adottate dall'Eurozona per combattere la crisi economica, sia consentito rinviare al mio *I giudici europei di fronte alla crisi*, in Caruso-Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015. Più in generale, sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti sociali v. però le valutazioni di A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2013, 9 ss., sottolineando la visione "liberale" dei diritti sociali in questa giurisprudenza. Si veda pure, a tal riguardo, più recentemente, G. Grasso, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, op. cit. p. 14 ss. del paper.

evidenza, la tutela del "contraente debole" ma l'impresa come istituzione sociale (nella sua poliedrica realtà).

In questo paragrafo mi soffermerò su questi punti, in modo molto sintetico, prima di svolgere alcune brevi note conclusive.

Considerando in particolare il sistema di *welfare*, bisogna dire che nonostante tutti gli annunci fatti dai governi che si sono succeduti nel tempo, ancora oggi un'effettiva riforma del nostro "stato sociale" - tanto costantemente invocata e promessa quanto eternamente rinviata⁷³ - è di là da venire, anche se non sono mancati interventi congiunturali che hanno "cambiato pelle" all'organizzazione delle prestazioni assistenziali e previdenziali. Si pensi, a tal riguardo, all'attuazione oramai a regime (o quasi) del sistema contributivo, all'innalzamento dell'età pensionabile, all'eliminazione della pensione di anzianità (trasformata in pensione anticipata con penalizzazioni), agli interventi in materia di perequazione automatica delle pensioni (corretta dopo la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale), fino all'eliminazione della cosiddetta integrazione al minimo per le pensioni liquidate su contribuzione versata successivamente all'entrata in vigore della l. n. 335/1995, ed ancora, quanto alla sfera assistenziale dei lavoratori, all'eliminazione dell'indennità di mobilità, alla riduzione e successiva eliminazione degli ammortizzatori sociali in deroga, alla modifica della disciplina delle prestazioni di disoccupazione.⁷⁴

Bisognerebbe poi ricordare gli altri interventi recessivi, in materia di sanità, istruzione e trasferimenti agli enti territoriali, per avere un quadro chiaro della situazione riguardante l'intero comparto del *welfare* pubblico e universale nel nostro paese, ma qui, per esigenze di sintesi, si può solo richiamare, come un dato notorio e scontato, l'esistenza di un complessivo ridimensionamento dello stato sociale, con interventi che colpiscono purtroppo selettivamente le fasce più deboli.⁷⁵

Si tratta di interventi che, lungi dal cambiare in senso equitativo la struttura di fondo del sistema di *welfare* (affrontando temi cruciali quali il reddito di cittadinanza, la tutela dei giovani e dei lavoratori nelle transizioni

⁷³ F. De Felice, *Nazione e crisi: le linee di frattura. In Storia dell'Italia repubblicana*, coordinata da Francesco Barbagallo, vol. III, Einaudi, Torino, 1996, p. 93. Ancora oggi, dopo venti anni, si possono riprendere le considerazioni di quest'autore.

⁷⁴ Per questa sintesi e per le interessanti considerazioni al riguardo, soprattutto in relazione al problema dell'eliminazione dell'integrazione al minimo delle pensioni, v. D. Mesiti, *I livelli minimi di tutela previdenziale*, di prossima pubblicazione, p. 7 del paper; per un'analisi realistica della situazione del sistema di welfare italiano v. M. Cinelli, *L'effettività delle tutele sociali fra utopia e prassi*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2016, I, 24 ss.

⁷⁵ La tendenza, a fronte di questo ridimensionamento, è dunque quella, esattamente colta da Spadaro del passaggio da una tutela pubblica ed universalistica ad una tutela di tipo privatistico, ossia affidata all'autonomia negoziale (v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale* (..), op. cit.

da un impiego ad un altro, i servizi sociali e alle famiglie, tanto per citare alcuni dei più urgenti), obbediscono a esigenze eteronome (e palesemente, oltre tutto, di natura economico-finanziaria e non finalizzate ad obiettivi scolpiti per la modernizzazione del sistema).⁷⁶

Ma non è solo nei confronti del sistema previdenziale/assistenziale e del *welfare*, poiché anche le riforme sul lavoro hanno inciso profondamente sul nostro patrimonio dei diritti sociali - e può dirsi anzi che questi diversi ambiti di intervento siano complementari - nel tentativo (non si sa quanto fondato, in realtà) di rilanciare il sistema-paese.

Nell'ultimo quinquennio gli interventi chirurgici sul "corpo vivo" del diritto del lavoro italiano hanno conosciuto una sorprendente accelerazione.

Si possono ricordare qui, a volo d'uccello, i principali interventi legislativi e innanzitutto fra questi, l'art. 8 D.L. n. 138/2011, poi convertito in legge con modificazioni nella l. n. 148/2011.

In questa disposizione si è previsto, in sintesi, un potere derogatorio del contratto collettivo aziendale (sottoposto ad alcune condizioni procedurali che ne garantiscano almeno formalmente l'approvazione a maggioranza) sia nei confronti del contratto collettivo nazionale che della legge. E' soprattutto l'estensione del potere derogatorio a livello aziendale nei confronti delle disposizioni di legge vigenti ad aver sorpreso, in negativo, quasi tutta l'intera comunità giuridica.⁷⁷ Vero è che tale potere derogatorio è subordinato al riscontro di condizioni specifiche a monte (il rispetto del criterio maggioritario per l'approvazione degli accordi, la stipula degli stessi da parte delle associazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale, la finalizzazione degli accordi "all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività"). Ma è altrettanto vero che né i criteri procedurali, né quelli finalistici, sono in grado di garantire l'utilizzo ragionevole di un tale potere para-normativo.

Allo stesso modo, sul piano contenutistico, resta il limite inderogabile della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea, ma se si considera che

⁷⁶ Per un'analisi realistica dei problemi del nostro sistema di welfare derivanti dalle politiche dell'Eurozona e dagli obiettivi vincoli economici, si veda recentemente M. Ferrera, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Laterza ed. Bari, 2016.

⁷⁷ Anche in questo caso è impossibile (e forse qui inutile) dar conto in modo completo degli autori che si sono occupati del tema, alcuni dei quali, bisogna dire, non aderirebbero alle considerazioni critiche qui esposte. Si veda per tutti F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, IPSOA ed. Milano, 2012; S. Scarponi, *Il rapporto fra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in Riv. Giur. Lav., 2015, 1, p. 115 ss.

i diritti che costituiscono e formano il bagaglio del lavoratore subordinato sono stati introdotti soprattutto in via di legislazione ordinaria, si ha la misura della portata distruttiva di questa disposizione di legge.⁷⁸ La stessa "geografia" sociale del nostro paese sarebbe (ed è ancora) a rischio di destrutturazione e disarticolazione, stante il nuovo rapporto potenzialmente paritario fra legge e contratto collettivo aziendale, se non fosse per il fatto che le Confederazioni sindacali Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto un patto intersindacale in cui si sono reciprocamente impegnate a non applicare l'art. 8 in questione.⁷⁹ Ma, pur a fronte di tale importante "auto-limitazione", come un fenomeno carsico questa disposizione continua a scorrere nelle vene del sistema, producendo accordi aziendali che restano spesso sconosciuti.

Il secondo intervento in ordine di tempo e di importanza è la riforma dell'art. 18 l. n. 300 del 1970, conseguita con la l. n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), che ha spezzettato il sistema unitario e compatto della disciplina in materia di licenziamenti individuali in diversi e non sempre logicamente comprensibili modelli rimediali, con lo scopo, in realtà, di ridurre notevolmente l'area coperta dalla reintegrazione del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.⁸⁰

Con questo intervento legislativo è stato, fra l'altro, completamente annullato il rimedio della reintegra in caso di licenziamenti disciplinari viziati ed invalidi per violazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, disposizione che "governa" le procedure e stabilisce gli obblighi datoriali formali e procedurali in caso di esercizio del potere disciplinare (norma ritenuta da sempre, dalla giurisprudenza delle alte Corti, espressione di civiltà giuridica), sostituito ora da una blanda sanzione economica, con salvaguardia dell'effetto risolutivo dell'atto datoriale, ancorché illegittimo.⁸¹

⁷⁸ Pur essendo molto dubbia la sua costituzionalità, questa norma è stata oggetto di scrutinio della Corte costituzionale soltanto in relazione alla denuncia di violazione dell'art. 117 Costituzione, riguardando la valutazione della Corte la ben diversa questione del riparto di competenze ed escludendosi, sotto questo profilo, l'illegittimità della norma.

⁷⁹ Si vedano a tal riguardo le considerazioni di S. Scarponi, op. ult. cit.

⁸⁰ Rovesciando, in sostanza, quella direttrice di politica del diritto per cui l'esclusione del regime rimediabile della reintegrazione in materia di licenziamento ha costituito per lungo tempo un'eccezione giustificata da ragioni obiettive, collegate alla dimensione dell'azienda. Per una sofisticata esposizione critica delle ragioni sistematiche e valoriali della reintegrazione nel posto di lavoro, si leggano le pagine sempre attuali di Massimo D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, 1979, ora in *Opere*, I, Milano Giuffrè, 2000, p. 38 ss. Più recentemente v. M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge "Fornero"*, Cacucci Bari 2012, p. 17 ss.

⁸¹ Per considerazioni critiche sia consentito ancora rinviare al mio *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in Riv. Italiana di diritto

La reintegrazione, insieme al risarcimento integrale del danno subito dal lavoratore, residua in una sola ipotesi, prevista dall'art. 18, c. 1, vale a dire nel caso del licenziamento discriminatorio, che rappresenta la più grave delle patologie che possono riguardare la decisione datoriale di recedere dal rapporto lavorativo.

Si tratta, nel complesso, di una riforma che è stata criticata non solo per la non brillante costruzione logica delle proposizioni normative, ma anche per l'infelice scelta di frammentare la disciplina, la cui *ratio* spesso sfugge. Ed inoltre essa si risolve in un ridimensionamento del previgente e collaudato modello sanzionatorio pur in presenza di un interesse del lavoratore (ossia del contraente "incolpevole") alla continuità del rapporto di lavoro che è certamente da considerarsi più rilevante dell'opposto interesse alla tutela degli effetti risolutivi di un atto negoziale invalido ai sensi di legge.⁸²

La terza e ultima riforma in ordine di tempo, la più estesa e profonda, tocca un'area molto vasta di intervento e sarebbe sbagliato ridurla soltanto alla sua parte più nota e discussa, ossia alla disciplina del contratto a tutele crescenti, che, peraltro, altro non è se non una nuova disciplina del licenziamento per i contratti successivi all'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015 (di cui si è già parlato). E difatti gli altri decreti legislativi e in particolare il n. 81/2015, che contiene rilevanti modifiche sui rapporti di lavoro flessibile e sulla disciplina delle mansioni, non sono da meno, sia

del lavoro, 2014, I, p. 274 ss. Anche questo intervento legislativo ha visto la dottrina riflettere sia sul piano applicativo che sulle questioni di carattere generale ed è impossibile qui citare gli autori che sono intervenuti in questo dibattito. Per un'efficace sintesi si veda comunque P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2013, I, 147 ss. Sempre nel contesto di questa riforma, si è poi esclusa la reintegra in tutti i casi di licenziamento disciplinare privo di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, sostituita dal pagamento di un indennizzo (in verità abbastanza consistente, pari ad una somma ricompresa fra 12 e 24 mensilità di retribuzione), con analogo effetto validante dell'atto risolutorio illegittimo; e ciò, con l'eccezione delle sole ipotesi in cui l'atto di recesso per motivi disciplinari sia stato fondato sulla contestazione di un fatto insussistente, oppure nel caso in cui il fatto commesso dal lavoratore risulti sanzionato, in base alle previsioni dei contratti collettivi o dei codici aziendali, con una sanzione di tipo "conservativo", ossia non tale da comportare la cessazione a titolo definitivo del rapporto lavorativo (sono sanzioni di questo tipo, ad esempio, la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione o la multa). Mentre nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (così definito dall'art. 3 l. n. 604/1966 quando il licenziamento individuale è collegato a motivi di carattere aziendale) la nuova disciplina di legge introdotta con l. n. 92/2012 prevede la reintegra soltanto nel caso della "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento", ripiegandosi sull'indennizzo economico (da 12 a 24 mensilità) in tutti gli altri casi (di "semplice" insussistenza).

⁸² Fra gli altri, si veda la lucida analisi di O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.*, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 159/2012.

quanto a problematicità e criticità, sia quanto a cambiamenti d'orizzonte per il diritto del lavoro.⁸³

Particolarmente problematico è il massiccio, esteso ricorso alla tecnica di derogabilità introdotta dal legislatore nei confronti delle disposizioni di tutela, peraltro molto ridimensionate nella loro portata e ri-centrate, come si è già accennato, attorno all'obiettivo della tutela dell'impresa piuttosto che del "contraente debole".

Rovesciando uno dei postulati storici del diritto del lavoro italiano, il legislatore ha adottato come proprio "stile" normativo, che ne caratterizza la legislazione, non più quello che è stato definito come il modello interventista per eccellenza nelle relazioni giuridiche dei privati, ossia la "norma inderogabile", che comporta l'efficacia immediata ed invalidante delle disposizioni di legge e di contratto collettivo sulle difformi previsioni contrattuali delle parti (lavoratore e datore di lavoro) con sostituzione automatica delle clausole, ma esattamente il suo opposto, ossia la generale e diffusa derogabilità delle disposizioni normative di tutela, sia a livello individuale che con la mediazione di un accordo collettivo (ma anche di livello aziendale).⁸⁴

7. La Carta Sociale e il contro-riformismo. Conclusioni.

In definitiva, nella riorganizzazione del sistema del diritto del lavoro, sono stati messi in cantiere – o già completamente realizzati – interventi che incrociano criticamente le disposizioni della Carta Sociale Europea.

Sulle questioni più rilevanti qui appena richiamate vengono in gioco il diritto alla sicurezza sociale previsto dall'art. 12 parte II della Carta Sociale Europea, il diritto ad eque condizioni di lavoro (art. 2 parte II) e a un'equa retribuzione (art. 4 parte II), i diritti sindacali previsti dall'art. 5 e il diritto di negoziazione collettiva (art. 6 parte II), il diritto ad una tutela in caso di licenziamento (art. 24 parte II, di cui si è già discusso), infine il diritto alla dignità sul lavoro (art. 26 parte II).

Le modifiche al nostro modello di welfare e al "sistema" dei diritti, riassunte in modo sommario, hanno disarticolato l'assetto precedente, ma bisogna riconoscere, con obiettività, che per quanto radicali siano questi cambiamenti, difficilmente (o forse solo in qualche caso) possono essere ritenuti così gravi da violare gli standard minimi previsti dalla Carta sociale.

Le misure nazionali più dure adottate dagli stati, sottoposti alle direttive della troika europea in modo palese (attraverso i c.d.

⁸³ La nuova disciplina del licenziamento per i nuovi assunti è stata descritta in modo sintetico nel precedente § 4.

⁸⁴ Per approfondire questo aspetto cruciale della riforma, si veda il mio *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT n. 276/2015.

Memorandum d'intesa) o in modo più informale (come in Italia), sono state vagliate dalle alte Corti e solo le Corti nazionali, in alcuni casi, ma esclusivamente per violazione del principio di "uguaglianza proporzionale" (come scrivono i giudici portoghesi), ne hanno decretato l'espunzione dall'ordinamento. Le Corti europee, lo abbiamo detto, si sono per così dire "astenuite" da ogni interferenza con le scelte anti-crisi adottate dagli stati nazionali, mentre soltanto il Ceds, che non è una "Corte", si è fatto garante dei diritti sociali vagliando criticamente, alla luce dei principi della Carta sociale, alcuni dei più estremi provvedimenti di *austerity*.

Ma allora la Carta sociale serve davvero?

La Carta vale, per il diritto del lavoro italiano, come indicazione di un limite ma soprattutto come rappresentazione di un "manifesto", di un obiettivo, il *decent work*, a cui si ispira del resto l'ILO a livello globale, che ne ha fatto un programma di altissime ambizioni - *the Decent Work Agenda*, rilanciata da ultimo durante l'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel settembre 2015 e basata sui quattro pilastri della creazione di occupazione, della protezione sociale, dei diritti sul lavoro e del dialogo sociale, parte integrante della nuova Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile.⁸⁵

Nello studio dell'ILO "*Decent Work Indicators*" del dicembre 2013 la stabilità e la sicurezza del lavoro costituiscono indicatori statistici del quadro di valutazione del *decent work*. Non è dunque del tutto arbitrario sostenere che le recenti riforme del lavoro siano in effetti destinate ad allontanare (piuttosto che ad avvicinare, come si sarebbe auspicato) il nostro paese dall'obiettivo di centrare quegli indicatori che l'ILO considera particolarmente rilevanti ai fini della *Decent Work Agenda*, che pure è stata oggetto di impegno solenne del nostro Stato nell'Assemblea generale dell'ONU.

Naturalmente anche gli altri diritti enunciati dalla Carta vanno considerati elementi tipici e rappresentativi di un lavoro "dignitoso" e dunque è nel complesso delle tutele sociali che bisogna registrare una fase di inaspettata regressione. Come viene segnalato dall'ILO nel rapporto *World Employment and Social Outlook 2015*, la precarietà, la stagnazione salariale, la disoccupazione giovanile, sono piuttosto fenomeni che, con la crisi finanziaria, tendono a rafforzarsi anziché diminuire, estendendosi in

⁸⁵ Come si legge sul sito www.ilo.org "*Decent work has become a universal objective and has been included in major human rights declarations, UN Resolutions and outcome documents from major conferences including Article 23 of the Universal Declaration of Human Rights (1948), the World Summit for Social Development (1995), World Summit Outcome Document (2005), the high level segment of ECOSOC (2006), the Second United Nations Decade for the Eradication of Poverty (2008-2017), Conference on Sustainable Development (2011) and in the UN's 2030 Agenda for Sustainable Development (2015)*".

paesi, come nella nostra "vecchia" Europa, che sembravano essere immuni da questi problemi. E qui bisognerebbe forse ricordare la responsabilità delle classi dirigenti, come in Italia, che hanno lasciato crescere e proliferare nell'ordinamento – o al di fuori di qualsiasi regolazione normativa – contratti flessibili senza garanzie, forme di "precariato" sempre più spinte per lo più riservate alle giovani generazioni, di cui oggi verifichiamo l'impatto sociale disastroso (basti qui ricordare il d. lgs. n. 276/2003 e poi a seguire altri discutibili modi d'impegno, dagli stage ai voucher, che si risolvono, in realtà, in nient'altro che un cinico sfruttamento del lavoro giovanile).

Quando parliamo di "lavoro dignitoso" o *decent work*, è tuttavia opportuno, oltre che criticare le iniziative legislative recenti, ricordare come anche nei paesi più sviluppati e nella civilissima Europa, fin dentro i nostri confini e si potrebbe dire "dietro l'angolo", nonostante i nostri "sacri" principi a difesa dei diritti umani, si manifestino continuamente, in modi diversi ma sempre più numerosi, fenomeni elusivi delle norme di protezione sociale (il cosiddetto "lavoro nero") o addirittura assimilabili ad una moderna schiavitù o servitù,⁸⁶ evocando un passato che ritorna riproponendo gli stessi problemi di un tempo.⁸⁷

Non a caso, fra le poche disposizioni innovative con scopo di tutela dei diritti, nel corso della legislatura si è approvata una nuova disciplina sul "caporalato" (l. 29 ottobre 2016 n. 199), fenomeno che si riteneva scomparso e torna invece a presentarsi nelle pieghe del mercato del lavoro italiano.

⁸⁶ Su questi temi si legga, dal versante sociologico più che giuridico, il sempre attuale lavoro di F. Carchedi-G. Mottura-E. Pugliese, *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, FrancoAngeli ed., Milano, 2003. Problemi analoghi emergono a livello globale e hanno indotto l'ILO ad adoperarsi per la sottoscrizione di un Protocollo nel 2014 (n. 203) denominato "*Forced Labour Convention. Supplementary Measures*" e destinato ad entrare in vigore nel Novembre 2016 (integrando e rafforzando il contenuto delle Convenzioni ILO n. 29/1930 e n. 105/1957). Ma si veda pure la Convenzione *Migrant Workers* del 1990 e in particolare l'art. 11 che sancisce il divieto di tenere un lavoratore migrante o un membro della sua famiglia in condizioni di schiavitù o di servitù e particolarmente il secondo paragrafo della disposizione che vieta di adibire i migranti al lavoro forzato o obbligatorio.

⁸⁷ Si ricorda che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede all'art. 5 che "nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù", introducendo così un concetto nuovo nell'ambito degli ordinamenti europei come la servitù. Pure in questo caso si pone il problema, seppure su un piano sociale e giuridico, dell'effettività di questo essenziale divieto. La differenza fra schiavitù e servitù è molto labile ma si potrebbe ritenere che la servitù implichi una relazione personale fra datore di lavoro e servo, che la coercizione insita nella condizione di servaggio non si manifesti con violenza esplicita ma comporta più spesso una condotta abusiva, fondata sull'isolamento in cui viene tenuta la persona asservita e dunque sull'esclusività del rapporto servo-padrone, infine l'assenza di qualsiasi forma di contrattazione (v. al riguardo G. M. Giammarinaro, in *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, in F. Carchedi-G. Mottura-E. Pugliese, *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, op. cit.).

In definitiva, per concludere, pare corretto dire che le (contro) riforme degli ultimi anni (qui sono state citate le più importanti) smontano i congegni garantisti che avevano assicurato la garanzia di un trattamento economico e normativo della classe lavoratrice sostanzialmente rispettoso di quel compromesso fra istanze sociali e libertà economiche che pervade la nostra Costituzione, cristallizzandosi nella formula del secondo comma dell'art. 41 della Costituzione e rinnovandosi poi nella pratica sociale, nell'esperienza della contrattazione collettiva e nella stessa legislazione nei decenni successivi.

Cadono uno dopo l'altro i dispositivi legali o contrattuali che ne costituivano l'ossatura. E cadono perché è il legislatore nazionale – nel contesto di una democrazia parlamentare sempre più debole e sotto l'influenza decisiva di poteri sovranazionali "irresponsabili" in quanto non democraticamente legittimati – a volerlo, sia pure, forse, *obtorto collo*. Che queste riforme non siano certo mosse dagli obiettivi – probabilmente utopistici – della *decent work agenda*, sembra finanche pleonastico ricordarlo. E che esse, almeno in parte, non siano consonanti con i principi della Carta Sociale Europea lo si è visto molto chiaramente in precedenza.⁸⁸

A fronte di un mercato del lavoro legale colpito dalla *deregulation* si allarga sempre più l'area del mercato del lavoro "invisibile" in cui la Carta sociale, i principi a tutela dei diritti umani della Convenzione, la Carta dei diritti fondamentali e la nostra stessa Costituzione, scompaiono, *tamquam non essent*, annegati nel mare delle nostre contraddizioni. Discutendo di *decent work* o di diritti fondamentali del lavoro ci sono dunque molti aspetti e "mondi" paralleli da esplorare, che rinviano, a ben pensare, al problema cruciale di come coniugare – semmai è possibile – il passo indietro richiesto alla regolazione *hard* con la risoluzione di questioni sociali che richiederebbero, verosimilmente, più (e non meno) stato, più (e non meno) norma inderogabile di tutela. Senza cui, probabilmente, i problemi critici delle disuguaglianze sociali – problemi oramai ritenuti dai più accreditati studiosi non più rinviabili e tali da pregiudicare, se non affrontati con cure radicali, ogni *chance* di uscita definitiva dalla crisi e di sviluppo futuro delle nostre società – resteranno piaghe aperte in grado di produrre i più perversi effetti, in campo sociale, politico ed economico.

⁸⁸ Per un'analisi molto realistica della situazione dei diritti sociali in Europa si veda il *Documento di Bruxelles sul futuro della protezione dei diritti sociali in Europa*, presentato il 12 e 13 febbraio 2015 nella Conferenza di Bruxelles sul tema, a cura di un gruppo di 31 esperti indipendenti e patrocinato dal Consiglio d'Europa, ed in cui ci si pone, come problema prioritario, proprio l'efficacia della Carta Sociale Europea, in primo luogo per garantire l'uniformità della sua applicazione in tutti gli Stati del Consiglio d'Europa e in secondo luogo per ottenere la ratifica da parte di tutti gli Stati del Protocollo del 1995 sui reclami collettivi.

Molti giuslavoristi sperano ora in un ripensamento critico del legislatore (una poco probabile "riforma della riforma") o in un intervento del Giudice delle leggi, mentre alle porte sta giungendo il referendum promosso dalla Cgil che mira all'abrogazione in toto del d. lgs. n. 23/2015.⁸⁹ Ma, al di là del successo di queste iniziative e della fondatezza delle speranze riposte nella resipiscenza del legislatore, sembra molto difficile immaginare, in generale, un radicale cambiamento di prospettiva se non cambia il clima generale e, fuor di metafora, non si prende finalmente consapevolezza del fallimento di quella che Stiglitz ha ribattezzato come economia politica *offertista*,⁹⁰ accecata dall'idea (tipica del credo neo-liberista) secondo cui la crisi si risolve sul lato dell'offerta (e non della domanda) mediante il semplice agire sulle regole dei mercati. Occorrerebbe piuttosto la revisione critica delle politiche che gli stati (e non altri) hanno praticato, secondo un basilare principio di responsabilità dei governanti nei confronti dei governati.⁹¹

Si è fatto un cenno al tema del mercato del lavoro invisibile, in cui prosperano le illegalità e i rapporti di lavoro sono affidati al puro arbitrio del più forte sul più debole. Un "combinato disposto" che oggettivamente finisce per contribuire al *downgrading* della nostra società nazionale, ostacolando, per usare un eufemismo, la realizzazione dei diritti della Carta Sociale Europea. Al contempo, proprio per questo reclamando e ri-legittimando il sostegno giuridico al "contraente debole" (sempre più debole e paradossalmente sempre più solo), per riqualificare il sistema di norme inderogabili, abbandonato per strada dai nostri legislatori per

⁸⁹ Il referendum proposto dalla Cgil dovrebbe tenersi nella primavera del 2017 e riguardare, oltre al contratto a tutele crescenti, il regime di disciplina dei voucher e alcune norme in materia di appalto, vale a dire quelli che possono considerarsi fra gli aspetti più discutibili dell'attuale diritto del lavoro.

⁹⁰ J. Stiglitz, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, op. cit., qui p. 357 ss. della traduzione italiana

⁹¹ Secondo Spadaro la tutela dei diritti sociali troverebbe sedi più idonee e recettive nelle Corti nazionali che sovra-nazionali. Sostiene l'autore che "potrebbe parlarsi, qui, di diritti negletti sul piano internazionale ma (presumibilmente attraverso l'invocazione dei controlimiti) riconosciuti/garantiti sul piano nazionale", sicché, in definitiva, "i diritti sociali – n.b.: solo nella misura in cui vengono riconosciuti quale parte integrante del nucleo duro del singolo ordinamento costituzionale – potrebbero essere l'ultima ed estrema forza di rivendicazione della sovranità nazionale", vista la posizione assunta dalle Corti europee nel contesto della crisi europea (v. A. Spadaro, *Sull'aporia logica dei diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, op. cit. p. 512). La questione, dal punto di vista di un giuslavorista, è ovviamente molto interessante. Sia consentito soltanto dire che, se così fosse, l'accerchiamento dello stato sociale sarebbe praticamente completato, chiudendo nelle arene nazionali la tutela dei diritti sociali, sia quanto a competenze legislative/regolative che quanto ai livelli di protezione in via giurisdizionale, mentre tutti i meccanismi economici e istituzionali che governano il mercato e determinano di fatto le condizioni di accesso a questi diritti, sono al di fuori dei confini nazionali e bypassano i poteri sia statali che giudiziari.

obiettivi non sempre chiari che assoceremo per sempre alle politiche europee di *austerity*, precarizzando e creando lavoro "senza qualità".

Per tornare un'ultima volta a Thomas Schultz, nel diritto del lavoro il *diritto transnazionale senza stato* può molto ma non tutto. E quel che conta di più sta nel mezzo.