



Le interviste di Giustizia Insieme

CEDU e cultura giuridica italiana. 11) CEDU e Diritto del Lavoro. E.Ales e S.Giubboni

di [Roberto Conti](#)[Edoardo Ales](#)[Stefano Giubboni](#)

16 aprile 2020

Sommario:

CEDU e cultura giuridica italiana. 11) CEDU e Diritto del Lavoro

Intervista a Edoardo Ales e Stefano Giubboni

di Roberto Conti

Il diritto del lavoro ha da tempo costituito un banco di prova importante per misurare l'incidenza delle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali sul piano nazionale. Al di là della assai nota diversità di prospettiva fra chi si fa da tempo promotore di una visione dei rapporti negoziali comunque orientata a considerare l'incidenza sui medesimi dei diritti fondamentali e coloro che guardano con moderazione a questa possibilità e, ancora di più, alle "influenze" prodotte da strumenti di protezione di quei diritti umani provenienti da oltre confine fino al punto da coninarli nell'oblio, si registra una duplice esigenza.

Per l'un verso, si avverta la necessità di favorire la conoscenza dei diritti viventi e di come essi si sono orientati sul tema. Esigenza, questa, primaria, poiché da più parti si avverte un certo scollamento fra i "pochi" che sembrano attenti al tema e i "tanti" che a ragione reclamano una applicazione tendenzialmente uniforme e attenta alla salvaguardia del canone dell'egualità. Per altro verso, vi è la non meno marginale necessità di comprendere l'utilità di una protezione dei diritti fondamentali ulteriore (recte, diversa o aggiuntiva) rispetto a quella di matrice interna ed i "confini" di tale possibilità.

Edoardo Ales e Stefano Giubboni hanno scandagliato il fondale, raccogliendo un pescato assai ricco.

Da qui l'utilità estrema delle riflessioni, dalle quali sembra trarsi la sensazione di una imprescindibilità dell'analisi che coinvolga le fonti, nazionali e sovranazionali, nel loro continuo intrecciarsi, al quale si aggiunge la trama delle relazioni fra le Corti, ancora una volta nazionali e sovranazionali. Il che non vuol certo dire espropriare il ruolo e la centralità della legislazione nazionale, ma tutto al contrario orientarne l'analisi con un faro sempre acceso e vigile al quadro convenzionale dei diritti fondamentali nella misura in cui lo stesso alimenta quello costituzionale e dell'Unione europea ed è a sua volta accresciuto dalle Costituzioni dei paesi europei che compongono le diverse istituzioni sovranazionali.

1) Alla luce delle vicende più note che hanno visto fronteggiarsi negli anni appena trascorsi le giurisprudenze nazionali e sovranazionali su temi lavoristi l'impatto prodotto dalla giurisprudenza convenzionale sul diritto del lavoro può dirsi a Suo avviso rilevante, marginale o comunque destinato a modificare l'attuale assetto del diritto vivente nazionale?

E. Ales

Mi pare si possa affermare con relativa certezza che la giurisprudenza convenzionale stia producendo un notevole impatto sul Diritto del Lavoro, non solo e non tanto, come sarebbe da attendersi, in termini di incidenza sulla singola controversia, quanto, piuttosto, in una prospettiva di sistema e, dunque, almeno potenzialmente, di assetto.

A conferma di questa impressione possono essere portati due esempi eclatanti che hanno visto coinvolti i livelli più alti della giurisdizione nazionale (Suprema Corte di Cassazione e Consiglio di stato), la Corte Europea dei Diritti Umani (dizione preferibile, a mio avviso, a quella di diritti dell'uomo) e la Corte costituzionale.

Quanto al primo, esso riguarda la ben nota ed annosa vicenda delle cosiddette *pensioni svizzere* che ha visto coinvolte, a più riprese, in una sorta di interminabile scambio tennistico su terra battuta, la Cassazione, la Corte costituzionale e la Corte EDU. Trattandosi di materia previdenziale, non risulta di immediata comprensione il suo collegamento con la Convenzione, la quale, *ex professo*, non contiene previsioni in materia. Tuttavia, sulla base di una ormai risalente giurisprudenza (*Gaygusuz c. Austria*, n. 17371/90, §§ 39-41), la Corte EDU ritiene che i diritti derivanti dal pagamento di contribuzione previdenziale siano da considerarsi diritti di natura pecuniaria ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 1 annesso alla Convenzione. Essi, dunque, sono tutelati come diritti di proprietà. Ciò sulla base di una generalizzazione tanto controversa quanto, il più delle volte, impropria, del sistema a capitalizzazione individuale effettiva di gestione della contribuzione previdenziale e di calcolo contributivo della prestazione pensionistica tipici, soprattutto in passato, di alcuni soltanto degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Una generalizzazione che consente, però, alla Corte EDU di intervenire in un ambito, quello della previdenza sociale, che le sarebbe totalmente precluso per volontà delle stesse parti contraenti che non hanno voluto includerlo nella Convenzione, 'relegandolo' nella Carta Sociale Europea. Ma tant'è. Come più recentemente ribadito dalla Corte, in ciò incoraggiata dal riconoscimento da parte di governi nazionali del fatto che una modifica dei criteri di attribuzione di un trattamento pensionistico costituisca un'interferenza nel godimento pacifico da parte del titolare del proprio diritto di proprietà (*Kjartan Ásmundsson c. Islanda*, n. 60669/00, § 33).

Non deve, dunque sorprendere che la Corte EDU sia stata adità da pensionati di nazionalità italiana che avevano svolto la loro attività lavorativa in Svizzera e si erano visti ridimensionare il proprio trattamento pensionistico italiano in forza di una disposizione legislativa di interpretazione autentica favorevole alle posizioni dell'INPS, non condivise dalla giurisprudenza di legittimità, che a quel ridimensionamento avevano portato. Al di là dei dettagli tecnici della vicenda, ciò che va sottolineato è la natura di *quid novi* riconosciuta dalla Cassazione alle pronunce della Corte EDU nella prospettiva di sollecitare la Corte costituzionale ad intervenire sulla legislazione nazionale di interpretazione autentica per dichiararne l'illegittimità sia nel metodo che nel merito. Se, infatti, nella decisione *Maggio* (*Maggio e altri c. Italia*, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08) la Corte EDU, pur riconoscendo la violazione del principio del giusto processo (Articolo 6 CEDU) per essere il legislatore italiano intervenuto, in maniera ingiustificata e in favore dell'INPS, con una disposizione che destinata a mutare l'esito dei procedimenti in corso, aveva 'salvato' l'intervento legislativo in termini di 'ragionevolezza' del sacrificio imposto ai ricorrenti, in *Stefanetti* (*Stefanetti e altri c. Italia*, nn. 21838/10, 21849/10,

21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 e 21870/10), la Corte ha condannato l'Italia proprio sotto quest'ultimo profilo, ritenendo che “una riduzione di due terzi della pensione (...) sia incontrovertibilmente, di per sé, una notevole diminuzione che deve incidere gravemente sul tenore di vita” (§ 60), risultando in una prestazione inadeguata (§ 64).

Alternate tra le sentenze *Maggio* e *Stefanetti*, troviamo tre pronunce della Corte costituzionale (sentenze nn. 172 del 2008, 264 del 2012, 166 del 2017), le ultime delle quali ‘stimolate’ dalla Corte EDU per il tramite della Corte di cassazione nei panni del giudice remittente. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 264 del 2012 (cui ha fatto seguito l’ordinanza n. 10 del 2014), premesso che ad essa stessa spetta di «opera[re] una valutazione sistemica e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» – ha ritenuto che, nel bilanciamento tra la tutela dell’interesse sotteso alla richiamata norma convenzionale (art. 6, paragrafo 1, CEDU) e la tutela degli altri interessi costituzionalmente protetti, «prevale quella degli interessi antagonisti di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata, in relazione alla quale sussistono, quindi, quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva». Legislazione che la Corte riconosce essere «ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità», in quanto tiene conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera sono notevolmente inferiori a quelli versati in Italia e, in ragione di ciò, opera «una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni, e a rendere sostenibile l’equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni». Nel far ciò la Corte richiama anche le conclusioni ‘assolutorie’ della sentenza *Maggio* per ciò che concerne la ‘ragionevolezza’ del sacrificio imposto ai ricorrenti. Ed è proprio la diversa valutazione operata dalla Corte EDU nella sentenza *Stefanetti* che costituisce il *quid novi* che spinge la Corte di cassazione ad adire ancora una volta la Consulta “in riferimento anche alla (...) violazione dei diritti sostanziali di natura pensionistica dei lavoratori migranti”, suscettibile “di innescare un *vulnus* alla norma interposta di cui all’art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU (e, per tal via, al preceppo di cui al primo comma dell’art. 117 Cost.)”.

Al di là delle precisazioni sul *novum* di *Stefanetti* rispetto a quanto ritenuto dalla Cassazione (punto 5, Considerato in diritto sentenza n. 166 del 2017), la Corte costituzionale conviene sulla necessità di un intervento che indichi “una soglia (fissa o proporzionale) e (...) un non superabile limite di riducibilità delle ‘pensioni svizzere’ – ai fini di una *reductio ad legitimitatem* della disposizione impugnata, che ne impedisca l’incidenza su dette pensioni in misura che risulti lesiva degli evocati precetti convenzionali e nazionali –, come pure l’individuazione del rimedio, congruo e sostenibile, atto a salvaguardare il nucleo essenziale del diritto leso”, sottolineando,

tuttavia, come ciò presupponga “evidentemente, la scelta tra una pluralità di soluzioni rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore”. In conclusione, la Corte costituzionale si fa latrice, nei confronti del legislatore, di un messaggio sistematico, veicolato attraverso la Cassazione e proveniente dalla Corte EDU al fine di evitare che, in casi come quelli decisi in *Stefanetti* vengano violati diritti sostanziali di natura pensionistica dei lavoratori migranti.

Il secondo esempio sul quale vorrei soffermarmi è quello costituito dal divieto posto agli appartenenti alle Forze armate di costituire associazioni professionali a carattere sindacale e, comunque, di aderire ad altri sindacati esistenti. Divieto riconosciuto legittimo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 449 del 1999, in quanto una “declaratoria di illegittimità costituzionale (...) aprirebbe inevitabilmente la via a organizzazioni la cui attività potrebbe risultare non compatibile con i caratteri di coesione interna e neutralità dell’ordinamento militare” (punto 3 del Considerato in diritto). Questa vicenda, tuttavia, ha imboccato una diversa direzione a seguito di due pronunce della Corte EDU (*Matelly c. Francia*, n. 10609/10; *ADefDroMil c. France*, n. 32191/09) richiamate dal Consiglio di stato nell’ordinanza di remissione alla Corte costituzionale della questione di legittimità del citato divieto, non per violazione dell’articolo 39 cost., come avvenuto nel 1999, ma dell’articolo 117 cost. per il tramite del parametro interposto costituito dall’articolo 11 CEDU che riconosce la “Libertà di riunione e di associazione”.

Lasciando da parte, anche in questo caso, i dettagli della questione, ciò che interessa sottolineare è il *revirement* della Corte costituzionale sulla base della giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale “se la libertà di associazione dei militari può essere oggetto di restrizioni legittime, il divieto puro e semplice per un’associazione professionale di esercitare tutte le attività connesse al proprio oggetto sociale reca un pregiudizio all’essenza stessa di detta libertà, per ciò stesso proibito dalla Convenzione” (§60). Sulla base di questa interpretazione dell’articolo 11 CEDU, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 120 del 2018, afferma che “va riconosciuto ai militari il diritto di costituire associazioni professionali a carattere sindacale”, confermando, tuttavia, coerentemente, la “possibilità che siano adottate dalla legge restrizioni nei confronti di determinate categorie di pubblici dipendenti”. Nel caso dei militari, la necessità “che le associazioni [sindacali] siano composte solo da militari e che esse non possano aderire ad associazioni diverse” (punto 14 del considerato in diritto) e che la loro costituzione sia “subordinata al preventivo assenso del Ministro della difesa” (punto 16 del considerato in diritto). In questo caso, dunque, ancor più che nella vicenda delle ‘pensioni svizzere’, la giurisprudenza della Corte EDU ha giocato un ruolo decisivo nel determinare una variazione di assetto del Diritto del Lavoro e, in particolare, del Diritto Sindacale, estendendo, con le cautele del caso, la libertà di associazione sindacale ad una categoria di lavoratori ampia ed

estremamente rilevante per le funzioni che le sono riconosciute dall'articolo 52 cost.

S. Giubboni

L'impatto prodotto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto del lavoro è – a mio avviso – certamente significativo, come dimostra il crescente interesse anche dottrinale in tema (penso in particolare alla bella ricerca di Laura Torsello, *Persona e lavoro nel sistema CEDU. Diritti fondamentali e tutela sociale nell'ordinamento multilivello*, Cacucci, Bari, 2019). A testimonianza della crescente importanza della “dimensione sociale” della Convenzione EDU, negli ultimi anni la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è frequentemente tornata su tematiche di grande rilevanza per il diritto del lavoro in senso ampio, con incidenza significativa in particolare sull'effettività delle tutele previdenziali (è sin troppo nota la vicenda della contribuzione versata dai lavoratori italiani transfrontalieri in Svizzera, definita per la prima volta nella sentenza *Maggio c. Italia*, del 2011). Nonostante la Convenzione si incentri, come è ovvio, essenzialmente sulla tutela dei classici diritti civili e politici della tradizione liberal-democratica, la Corte ha sviluppato una giurisprudenza assai significativa sui diritti sociali già a partire da una storica sentenza della fine degli anni Settanta (il caso *Airey c. Irlanda*, del 9 ottobre 1979, in cui venne affermato che sebbene la Convenzione enunci essenzialmente diritti civili e politici, molti di questi hanno delle implicazioni di natura economica o sociale, al punto che “nessuna barriera impermeabile separa i diritti socio-economici dall'ambito coperto dalla Convenzione”). È però proprio nella sua giurisprudenza su taluni classici diritti fondamentali, come quello al giusto processo di cui l'art. 6 della Convenzione ovvero quello alla riservatezza, previsto e tutelato dall'art. 8, che la Corte di Strasburgo ha fornito il contributo maggiore al diritto del lavoro (la stessa sentenza *Maggio* è, al riguardo, un esempio molto significativo).

Basti citare le numerose pronunce nei casi di videosorveglianza cosiddetta “occulta”, cioè predisposta dal datore di lavoro senza previa informazione e all'insaputa dei lavoratori coinvolti. Già a quest'ultimo proposito sarebbe utile svolgere – senza poterle tuttavia approfondire qui – riflessioni con riferimento ai risvolti che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo può riverberare sull'interpretazione della disciplina italiana in materia di controlli a distanza, di cui all'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, come noto ampiamente “rimaneggiato” dal *Jobs Act*. Le indicazioni della Corte di Strasburgo sulle tutele minime da porre a presidio della riservatezza del lavoratore potrebbero indurre a rivedere gli orientamenti della Suprema Corte in materia di controlli difensivi, che da sempre rappresentano un tema discusso per gli ampi margini discrezionali in capo al datore di lavoro ai fini della tutela del patrimonio aziendale e che si

presta a differenti interpretazioni, più o meno restrittive, che possono variare sensibilmente a seconda dei casi concreti.

La Corte EDU richiede, in tal senso, l'applicazione dei principi di correttezza, necessità e proporzionalità e, sotto questo profilo, sembra che la riscrittura dell'art. 4 dello Statuto sia in linea con tali principi, avendo posto un contrappeso al potere datoriale, quantomeno a livello formale, laddove sottopone alla procedura autorizzatoria, sindacale o amministrativa, anche i controlli a distanza effettuati per scopi di tutela del patrimonio aziendale, che secondo l'elaborazione più restrittiva della Corte di cassazione sarebbero invece esclusi *a priori* (si è argomentato meglio sul punto in G. Bronzini, S. Giubboni, *La tutela della privacy dei lavoratori e la Corte di Strasburgo, oltre il Jobs Act*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2018, pp. 145 ss.).

In stretta connessione con tale questione c'è, poi, quella dell'utilizzabilità in un giudizio sull'illegittimità di un licenziamento di prove raccolte a seguito di un controllo illecito. Un esempio importante è dato dalla recente pronuncia della fine del 2019 sul caso *López Ribalda e altri c. Spagna*, in cui i lavoratori ricorrenti avevano eccepito la violazione, oltre che dell'art. 8 della Convenzione, anche dell'art. 6 sul giusto processo, per avere il datore di lavoro posto a fondamento del loro licenziamento prove acquisite mediante attività di controllo illegittimo. La Corte EDU, sia in prima battuta che con la decisione della Grande Camera dello scorso 17 ottobre, ha concluso per l'assenza di violazione dell'art. 6, in considerazione del fatto che le videoregistrazioni assunte illegittimamente avevano potuto essere oggetto di contestazione (anche riguardo alla loro autenticità) da parte dei lavoratori nel corso del giudizio, in contraddittorio tra le parti, e, comunque, che le stesse non costituivano le uniche prove poste a fondamento della decisione circa la legittimità del licenziamento, essendo state assunte anche delle dichiarazioni testimoniali che confermavano le indebite sottrazioni. La Corte perviene a tale conclusione sulla base del ragionamento, già svolto in alcune sue precedenti pronunce, secondo cui, ai fini del sindacato sulla violazione o meno del diritto ad un giusto processo, occorre verificare ed assicurare la giustizia ed equità del giudizio complessivamente inteso, spettando invece agli ordinamenti nazionali l'analitica previsione dei meccanismi di ammissibilità, utilizzabilità e valutabilità delle prove nel processo; con la conseguenza che l'ingresso e l'utilizzo di prove assunte illegittimamente non comporta, di per sé solo, l'ingiustizia del processo, dovendosi a tal fine verificare se ed in che misura tale elemento sfavorevole per una delle parti processuali sia controbilanciato da altri favorevoli o comunque tali da ridurre o eliminare la rilevanza che quell'elemento può avere ai fini della decisione.

In definitiva, tuttavia, se è vero che secondo la Corte EDU l'eventuale utilizzazione di prove illegittime (anche) sotto il profilo della violazione del diritto alla riservatezza può non inficiare l'equità complessiva della macchina processuale, se controbilanciata con altri strumenti compensatori, è altrettanto vero che la necessità della previsione di un contenuto minimo di tutela della riservatezza del lavoratore rafforza comunque la possibilità di eccepire in giudizio l'utilizzo di materiale probatorio frutto di controllo illegittimo ed in violazione dell'art. 4 dello Statuto. Ciò avviene a maggior ragione se si considera il rinvio esplicito, presente in tale ultima disposizione, alla disciplina in materia di *privacy* di derivazione euro-unitaria, la quale sancisce espressamente l'inutilizzabilità dei dati acquisiti in violazione delle regole in materia di previo consenso ed informativa. E la questione oggi assume particolare importanza con la disciplina contenuta nel nuovo regolamento n. 679/2016, secondo cui l'obbligo di informativa acquista una rilevanza autonoma, anche nelle fattispecie in cui non è necessario ottenere il consenso per procedere al trattamento, onde – come sembra – l'aver fornito al lavoratore un'adeguata informativa diventa condizione di legittimità del trattamento. Si realizza così una sorta di capovolgimento della tradizionale prospettiva della disciplina della *privacy*, per la quale l'informativa era atto preliminare all'eventuale consenso dell'interessato al trattamento.

V'è da aggiungere che la Grande Camera, con riferimento all'art. 8, ribadendo la diretta operatività all'interno del rapporto di lavoro di tutte le garanzie che la disciplina della *privacy*, in genere, detta per il trattamento dei dati personali, aderisce, ancora una volta, ad una concezione ampia di "vita privata", tale da ricoprendere molteplici aspetti dell'identità fisica e sociale della persona, ivi inclusi, in particolare, il nome, l'immagine e le attività lavorative; tuttavia, in riforma del precedente della Camera semplice, alla luce delle peculiarità del caso concreto, nega che nella specie vi sia stata una siffatta violazione.

Il caso appena citato dimostra come sia ormai indubitabile che anche nella Convenzione EDU il riconoscimento di alcuni diritti dei lavoratori come diritti fondamentali rappresenti un aspetto essenziale della vicenda del diritto vivente convenzionale, onde non si può non convenire sul fatto che alcuni principi del diritto del lavoro siano stati elevati nella gerarchia dei diritti e godano della protezione della Convenzione, fonte che non può non riverberarsi nella stessa interpretazione costituzionale. Questo, a mio avviso, a livello sistematico, sembra essere il contributo più importante della Corte EDU nel campo del diritto del lavoro.

2) *Quali sono i problemi più attuali a proposito della tutela concorrente offerta dalla Carta dei diritti fondamentali, dalla Carta sociale europea e dalla Corte EDU in materia lavorista, tenuto*

conto delle recenti prese di posizione della giustizia costituzionale sul tema dei rapporti fra Carte sovranazionali, Costituzione e sindacato accentratato di costituzionalità?

E. Ales

Per poter parlare di concorrenza tra tutele occorrerebbe che le fonti dalle quali queste scaturiscono fossero parimenti attingibili ed in condizione di operare direttamente sul caso oggetto della questione. In realtà, per almeno una di queste ovvero la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, l’attingibilità risulta altamente problematica. Un esempio eclatante in questo senso è fornito dalla sentenza n. 194 del 2018 nella quale la Corte costituzionale, come ampiamente noto, è stata chiamata a pronunciarsi sul meccanismo indennitario in cifra fissa per il licenziamento illegittimo ritenuto sospetto dai giudici remittenti, tra l’altro, per violazione dell’art. 117 giacché in contrasto “con le norme dell’Unione europea e internazionali che sanciscono il diritto del lavoratore «a una tutela efficace nei confronti di un licenziamento [...] ingiustificato».”

Tra queste, per quello che qui rileva, l’art. 30 CDFEU e all’art. 24 della Carta Sociale Europea costituiscono altrettante norme interposte. Mentre la Corte riconosce la fondatezza della questione di costituzionalità con riferimento a quest’ultimo in considerazione dell’idoneità della Carta sociale europea a integrare il parametro dell’art. 117, primo comma, cost. e dell’obbligo sancito nell’art. 24 “di garantire l’adeguatezza del risarcimento, in linea con quanto affermato [dalla] Corte sulla base del parametro costituzionale interno dell’art. 3 cost. realizzandosi, così, “un’integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite (sentenza n. 317 del 2009, punto 7 del Considerato in diritto, secondo cui “[i]l risultato complessivo dell’integrazione delle garanzie dell’ordinamento deve essere di segno positivo”)”, lo stesso non accade con l’art. 30 CDFUE.

Ciò sulla base della giurisprudenza restrittiva della stessa Corte di giustizia, richiamata, con puntualità, dalla Consulta, fondata sul presupposto che le disposizioni della Carta si applicano esclusivamente nell’attuazione del Diritto Comunitario (art. 51 CDFUE). In particolare, secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia, “per stabilire se una misura nazionale rientri nell’attuazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta occorre verificare, *inter alia*, se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, quale sia il suo carattere e se essa [non] persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell’Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell’Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa” (*Julian Hernández C-198/13*

punto 37). Siamo, però, di fronte ad un approccio particolarmente limitativo che arriva persino ad escludere il ricorso alle disposizioni incondizionate della Carta, quelle che non sono soggette alla conformità “al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”, come, invece, l’art. 30. Un approccio che ha portato la Corte di giustizia ad escludere dall’attuazione del Diritto Comunitario norme nazionali che attuano previsioni di una direttiva che si ‘limitano’ a riconoscere il potere degli Stati membri di prevedere “disposizioni più favorevoli al di fuori del contesto del regime [da essa] previsto” (*Julian Hernández* punto 44).

Un simile approccio restrittivo viene fatto proprio dalla Corte costituzionale sul presupposto (errato) che “riguardo alla disciplina dei licenziamenti individuali (...), l’Unione non ha in concreto esercitato tale competenza, né ha adottato, mediante direttive, prescrizioni minime”. In realtà, come dovrebbe essere noto, a partire dalla dir. 76/207/CEE, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, il Diritto Comunitario, prima, e dell’Unione, poi, hanno prodotto una serie di disposizioni relative, se non altro, al licenziamento discriminatorio, culminate, quanto a puntualità di espressione, nell’art. 10 della dir. 92/85/CEE intitolato “Divieto di licenziamento”. Peraltro, con riferimento a quest’ultima disposizione, la Corte di giustizia ha persino precisato che gli Stati membri sono tenuti a garantire misure non solo repressive del licenziamento (illegittimo) della lavoratrice madre, quali, ad esempio, la nullità e la reintegrazione, ma anche preventive, nel senso di prevedere il divieto di licenziamento per cause connesse al suo stato o all’esercizio di diritti da esso derivanti (*Porras Guisado*, C-103/16, punti 61 – 65).

Non pare, dunque, condivisibile l’affermazione della Corte costituzionale e il suo atteggiamento rinunciatario nella ricerca di possibili vie di applicazione dell’art. 30. Come già suggerito in altra sede (E. Ales, *La dimensione ‘costituzionale’ del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in M.T. Carinci (a cura di), *L’evoluzione della disciplina del licenziamento. Giappone ed Europa a confronto*, Milano: Giuffrè, 2017, 159), occorrerebbe, invece, almeno provare, proprio nell’ottica dell’integrazione delle tutele, ad approcciare con maggiore elasticità il tema della ‘norma d’ingresso’ ai diritti garantiti dalla Carta per evitare che essi rimangono mere affermazioni di principio, prive di un qualsiasi effetto per i cittadini dell’Unione. D’altronde, ciò è già avvenuto, oltre che per l’art. 30, anche per l’art. 27 (*Diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione nell’ambito dell’impresa*) che pure può vantare numerose direttive attuative dei diritti in esso contenuti.

Molto promettente e anche più semplice, alla luce dell'assenza di una corte dedicata con la quale rischiare di entrare in conflitto, appare il rapporto che la Corte costituzionale ha instaurato con la Carta Sociale Europea, a lungo oggetto misterioso e ingiustamente trascurato dalla giurisdizione e dalla dottrina italiane (ma vedi E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier (eds.) *International and European Labour Law*, Baden-Baden: Nomos – Hart – Beck, 2018). Il riconoscimento della sua efficacia quale parametro interposto, in presenza di una legge di ratifica, garantisce alle previsioni della Carta un ruolo di primaria importanza nella costruzione di una protezione multilivello, ruolo i cui effetti rimangono ancora ampiamente da esplorare.

Nella prospettiva della quantomeno problematica efficacia diretta delle norme della Carta dei diritti fondamentali, deve essere, invece, inquadrata la questione della cosiddetta doppia pregiudizialità ovvero della necessità di individuare la via prioritaria da seguire per il giudice nazionale nel caso si profili un contrasto sia con una disposizione del Diritto dell'Unione che con le norme della Costituzione Italiana. La Corte costituzionale, sollecitata sul punto dal comportamento ondivago di qualche remittente (sentenza n. 269 del 2017), ha anzitutto ribadito la posizione secondo la quale l'approccio del giudice nazionale deve variare a seconda dell'efficacia diretta o indiretta delle norme del Diritto dell'Unione applicabili alla controversia (ordinanza n. 207 del 2013). Nel primo caso, il giudice deve seguire il percorso che porta alla Corte di giustizia; nel secondo, rivolgersi alla Corte costituzionale. Nota, tuttavia, quest'ultima, che un'ulteriore riflessione si impone a seguito del riconoscimento alle disposizioni della Carta del medesimo valore dei trattati (art. 6 comma 1 TUE) nonché in considerazione del fatto che essa “costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”. Di conseguenza, “i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione” (sentenza n. 269 del 2017 punto 5.2 del Considerato in diritto). E, dunque, sempre secondo la Corte, “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* (...), anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrativo di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali”. Teoricamente ineccepibile, questa riflessione mal si coniuga con la sopra illustrata ritrosia della Corte costituzionale a riconoscere l'efficacia diretta delle

disposizioni della Carta e rischia di risultare persino superflua laddove quelle disposizioni dovessero avere efficacia per il tramite delle norme secondarie di Diritto dell'Unione, all'attuazione delle quali è preposto il diritto nazionale sotto scrutinio. In conclusione, mi pare che la "la massima salvaguardia dei diritti a livello sistematico", richiesta dall'art. 53 CDFUE e ribadita dalla Corte costituzionale come proprio obiettivo sia ancora lunghi dal poter essere realizzata.

S. Giubboni

Dal secondo dopoguerra ad oggi anche i diritti sociali sono stati progressivamente (ancorché certo non linearmente) disciplinati in una dimensione non più esclusivamente statuale, tanto da potersi parlare di un vero e proprio ordinamento multilivello anche in questa sfera dell'esperienza giuridica. Quello che sembra doversi cogliere è dunque un assetto delle fonti non più chiaramente gerarchico e verticale, bensì un arcipelago all'interno del quale si affiancano, secondo una relazione non univoca e in certo modo eterarchica, discipline prodotte da soggetti diversi, senza un vero principio ordinatore, almeno nel senso vetero-positivistico e kelseniano del termine (restano al riguardo assai suggestive le riflessioni di Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, t. 2, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006). La dimensione statuale del diritto, che proprio nella gerarchia delle fonti trovava classicamente il proprio fondamento ordinamentale, rischia pertanto di perdersi in un complesso reticolo di livelli normativi interconnessi senza una logica unificante e cogente. Al contempo, non appare convincente una lettura che voglia indulgere ad accreditare la definitiva morte per consunzione degli ordinamenti nazionali e dell'essenziale ruolo politico-normativo dello Stato, che anzi sembra trarre nuova linfa proprio nell'inedita dialettica con ambiti di regolazione extra-statuali. Ciò è tanto più vero per il diritto del lavoro e per i diritti sociali più in generale, dove il ruolo di garanzia dello Stato nazionale rimane essenziale e insostituibile (come ho avuto modo di argomentare più diffusamente in S. Giubboni, *Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2019, pp. 37 ss.).

In Paesi come il nostro la tutela dei diritti sociali è dunque oggi assicurata da molteplici fonti e a questa articolata compresenza di fonti anche "apicali", per così dire, occorre aggiungere la considerazione che è l'intero spettro delle politiche sociali nell'ambito dell'Unione europea ad insistere sul terreno della competenza legislativa concorrente, o più spesso della operatività di strumenti di *soft law* di varia natura, con linee di ripartizione non sempre ben demarcate. Se da un lato la moltiplicazione spesso disordinata delle fonti in materia di diritti fondamentali

contribuisce a mettere in crisi le tradizionali certezze ordinamentali, dall'altro queste trasformazioni hanno contribuito al progressivo passaggio da uno stato di separazione tra diritto nazionale, internazionale e sovranazionale ad uno di integrazione, in cui questi diversi sistemi normativi si influenzano a vicenda e si completano reciprocamente per concorrere – potenzialmente – all'ampliamento del catalogo dei diritti protetti. È evidente che, in questo scenario, la teoria delle fonti necessita di essere integrata dalla considerazione rinnovata del ruolo dell'interpretazione giudiziale, visto che incombe in definitiva al giudice l'onere di armonizzare un tale accentuato pluralismo, sempre più composito e articolato specie in materia di diritti fondamentali, ovvero di stabilire quale di queste fonti debba prevalere nel caso di conflitti normativi non evitabili mediante la tecnica armonizzatrice della “interpretazione conforme”, in un dialogo nel quale restano peraltro incerti i confini dei rispettivi “diritti conversazionali”.

In questo quadro, le relazioni tra ordinamento nazionale e ordinamento euro-unitario costituiscono senza dubbio la materia oggi più delicata, specie nella fase ancora fluida inaugurata dalla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale. Non intendo intrattenermi qui sulla assai dibattuta problematica della “doppia pregiudizialità”, sulla quale sono proprio i giudici del lavoro, peraltro, a sollecitare ora un chiarimento alla Corte costituzionale (è noto, infatti, che con due recentissime ordinanze la Corte d'Appello di Napoli ha contestualmente sollevato, rispettivamente dinanzi alla Consulta e alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sia la questione di costituzionalità della disciplina in tema di licenziamento collettivo contenuta nel *Jobs Act*, sia la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE). Mi limito piuttosto ad osservare come – specie sulle problematiche maggiormente dibattute in Italia dopo il *Jobs Act* – gli usi della Carta di Nizza si siano rivelati piuttosto prudenti e, forse, senz'altro deludenti (o meglio ininfluenti proprio sulle questioni più significative). Pesano a questo riguardo tutti i limiti del disposto dell'art. 51, par. 1, della CDFUE, alla cui stregua le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'ambito della attuazione del diritto dell'Unione. La rigorosa applicazione di tale previsione ha messo per esempio del tutto fuori gioco l'art. 30 della Carta di Nizza nel giudizio sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015, deciso dalla Corte con la notissima sentenza n. 194/2018.

Piuttosto, in tale sentenza (in termini forse ancor più esplicativi di quanto non avesse fatto con la precedente pronuncia n. 120/2018, sulla libertà sindacale dei militari), la Corte costituzionale si è espressa con riferimento alla Carta sociale europea, strumento finora molto trascurato dai nostri giudici e dalla stessa Consulta, come testimonia lo scarso numero di pronunzie relative alle disposizioni della CSE reperibili nei repertori italiani. La Consulta evidenzia spiccati elementi di

specificità rispetto ai normali accordi internazionali che collegano la CSE alla Convenzione EDU, di cui in qualche modo costituisce “il naturale completamento” sul piano sociale, in ossequio al meta-principio della indivisibilità dei diritti fondamentali. Per queste sue caratteristiche la Carta sociale europea deve qualificarsi come fonte internazionale a pieno titolo, ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost. La Corte costituzionale ha così ammesso le norme della Carta sociale europea fra i parametri interposti, anche se, al contempo, ha delimitato l’impatto della sua stessa pronuncia, precisando che la struttura della CSE – la cui attuazione non è affidata ad un organo propriamente giurisdizionale (tale non potendosi definire il Comitato di esperti dalla stessa istituito) – “si caratterizza prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva, imponendo in tal modo una particolare attenzione nella verifica dei tempi e dei modi della loro attuazione”.

È questa, una precisazione certo non “neutra”, che depotenzia sensibilmente il significato delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, molto attivo in questi ultimi anni nella promozione delle disposizioni della CSE. Temo che avremo modo di verificare presto l’esattezza di tale osservazione a proposito della recentissima decisione sul reclamo collettivo *CGIL c. Italia*, nella quale il Comitato ha concluso nel senso che il d.lgs. n. 23/2015, ovvero la disciplina del contratto a cosiddette “tutele crescenti” (anche come riviste dalla legge n. 96/2018 e dalla citata sentenza n. 194 della Corte costituzionale), viola l’art. 24 della CSE. Dubito fortemente che tale decisione possa rimettere in discussione la diversa valutazione cui è da poco autonomamente pervenuta la Corte costituzionale proprio nella sentenza appena citata. Ma come ho detto avremo modo di verificare a breve la bontà di questa previsione, visto che la Corte è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sul d.lgs. n. 23/2015, sia pure – al momento – limitatamente alla disciplina in tema di licenziamenti collettivi.

3) La diversità fra le tutele apprestate a livello costituzionale e convenzionale ai diritti sociali come può secondo Lei trovare composizione all’interno del processo in cui tali diritti vengono prospettati?

E. Ales

Anzitutto, occorre domandarsi se vi sia poi tutta questa differenza tra le tutele costituzionali e quelle convenzionali, almeno in termini ‘qualitativi’. Una comparazione tra Carta dei diritti fondamentali, Convenzione dei diritti umani e Carta Sociale Europea è stata abbozzata, per i

profili lavoristici, nel volume che ho prima citato (E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier (eds.) *International and European Labour Law*, cit.), sulla base di un'aggregazione contenutistica e ha fornito risultati abbastanza chiaramente orientati nella direzione di una omogeneità, evidenziando alcune differenze ‘quantitative’, dovute, essenzialmente, al diverso periodo storico nel quale i vari strumenti sono stati adottati. Le ultime nate – mi riferisco alla Carta dei diritti fondamentali e alla Carta Sociale Europea (rivista) - hanno potuto sfruttare il ‘vantaggio competitivo’ offerto dallo sguardo su un mondo profondamente diverso da quello degli anni Quaranta e Cinquanta del secolo scorso, riuscendo a cogliere e a fissare in altrettanti precetti giuridici le esigenze dell’essere umano contemporaneo, non solo nella sua dimensione di lavoratore ma anche in quella della sua cittadinanza sociale.

Proprio il riferimento più ampio rispetto ai diritti del lavoro, volto a ricomprendere quelli della persona colta nella sua integralità e nella sua evoluzione *from the cradle to the grave*, costituisce un elemento caratterizzante della nuova esperienza ma anche un momento di necessaria riflessione sulla natura e sul livello di esigibilità dei diritti cosiddetti sociali. A quest’ultima categoria, infatti, dovrebbero essere ascritti quei ‘diritti a prestazione’ che si collocano all’esterno del rapporto di lavoro, proprio in quanto disconnessi dalla sua titolarità e soggetti, quanto alla loro realizzazione, ad una scelta economica operata da parte della collettività di riferimento quanto all’entità del loro finanziamento (E. Ales, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2015, 457). Proprio per il legame alla collettività di riferimento, risulta difficile immaginare una loro realizzazione fondata su una solidarietà di tipo universale che i confini di quella collettività superi in maniera disinvolta. Ne è prova la notevole difficoltà incontrata nell’applicazione del principio di libera circolazione ai cittadini dell’Unione economicamente non attivi (E. Ales, *Il diritto alle prestazioni sociali dei migranti non economicamente attivi: una parola definitiva dalla Corte di Giustizia*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2017, 296).

Ad una valutazione del ‘ragionevolmente praticabile’ (*Commissione c. Regno Unito C-127/05*), sono sottoposti, invece, i diritti dei lavoratori, il riconoscimento dei quali importa l’imposizione sul datore di lavoro di costi economici la cui sostenibilità costituisce uno dei parametri sicuramente presi in considerazione da parte del legislatore. Anche in questo caso, si pone un problema di fonti di produzione del diritto e di soggetti legittimati a gravare il datore di lavoro del costi dei diritti. In questo le diverse carte differiscono e differiscono anche, talvolta profondamente, gli ordinamenti nazionali. La ‘composizione’ è, dunque, un esercizio altamente difficoltoso, soprattutto laddove diverse giurisdizioni con i loro rispettivi organi giurisdizionali

sono chiamate ad interloquire in un dialogo che, sebbene ispirato ad un principio di “costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia” (sentenza n. 269 del 2017 punto 5.2 del Considerato in diritto), difficilmente risulta immune da attriti se non da veri e propri conflitti. Volendo limitare il ragionamento ai diritti dei lavoratori, è evidente che soprattutto le interferenze ammesse dalla Carta dei diritti fondamentali e confermate dalla Corte di giustizia, da parte di altri rami del Diritto dell’Unione, come il Diritto della Concorrenza, non favoriscono l’esercizio di ‘composizione’, richiedendo la ricerca di un bilanciamento ulteriore rispetto a quello già operato dagli Stati Membri sia come parti firmatarie delle carte internazionali e sovranazionali che quali costituenti e legislatori nazionali. Un bilanciamento che va oltre la ‘composizione’ degli interessi di datori di lavoro e lavoratori.

Segnali di conflitto, più o meno palese, sono da rinvenirsi nelle ben note vicende che hanno coinvolto il diritto alla contrattazione e all’azione collettiva (art. 28 CDFUE) a partire dai casi *Viking* (C-438/05) e *Laval* (C-341/05) per arrivare a quello degli ‘orchestrali olandesi’ (*FNV Kunsten Informatie en Media* C-413/13), nel quale la Corte di giustizia, considerando i lavoratori autonomi imprese ai sensi dell’art. 101 TFUE, ha ritenuto compatibile con il Diritto della concorrenza esclusivamente un contratto collettivo che li ricomprenda in quanto ‘falsi autonomi’. Una giurisprudenza, questa, che non tarderà a produrre i suoi effetti sulla normativa di recente adottata a tutela dei *raider* (art. 47-bis e seguenti d.lgs. n. 81 del 2015), qualificati, appunto, dal legislatore italiano, come lavoratori autonomi le cui condizioni economiche di lavoro posso, però, essere determinate dalla contrattazione collettiva.

In conclusione, sembra diventare sempre più complessa la ricerca di una composizione all’interno di un processo che non pare adeguatamente coordinato, la cui unica prospettiva di successo sembra essere affidata al dialogo tra le corti e alla loro capacità di sintonizzarsi su di una frequenza comune talvolta non predisposta dai legislatori che affollano il sistema multilivello di tutela dei diritti sociali e del lavoro.

S. Giubboni

Occorre anzitutto osservare che il dialogo della nostra Corte costituzionale con la Corte di Strasburgo si presenta, per certi versi, ancor più complesso rispetto a quello con la Corte di Lussemburgo, in quanto la prima interviene sempre e soltanto una volta esperiti tutti i rimedi interni, al di fuori di un meccanismo di raccordo diretto, quale si è proficuamente rivelato quello del rinvio pregiudiziale *ex art. 267* del TFUE. Nel rapporto dialogico – e talvolta dialettico (si pensi

in particolare alla citata sentenza *Maggio* e ancor più alla successiva *Stefanetti*) – tra le due Corti è possibile scorgere, comunque, il tentativo – non sempre riuscito in concreto – di individuare un criterio ordinatore il più possibile condiviso.

Questo va oggi in principio rintracciato nell'equilibrio – inevitabilmente dinamico – tra l'affermazione per cui la Corte costituzionale, da un lato, è vincolata ad assumere il significato delle norme della Convezione CEDU quale risultante dalla interpretazione della Corte di Strasburgo e, dall'altro, è pur sempre abilitata ad integrare dette norme, se del caso adattandole con appropriati bilanciamenti, nel sistema costituzionale nazionale, onde assicurarne la complessiva coerenza. Non credo che allo stato siano ragionevolmente immaginabili soluzioni diverse.

Del resto, e per tornare conclusivamente allo specifico punto di vista disciplinare e materiale del diritto del lavoro, non deve esser mai dimenticato che il ruolo del giudice, e delle stesse Alte Corti, per quanto importante, rimane, per così dire, strutturalmente limitato. Specie per i diritti sociali di prestazione o di ripartizione – ovvero per i diritti (più) “costosi” in materia di previdenza e assistenza sociale – è alla legge dello Stato che compete, in definitiva, il compito di trovare la composizione o il compromesso necessario tra le diverse, e contrapposte, istanze in gioco.

Il problema di fondo sta proprio nella crescente difficoltà dei legislatori nazionali – stretti come sono nella “morsa della globalizzazione” (e della *governance* economico-finanziaria europea), per usare l'efficace espressione di Alain Supiot – a far fronte alle domande di protezione sociale che la crisi infinta di questi anni ha persino aumentato, specialmente in un Paese come il nostro, senza dubbio tra i più colpiti. E, a questo riguardo (si veda già il mio *Diritti e solidarietà in Europa*, il Mulino, Bologna, 2012), condivido largamente l'atteggiamento scettico – e in qualche caso apertamente (giustamente) critico – che una parte della dottrina costituzionalistica italiana esprime da tempo nei confronti delle capacità taumaturgiche della “tutela multilivello dei diritti” (penso più di recente al bel libro di Roberto Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018): la quale – affidata com'è essenzialmente al “dialogo tra le Corti” – appare visibilmente impotente di fronte alla progressiva erosione delle forme di protezione sociale sulle quali erano state costruite le fortune del *Welfare State* in Europa. I diritti sociali (specialmente, ma non solo, quelli di “prestazione”) ne sono usciti evidentemente perdenti: come ha scritto, con la consueta efficacia, Massimo Luciani (*Dal caos all'ordine e ritorno*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, pp. 349 ss., qui p. 368), “il giudice non dispone dei mezzi per realizzarli, perché non ha il potere della borsa, sicché rivolgersi esclusivamente a lui significa amputare un pezzo

essenziale del patrimonio costituzionale dei diritti. Se, poi, si aggiunge che la cancellazione della questione del potere dal raggio di attenzione della dottrina costituzionalistica ha determinato una totale disattenzione per il problema fondamentale dei nostri giorni (quello del controllo politico sulla circolazione dei capitali), si capisce bene che per questo approccio culturale la dura realtà di un disordine mondiale fondato sull'ingiustizia sociale e sulla diseguaglianza delle fortune viene tradotta nel quadro idilliaco di un ordine dei diritti umani presidiato da plurime istanze di tutela”.

Il diritto del lavoro rimane, da questo punto di vista, un diritto eminentemente “politico”. Ed il terreno del conflitto distributivo – specie in presenza di risorse finanziarie sempre più scarse negli Stati sociali maturi d’Occidente – resta un campo di lotta, politica e sindacale, determinato in primo luogo dalla forza degli attori politici e sociali che vi operano. La debolezza dei diritti del lavoro dipende, oggi, essenzialmente dallo stato assai sbilanciato di questi rapporti di forza; e, nella prevedibile assenza di un riequilibrio sostanziale degli stessi, sarebbe illusorio – o forse semplicemente sbagliato – pensare che a ciò possa porre rimedio il ruolo, per quanto autorevole, di un’Alta Corte.
