

Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*

Luca Calcaterra

1. Premessa. Il diritto al lavoro nella letteratura giuslavorista	36
2. Diritto al lavoro e tutela contro il licenziamento ingiustificato nella costituzione italiana: il dualismo tra esistenza della tutela e forma della tutela disegnato dalla Corte Costituzionale	43
3. (segue): la discrezionalità del legislatore ordinario, i tentativi di costruire una relazione biunivoca tra Costituzione e art. 18 st. lav. e la necessità di salvaguardare il principio di necessaria giustificatazza del licenziamento	49
4. Diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e diritti sociali nell'ordinamento comunitario: la portata del riconoscimento operato con la Carta di Nizza	55
5. (segue): contenuto essenziale del diritto e carattere compromissorio dell'art. 30 della Carta di Nizza	61
6. Il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e la gerarchia di valori sociali e valori economici nell'ordinamento nazionale ed in quello comunitario. La tollerabilità sul piano costituzionale interno di eccezioni al principio derivanti da fonti comunitarie	64
7. (segue): la tollerabilità sul piano comunitario di eccezioni derivanti da fonti nazionali	68
8. Possibili problemi di raccordo tra fonti in un sistema costituzionale multilivello e conformità di soluzione tra Costituzione nazionale e Carta di Nizza quanto al diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato	73
9. Rilievi conclusivi	77

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 58/2008

1. Premessa. Il diritto al lavoro nella letteratura giuslavorista

Un tratto singolare che accomuna vari studi⁵⁵ sull'art. 4 della Costituzione apparsi nel susseguirsi degli anni è la rilevazione della scarsa attenzione rivolta a questa norma dopo la monografia di Manlio Mazzotti del 1956⁵⁶. Il diritto al lavoro in generale è stato piuttosto trascurato dalla letteratura specialistica⁵⁷, tanto da far dire a Gino Giugni che, pur essendo indubbia la rilevanza dell'art. 4 Cost. come principio fondante di molti degli istituti lavoristici, "del diritto al lavoro si parla poco o niente"⁵⁸. O almeno, come si vedrà di seguito, si parlava poco o niente fino a qualche anno fa, non conferendo, secondo i più, la norma al lavoratore un diritto direttamente azionabile⁵⁹. La recente ripresa di attenzione, a partire dal convegno per i cinquanta anni della Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale⁶⁰, è dovuta in buona parte anche all'impulso del diritto comunitario, in seno al quale ha finalmente, con Amsterdam, trovato una più piena affermazione la dimensione sociale⁶¹, e, più in generale, agli stimoli derivanti dal diffondersi degli studi

⁵⁵ Cfr. G.F. MANCINI, *Sub art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 199 ss., sul punto p. 199; C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema démodé: il diritto al lavoro*, *Pol. Dir.*, 1995, n. 1, p. 3 ss. che esplicita il concetto sin dal titolo del saggio, sottolineando nelle prime righe come "il dibattito dottrinale sul diritto al lavoro – un tempo acceso – sia oggi sopito"; di recente LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 2.

⁵⁶ M. MAZZOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956, che definì il diritto al lavoro il "principio dei diritti sociali" (p. 87). Sia pure tradendone in parte la missione: cfr. C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 143 (nota 65). Di Mazzotti cfr. anche la voce scritta nei primi anni settanta per l'Enciclopedia del Diritto Giuffrè: M. MAZZOTTI, *Lavoro (diritto costituzionale)*, *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 339 ss., sul punto molto sinteticamente a p. 345. Anche l'unica (a quanto consta) altra voce enciclopedica è piuttosto sintetica al riguardo: cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale*, *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1990, sul punto p. 6. In entrambi i casi l'attenzione assai parziale a questo aspetto conferma quanto si va dicendo nel testo, ma si giustifica anche considerando che non si tratta di voci sul diritto al lavoro, bensì di voci relative all'intera disciplina costituzionale: il che impedisce agli Autori di diffondersi su punti specifici.

⁵⁷ Dopo la già citata monografia di Manlio Mazzotti "all'art. 4 non si dedicano più studi monografici" (cit. da LA MACCHIA, *La pretesa cit.*, p. 2). O, almeno, non di giuslavoristi. Alcune voci di commentario, come quella, citata, di Giuseppe Federico Mancini, colmano solo parzialmente il vuoto.

⁵⁸ Cit. da GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale*, in NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, p. 47 ss. qui p. 58 ss. (la cit. da p. 60).

⁵⁹ Per una critica a questa posizione cfr. SALAZAR, *Alcune riflessioni cit.*, p. 5, che ritiene la non azionabilità "l'epilogo necessario di un'indagine condotta dal giurista che affronti le disposizioni contenute nella Carta fondamentale armato degli strumenti forgiati per l'interpretazione delle prescrizioni di livello sub-costituzionale" (anche se poi la stessa A., a p. 14, riconosce l'indispensabilità della normativa sub-costituzionale per l'azionabilità del diritto al lavoro). Discorso, questo, condivisibile, laddove conduce ad accogliere le soluzioni già prospettate prima dell'entrata in vigore della legge 604 dalla più autorevole dottrina costituzionalista (in particolare Crisafulli e Mortati, citati *infra* alle note 33 ss. del paragrafo successivo) quanto alla possibilità di ottenere un sindacato sul licenziamento arbitrario, ma che, come ovvio, non può riguardare la pretesa al conseguimento di una occupazione nei confronti dei pubblici poteri, né la pretesa a che le scelte imprenditoriali siano indirizzate al mantenimento dei livelli occupazionali (sebbene talora si sia tentato di sostenere questa prospettiva, ma non è questa la sede per rinverdire una simile polemica). Sul punto sia consentito il rinvio, per tutti, a MANCINI, *Sub art. 4 cit.*, *passim* e a L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, relazione alle Giornate di studio A.I.D.La.S.S. su Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro, Venezia, 25-26 maggio 2007, di prossima pubblicazione negli atti delle stesse e in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, per ora reperibile su www.aidlass.org, p. 2 ss. della versione disponibile on line.

⁶⁰ Cfr. "Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione": Atti del convegno di studio per il 50° anno della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale; Napoli 8 maggio 1999, Ediesse Roma, 1999 (Suppl. al n. 3/1999 della Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale).

⁶¹ Si v. il contributo monografico di M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia, Brescia, 2000. Sul tema, tra i primi all'indomani della nascita della Carta di Nizza, cfr. anche F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, «Costituzione» europea e diritti sociali fondamentali, *Lav. Dir.*, 2000, p. 281 ss.; S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Ordine economico e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, *St. Urb.*, anno LXIX, 2001/02, nuova serie A, n. 53,4, p. 435 ss.; B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, p. 779 ss. e M. ROCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo in avanti verso l'Unione politica*, *Lav. Dir.*, 2001, p. 329 ss. Per una valorizzazione

internazionalistici sui diritti sociali e sui diritti fondamentali in generale. L'impressione che "sotto la voce diritto al lavoro non esiste un «contenuto bibliografico», cioè un contenuto di studi che sia adeguato e capace di risultati"⁶² può dunque oggi, almeno in parte, correggersi, dando atto che un contenuto bibliografico, sia pure lentamente, si sta formando negli ultimi anni.

Che il diritto al lavoro, comunque declinato, sia un tema difficile, è dato incontrovertibile, confermato d'altronde da discorsi che sono passati alla storia, come quello di Alexis de Tocqueville del 1848, animato dal timore della "minaccia socialista" che sempre può celarsi dietro l'affermazione di un siffatto diritto⁶³. È dunque comprensibile che anche la complessità e la dimensione immediatamente politica del tema abbiano contribuito ad allontanare da esso gli studi giuridici.

La lunga assenza del diritto al lavoro dalle scene della letteratura lavoristica rilevata da Giugni è imputabile a una serie di fattori; tuttavia, l'invito, formulato quasi dieci anni fa da Massimo D'Antona al ricordato convegno napoletano, a prendere "sul serio" il diritto al lavoro⁶⁴ non è rimasto del tutto inascoltato.

Dei due principali piani sui quali la norma costituzionale dell'art. 4 si svolge, quello della promozione delle occasioni di impiego⁶⁵ e quello della tutela dell'interesse del singolo alla conservazione del rapporto di lavoro⁶⁶, prevalentemente il primo pare, ad oggi, avere beneficiato delle attenzioni della dottrina che ha accolto l'invito del rimpianto studioso, sicché continuano a scarseggiare

della dimensione sociale e del ruolo dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, cfr., da ultimo, M.M. MUTARELLI, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 54/2007.

⁶² Cit. ancora da GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni* cit., p. 58.

⁶³ Il celebre discorso, tenuto il 12 settembre 1848 da de Tocqueville all'assemblea costituente francese, è stato di recente ripubblicato in Italia: cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Discorso sul diritto al lavoro*, introdotto da A. BURGIO, manifestolibri, Roma, 1996. Nella lettura prevalente si tratta di un discorso contro il diritto al lavoro. Conf., da ultimo, A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2007, che vi dedica ampio spazio nella parte II del lavoro. Per la verità questa lettura non convince completamente o almeno convince nella misura in cui si guardi al discorso di Tocqueville con gli occhi dell'uomo contemporaneo: a metà ottocento la posizione di un liberale come Tocqueville difficilmente avrebbe potuto essere diversa. Dal discorso emerge anche l'idea di consentire il progresso delle classi che oggi diremmo svantaggiate evitando traumi rivoluzionari (il cui ricordo era ben vivo al tempo e, comunque, ravvivato dalle frequenti sommosse) e, dunque, il tentativo di condurre ad una formulazione più equilibrata della norma della Costituzione francese. Le ragioni del successo di quel discorso stanno sicuramente nella "sua straordinaria consonanza con la cultura borghese dell'epoca" (cit. CANTARO, *Il diritto dimenticato* cit., p. 110), ma anche nel suo individuare un compromesso accettabile per tutti. Anche se è indubbio che quel discorso nei fatti condusse a ridimensionare fortemente l'affermazione del diritto, va notato che il successo delle formulazioni compromissorie è una costante nell'affermazione dei diritti sociali, anche nell'odierno ordinamento comunitario (si preferisce per semplicità in questo scritto utilizzare indifferentemente questa espressione e quella "ordinamento dell'Unione", diversamente da altri autori, quali ad es. CANTARO, *Il diritto dimenticato* cit., p. 62 ss., che mi sembra utilizzi la distinzione per sottolineare il differente peso della dimensione sociale nei due). Si tratta comunque di opinione personale. Non è questa la sede per discuterne. Per maggiore approfondimento si rinvia allo stesso CANTARO, *Il diritto dimenticato* cit., p. 99 ss.; nonché a P. CRAVERI, *Genesi di una costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Guida, Napoli, 1985, part. p. 67 ss.; P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, vol. II, Laterza, Bari-Roma, 2000, part. p. 338 ss.; ed agli studi di F. De Sanctis, tra i quali, in particolare, cfr. F. DE SANCTIS, *Il governo della democrazia in Alexis de Tocqueville*, (Simeone), Napoli, 1984; ID., *Tempo di democrazia: Alexis de Tocqueville*, ESI, Napoli, 1986; ID., *Tocqueville: sulla condizione moderna*, Angeli, Milano, 1993; ID., *Tocqueville: democrazia e rivoluzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000. Tra i giuslavoristi, per qualche cenno alle vicende francesi dell'epoca è in G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale*, in NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1998, p. 47 ss. (proprio nel primo paragrafo).

⁶⁴ D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, RGL, 1999, suppl. al n. 3, p. 15 ss.

⁶⁵ Per considerazioni assai efficaci in merito cfr. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale* cit., part. p. 50 ss.

⁶⁶ La bipartizione che si fa nel testo, tra piano del mercato o collettivo e piano del rapporto o individuale, rappresenta una semplificazione che risponde alla necessità di evidenziare il versante della problematica che ha maggiormente beneficiato delle attenzioni degli

studi specificamente dedicati al rapporto tra il diritto al lavoro sancito nella Carta Costituzionale ed il diritto ad una tutela contro i licenziamenti ingiustificati⁶⁷, come concretizzata nella legislazione ordinaria. L'amplessima letteratura che si è occupata in chiave interpretativa o anche *de iure condendo* della disciplina limitativa del licenziamento ha, in genere, lasciato in ombra il problema dei vincoli che la Costituzione pone al legislatore ordinario.

Da un lato, sulla impostazione degli studi dedicati al diritto al lavoro ha influito la compiutezza della legislazione ordinaria sulla tutela dell'interesse alla conservazione del rapporto (e della dignità del lavoratore nel rapporto), che ha catalizzato le riflessioni degli studiosi assai più del suo fondamento costituzionale. Dall'altro, la difficoltà di risolvere il problema occupazionale e la generale insoddisfazione per gli strumenti normativi destinati ad affrontarlo hanno convogliato gli sforzi della dottrina su questo fronte, nel quale la struttura delle relazioni ed il ruolo dei soggetti coinvolti non consentono, al contrario di quanto accade nell'ambito di un rapporto contrattuale, di affidare al singolo la tutela dei propri interessi⁶⁸. Proprio l'assenza di soluzioni consolidate nella lotta alla disoccupazione ha finito per spingere gli studiosi alla ricerca di modelli di intervento più efficaci e, dunque, a mantenere vivo il contatto con i principi costituzionali fondanti che devono governare quei modelli.

Comunque sia, è un fatto che il diritto al lavoro costituzionalmente riconosciuto nella sua declinazione di diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato non ha beneficiato di particolari attenzioni da parte della dottrina lavorista successiva all'entrata in vigore della l. 604 del 1966⁶⁹, che si è dedicata, e largamente, allo studio delle tutele contro il licenziamento ingiustificato concretamente approntate dal legislatore, lasciando in ombra il problema dei rapporti con il principio costituzionale fondante⁷⁰ o, talora, individuando quest'ultimo, anziché nell'art. 4, nel

studiosi in rapporto a quello che è oggetto di questo studio. Del fatto che si tratti di una semplificazione si è ben consapevoli: per un quadro più completo dei significati ascrivibili al diritto al lavoro cfr., per tutti, E. ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Dir. Lav., 2001, I, p. 111 ss. e S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 46/2006

⁶⁷ Va del resto considerato che anche il citato convegno per i 50 anni della Rivista giuridica del lavoro era intitolato "Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione". Fanno eccezione FLAMMIA, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Angeli, Milano, 1979, p. 225 ss.; NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 207 ss.; APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 182 ss. Ma si tratta prevalentemente di rassegne della giurisprudenza costituzionale. Di taglio diverso è il recente saggio di ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 129 ss.

⁶⁸ La maggiore efficacia della legislazione di tutela del lavoratore nel rapporto è, ovviamente, anche dovuta al fatto che essa conferisce al singolo la possibilità di tutelare in giudizio autonomamente ed in modo efficace i propri interessi, mentre l'interesse alla promozione delle occasioni di impiego non è tutelabile che per il tramite di interventi attivi e promozionali della Pubblica Amministrazione.

⁶⁹ Lo segnala anche MANCINI, *Sub art. 4 cit.*, p. 231, nell'illustrare la posizione di Natoli, Crisafulli, Mortati e altri, che nota come "sull' idoneità del nostro disposto a spiegare rilevanza nel rapporto di lavoro si continuò in effetti a disputare *fino alla metà degli anni '60*, pur senza aggiungere molto alle due tesi che si divisero il campo tra il '50 e il '55" (cit. da p. 231). Sulla diversa questione del riferimento all'art. 41, comma 2 come criterio ermeneutico della disciplina dei licenziamenti, vedi, fortemente critico, M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1980, p. 335 ss.

⁷⁰ Sembra emblematica la prefazione di Mario Grandi alla monografia di Carmen La Macchia sul diritto al lavoro, dalla quale emerge chiaramente la (scarsa) considerazione per la norma costituzionale sotto questo profilo: "Il diritto al lavoro, modernamente inteso e ricondotto all'attualità dei suoi significati attivi, si esprime, dunque, in posizioni di pretesa, *non tanto [...] in relazione alla consecuzione*

riferimento all'utile sociale come limite alla libertà di iniziativa economica inserito nell'art. 41 Cost.⁷¹. I vincoli costituzionali relativi alla definizione delle tutele in caso di recesso datoriale sono rimasti in secondo piano, tanto nella letteratura in materia di diritto al lavoro, quanto in quella relativa ai licenziamenti⁷².

Qualche anno fa un'autrice lamentava il fatto che il diritto al lavoro, pur ponendosi come "antecedente e presupposto necessario"⁷³ di tutte le pretese del lavoratore "riceva attenzione solo indiretta"⁷⁴. Ebbene, oggi pare che una simile osservazione sia da riferirsi assai più alla parte della norma che è presupposto delle tutele contro il licenziamento ingiustificato, che non a quella che governa gli sforzi dei pubblici poteri sul fronte occupazionale, la quale ultima ha, per le varie ragioni cui si è fatto brevemente cenno, conosciuto maggior favore della dottrina.

Superata l'urgenza della fase immediatamente post-costituzionale, nella quale si era lungamente dibattuto sui rapporti tra l'art. 4 Cost. e l'art. 2118 c.c. (che consente il recesso *ad nutum*)⁷⁵, il

e conservazione del lavoro come posto di lavoro, ma in relazione alla messa a disposizione, da parte dei pubblici poteri in primo luogo (ma non solo), di un complesso articolato e selettivo di risorse e di opportunità, sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta, in grado di dare concretezza, secondo il modulo prescrittivo dell'effettività, ai valori personali e sociali inclusi nel diritto" (cit. da GRANDI, *Prefazione*, in LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000, p. XI; il corsivo nella citazione è mio).

⁷¹ Cfr. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 8 ss. che nota come "il tentativo di Natoli, rilanciato successivamente da Smuraglia, D'Antona e Luciani, di riferire il termine alla «sicurezza della propria esistenza» non ha mai avuto seguito nella giurisprudenza costituzionale." (cit. da p. 8). Anche la pregevole relazione di Nogler conferma come la norma focale sia stato l'art. 41 assai più dell'art. 4 Cost.: l'attenzione pare spostarsi, crescendo il dibattito sulla strutturazione dell'organizzazione della produzione che si confronta con la diffusione delle pratiche di decentramento, sulla libertà di iniziativa economica privata e sulla necessità di temperarla con l'utile sociale nelle sue varie declinazioni (sia consentito il rinvio a L. CALCATERRA, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, Mass. Giur. Lav., 2003, p. 602 ss., sul punto p. 613 ss. ove altra bibliografia). Il che ha anche importanti risvolti per il tema della libertà di recesso, poiché ciò di cui si discute è, in definitiva, la libertà del datore di lavoro di dimensionare il suo apparato produttivo e, dunque, di giustificare il licenziamento in base a questa libera scelta (per un riepilogo delle diverse posizioni, cfr. ancora GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti* cit., p. 364 ss.; tra i costituzionalisti, sull'art. 41 Cost. e la strutturazione della produzione cfr., per tutti, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983). Tuttavia, sebbene il tema sia contiguo a quello oggetto di questo studio, più che di diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, essendo acclarata la necessità di una giustificazione, si tratta di selezionare le giustificazioni idonee a sorreggere il licenziamento per la pretesa di armonizzarle con l'utile sociale. Non sempre però le due questioni sono state affrontate come distinte. Fortemente critico verso il riferimento all'art. 41 come fondamento costituzionale della normativa in materia di licenziamenti si mostra MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 240, secondo il quale "se il fondamento costituzionale dei limiti posti al potere di licenziamento [...] fosse da reperire [...] nella tutela di un valore storicamente mutevole com'è l'utilità sociale, nulla potrebbe impedire al legislatore [...] di modificare *in peius* quei limiti o addirittura di rimuoverli senza nulla sostituirvi". Cfr. invece M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, p. 82 ss., che si segnala per l'attenzione al problema del fondamento costituzionale e, condivisibilmente, fonda l'art. 18 St. lav. sul combinato disposto dell'art. 41 cpv. e dell'art. 4 Cost., in un'ottica nella quale questa seconda norma ha una funzione, per così dire, "ancillare" rispetto alla prima. Ambedue gli studi sono comunque accomunati dal tentativo di rendere biunivoca la relazione tra art. 18 e norme costituzionali, come se non solo queste fossero presupposte dall'art. 18, ma la conservazione di quest'ultimo fosse da quelle imposta. Di questa idea, che non può allo stato essere condivisa, ci si occuperà nello svolgimento del lavoro.

⁷² Anche sotto questo profilo si segnala come eccezione il già citato D'ANTONA, *La reintegrazione*, cit., p. 82 ss.

⁷³ L'espressione tra virgolette è di C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *Dir. Lav.*, 1954, I, p. 149, la cit. da p. 160.

⁷⁴ Cit. da LA MACCHIA, *La pretesa* cit., p. 4 (che a sua volta, nel pezzo virgolettato, cita Mortati, citato alla nota che precede questa).

⁷⁵ Cfr., per la tesi sulla incompatibilità della disciplina del recesso *ad nutum* con il nuovo assetto costituzionale, gli autori citati alla successiva nota 35 (Crisafulli, Mortati, Natoli). Verso questa idea è critico R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale* cit., p. 6, secondo il quale "l'indirizzo dottrinale, secondo cui l'art. 2118 c.c. (sul recesso *ad nutum*) dovrebbe ritenersi illegittimo riguardo al licenziamento non giustificato [...] per il ritenuto contrasto con l'art. 4 Cost. [...] non regge di fronte all'obiezione che la norma del codice civile regola diversamente la materia, in base ad una scelta politica non contestabile sotto il profilo della costituzionalità". In realtà è condivisibile l'idea, poi confermata dalla Corte Costituzionale, che l'art. 2118 c.c. non sia costituzionalmente illegittimo in sé considerato, ma che vada superato come disciplina generale del recesso dal rapporto di lavoro, restando quale disciplina per casi specifici e residuali. In altre parole, deve ritenersi che la sussistenza in sé dell'art. 2118 c.c. non sia incompatibile (come appunto

tema è stato quasi abbandonato, per tornare alla ribalta soltanto in occasione dei referendum, che, in un senso o nell'altro, hanno minacciato di rimettere in discussione l'architettura delle tutele contro il licenziamento ingiustificato. All'indomani delle pronunce con le quali la Corte Costituzionale ha dichiarato ammissibili i referendum sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (tanto in senso abrogativo quanto in senso estensivo dell'ambito di applicazione)⁷⁶, quando cioè l'edificio legislativo ha mostrato segni di cedimento e si è ripreso a discutere di forme e modelli di tutela, è riemersa l'urgenza di discutere anche del loro fondamento costituzionale e dei vincoli da questo derivanti⁷⁷.

Anche sul piano comunitario valgono osservazioni di analogo tenore: la focalizzazione dell'attenzione sul piano delle politiche occupazionali assai più che su quello delle tutele relative alla conservazione del rapporto di lavoro, pur previste dalla Carta Sociale Europea e poi dalla Carta di Nizza (quest'ultima poi richiamata dal Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007⁷⁸, e così integrata nel Trattato sull'Unione, sia pure con specificazioni nel protocollo n. 7 sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito), comporta un netto sbilanciamento a favore delle prime della produzione scientifica.

Il dato di fatto con il quale si confronta chi intenda cimentarsi nell'analisi dei profili costituzionali e comunitari della tutela in esame è quindi questo: come nei pochi lavori sull'art. 4 Cost. si fa fatica a trovare parti dedicate al problema della tutela contro il licenziamento ingiustificato e l'impresa diventa impossibile se si cerchino studi che se ne occupino in via esclusiva⁷⁹, così, pur non avendo la pretesa di avere esaurito la sterminata letteratura europea, la bibliografia sull'art. 30

sostiene Scognamiglio) con l'art. 4: il che salva la norma dalla caducazione per illegittimità costituzionale. È invece incompatibile con l'art. 4 Cost. l'assenza di un regime di tutela contro il licenziamento in generale: il che spinge alla predisposizione di una disciplina in tal senso. Lo si chiarirà più oltre nel testo. Un quadro sinottico della dottrina, anteriore e successiva alla l. 604 del 1966, è comunque in MANCINI, *Sub art. 4 cit.*, p. 231 ss. e M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975, p. 35 ss. e (in particolare per il giustificato motivo oggettivo) p. 364 ss. cui si rinvia per ulteriori riferimenti. V. anche, sebbene nel quadro di un discorso più ampio, M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, II, p. 593 ss., di recente ripubblicato nella raccolta M. PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 429 ss., sul punto part. p. 436 ss.

⁷⁶ Si tratta di Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, MGL, 2000, p. 376, con nota di RENDINA; e Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, RIDL, 2003, II, p. 218 ss. con nota di GHIRARDI.

⁷⁷ Ciò è assai ben testimoniato dalla citata relazione di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali cit.* e dagli interventi raccolti nel volume M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, tra i quali si segnalano M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, ivi, p. 1 ss.; O MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, ivi, p. 31 ss.; P. ALBI, *Stabilità del posto di lavoro e accezione "debole" del rapporto di lavoro*, ivi, p. 43 ss.; G. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate*, ivi, p. 53 ss. Ma, in particolare per il tema del fondamento costituzionale anche in rapporto alla dimensione comunitaria, i lavori di Maria Vittoria Ballestrero e Gisella De Simone. Si v. anche L. ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità: dove va l'Europa?*, DLM, 2006, p. 499 ss., che si preoccupa di invalidare il nesso tra flessibilità in uscita dal rapporto di lavoro ed incrementi occupazionali.

⁷⁸ Ai sensi dell'articolo 1, punto 8, del Trattato di Lisbona, l'articolo 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sarà sostituito dal testo seguente: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adattata il [12 dicembre 2007], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni". La Carta, nella versione approvata nel 2007, e le relative "spiegazioni" aggiornate saranno pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

⁷⁹ Salvi, come già detto, quelli di epoca antecedente la l. 604 del 1966.

della Carta di Nizza sembra costituita da scritti piuttosto sintetici, parti di lavori ad oggetto più ampio, quando non da meri incisi.

Questo saggio intende tentare di colmare questo vuoto, in primo luogo, approfondendo specificamente il rapporto tra l'art. 4 Cost. e la tutela contro il licenziamento ingiustificato e, in secondo luogo, confrontando gli esiti dell'analisi con la conformazione che la medesima tutela ha assunto sul piano comunitario.

Il cennato silenzio della dottrina⁸⁰ impone di partire dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e dalla individuazione dei punti fermi fissati dalla Consulta, cui del resto nel nostro ordinamento è affidato il compito di definire l'esatta portata delle norme costituzionali e, dunque, nel nostro caso, l'effettiva costituzionalizzazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato⁸¹.

La scelta di partire dall'esame dei principi emersi dalla giurisprudenza costituzionale si giustifica sicuramente con l'essere questo lavoro destinato ad inserirsi in un progetto di ricerca più ampio, che mira ad un raffronto tra la nostra Carta Costituzionale e le Carte europee quanto allo spazio ed allo spessore della tutela riconosciuta ai diritti sociali, ma è anche il segno di un'opzione metodologica ed interpretativa. Queste le ragioni della scelta.

In primo luogo, la giurisprudenza costituzionale costituisce parametro indefettibile per valutare la legittimità delle compressioni del diritto di cui si tratta che sono presenti nell'ordinamento.

In secondo luogo, è convinzione di chi scrive che il dualismo disegnato dalla Consulta tra esistenza della tutela e forma della tutela sia modello esegetico fondamentale per la corretta comprensione della portata anche delle norme comunitarie che si occupano del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato.

Da ultimo, partire dalla giurisprudenza significa, nella scelta tra il piano assiologico o, se si vuole, della giustizia e quello dell'analisi della realtà, optare decisamente per quest'ultimo. Non che la critica dei valori cui sono improntate le scelte del legislatore non debba interessare il giurista, solo è necessario, ad opinione di chi scrive, evitare commistioni, sempre possibili dati i confini assai sfumati che separano questi piani, che avrebbero come esito una ricostruzione della realtà del diritto distorta dalle opzioni personali dello studioso. Dunque, sintetizzando: si vuole affrontare l'argomento sul piano dell'essere, non su quello del dover essere. Poiché, a tacer d'altro, solo il primo consente un raffronto con le fonti comunitarie utile per comprendere se ed in quale misura

⁸⁰ Di recente interrotto dalla relazione di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit. e dalla ricerca (PRIN 2004) coordinata da Maria Vittoria Ballestrero su *Sviluppo dell'occupazione e tutela del posto di lavoro. La conciliazione possibile tra flessibilità e stabilità*, della quale sono frutto, tra l'altro, gli interventi raccolti nel già ricordato volume M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007.

⁸¹ Ciò, beninteso, non significa che seguirà una rassegna delle sentenze della Consulta. Significa solo che si tenterà di delineare il quadro di riferimento che consente di individuare contenuto e limiti del diritto di cui ci si occupa. Le rassegne, del resto, non difettano in letteratura: cfr. i già citati scritti di FLAMMIA, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Angeli, Milano, 1979, p. 225 ss.; NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 207 ss.; e APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 182 ss.

queste costituiscano un momento di progresso o invece un arretramento rispetto all'assetto del nostro ordinamento.

Passando dall'astratto al concreto, si è ben consapevoli della portata della tutela reale e del fatto che, sul piano pratico e su quello tecnico-giuridico⁸², la cd. stabilità obbligatoria è solo "un modo d'essere della libera recedibilità"⁸³ e che, a rigore, l'unica tutela effettiva e piena del lavoratore ingiustamente licenziato risiede nell'invalidità dell'atto di licenziamento ingiustificato e che la tutela piena del lavoratore licenziato è quanto giustizia richiede. Ciò tuttavia non può indurre a trovare nelle norme quel che in esse non c'è, e siccome quando si parla di norme costituzionali l'arbitro è la Corte Costituzionale, è ad essa che si deve guardare. Ferma, ovviamente, la possibilità di criticarne l'operato.

I due ultimi capoversi faranno storcere il naso a più di un lettore e da più di un punto di vista. Valga dunque uno sforzo per tentare di chiarirne e precisarne ulteriormente il senso. È certo che sul piano ermeneutico la pretesa di trattare dell'ontologia di un fenomeno è un'aspirazione semplicistica, se non una pura assurdità, poiché sempre l'attività interpretativa e applicativa implica delle opzioni valutative⁸⁴. Tuttavia, nell'affrontare lo studio del fondamento costituzionale della tutela contro il licenziamento ingiustificato, il rischio maggiore è che si finisca per imputare alla Carta fondamentale le proprie opzioni assiologiche: e per evitare che ciò accada si deve necessariamente partire dalla norma come interpretata dalla Corte Costituzionale e considerare questa, per convenzione, come dato oggettivo. Dunque, quel che si è detto circa l'intenzione di occuparsi dell'assetto delle tutele in rapporto alla Carta fondamentale per come esso è, e non per come dovrebbe essere o sarebbe giusto che sia, non significa "disconoscere che le scelte di valore giocano un ruolo essenziale in fase applicativa", ma, al contrario, "obbligare il giudice e, più in generale, l'interprete ad esplicitare le scelte stesse", evitando, in questo caso, che esse siano masche-

⁸² Su quello teorico, invece, tra la stabilità obbligatoria e la libera recedibilità corre l'affermazione del principio di necessaria giustificazione del licenziamento, principio sul quale anche nel contesto sovranazionale è largo il consenso e che, in termini di civiltà giuridica, costituisce senza dubbio un passo fondamentale nell'evoluzione della disciplina. Che poi vada "approfondito il grado di effettività da assicurare negli Stati nazionali a principi ormai maturi, come quello della non arbitrarietà dei licenziamenti" (cit. da L. ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità, dove va l'Europa?*, DLM, 2006, p. 499 ss., la cit. da p. 510) è idea pienamente condivisibile e forse auspicabile, ma che si scontra con una resistenza di molti paesi, la stessa resistenza della stessa matrice di quella che ha fatto naufragare il progetto di trattato costituzionale per l'UE.

⁸³ Cit. da G.F. MANCINI, *Sub art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli - Il Foro italiano, 1972, p. 243 ss. (la citazione da p. 245).

⁸⁴ Come l'attività di comprensione non può essere immune dalla precomprensione che deriva dal patrimonio culturale e di conoscenza o, se si vuole, dalla *Weltanschauung* del soggetto che comprende, così quella di applicazione non può essere intesa come attività asettica ed oggettiva, ma sempre risente delle idee di chi applica la norma. Anzi, più che nella prima, in questa seconda attività il soggetto ha la possibilità di esercitare, anche essendone pienamente consapevole, il proprio arbitrio. Cfr., per tutti, J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. a cura di S. PATTI e G. ZACCARIA, ESI, Napoli, 1983. Ma si tratta ormai di concetti scontati in filosofia del diritto e teoria dell'interpretazione: per avvedersene, è sufficiente una scorsa agli indici della rivista *Ars Interpretandi* e la lettura di qualcuno dei tanti saggi sull'argomento, nelle sue varie sfaccettature, in essa pubblicati negli ultimi anni. Si v. www.arsinterpretandi.it. Cfr. anche F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

rate o, meglio, presentate come proprie del legislatore costituente e necessitate per quello ordinario⁸⁵.

2. Diritto al lavoro e tutela contro il licenziamento ingiustificato nella costituzione italiana: il dualismo tra esistenza della tutela e forma della tutela disegnato dalla Corte Costituzionale

La dottrina, nella maggior parte dei casi in cui si è occupata dei profili costituzionali della tutela contro i licenziamenti, sembra essersi posta più nella prospettiva di ricercare una giustificazione costituzionale di scelte già fatte dal legislatore ordinario⁸⁶, che non in quella di comprendere di quali vincoli quelle scelte risentano. In altri termini, si è considerata la normativa costituzionale più in quanto presupposto e fondamento della legislazione ordinaria, che non quale fonte sovraordinata, rispetto alla quale chiarire quale sia il livello minimo compatibile di tutela. Sebbene, in parte, sia ovvio che in tempo di abbondanza non si pensi alla carestia e, fuor di metafora, naturale che considerato l'elevato livello di tutela presente nel nostro ordinamento non ci si sia occupati di soglie minime di tutela, quella che può apparire come mera questione di prospettiva ha fatto sì che l'interesse per la normativa costituzionale in sé considerata scemasse. E la rilevanza di questa prospettiva emerge ancor più oggi, nel confronto con la normativa sopranazionale.

La Consulta ha avuto modo di tornare più volte sui rapporti tra la norma costituzionale in oggetto e il recesso datoriale dal rapporto di lavoro nell'ottica dei vincoli che dalla prima discendono⁸⁷. Sebbene, infatti, siano vari gli istituti ricollegabili all'esigenza di garantire la conservazione del rapporto di lavoro (si pensi ad es. alla sospensione del rapporto⁸⁸), l'art. 4 sembra essere richiamato prevalentemente nella giurisprudenza costituzionale sui licenziamenti.

La presenza nella Costituzione di una norma sul diritto al lavoro condusse presto la dottrina ad interrogarsi sulla legittimità di una disciplina che consentisse, come fa l'art. 2118 c.c., il recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro⁸⁹, lasciando il prestatore esposto al rischio di ritornare sul mer-

⁸⁵ In questo l'approccio scelto è conforme all'esortazione di L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., dal quale sono tratti entrambi i pezzi citati tra virgolette (cfr. p. 2 della versione presente online).

⁸⁶ E facendo riferimento, come si è detto al paragrafo precedente, più all'art. 41 che all'art. 4 della Costituzione o, al limite, al combinato disposto dei due: cfr., anche su questo aspetto, le osservazioni di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 7 ss. (sempre della versione disponibile on line).

⁸⁷ Per una rassegna di maggiore dettaglio delle pronunce della Consulta cfr. i già citati FLAMMIA, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Angeli, Milano, 1979, p. 225 ss.; NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *L'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 207 ss.; APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 182 ss. A questi lavori si rinvia anche per la bibliografia relativa alle singole pronunce. Per le sentenze più recenti, in un'ottica particolare, v. il saggio di P. ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 129 ss.

⁸⁸ Si v. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, Dir. Lav., 1954, I, p. 149 ss., sul punto p. 169.

⁸⁹ Per tutti, cfr. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, Riv. Giur. Lav., 1951, I, p. 161 ss., sul punto 168 ss. secondo il quale (p. 170) l'art. 4 funziona come norma programmatica che impone uno scopo al legislatore ordinario e, al tempo stesso, come criterio interpretativo delle norme vigenti (tra cui l'art. 2118 c.c., anche se l'A. non specifica poi in che senso: ma è agevole dedurre che sia appunto in quello di cui si dice qui sopra nel testo, vale a dire nel senso della preclusione della legittimità di licenziamenti arbitrari); lo scritto è ripubblicato in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952; MORTATI,

cato anche per semplice capriccio della controparte, con le ovvie conseguenze sulla sua vita familiare e sociale. La tesi secondo la quale il diritto al lavoro, benché norma programmatica⁹⁰, doveva necessariamente implicare anche un divieto di licenziamenti illegittimi o arbitrari, in origine minoritaria⁹¹, non tardò a prevalere, una volta chiarito dalla Corte Costituzionale⁹² che il legislatore doveva ritenersi vincolato alla predisposizione di una disciplina limitativa del recesso idonea ad “assicurare a tutti la continuità del lavoro” attraverso la individuazione di “doverose garanzie” e di “opportuni temperamenti” per i casi in cui il licenziamento si renda comunque necessario⁹³. E ciò pur non potendo l’art. 2118 c.c. ritenersi costituzionalmente illegittimo poiché

Il lavoro nella costituzione cit., p. 169 ss. secondo il quale (p. 171) si tratta sostanzialmente di ammettere la sindacabilità del recesso in situazioni assimilabili all'eccesso di potere amministrativo o, comunque, si direbbe, all'abuso del potere di recesso stesso; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955; ID., *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso* «ad nutum», Riv. Giur. Lav., 1951, n. 3.

⁹⁰ Sul valore delle norme costituzionali programmatiche in materia di lavoro è tornato proprio di recente C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, Riv. Giur. Lav., 2007, I, p. 425 ss., part. p. 433 s., che traccia poi un bilancio sullo stato di attuazione e sull'effettività dei principi in materia di lavoro (p. 434 ss.).

⁹¹ Cfr. M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975, spec. p. 40 ss., che segnala come, essendo minoritaria, la tesi dell'interpretazione costituzionale rimase esclusa non solo dal dibattito dottrinale, ma anche dalla verifica nell'esperienza giurisprudenziale (cfr. p. 41). Esperienza nella quale, lo segnala la stessa A. (cfr. p. 40), godeva di favore la tesi dell'irrelevanza dei motivi del recesso *ad nutum*.

⁹² Cfr. Corte Cost. 9 giugno 1965, n. 45, *Giur. Cost.*, 1965, p. 655, con nota di CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum* (p. 663 ss.). Anche Giugni presenta questa sentenza come l'origine della disciplina dei licenziamenti (è bene ribadirlo anche se può sembrare ovvio, poiché vi è anche chi dubita del fatto che la disciplina in questione possa essere considerata attuativa del dettato costituzionale): v. G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni* cit., p. 60 s. Sulla sentenza in questione e sul valore delle affermazioni in essa contenute cfr. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 16 ss.

⁹³ Prima dell'intervento della Consulta le cose stavano ben diversamente, almeno quanto alle conseguenze sanzionatorie: cfr. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione* cit., p. 170, secondo il quale l'opinione dominante in dottrina alla metà degli anni '50 (il saggio di Mortati è del '54) “è nel senso di ritenere che solo limite per la risoluzione del rapporto nel caso prospettato sia il dovere di preavviso, con il conseguente obbligo in caso di violazione del risarcimento limitatamente al periodo di preavviso” (cit. da p. 170, I colonna). Per questa posizione cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Diritto del lavoro* (Jovene, Napoli?), 1952, p. 195 (citato da MORTATI, *op. loc. cit.*). Per un riepilogo della situazione antecedente la sentenza 45 del 1965 cfr. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro* cit., p. 143 ss. (p. 147 ss. per le conseguenze sanzionatorie), il quale, pur segnalando come la dottrina prevalente fosse di diverso avviso, afferma: “sotto qualunque profilo si esamini la questione, la conseguenza non può che essere quella della nullità dell'atto di recesso. Le ipotesi di contrasto con le norme imperative, di frode della legge, di motivo determinante illecito, di abuso del diritto, di sviamento del potere, e così via, conducono tutte, inevitabilmente, a ritenere la nullità dell'atto; il quale pertanto deve essere considerato come improduttivo di effetti”. Sulla stessa linea v., più di recente, F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli, 1982, p. 79 ss., che ipotizza vi siano ancora oggi gli spazi per un discorso sulla invalidità del licenziamento assolutamente ingiustificato “anche fuori dalla sfera di applicabilità della legge sui licenziamenti” (cit. da p. 81). L'idea che da una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2118 c.c. potesse discendere una tutela assai più incisiva di quella assicurata dalla l. 604 del 1966 è indirettamente confermata anche dalle osservazioni, ad altro proposito (il discorso è relativo alla spettanza dell'indennità di anzianità), di ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti* cit., p. 133 ss., che, se non altro, dimostrano come la l. 604 non possa essere considerata da vari punti di vista vantaggiosa per i lavoratori (anche se v., fortemente critica, DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 62). Chiaramente prescindendo dall'affermazione, fondamentale conquista di civiltà giuridica, del principio della giustificazione necessaria del licenziamento. Più in generale, sulla dottrina del periodo precedente la l. 604, cfr. ancora GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti* cit., spec. p. 35 ss., ma che in tutto il primo capitolo fornisce con notevole chiarezza il quadro, non solo dottrinale, della questione; su piano diverso cfr. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, part. p. 135 (il testo sopra la nota 7), ove considera siano risultati vani gli sforzi della dottrina di trarre dall'art. 4 della Costituzione l'esclusione della libertà di licenziamento. Non del tutto vani, per vero, dal momento che la Corte Cost. 45 del 1965 può a buon diritto considerarsi prodotta anche da quel dibattito. Anche se è chiaro (e condivisibile) il senso nel quale l'A. intende la frase, cioè che quella dottrina non prevalse prima dell'intervento della Corte Costituzionale. V. poi anche il par. 7 del cap. II, p. 84 ss. per l'inquadramento della questione nell'ambito del dibattito sull'uso della categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato. Su quest'ultimo punto si ricorda il fondamentale studio di L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 207 ss. (ma risultano anche edizioni del 1964 e del 1976).

non espressivo di un principio generale dell'ordinamento (stante la presenza di una contrattazione collettiva e di interventi legislativi settoriali limitativi del potere datoriale di recesso).

L'intervento della Consulta trovò prontamente risposta nell'approvazione della legge 604 del 1966, che introduce nella legislazione ordinaria il principio di necessaria giustificazione del licenziamento⁹⁴. Un intervento normativo che, benché criticabile per la tenuità dell'apparato sanzionatorio e per l'esiguità dell'ambito di applicazione, va apprezzato nella sua fondamentale importanza per l'affermazione del principio e per la rottura di una situazione nella quale era ormai chiaro come "la politica legislativa di conservare una libertà di licenziamento solidale agli interessi immediati della ristrutturazione capitalistica del dopoguerra non fosse aggirabile con la sola utilizzazione di strumenti interpretativi, tecnicamente validi, ma destinati a scontrarsi con la compattezza di un sistema normativo in cui la costituzione entrava solo come «promessa tradita»"⁹⁵. Dunque, un intervento che consentì l'avvicinamento ai valori costituzionali della disciplina in materia di licenziamenti⁹⁶.

Una parte della dottrina legge l'assunto della Consulta in chiave di strumentalità del diritto al lavoro rispetto all'obiettivo del pieno impiego⁹⁷. Questo nesso sussiste certamente; tuttavia, da esso non discende la conseguenza che quella dottrina pretende di trarne, e cioè che il principio dell'art. 4 Cost., può "coesistere con un assetto di piena e libera recedibilità dal contratto di lavoro"⁹⁸. Anche in regime di piena occupazione, come si è appena visto citando la Consulta, va fatta salva la necessità di assicurare la continuità dell'impiego, circondando di opportune garanzie

⁹⁴ Cfr. ancora G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni* cit., p. 60 s.

⁹⁵ Cit. da GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti* cit., p. 44.

⁹⁶ *Contra* DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 61, secondo la quale la l. 604 non può essere letta come intervento di costituzionalizzazione della disciplina del recesso, "posto che tra l'entrata in vigore della Costituzione e l'entrata in vigore della legge n. 604/1966 è intercorso un significativo lasso di tempo". La posizione è degna di ogni considerazione e ancor più lo sarebbe se la si fondasse, come pure è stato da altri fatto, sull'essere la tutela obbligatoria mero modo di essere della libera recedibilità (v. MANCINI, *Sub art. 18* cit., p. 245); tuttavia, l'opinione espressa nel testo fonda sul fatto che la l. 604 è il frutto della sentenza n. 45 del 1965 (nello stesso senso, cfr. ancora G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni* cit., p. 60 s.), con la quale la Corte Costituzionale pose fine ad un dibattito, quello sulla compatibilità tra art. 2118 c.c. e Costituzione, che durava da anni ed il cui esito, in assenza di quella presa di posizione della Consulta, sarebbe stato con ogni probabilità l'opposto. La l. 604, ad opinione di chi scrive, non fa che seguire quella presa di posizione, recependo in buona parte anche l'elaborazione dei contratti collettivi e mutando così il corso che l'evoluzione dottrinale stava dando alla conformazione della disciplina. Cfr. anche, in diversa prospettiva (che peraltro conferma indirettamente quanto si sostiene nel testo), PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto* cit., p. 443, che osserva come gli interventi della Corte Costituzionale prima e del legislatore poi possano essere letti come frutto della elaborazione dottrinale del periodo immediatamente postcostituzionale: "probabilmente proprio la circostanza che la dottrina, nel corso degli anni cinquanta, sia stata in grado di superare il condizionamento derivante dalle concezioni tradizionali di cui si è detto, unitamente al contemporaneo tentativo di dare rilievo all'illiceità dei motivi del licenziamento, costituirono la premessa culturale che consentì al legislatore, per la prima volta nel 1963, di porre un limite assoluto al licenziamento per causa di matrimonio sancendo la nullità. E su questa via la legge ha poi proseguito sancendo nel 1966, la nullità dei licenziamenti determinati da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali e poi, nel 1970, l'invalidità di ogni licenziamento non determinato da giustificato motivo o da giusta causa" (cit. da p. 443).

⁹⁷ Si tratta di PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1996, p. 63, secondo il quale l'impostazione data al problema dalla Consulta implica la necessità "di un indirizzo politico che vincola lo Stato a determinare comunque, con tutti gli strumenti che ha a disposizione, una situazione di pieno impiego"; obiettivo, questo, "che non comporta, di per sé, la necessità di instaurare o no un determinato regime per quanto attiene alla risoluzione del contratto di lavoro", anche se "una limitazione del recesso potrà essere opportuna e forse costituzionalmente doverosa in base ad altri principi" (tutte le citt. sono da p. 63).

⁹⁸ Cit. ancora da PERA, *Diritto del lavoro* cit., p. 63.

la facoltà di recesso datoriale: a prescindere dalla concreta possibilità di trovare facilmente e rapidamente un nuovo impiego, qui è in gioco la dignità del lavoratore nel rapporto e la necessità di considerare l'occupazione non come mera variante macroeconomica, ma come strumento di garanzia dello sviluppo della persona. Il Costituente, deve ritenersi, tutela il diritto al lavoro non in quanto tale, ma conscio dell'essere il lavoro il primo strumento di promozione dello sviluppo dell'individuo, come singolo e nel contesto sociale nel quale vive. Non a caso l'art. 4 segue immediatamente il comma 2 dell'art. 3, che assegna alla Repubblica il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Anzi, da questo punto di vista potrebbe dirsi che l'art. 4, comma 1 interviene a chiarire e specificare quanto discende già naturalmente dal testo del secondo comma dell'articolo precedente⁹⁹.

Per questa ragione, a tacer d'altro, deve essere adeguatamente valorizzata la parte della citata pronuncia della Corte Costituzionale che fa esplicito riferimento alla necessità di circondare la facoltà datoriale di recesso di opportune cautele, atte a garantire che il licenziamento sia adottato solo quando "si renda necessario". Il che significa che è ben vero che l'art. 4 nulla impone in termini di forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato, e questo assunto può ormai dirsi consolidato nella giurisprudenza costituzionale, ma è altrettanto vero che impone una qualche tutela, quale che ne sia la forma, essendo la relativa scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario. Dunque, dall'art. 4 non discende "un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto"¹⁰⁰, ma discende per il legislatore la necessità di approntare una disciplina che consenta il recesso quando sia necessario, vale a dire quando non sia arbitrario. Ciò è a dire che la norma costituzionale in discorso non impone un particolare regime o apparato di tutela, non riguarda la forma della tutela, che resta nella discrezionalità del legislatore ordinario, ma impone solo la preclusione del licenziamento arbitrario e, dunque, la sindacabilità del recesso e l'esistenza di una qualsivoglia tutela contro il licenziamento ingiustificato¹⁰¹.

Quanto precede non significa la messa al bando di tutte le ipotesi di licenziamento *ad nutum*; significa solo che tali ipotesi non possono costituire espressione di un principio generale del nostro ordinamento e, quindi, vanno correlate a specifiche esigenze sottostanti le relative fattispecie, che il legislatore ordinario ha ritenuto degne di considerazione. Un caso venuto in rilievo nella

⁹⁹ Conf. PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 90 s.; per il riferimento all'art. 3, comma 2 Cost., tra i lavoristi, cfr. anche D'ANTONA, *La reintegrazione* cit., p. 85 e, molto prima, SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema* cit., p. 45 ss. (part. pp. 48-49). Ma si tratta di affermazione assolutamente condivisa, per il che sarebbe impossibile (e forse neanche utile) dare conto di tutti coloro che se ne sono occupati.

¹⁰⁰ Cfr. Corte Cost. n. 81 del 1969, *Giur. Cost.*, 1969, p. 1150.

¹⁰¹ Cfr. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 16 ss., secondo il quale l'affermazione che il licenziamento deve essere consentito quando è necessario fonda le regole del *repêchage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento: "si afferma spesso riduttivamente che la garanzia costituzionale riguarderebbe la sola garanzia per il lavoratore di non subire un licenziamento ingiustificato. Indipendentemente dallo spazio di discrezionalità che viene riconosciuto al legislatore, sul quale tornerò nel § 14, la giustificazione è però nella giurisprudenza costituzionale sempre in funzione della stabilità. Sicché è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3, l. n. 604 del 1966 contribuisce alla configurazione delle regole del *repêchage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento" (cit. da p. 17-18).

giurisprudenza costituzionale è quello del recesso *ad nutum* in pendenza del periodo di prova¹⁰²: qui è chiaro che la libera recedibilità, intesa come libera valutazione dell'esito della prova, è ontologicamente connaturata alla (e quindi necessitata dalla) funzione stessa dell'istituto.

Più in generale sembra potersi dire che quella appena descritta è la posizione assunta dalla Consulta nel corso del quarantennio successivo alla citata sentenza n. 45 del 1965. L'art. 4 non impone né l'opzione per una certa forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato (reale od obbligatoria)¹⁰³, né l'assolutizzazione del principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, vale a dire la completa scomparsa dall'ordinamento di ipotesi di libera recedibilità dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato¹⁰⁴. Ciò che però la norma costituzionale impone è, come si è detto, che queste ultime ipotesi vedano una giustificazione di fondo per la permanenza in esse della regola del libero recesso o, in altri termini, che il rapporto regola-eccezione sia ricostruito nel senso che la prima è costituita dalla l. 604 del 1966 e dal principio in essa contenuto.

Benché l'intervento del legislatore, con lo Statuto dei lavoratori prima e con le leggi 11 maggio 1990, n. 108 e 23 luglio 1991, n. 223 poi, sia valso a consolidare l'assetto descritto, non si può dire che la questione abbia valore meramente storico o teorico¹⁰⁵, poiché l'esatta delimitazione della portata dell'art. 4 Cost. resta fondamentale per delineare gli argini ad eventuali mutamenti della legislazione, dovuti tanto all'iniziativa parlamentare, tanto a quella popolare attraverso gli istituti di democrazia diretta¹⁰⁶.

A conferma della lettura che si sta dando della giurisprudenza costituzionale possono essere ricordate alcune tra le più note sentenze con le quali la Consulta nel corso del tempo ha affrontato il problema da diversi punti di vista. Sentenze nelle quali la Corte Costituzionale ha ribadito, da un lato, la discrezionalità del legislatore ordinario nella scelta del regime di tutela contro il licenziamento ingiustificato e, dall'altro, la legittimità di ipotesi di libero recesso, purché giustificate da esigenze obiettive.

Tra le sentenze nelle quali la Consulta ha difeso la discrezionalità del legislatore ordinario nella scelta della forma di tutela applicabile contro il licenziamento ingiustificato si può ricordare la

¹⁰² Cfr. Corte Cost. n. 180 del 1980, *Giur. Cost.*, 1980, p. 1629.

¹⁰³ Cfr. Corte Cost. 19 giugno 1975, n. 152, *Giur. Cost.*, 1975, p. 1389; Corte Cost. 8 luglio 1975, n. 189, *Giur. Cost.*, 1975, p. 1514; Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 2, *Giur. Cost.*, 1986, p. 9; Corte Cost. 14-26 gennaio 1988, n. 106, *Giur. Cost.*, 1988, p. 319. In dottrina, da ultimo, cfr. S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali* cit., p. 12 s.

¹⁰⁴ Oltre il caso del periodo di prova vanno ricordate le prime pronunce sull'art. 345 c.nav.: cfr. Corte Cost. n. 120 del 1975, *Giur. Cost.*, 1976, p. 911; Corte Cost. 26 maggio 1976, n. 129, *Mass. Giur. Lav.*, 1976, pp. 319 e 667 con nota di LONGOBARDI, *Disciplina dei licenziamenti individuali e statuto dei lavoratori in tema di risoluzione dei contratti di lavoro nella navigazione marittima ed aerea*. Anche se, è bene sottolinearlo, si tratta di orientamento poi superato: Corte Cost. 26 marzo 1987, n. 96 (*Mass. Giur. Lav.*, 1988, p. 242 con nota di LONGOBARDI, *La disciplina dei licenziamenti individuali del personale della navigazione marittima nel nuovo orientamento della Corte Costituzionale*) ha esteso infatti l'applicazione dell'art. 18 st. lav. anche al personale di mare delle imprese di navigazione; Corte Cost. 17 gennaio 1991, n. 41 (*Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, II, p. 258, con nota di MARIANI) ha fatto lo stesso per il personale delle imprese di navigazione aerea. Sul punto cfr. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro* cit., p. 201 s.

¹⁰⁵ Sembra invece di questo avviso PERA, *Diritto del lavoro* cit., p. 62 s., secondo il quale "la questione [...] ha perso, in parte, interesse concreto (non in termini teorici; di principio), a seguito del recente superamento del principio del recesso *ad nutum*".

¹⁰⁶ Ed infatti la norma è venuta in rilievo nel vaglio di ammissibilità dei referendum sull'art. 18: cfr. Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, MGL, 2000, p. 376, con nota di RENDINA; e Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, RIDL, 2003, II, p. 218 ss. con nota di GHIRARDI.

sentenza n. 194 del 1970¹⁰⁷, con la quale la Corte ha respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. 604 del 1966, e le altre sentenze nelle quali essa ha rigettato le eccezioni di incostituzionalità relative ai limiti fissati dall'art. 35 st. lav. all'ambito di applicazione della tutela reale¹⁰⁸. Tra quelle che invece hanno ribadito la compatibilità con la norma costituzionale di ipotesi di libero recesso, oltre a quella già citata relativa al recesso durante il periodo di prova, possono ricordarsi le sentenze sul licenziamento del lavoratore che abbia conseguito il diritto alla pensione, statuendo la legittimità della previsione del recesso *ad nutum* nei confronti di lavoratori ultrasessantacinquenni con diritto al trattamento pensionistico¹⁰⁹ e, per converso, la illegittimità della medesima previsione quando il lavoratore, benché ultrasessantacinquenne, non abbia comunque diritto al trattamento¹¹⁰. O anche quelle relative alla disciplina del licenziamento dei lavoratori domestici¹¹¹.

In sostanza, dunque, e salvi i casi nei quali ritiene legittima, in via residuale e per effetto di speciale giustificazione, la previsione del libero recesso, la Corte Costituzionale sembra essersi orientata nel senso di far discendere dall'art. 4 della Costituzione un diritto del lavoratore a non subire un licenziamento arbitrario, non radicalizzando la portata della norma fino a farne discendere un diritto ad una determinata forma di tutela, ma in linea di massima richiedendo che il sacrificio dell'interesse del lavoratore alla conservazione del rapporto sia dettato da obiettive esigenze della controparte e non da puro capriccio o motivo illecito¹¹². Medesima impostazione la Corte segue quando ritiene legittima la libera recedibilità in costanza della prova, salvaguardando così la discrezionalità del datore di lavoro quanto alla valutazione dell'esito: è una discrezionalità che va intesa limitata dalla funzione dell'istituto nell'ambito del quale si esplica. Al tempo stesso la Consulta ha dimostrato di volere tenere conto dell'interesse del prestatore, fino al punto da enucleare dalla norma costituzionale un vincolo per il legislatore ordinario, ma solo se e nella misura in cui il rapporto di lavoro costituisca effettivamente la principale fonte di reddito, tanto appunto

¹⁰⁷ Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 194, *Giur. Cost.*, 1970, p. 2222.

¹⁰⁸ Cfr. le pronunce citate *supra* alla nota 49.

¹⁰⁹ Cfr. Corte Cost. 1 febbraio 1983, n. 15, *CS*, 1983, I, 178 e 1985, II, 871 con nota di NODARO, *Ancora sulla costituzionalità del licenziamento ad nutum del lavoratore pensionato*) secondo la quale l'assenza di tutela contro il licenziamento è giustificata dal fatto che il diritto alla percezione del trattamento pensionistico rappresenta per l'anziano "una sufficiente ed obiettiva ragione di esclusione della garanzia di stabilità dell'impiego".

¹¹⁰ Cfr. Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 176, reperibile su www.cortecostituzionale.it

¹¹¹ Cfr. Corte Cost. 5 febbraio 1974, n. 27, *Giur. Cost.*, 1974, I, p. 94; Corte Cost. 14 gennaio 1976, n. 9, *Giur. Cost.*, 1976, I, p. 46; Corte Cost. 7-15 marzo 1994, n. 86, *Giur. Cost.*, 1994, I, p. 838, con nota di PICCININNI, *Specialità del rapporto di lavoro domestico e tutela della lavoratrice madre contro il licenziamento*, *Giur. Cost.*, 1994, II, p. 2981; Corte Cost. 8-12 luglio 2002, n. 334, *Giur. Cost.*, 2002, II, p. 2562.

¹¹² Diversamente SALAZAR, *Alcune riflessioni cit.*, p. 13 ss., che, dopo avere condivisibilmente distinto, nell'ambito dell'art. 4, tra il principio – riconoscimento del diritto al lavoro – ed il programma – promozione delle condizioni che rendano effettivo tale diritto (p. 14), parla di stabilità del lavoro come fosse sinonimo di giustificatezza e senza distinguere il profilo dell'esistenza della tutela da quello della forma di tutela. Neanche ci si sente di condividere la valutazione della confusione del legislatore della l. 604 (p. 16) e l'affermazione della impossibilità di un'abrogazione secca delle norme attuative del diritto alla stabilità (considerazione smentita dalla recente valutazione di ammissibilità di un referendum abrogativo dell'art. 18: cfr. la già citata Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46); a meno che per abrogazione secca si intenda l'abrogazione di ogni forma di tutela (ma l'A., invero, cita solo lo Statuto e la l. 108/90, con il che sembra si riferisca alla stabilità reale, dunque alla forma della tutela e non alla esistenza in sé della tutela).

da considerare legittima l'esclusione di qualsiasi tutela a favore del lavoratore che abbia diritto alla percezione di un trattamento pensionistico¹¹³.

3. (segue): la discrezionalità del legislatore ordinario, i tentativi di costruire una relazione biunivoca tra Costituzione e art. 18 st. lav. e la necessità di salvaguardare il principio di necessaria giustizia del licenziamento

Il vincolo al legislatore ordinario che risulta da questa giurisprudenza costituzionale sembra, nel complesso, il frutto di un adeguato bilanciamento tra le esigenze di dinamismo e flessibilità della parte datoriale e quelle di tutela della parte debole del rapporto. Di fronte a questo assetto interpretativo consolidato da oltre quaranta anni di pronunce, la dottrina – pur non priva di voci contrarie a ritenere costituzionalmente necessario persino il minimo di tutela considerato indefettibile dalla Consulta¹¹⁴ – ha proposto ricostruzioni che potessero dimostrare l'esistenza del vincolo costituzionale non solo quanto alla sussistenza di una tutela contro il licenziamento ingiustificato, ma anche alla forma che questa tutela deve assumere, in particolare cercando di configurare l'indefettibilità e quindi l'immodificabilità della tutela reale¹¹⁵ secondo una linea interpretativa che è stata poi definitivamente smentita, come si è detto, dalla Corte Costituzionale nelle sentenze che nel 2000 e nel 2003 hanno dichiarato ammissibili i referendum (di segno opposto) abrogativi (in tutto o in parte) dell'art. 18 st. lav.¹¹⁶.

Il tentativo di cui si tratta merita comunque qualche ulteriore considerazione, poiché il "desiderio" di rinvenire un vincolo costituzionale siffatto sembra, comprensibilmente, diffuso ancora oggi nella dottrina. Esso fonda sull'idea di un rapporto biunivoco tra le norme costituzionali e l'art. 18 st. lav., come se non solo le prime fossero presupposte dall'art. 18, ma la conservazione di quest'ultimo fosse da esse imposta. Idea, questa, che, per quanto brillantemente sostenuta, non può essere condivisa. A prescindere dal fatto che la norma costituzionale di riferimento sia individuata nell'art. 4, come sembra preferibile, o nell'art. 41 e nel limite dell'utile sociale quale criterio di indirizzo dell'attività economica privata (idea criticata per la variabilità di quel limite, che

¹¹³ Sembrano sostanzialmente confermare questo ordine di idee le successive Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 331, su www.cortecostituzionale.it; Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 60, Riv. It. Dir. Lav., 1992, II, 14, con nota di MARIANI; Corte Cost. 15 luglio 1993, n. 318, *Giur. Cost.*, 1993, 2580; Corte Cost. 17 marzo 1995, n. 86, *Mass. Giur. Lav.*, 1995, 150, con nota di PELAGGI; Corte Cost. 4 dicembre 2000, n. 541 www.cortecostituzionale.it; Corte Cost. 10 febbraio 2006, n. 56 www.cortecostituzionale.it.

¹¹⁴ Il riferimento è al già criticato PERA, *Diritto del lavoro* cit., p. 63, secondo il quale il principio dell'art. 4 Cost. potrebbe "coesistere con un assetto di piena e libera recedibilità dal contratto di lavoro".

¹¹⁵ Cfr., in particolare, MANCINI, *Sub art. 4* cit., p. 240 s. e D'ANTONA, *La reintegrazione*, cit., p. 82 ss., l'impostazione dei quali differisce essenzialmente perché il primo è contrario all'individuazione del fondamento costituzionale dell'art. 18 st. lav. nell'art. 41 cost., ed in particolare nel limite dell'utile sociale, considerato (a ragione) valore storicamente mutevole, non sufficiente ad arginare tentativi di modifica della disciplina positiva della tutela reale. Tentativi, tuttavia, come anche si è detto, che la Corte Costituzionale non ha voluto arginare neanche fondando la disciplina di tutela contro il licenziamento ingiustificato sull'art. 4 cost., nel momento in cui ha rimesso alla discrezionalità del legislatore ordinario la scelta della forma in cui quella tutela si estrinseca. L'idea che il fondamento della tutela contro i licenziamenti ingiustificati dovesse essere rinvenuta principalmente nell'art. 41 Cost. risale principalmente a V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*, nota a Corte Cost. 45 del 1965, *Giur. Cost.*, 1965, p. 663 ss.

¹¹⁶ Cfr. Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, MGL, 2000, p. 376, con nota di RENDINA; e Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, RIDL, 2003, II, p. 218 ss. con nota di GHIRARDI.

lascia esposta la legislazione ordinaria al vento dei mutamenti politici¹¹⁷), o nel combinato disposto di questi due articoli¹¹⁸, deve escludersi che le norme in questione possano essere lette come impositive di un determinato regime sanzionatorio. Il che, naturalmente, non significa che chi scrive prenda con ciò posizione in merito all'opportunità dell'uno o dell'altro regime. Significa solo che la relativa scelta deve essere riguardata come opzione politica, legata alla valutazione discrezionale della sua opportunità, non ad inesistenti vincoli giuridici.

L'opinione che si contesta troverebbe appiglio nella sentenza n. 45 del 1965, in base alla quale con l'art. 18 st. lav. "il legislatore non ha fatto che adempiere un preciso dovere prescrittogli"¹¹⁹ dall'art. 4 ed in particolare nel passo in cui la Consulta avrebbe affermato (secondo Mancini¹²⁰) che dall'art. 4 il legislatore "era *obbligato* a «circondare di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si rende necessario far luogo a licenziamenti»". Ma è facile accorgersi che si tratta di una lettura ipervalutativa del portato vincolistico di quella pronuncia. Al contrario, lo spirito della sentenza rivela la preoccupazione della Corte di salvaguardare l'autonomia e, dunque, la discrezionalità del potere legislativo. Preoccupazione, che, come si è visto, ha con i dovuti limiti guidato tutta l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia. La Consulta afferma infatti che "l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto. 4. - Con ciò non si vuol dire che la disciplina dei licenziamenti si muova su un piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 della Costituzione. Se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario *esige che il legislatore* nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale *adequi, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina* dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie - particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente - e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti."¹²¹ Dunque, come si vede, nessun "obbligo" per il legislatore quanto alla forma della tutela, ma solo il dovere di provvedere ad apprestare una tutela "*sulla base delle valutazioni di sua competenza*": se il legislatore fosse vincolato come pretende la ricordata opinione, non si comprende in cosa mai potrebbero consistere tali valutazioni.

¹¹⁷ La critica, come si è già detto (nota 50), è di MANCINI, *Sub art. 4 cit.*, p. 240 s.

¹¹⁸ Come afferma D'ANTONA, *La reintegrazione*, cit., p. 82 ss. Sul punto, per un quadro d'insieme, cfr. ancora NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali cit.*, p. 8 ss.

¹¹⁹ Cit. da MANCINI, *Sub art. 4 cit.*, p. 240.

¹²⁰ Ancora MANCINI, *Sub art. 4 cit.*, p. 240, dal quale è tratta anche la seconda citazione (nella quale il corsivo è mio).

¹²¹ Cit. da Corte Cost. 45/1965, già cit. (reperibile comunque su www.cortecostituzionale.it).

Oltre questa lettura della sentenza della Corte costituzionale del 1965, una relazione biunivoca tra norme costituzionali ed art. 18 dello Statuto dei lavoratori fonda sull'idea per la quale il diritto alla conservazione del posto di lavoro diviene effettivo "solo quando i limiti posti al potere di recesso abbiano carattere reale"¹²². Il che non è dubbio sul piano assiologico. E non lo è neanche su quello puramente logico. Il problema sta nel fatto che è dubbio che il diritto al lavoro si identifichi nel diritto alla conservazione del posto e non piuttosto nel diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato, vale a dire nel diritto che al licenziamento ingiustificato seguano delle sanzioni a carico del datore di lavoro¹²³. In altri termini, la relazione biunivoca che si discute fonda su una premessa logica che è però tutta da dimostrare, benché apprezzabile sul piano della giustizia sostanziale. Ma qui non si tratta di condividere una opzione assiologica, bensì di verificare quale sia, nei fatti, la portata di una norma. A parte la considerazione che è difficile, ora come allora, reclamare l'esistenza di un nesso di consequenzialità necessaria tra Costituzione e art. 18 st. lav., dopo la lunga convivenza, sotto gli occhi della stessa Corte Costituzionale, di diritto al lavoro e recesso *ad nutum*¹²⁴.

Sul piano strettamente logico, poi, una cosa è dire che una scelta del legislatore ordinario è compatibile con la Costituzione o, anche, fondata su di essa (giudizio che in ambedue i casi concerne il risultato della scelta), altra cosa è affermare che si tratta di una scelta irrevocabile o di una scelta effettuata seguendo una direzione imposta dalla Costituzione e che non può essere messa in discussione senza andare in contrasto con quest'ultima (giudizio e vincolo che non riguardano il prodotto della scelta, ma la stessa facoltà di scegliere e, dunque la discrezionalità del potere legislativo)¹²⁵.

Queste osservazioni escono corroborate dalla conformazione che la Consulta ha dato alla tutela che discende dall'art. 4 della Costituzione e, come si vedrà nel seguito, da quella che la tutela contro il licenziamento ingiustificato sta assumendo sul piano comunitario. Una conformazione, va sottolineato, che nasce dall'esigenza, anche logica, di non confondere il principio con sue affermazioni concrete o, se si vuole, con le diverse regole compatibili con esso e, quindi, di non sottrarre agli organi depositari della sovranità popolare valutazioni e decisioni loro spettanti, presentando come unica soluzione giuridicamente legittima ciò che è invece il frutto di opzioni politiche fondate sui valori di alcuni. Comunque, che le conclusioni cui si è giunti circa i rapporti tra art. 4 Cost. e art. 18 st. lav. siano oggi difficilmente controvertibili è ammesso pacificamente anche da quella dottrina che le ritiene insoddisfacenti sul piano delle esigenze di tutela del prestatore di lavoro subordinato nella fase di uscita dal rapporto¹²⁶.

¹²² Cit. ancora da MANCINI, *Sub art. 4 cit.*, p. 241.

¹²³ Cfr. già Corte Cost. n. 81 del 1969, *Giur. Cost.*, 1969, p. 1150, secondo la quale "resta tuttavia escluso che possa parlarsi in relazione all'art. 4 della Costituzione di un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto da parte del lavoratore" (la citazione è tratta dal testo reperibile su www.cortecostituzionale.it).

¹²⁴ È il rilievo, dettato da sano pragmatismo analitico, di R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Angeli, Milano, 1978, p. 178, riportato da D'ANTONA, *La reintegrazione cit.*, p. 84 s.; che non lo condivide, pur osservando come il rilievo sia valido pur dopo l'entrata in vigore della l. 604 e dello statuto dei lavoratori, data la sopravvivenza di fattispecie di libera recedibilità.

¹²⁵ V. però SALAZAR, *Alcune riflessioni cit.*, p. 15, che parla di "un fenomeno di «impoverimento» della discrezionalità legislativa".

¹²⁶ Cfr., in termini del tutto condivisibili, BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità cit.*, p. 12 ss. e NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali cit.*, p. 16 ss. e part. p. 70 ss.

Dunque, è ben vero che la tutela cd. obbligatoria non può essere considerata, almeno per come oggi è disegnata, una tutela veramente efficace; anzi essa, a rigore, non è che un modo di atteggiarsi della libera recedibilità, considerato che il licenziamento, benché illegittimo, resta atto valido e produttivo degli effetti suoi propri¹²⁷. Per fare fronte a questa inadeguatezza è però necessario, ad avviso di chi scrive, tentare di formulare delle valide proposte alternative che possano trovare spazio nel dibattito che sta investendo la materia e fare anche da contraltare alle proposte modificative (in senso riduttivo) della tutela reale. Con l'obiettivo, possibilmente, di arrivare ad un sistema più organico, con una forma unica di tutela che tenga conto dell'esigenza di assicurare una protezione effettiva al lavoratore, ma anche della necessità di non consegnare il datore ad anni di incertezza sull'esito della vicenda. Di queste esigenze tiene adeguatamente conto la proposta elaborata dalla Commissione istituita presso il Ministero del Lavoro e presieduta da Raffaele Foglia, che dedica ampia attenzione sia al problema di garantire un'effettiva tutela al lavoratore, sia a quello di garantire, nell'interesse di entrambe le parti, una ragionevole durata dei processi, proponendo l'introduzione di un procedimento sommario per il giudizio in materia di licenziamenti e trasferimenti. La proposta di riforma prevede anche, "a garanzia dell'attuazione effettiva del capo del provvedimento (ordinanza o sentenza) di condanna alla reintegra", "una forte misura coercitiva di carattere pecuniario, individuata sul modello francese delle *astreintes*, connotata dalla irripetibilità delle somme (corrisposte o da corrispondere) in caso di successiva sentenza (di primo grado o d'appello) dichiarativa della legittimità del licenziamento"¹²⁸. Qui, se è indubbia la necessità di risolvere il problema della incoercibilità dell'obbligo di reintegra¹²⁹, la irripetibilità delle somme anche in caso di successiva dichiarazione di legittimità del licenziamento è soluzione draconiana che si rifà ad una certa visione della modalità di garantire i valori implicati nel rapporto di lavoro. Una visione che ben può essere condivisa, ma deve restare chiaro che si tratta di un'opzione politica, non di una conclusione imposta dal dettato costituzionale¹³⁰.

¹²⁷ Cfr. in questo senso MANCINI, *Sub art. 18 cit.*, p. 245.

¹²⁸ Le citt. sono tratte dalla relazione, p. 17. Della necessità di considerare attentamente le proposte di riforma in materia processuale in relazione al problema della giustificazione causale del licenziamento parla anche L. ZOPPOLI, *Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation*, ID. (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 57/2007, p. 15. Sul progetto di riforma del processo del lavoro elaborato in sede governativa, cfr. poi A. ALLAMPRESE - L. FASSINA (a cura di), *Effettività dei diritti sociali e giustizia del lavoro*, Ediesse, Roma, 2007. La relazione della Commissione Foglia sulla riforma del processo del lavoro sottolinea che "l'intervento riformatore è stato dettato dalla constatazione che la lunghezza del rito del lavoro si pone con accenti di speciale gravità allorché la controversia ha ad oggetto aspetti essenziali del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alle questioni in materia di trasferimento dei lavoratori e di licenziamento" (cit. da p. 2); avvertendo poi specificamente della "necessità di individuare meccanismi processuali di urgenza per la definizione delle controversie di lavoro in materia di trasferimenti e licenziamenti" (cit. da p. 3). Cfr. anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali cit.*, p. 64, che parla di "persistente inadempienza del legislatore nel predisporre un adeguato sistema di misure coercitive indirette finalizzate a premere sul datore di lavoro perché adempia spontaneamente", mostrando poi apprezzamento per la proposta della Commissione Foglia (cfr. p. 72).

¹²⁹ Peraltro, come sulla scia di Mengoni sottolinea giustamente NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali cit.*, p. 63, non si tratta di un obbligo infungibile di fare: "le attività richieste al datore di lavoro non sono infungibili «per la loro natura, cioè in quanto espressione di qualità personali irripetibili». Le obbligazioni del datore di lavoro sono, piuttosto, escluse dal campo di operatività dell'esecuzione diretta per via di surroga per una precisa scelta di valore (cd. infungibilità giuridica)".

¹³⁰ Come invece potrebbe far pensare la relazione della Commissione Foglia, la cui parte sui licenziamenti si apre proprio con il riferimento alla Costituzione e all'art. 30 della Carta di Nizza: "il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro è diritto fondamentale della persona ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione, in quanto attinente alla conservazione del luogo, *id est* dell'inserimento nella formazione sociale, dove si svolge la sua personalità. Da ultimo la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, ha reso più visibile il valore fondamentale della tutela contro ogni licenziamento ingiustificato (articolo 30, Carta dei Diritti)" (cit. da p. 15). Anche qui deve ribadirsi che la Commissione non sostiene assolutamente la sua proposta sia imposta dalla

Altre sono invero le critiche che possono essere mosse alla Consulta, ed investono l'operatività dello stesso principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, vale a dire, l'esistenza stessa di una tutela, qualche che ne sia la forma. Su questo piano, altra dottrina¹³¹ fa osservare che è ben difficile ammettere la ragionevolezza e la costituzionalità della esclusione, in origine, dei datori di lavoro con minor numero di dipendenti dall'applicazione del principio di necessaria giustificatezza del licenziamento e, ancora oggi, dei dirigenti¹³². Qui il discorso ha indubbiamente ragion d'essere, dal momento che si tratta dello stesso diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato.

Della prima esclusione cui si è fatto riferimento ha fatto giustizia il legislatore nel 1990¹³³; qui può solo osservarsi che l'area di esenzione era individuata tramite un criterio, quello del numero dei dipendenti, che, se è può essere discutibile per la scelta del regime di tutela¹³⁴, è assolutamente inidoneo a supportare l'esclusione della stessa esistenza della tutela, poiché, per fare ciò, dovrebbe trovare giustificazione nella tutela di un interesse prevalente, anch'esso costituzionalmente protetto. Il che non è¹³⁵. In altri termini, il criterio del numero dei dipendenti è criticabile in ogni caso ed a ragione, se si pensa che bene avrebbe potuto il legislatore affiancare a quello del numero dei dipendenti un criterio economico puro, come ad es. il fatturato, più affidabile nella individuazione della dimensione reale sul piano economico dell'organizzazione datoriale¹³⁶. Questa critica, tuttavia, non può, ad opinione di chi scrive, essere fondata sul piano costituzionale. Certo, si può richiamare il principio di uguaglianza sostanziale considerato dal lato dei lavoratori,

Costituzione o dall'art. 30 della Carta di Nizza. Tuttavia, questa citazione in apertura, che vuole in realtà individuare il fondamento della disciplina proposta, rischia di creare qualche confusione al riguardo, proprio per la sottigliezza della distinzione, che si ricordava in apertura del paragrafo 2 di questo lavoro, tra la considerazione delle norme costituzionali come fondamento e presupposto di scelte normative o come produttive di vincoli al legislatore ordinario. Fa riferimento alla necessità di misure di coercizione indiretta anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 72.

¹³¹ Cfr. F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli, 1982, p. 76 ss.

¹³² Si tratta di questione poi superata dalla l. 108 del 1990, che ha ridotto notevolmente l'area della libera recedibilità.

¹³³ Sulla legge 108/90 cfr. per tutti R. DE LUCA TAMAJO – M. D'ANTONA, *Disciplina dei licenziamenti individuali (l. 11 maggio 1990 n. 108)*, Le nuove leggi civili commentate, Cedam, Padova, 1991.

¹³⁴ Ed è infatti assai discusso: cfr., da ultimo, in modo assai efficace, NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali* cit., p. 70 s. secondo il quale è vero che "la Corte cost. ha sempre negato che il bilanciamento tra gli artt. 4 e 41 Cost. imponga un determinato regime di tutela la cui messa a punto è affidata alla discrezionalità del legislatore", ma "discrezionalità non significa [...] libertà totale del legislatore ovvero insindacabilità delle sue scelte regolative. Con l'affermarsi della logica dei principi, sempre più spesso tali scelte sono, infatti, sottoposte a controlli di ragionevolezza e di razionalità interna al sistema. E da questo diverso punto di vista, si dovrebbe prendere definitivamente atto che gli argomenti utilizzati a sostegno del modo in cui è stata esercitata la discrezionalità legislativa nel bipartire le aree di tutela non appaiono più sufficienti. Essi confondono spesso la continuità del rapporto con quella dell'adibizione concreta alle mansioni. Inoltre poggiano su una presunta (e mai dimostrata) rilevanza diretta della fiducia del rapporto e sul criterio della compatibilità ambientale, clamorosamente contraddetta da una serie di dati di diritto positivo afferenti, quindi, proprio alla razionalità interna al sistema. È l'ipotesi dell'unità produttiva con meno di sedici dipendenti in organizzazioni datoriali con più di sessanta dipendenti nel complesso. Infine, viene chiamato in gioco pure il criterio economico la cui ragionevolezza è stata però anch'essa messa in crisi dalla l. n. 108 del 1990 la quale, con scarsa coerenza, si accontenta, a volte, di sedici dipendenti mentre, altre volte, ne richiede almeno sessanta. Né va dimenticato, sempre dal punto di vista della ragionevolezza, che «oggi non può dirsi marginale l'ipotesi di un'impresa con alto investimento di capitale e ingente fatturato, e tuttavia con meno di (...) 16 dipendenti». È ragionevole equiparare, ad es., il piccolo bar di periferia e il laboratorio artigianale pienamente inserito in un distretto industriale?" (la cit. è tratta dalla fine della p. 70 e l'inizio della p. 71 della versione disponibile sul sito www.aidlass.org).

¹³⁵ Per altre considerazioni cfr. MAZZIOTTI, *Il licenziamento* cit., p. 76 ss.

¹³⁶ Cfr. ancora NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 71.

tutti bisognosi della medesima tutela¹³⁷. Ma già quando si consideri la questione in base allo stesso principio di eguaglianza sostanziale visto dalla parte datoriale le cose cambiano, poiché il diverso numero di dipendenti muta non poco l'organizzazione del datore (ed è spesso anche indice della consistenza economica di questa organizzazione)¹³⁸. Il punto è però altro ed emerge chiaramente dall'assetto della giurisprudenza costituzionale (in questo non tacciabile di contraddizioni): fino a quando si discuta del regime di tutela spetta al legislatore ordinario la discrezionalità di scegliere nel modo che reputi più opportuno ed in base ai criteri che ritenga efficienti. Lo stesso non può dirsi quando si discuta della stessa esistenza della tutela, ovvero sia del principio in base al quale il licenziamento deve essere sorretto da adeguata giustificazione, poiché questo principio trova copertura costituzionale diretta nell'art. 4 Cost. e, come detto, per essere superato richiede delle ragioni, costituzionalmente fondate, che legittimino questo superamento e che, nella specie, manca(va)no del tutto. Non si vede infatti per quale ragione i datori di minori dimensioni (anche ammessa l'affidabilità del criterio fondato sul numero dei dipendenti) dovrebbero essere esentati dal giustificare le proprie scelte in materia di gestione del personale¹³⁹.

Per quanto concerne i dirigenti, la critica va integralmente condivisa. Sebbene valgano per essi le regole previste dai contratti collettivi, che sostanzialmente non consentono il recesso quando arbitrario, o comunque del tutto privo di giustificazione, non c'è ragione che possa "salvare" dalla censura di incostituzionalità l'esclusione dal diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e, quindi, da critiche la sentenza con la quale la Corte Costituzionale ha rigettato quella censura¹⁴⁰. L'affermata natura fiduciaria del rapporto di lavoro dirigenziale, che nella misura in cui è rilevante, qualifica la causa del contratto di lavoro, incide sulle nozioni di giusta causa e giustificato motivo, ma non si vede perché debba precludere il sindacato sulle ragioni del recesso. A parte ogni considerazione sulla multiforme realtà della categoria dirigenziale, che indurrebbe a reputare arcaica l'idea del dirigente quale collaboratore *alter ego* del datore di lavoro (della quale ha peraltro fatto giustizia la giurisprudenza di legittimità più avveduta¹⁴¹), la sottrazione ad ogni tutela legale del rapporto di lavoro dirigenziale urta contro l'affermazione del diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato. Ciò mentre legittima sarebbe una differenziazione delle tutele rispetto alle altre categorie di lavoratori. Con l'intento di limitare all'alta dirigenza la sottrazione di tutela si spiega, forse, quella giurisprudenza che mantiene ferma l'idea del dirigente quale *alter ego* del datore di lavoro.

Sul piano della singola pronuncia della Consulta va tuttavia riconosciuto che la censura era stata mossa impropriamente, sulla base del sempre in voga principio di eguaglianza (che sembra spesso

¹³⁷ V. infatti MAZZIOTTI, *Il licenziamento* cit., p. 76 il quale sembra contestare la razionalità del criterio anche quanto alla scelta del regime di tutela.

¹³⁸ Si mostra invece critico MAZZIOTTI, *Il licenziamento* cit., p. 76 ss.

¹³⁹ In senso difforme dal testo si esprime, da ultimo, NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 70 ss., secondo il quale la discrezionalità del legislatore non impedisce di parlare di vincoli costituzionali, non solo per quel che concerne l'esistenza della tutela, ma anche per la forma della tutela, la cui scelta andrebbe sindacata sul piano della ragionevolezza e della razionalità interna al sistema.

¹⁴⁰ Si tratta di Corte Cost. 6 luglio 1972, n. 121, DL, 1973, II, p. 116 ss. (estremi di pubblicazione rinvenuti in MAZZIOTTI, *Il licenziamento* cit., p. 79, leggo la sentenza da www.cortecostituzionale.it)

¹⁴¹ Cfr. da ultimo, per tutti, A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, Napoli, 2000, part. p. 81 ss.; in precedenza P. TOSI, *Il dirigente d'azienda: tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1974. Specificamente sulle questioni relative al licenziamento: F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente*, Giuffrè, Milano, 1991.

svolgere nei giudizi di costituzionalità il ruolo che correttezza e buona fede hanno nei giudizi ordinari), non sulla base dell'art. 4 della Costituzione. Forse diverso esito avrebbe avuto il giudizio di costituzionalità con una censura mossa per via differente.

4. Diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e diritti sociali nell'ordinamento comunitario: la portata del riconoscimento operato con la Carta di Nizza

Alle considerazioni più specificamente dirette a vagliare la portata della disposizione comunitaria relativa al diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. II-90 del progetto di Trattato Costituzionale, poi stralciato; art. 30 della Carta di Nizza, oggi richiamata dal Trattato nella versione firmata a Lisbona il 13 dicembre 2007, che recita: "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali"¹⁴²) vanno comunque premesse alcune notazioni sintetiche sul ruolo, la portata e l'efficacia degli atti che di questo diritto costituiscono l'attuale *sedes materiae*. La recentissima firma di Lisbona rende vincolante la Carta di Nizza e consolida definitivamente il volto politico dell'Unione Europea¹⁴³. Non è questa la sede per una valutazione compiuta del Trattato di Lisbona in relazione alla Carta dei diritti fondamentali, ma è necessario spendere qualche riflessione sull'accaduto, poiché molto probabilmente quella firma inciderà sul diritto del quale ci si occupa.

Il passo compiuto a Nizza nel 2000 con l'approvazione della Carta resta di fondamentale importanza: per la prima volta, pur se in un documento non vincolante, l'Unione dispone di un testo unico, nel quale, con una serie di innovazioni, confluiscono la CEDU, la Carta Sociale Europea, varie direttive comunitarie e principi espressi dalla Corte di Giustizia, che ha la funzione ed il merito di rendere finalmente visibili i diritti sociali in un solo articolato con il valore tipico delle dichiarazioni di diritti¹⁴⁴ e che dà corpo e sede normativa alla sua dimensione sociale¹⁴⁵. Tuttavia,

¹⁴² L'art. II-90 del progetto riproduceva il testo dell'art. 30 della Carta di Nizza, intitolato "Tutela in caso di licenziamento ingiustificato". Specificamente sulla norma in questione della Carta di Nizza si v. il commento (peraltro piuttosto sintetico) di A. GIORGIS, *Sub artt. 30 e 31*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 222 ss.; nonché le parti relative in M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001; e in L. FERRARI BRAVO, F.M. DI MAJO, A. RIZZO (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo e con i documenti rilevanti, Giuffrè, Milano, 2001. Cfr. poi G. BRONZINI, *Art. 30: diritto al lavoro*, in rete all'indirizzo http://www.golemindispensabile.ilssole24ore.com/index.php?_idnodo=8715; e G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Edition du Seuil, Paris, 2001, pp. 180-181. Si tratta comunque di contributi (o materiali) tutti assai sintetici.

¹⁴³ Sulla portata e l'importanza della incorporazione delle disposizioni della Carta di Nizza nel Trattato, cfr., per tutti, G. DEMURO, *I diritti fondamentali e la loro tutela*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Rass. Dir. Pub. Eur., Quaderni, 2003, n. 1, p. 159 ss. che si sofferma anche sulle modalità dell'incorporazione e sulle scelte operate nella elaborazione del progetto della Convenzione presieduta da V. Giscard d'Estaing.

¹⁴⁴ Cfr. G. DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, St. Urb., anno LXIX, 2001/02, nuova serie A, n. 53,4, p. 403 ss., sul punto p. 406.

¹⁴⁵ Cfr. specificamente sul valore della Carta per la dimensione sociale M. FERIGO, *La dimensione sociale europea nella Convenzione europea sul futuro dell'Unione*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il Trattato Costituzionale nel processo di integrazione europea*, Jovene, Napoli, 2005, Tomo II, p. 1539 ss., sul punto p. 1541. Più in generale, A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, Giur. Cost., 2001, p. 193 ss., che sottolinea come la Carta ben possa svolgere una funzione di orientamento e di influenza sull'attività delle istituzioni comunitarie in modo analogo a quanto farebbe una carta costituzionale, dalla quale comunque si distingue per l'assenza di un sistema di ripartizione ed organizzazione dei poteri. In prospettiva parzialmente diversa, ma non confliggente, altri (G.C. PERONE, *I diritti sociali nella nuova Costituzione Europea*, in *Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto ed economia* – Università di Napoli Federico II, 2005, p. 228) sottolinea come tra i meriti principali della Carta c'è quello di recepire nel diritto positivo comunitario una serie di principi presenti nelle tradizioni costituzionali degli ordinamenti del vecchio continente.

l'innegabile importanza della Carta in sé considerata non può fare obliterare le corpose incertezze circa il suo valore generate dall'assenza di efficacia vincolante, ben evidenziate dallo sviluppo del dibattito dottrinale. Rispetto a queste il Trattato di Lisbona, nell'allegare la Carta di Nizza al Trattato sull'Unione, dichiarandola vincolante per venticinque dei ventisette Paesi membri (le eccezioni sono relative a Regno Unito e Polonia¹⁴⁶) segna una svolta. Manca ancora la ratifica dei Parlamenti nazionali, che potrebbe rivelarsi ostacolo di non poco conto, se si ricorda che furono proprio le consultazioni nazionali ad aprire la strada al "naufragio" del precedente e più ampio progetto. Ma non può farsi a meno di considerare storico questo passaggio, che, sia pure con tutti i limiti derivanti dal carattere necessariamente compromissorio dei documenti politici e, massimamente, dei trattati, sanziona l'obbligo per istituzioni dell'Unione e Stati membri di rispettare i diritti fondamentali e, tra questi, i diritti sociali. Su questo, sebbene il nuovo assetto impedisca di parlare, per ora, di una vera Costituzione europea, non sono ammissibili scetticismi: si tratta di un progresso decisivo, poiché la vincolatività della Carta di Nizza apre una stagione che tira definitivamente fuori il diritto sociale europeo, e in specie i diritti sociali, dalle secche e dalle ambiguità della dimensione politica, traducendoli sul piano giuridico.

Se quella che precede è la valutazione relativa all'efficacia, quanto alla sostanza del documento deve invece ammettersi che la firma di Lisbona non supera affatto tutti i dubbi che sono connessi alla formulazione ed al contenuto della Carta di Nizza. Di fronte a chi, già qualche anno fa, sottolineava l'importanza della Carta nella prospettiva di un suo inserimento nel Trattato Costituzionale¹⁴⁷, resta la visione assai più prudente di chi osserva come la dimensione sociale della Carta, già "dai contorni nebulosi e sfumati", vada poi "a coniugarsi ad un quadro di riferimento nel quale la concorrenza assurge a principio assoluto [...], nell'ambito di un'economia di mercato fortemente competitiva"¹⁴⁸. Per non parlare, poi, del dato oggettivo costituito dalla persistente esclusione della retribuzione, dell'associazione sindacale, dello sciopero e della serrata dalle materie di competenza comunitaria¹⁴⁹.

Rivolgendo ora lo sguardo specificamente al testo del documento approvato a Nizza ed oggi allegato al Trattato, vanno fatte alcune considerazioni di sistema che aiutino a tracciare differenze e

Nello stesso senso, cfr. anche DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 408. Sul valore della Carta di Nizza, tra i molti, v. anche M.V. BALLESTRERO, *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione Europea*, Dir. Merc. Lav., 2001, p. 3 ss.; T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, Lav. Dir., 2000, p. 429 ss.

¹⁴⁶ Peraltro può notarsi come la preoccupazione di questi due membri stia essenzialmente nel fatto che la Carta diventi veicolo di estensione delle competenze comunitarie e, comunque, che sia considerata utilizzabile di fronte ad organi giurisdizionali nazionali o che, in altri termini, possa essere ritenuto conferisca diritti azionabili. cfr. infatti il Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito, che, all'art. 1, punto 2 specifica: "In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno."

¹⁴⁷ Cfr. ad es. F. BANO, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale*, Riv. Giur. lav., 2005, I, p. 821 ss.

¹⁴⁸ Cit. da A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea* cit., p. 173 ss. (cit. da p. 176). Contro, sembra, S. GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, Riv. Dir. Sic. Soc., 2004, p. 489 ss., sul punto p. 496 s., secondo il quale le ambiguità della Carta non toccano il punto della «promozione» dei diritti sociali "a diritti di rango almeno equoordinato a quello delle libertà economiche" (cit. da p. 497).

¹⁴⁹ Lo sottolinea bene, tra i molti, C. VIGNEAU, *La Costituzione europea nella prospettiva dell'Europa sociale: progressi dalla portata incerta*, Dir. Lav. Merc., 2006, p. 123 ss. e part. p. 133, che non esitava a definire incerta la portata dei progressi compiuti dal progetto di trattato costituzionale in materia sociale.

punti comuni rispetto al nostro art. 4 Cost.

Il primo punto che deve essere tenuto fermo nel tentativo di definire il valore del diritto del lavoratore ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30 della Carta) sta nel fatto che la Carta di Nizza abbandona la distinzione tra diritti fondamentali e diritti sociali¹⁵⁰. La Carta infatti raggruppa i diritti in Capi, retti ciascuno da un principio fondamentale (la dignità della persona umana; la libertà; l'uguaglianza; la solidarietà; la cittadinanza; la giustizia)¹⁵¹.

Secondo la dottrina che sembra preferibile, «essendo “fondamentale” il principio che regge i diritti sanciti nel relativo capo, la qualità di “fondamentale” si trasmette dal principio ai diritti. Per questa via, oltre a superare la “divisione”, e con essa la gerarchia tra generazioni di diritti, la Carta supera anche quella riduzione dei diritti fondamentali ai soli diritti universalistici ed eguali, ancora sostenuta da quanti escludono i diritti sociali, che universali (nel senso dei primi) non sono, dal novero dei diritti fondamentali»¹⁵². Anche prescindendo da questa osservazione, tuttavia, può notarsi come il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato ben si presti di per sé ad una considerazione in termini relativamente universalistici, poiché, se è vero che necessita dell'intervento concretizzatore del legislatore ordinario, è anche vero che non è, come altri diritti sociali e lo stesso diritto al lavoro in altra prospettiva considerato, un diritto a prestazione e, dunque, il suo effettivo godimento non è limitato dalle risorse disponibili e dalla concreta capacità delle strutture organizzative pubbliche di “raggiungere” il soggetto¹⁵³.

Tuttavia, anche “promossi” i diritti sociali al rango di diritti fondamentali¹⁵⁴, il problema che restava fino a ieri ineludibile, e che resterà centrale fino alle ratifiche del Trattato di Lisbona da

¹⁵⁰ Si sofferma sull'importanza dell'elevazione del diritto al lavoro al rango di diritto fondamentale R. FOGLIA, *La Carta dei diritti (sociali) fondamentali dell'Unione Europea*, Riv. Dir. Sic. Soc., 2001, p. 6 ss., sul punto p. 9, che ritiene la Carta di Nizza costituisca “un primo fondamentale passo verso una costituzione sociale europea, intesa non solo come catalogo esaustivo di diritti sociali basilari, ma soprattutto come sistemazione, in chiave antropocentrica e solidaristica dei principi ispiratori della costruzione comunitaria, in tal modo sempre più orientata verso il sociale e meno incline al puro mercantilismo dei Trattati originari”. V. anche R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, Dir. Rel. Ind., 2001, p. 335; T. TREU, *L'Europa Sociale: problemi e prospettive*, Dir. Rel. Ind., 2001, p. 307 ss.; più di recente F. BANO, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale*, Riv. Giur. lav., 2005, I, p. 821 ss., sul punto p. 826, secondo il quale “l'inserimento nel Tc della Carta dei diritti fondamentali [...] conferma e rafforza l'idea che la nuova Ue si presenti molto meno sbilanciata in senso economico, proprio grazie alla qualificazione come fondamentali di una serie, ancorché limitata, di diritti sociali. È evidente, infatti, che una tale qualificazione potrà, meglio di quanto non sia stato possibile finora, orientare l'interpretazione del diritto comunitario, in primo luogo da parte della Corte di Giustizia”.

¹⁵¹ Cfr. G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., p. 527, che parla di una “sistemica del tutto innovativa, ispirata, cioè, alla individuazione di sei diversi «valori» fondamentali, posti su un piano paritario ed indivisibile”.

¹⁵² Cit. da M.V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 55/2007, p. 12.

¹⁵³ Per questi tratti il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato si allontana dai diritti sociali, almeno se questi sono intesi come strumenti finalizzati “a garantire la realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale, mediante un'azione sistematica dei pubblici poteri” (cit. da LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea* cit., p. 180). G. SANTORO PASSARELLI, *Le “ragioni” dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, Europa e Dir. Priv., 2005, p. 63 ss., sul punto p. 96, sottolinea che “i diritti cd. sociali sono spesso diritti di prestazione e di ripartizione e non si prestano, diversamente dai diritti di libertà, a un controllo giudiziario, e, comunque, presuppongono politiche pubbliche nazionali ed europee che sono il risultato di difficili compromessi fra valutazioni di costi e risorse da un lato, ed esigenze di competitività dall'altro”.

¹⁵⁴ Analogamente, del resto, a quanto accade per la Costituzione Italiana: cfr. S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 46/2006, p. 3, secondo il quale “è innanzi tutto in ragione di questa loro stretta immanenza e coesistenzialità ai valori fondanti dell'ordinamento democratico repubblicano, che nella Costituzione italiana i diritti sociali condividono, coi diritti “nati nel tronco dell'idea di libertà”, lo status di diritti in

parte dei Parlamenti nazionali, era il carattere non vincolante della Carta. Di fronte a questo dato obiettivo si era tuttavia da più parti sottolineato, con buona dose di ottimismo, che il contenuto della Carta avrebbe potuto comunque trovare una propria via alla vincolatività anche a prescindere dall'approvazione di un trattato costituzionale europeo o dal suo inglobamento, come che sia, in fonti comunitarie vincolanti. La sostanza del documento, si diceva, avrebbe potuto acquisire efficacia vincolante per il tramite dei riferimenti ad esso fatti dalla giurisprudenza comunitaria¹⁵⁵.

Simile ottimismo si scontrava con l'atteggiamento della Corte di Giustizia Europea, piuttosto restia a fare riferimento alla Carta di Nizza (contrariamente, per vero, ad alcuni Avvocati generali). Alla luce di questo atteggiamento si sarebbe dovuto valutare la portata del documento e la effettiva possibilità per i diritti in esso elencati di trovare soddisfacente tutela¹⁵⁶, così come la tendenza dei giudici nazionali a dare diretta applicazione alle norme della Carta di Nizza, che difficilmente avrebbe potuto trovare copertura in assenza di prese di posizione del giudice europeo¹⁵⁷ e che sicuramente non avrebbe trovato argine in una Corte Costituzionale che tende a tenersi fuori dalle questioni di competenza del giudice comunitario¹⁵⁸.

senso proprio fondamentali.». Sulla diversa questione della inviolabilità dei diritti sociali, pur intesi come fondamentali, e per il relativo dibattito cfr. D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli, 2003.

¹⁵⁵ Cfr. gli autori citati alla successiva nota 103.

¹⁵⁶ Cfr. S. GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario* cit., sul punto p. 498. Lo stesso autore afferma poi (p. 501) che "la Carta di Nizza contiene dunque un corposo catalogo di diritti sociali fonti di situazioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili, la cui portata spetterà in primo luogo ai giudici europei valorizzare adeguatamente": affermazione rispetto alla quale deve usarsi una certa cautela, poiché nella maggior parte dei casi non sembra potersi dire si tratti di posizioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili o, comunque, non è chiaro in che termini lo siano. Per la decisività dell'interpretazione del giudice comunitario si pronunciano anche G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., p. 527 (ma al di fuori della questione dell'efficacia vincolante della Carta e dell'azionabilità diretta dei diritti in essa elencati) e SANTORO PASARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea* cit., p. 96.

¹⁵⁷ Cfr. D. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, *Lav. Dir.*, 2007, p. 327 ss., sul punto p. 360, ove cita R. GRECO, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, *Riv. Giur. Lav.*, 2006, I, p. 519 ss. (sul punto p. 531) e A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".INT – 47/2006*, p. 22. Per la verità qualche accenno cominciava a fare la sua comparsa nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo: v. la sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, in materia di ricongiungimento familiare (su cui cfr. G. BRONZINI e V. PICONE, *La Corte di Lussemburgo "scopre" la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela "multilevel" dei diritti fondamentali?*, reperibile in rete all'indirizzo <http://www.cgil.it/GIURIDICO/Spazio%20aperto/nota%20bronzini.pdf> ma anche in *RCDL*, 2006) e la sentenza *Unibet* (13 marzo 2007, C-432/05), nelle quali la Corte ha fatto espresso riferimento alla Carta. Secondo gli autori da ultimo citati (Bronzini e Picone) "dal momento della sua approvazione (da parte della Commissione, del Consiglio e del Parlamento europeo i cui organi di rappresentanza hanno siglato l'atto), ancorché come documento di cui non si è voluto precisare la natura giuridica, la Carta ha conosciuto un lento, ma costante processo di ricezione e valorizzazione, sia sul piano politico che su quello propriamente giurisdizionale, portando così a un graduale superamento della questione del carattere vincolante o meno delle sue norme". Cfr. anche F. AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile: il valore delle regole e l'interpretazione della giurisprudenza*, *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I, p. 613 ss., sul punto p. 634 s. (ove informazioni rilevanti su occasioni nelle quali organi comunitari hanno fatto riferimento alla Carta), che qualche anno fa considerava che "non è [...] avventato considerare che attraverso l'«ossequio» della Corte di Lussemburgo nei fatti la Carta si troverà «autointegrata» nei Trattati" (cit. da p. 635). Anche A. CARNAROLI, *La tutela dei diritti individuali dei lavoratori nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *St. Urb.*, anno LXIX, 2001/02, nuova serie A, n. 53,4, p. 413 ss. ritiene che parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia dimostri "in modo eclatante la forza dei principi e dei diritti contenuti nella Carta" (con riferimento specifico alle conclusioni dell'Avv. generale Tizzano nella causa C-173/99 *Bectu c. Secretary of State for Trade and Industry*). Per vero, in una valutazione rigorosa dell'impatto effettivo del dato giurisprudenziale sul valore della Carta di Nizza nel sistema delle fonti del diritto europeo, pur condividendosi l'impressione di una lenta ma progressiva crescita di rilevanza dei riferimenti alla Carta, non poteva non convenirsi con chi (BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 10, in nota 19) riteneva questi ultimi ancora troppo limitati e recenti per trarne come conseguenza il superamento del problema dell'assenza di carattere vincolante.

¹⁵⁸ Sul punto cfr. ancora BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 10 s.

Considerate queste premesse, in dottrina si era anche evidenziato come una qualche prospettiva sarebbe potuta scaturire dalle direttive c.d. di seconda generazione sui divieti di discriminazione¹⁵⁹, che si applicano “all’occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione”¹⁶⁰. Il riferimento a queste direttive da parte della giurisprudenza comunitaria avrebbe potuto condurre ad una estensione della tutela prevista in caso di licenziamento discriminatorio ad altre fattispecie di licenziamento arbitrario¹⁶¹, rendendo quindi sostanzialmente vincolante una norma come l’art. 30 della Carta di Nizza. Non solo, ma si ipotizzava anche di poter trovare in queste direttive una via che consentisse di non fermarsi alla “emersione ed interpretazione di una tutela costituzionale europea contro i licenziamenti arbitrari” per “andare verso una più marcata armonizzazione” delle tutele, non limitata a questo zoccolo duro¹⁶².

Entrambe le prospettive citate, per vero, non sembravano risolutive: da un lato, divieti di discriminazione, con sanzioni anche molto incisive, esistono in molti ordinamenti privi di una tutela contro il licenziamento ingiustificato (e non hanno indotto la costruzione giurisprudenziale di una tutela)¹⁶³; dall’altro, le direttive di cui si tratta ripetono il dualismo tra esistenza della tutela e forma della tutela che, come si sta vedendo, rappresenta lo schema di riferimento in caso di licenziamento¹⁶⁴, senza sostegno ad alcun ulteriore ravvicinamento delle legislazioni sul piano sanzionatorio. Per il che si impone cautela sulle virtù progressive del diritto antidiscriminatorio.

Al massimo, quindi, si sarebbe potuto ipotizzare che da quelle direttive potesse scaturire un orientamento della Corte di Giustizia volto a generalizzare la tutela contro i licenziamenti arbitrari, sostanzialmente rendendo vincolante il principio/regola¹⁶⁵ canonizzato dall’art. 30 della Carta di

¹⁵⁹ Sul tema del diritto antidiscriminatorio, tra piano comunitario e piano nazionale, cfr., tra i molti, DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 53 ss., sul punto p. 58 ss. (ove segnala come la Corte di Giustizia abbia avuto parecchie occasioni di intervenire in materia di licenziamenti proprio applicando il diritto antidiscriminatorio) e p. 74 ss. e M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, nonché i contributi raccolti nel medesimo volume. Sui rapporti tra queste direttive e la Carta di Nizza cfr. ALES, *Libertà e “uguaglianza solidale”* cit., p. 116 ss., secondo il quale “questi elementi convergenti consentono di delineare un quadro regolativo senza precedenti, a livello comunitario, per solidità e completezza, profilando, se non altro per le disposizioni della Carta che riaffermano i predetti principi, un futuro certamente fruttuoso” (cit. da p. 117-118).

¹⁶⁰ Lo segnala ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 511. Si tratta della Direttiva 2000/43 e della Direttiva 2000/78 (il pezzo tra virgolette è tratto dall’art. 3 di entrambe le direttive).

¹⁶¹ Sull’uso del diritto antidiscriminatorio quale base per costruire argini alla flessibilità cfr., tra i molti, D. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 349 ss. e poi, per la giurisprudenza in materia di licenziamenti p. 358 ss. Va comunque notato che il fatto che la Corte di Giustizia (cfr. CGCE 30 novembre 1993, Causa C-189/91, Petra Kirsammer-Hack V. Nurhan Sidal, Racc. 1993, p. 6185 ss.) abbia in passato affermato la legittimità di differenziali di tutela contro il licenziamento obiettivamente giustificati da altre esigenze è sicuramente indice di una certa tolleranza, ma difficilmente può essere considerato rilevante per una previsione delle valutazioni che la Corte farà al cospetto di una norma come l’art. 30 della Carta di Nizza. V. anche *infra* quanto si dirà al par. 7.

¹⁶² Così invece ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 511, dal quale le citazioni tra virgolette nel testo.

¹⁶³ Si consideri l’esempio degli USA, sul quale cfr., da ultimo, Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, in Or. Giur. Lav., 2007, n. 3, parte IV, p. 539 ss., con nota di PICCIARIELLO, nonché di prossima pubblicazione in Riv. It. Dir. Lav., 2008, II, con nota di TIMELLINI. Una sentenza interessante anche perché conferma il dualismo esistenza della tutela / forma della tutela anche sul piano della nozione di ordine pubblico.

¹⁶⁴ Cfr., da ultimo, CGCE 11 ottobre 2007, C-460/2006, Paquay (reperibile su <http://curia.europa.eu/>).

¹⁶⁵ Non è questa la sede per affrontare il tema della distinzione tra regole e principi, che, e non è clausola di stile, potrebbe facilmente impegnare uno studio di teoria generale. Qui può solo dirsi che la norma dell’art. 30 della Carta di Nizza, ad avviso di chi scrive, partecipa di entrambe le nature o, più esattamente, parteciperebbe di entrambe le nature qualora divenisse vincolante. Per qualche considerazione cfr. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 53 ss., sul punto p. 56, che si rifà essenzialmente a R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale*, Giur. Cost., 2006, p. 743 ss., sul punto p. 768

Nizza. E già questo orizzonte sembrava lontano. Oltre era ed è difficile andare, anche oggi dopo la firma di Lisbona. È lo stesso Zoppoli a notare che, in ogni caso, le direttive in materia di discriminazione “non escludono sanzioni risarcitorie”¹⁶⁶; e la Corte di Giustizia, anche da ultimo, ha ribadito (sia pure con riferimento alla sola Dir. 76/207) che la normativa di cui si discute “non impone agli Stati membri una sanzione determinata in caso di trasgressione del divieto di discriminazione, ma lascia loro la libertà di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo della direttiva 76/207, in relazione alle diverse situazioni che possono presentarsi (sentenze 10 aprile 1984, causa 14/83, von Colson e Kamann, Racc. pag. 1891, punto 18, e Marshall, cit., punto 23)”¹⁶⁷. Il che induce prudenza quanto alla idoneità delle direttive di cui si tratta a fondare prospettive di ulteriore incremento dei livelli di tutela contro il licenziamento arbitrario o di un più alto grado di armonizzazione normativa all’interno dell’Unione¹⁶⁸.

Le riflessioni che precedono conservano attualità poiché il Trattato di Lisbona sembra spazzare via ogni dubbio quanto all’efficacia vincolante della Carta di Nizza, ma deve pur sempre essere ratificato dai Parlamenti nazionali per entrare in vigore nel 2009¹⁶⁹.

La questione si pone in modo diverso per la Carta Sociale Europea, già ratificata in Italia con legge ordinaria¹⁷⁰ e, dunque, a partire da quella legge di ratifica, vincolante in via diretta per i nostri

ss.; cfr. poi anche BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 16, secondo cui la formulazione dell’art. 30 della Carta di Nizza è tale che “ove la strada per la sua entrata in vigore, ancora lunga e incerta, fosse finalmente compiuta, il diritto dei lavoratori ad essere tutelati contro i licenziamenti ingiustificati sarebbe espressamente sancito da una norma di rango costituzionale immediatamente precettiva”. Cfr. anche, per uno spunto quanto all’art. 4 Cost. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 17, quando parla di principi precettivi. L’importanza della classificazione come regola attributiva di un diritto emerge chiara se si pensa che “i principi enunciati dalla Carta non sono giustiziabili nella misura in cui non attribuiscono diritti soggettivi”: cit. da A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2005, p. 513 ss., sul punto p. 523 ss., p. 525-526. Indirettamente sembra confermi quanto nel testo anche BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l’Unione européenne* cit., p. 180, che, nel distinguere la formulazione dell’art. 30 da quella dell’art. 24, ritiene quest’ultima norma configuri una prescrizione per i legislatori nazionali, non conferendo ai lavoratori un diritto soggettivo. V. invece DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 409, secondo il quale “non c’è, insomma, una disciplina europea, ma una varietà di discipline, sia pure nel quadro di un principio comune”: se non è necessariamente una presa di posizione contro l’idea che l’art. 30 sia di per sé anche regola, è sicuramente una conferma del fatto che si tratti (anche) di principio.

¹⁶⁶ Conf. anche DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 58.

¹⁶⁷ Cit. da CGCE 11 ottobre 2007, C-460/2006, Paquay (reperibile su <http://curia.europa.eu/>).

¹⁶⁸ Cfr. ancora DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 58, che sottolinea come la sanzione non sia necessariamente reintegratoria neanche in caso di licenziamento discriminatorio.

¹⁶⁹ Per quanto riguarda l’Italia, la Camera dei Deputati, XIV Commissione, ha già (cfr. Allegato B, Seduta n. 257 del 13/12/2007, Atti di indirizzo) impegnato il Governo “ad adoperarsi per garantire, sia a livello nazionale che nelle sedi europee competenti, una piena attuazione della Carta dei diritti fondamentali, promuovendo il rispetto dei valori e dei diritti da essa affermati; a promuovere, attraverso le attività e gli strumenti appropriati, una piena ed effettiva conoscenza dei contenuti della Carta e delle opportunità che il riconoscimento della sua forza vincolante attribuisce ai cittadini italiani e alle persone stabilite in Italia. (7-00316) «Frigato, Bimbis»”.

¹⁷⁰ Si tratta della legge 9 febbraio 1999, n. 30 che ratifica la Carta Sociale Europea nel testo riveduto a Strasburgo nel 1996. Sebbene dunque sott’ordinata alla Costituzione essa è vincolante per il nostro Paese e deve essere applicata dai nostri giudici. Inoltre, va considerato che le leggi di ratifica di trattati internazionali, sebbene di rango ordinario, sono ritenute comunemente fonti “rafforzate” (sia detto in senso atecnico) rispetto alle comuni leggi ordinarie, poiché trovano fondamento in un impegno preso dallo Stato. Dalla ratifica e dal relativo ordine di esecuzione discende un vincolo interpretativo delle leggi successive, che, nell’impostazione preferibile, per prevalere devono contenere una chiara indicazione della volontà del legislatore di contravvenire al trattato: “occorre convincersi del fatto che il trattato, una volta acquistata in qualsiasi modo validità formale all’interno dello Stato, finisce con l’essere sorretto nell’ambito dell’ordinamento interno da una *duplicata* volontà normativa: da un lato la volontà che certi rapporti siano disciplinati così come li disciplina la norma internazionale; dall’altro la volontà che gli impegni assunti verso altri Stati siano rispettati. Occorre dunque, per far prevalere una legge posteriore, che entrambe le volontà siano annullate; occorre che *la norma posteriore riveli non solo e non*

giudici¹⁷¹. Se il punto ha in questa sede rilievo marginale, poiché questo studio ha ad oggetto la Carta di Nizza in rapporto alla nostra Costituzione, e sebbene la Carta Sociale vincoli solo alcuni Stati membri dell'Unione¹⁷², un riferimento alle vicende applicative della Carta Sociale Europea è pertinente. L'efficacia vincolante che è auspicabile la Carta di Nizza acquisti per venticinque dei ventisette membri dell'Unione supera, è vero, la necessità di fare riferimento ad altre fonti vincolanti di contenuto analogo quale "supporto" all'efficacia di quest'ultima. Ma l'efficacia che la Carta di Nizza andrà ad acquistare è quella della legge di ratifica, dunque di una legge ordinaria, come tale sott'ordinata alla nostra Carta Costituzionale, rispetto alla quale non si pone problema di coordinamento¹⁷³, o, meglio, se il problema si pone va risolto nel senso della prevalenza di questa seconda (anche a prescindere dall'orientamento della nostra Corte Costituzionale sulla tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale cui si farà cenno nel seguito). Dunque la Carta di Nizza, dal punto di vista dell'efficacia, finirà probabilmente per trovarsi nella gerarchia delle fonti in una situazione non dissimile dalla Carta Sociale Europea. Sebbene sia chiaro che assai diversa è l'importanza dei due documenti sul piano storico e su quello politico e istituzionale.

5. (segue): contenuto essenziale del diritto e carattere compromissorio dell'art. 30 della Carta di Nizza

Passando a considerare specificamente l'art. 30 della Carta di Nizza, se su alcune questioni deve rilevarsi una sostanziale convergenza di soluzioni per la norma in questione e per quelle relative agli altri diritti sociali, non altrettanto sembra doversi dire per il carattere compromissorio proprio delle fonti comunitarie ed internazionali. Qui la norma dell'art. 30 della Carta di Nizza merita una duplice valutazione. L'idea secondo la quale «ogni formulazione esprime [...] quel "compromesso dei compromessi costituzionali", buono a formare un "minimo comune denominatore", accettabile dagli Stati membri, perché basato sulle loro comuni tradizioni costituzionali e sui loro comuni

tanto la volontà di disciplinare in modo diverso gli stessi rapporti quanto quella di ripudiare gli impegni internazionali già contratti" (cit. da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, ES, Napoli, 1995, p. 303, al quale – cfr. p. 298 ss. – si rinvia per maggiore approfondimento della questione).

¹⁷¹ L'articolo 24 della Carta, intitolato "Diritto ad una tutela in caso di licenziamento", prevede:

"Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere:

- a. il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini 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.". Benché la norma sia più dettagliata di quella contenuta nella Carta di Nizza, anch'essa nulla dice quanto alla forma della tutela che deve essere assicurata in caso di licenziamento ingiustificato: conf. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 60. Secondo BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne* cit., p. 180 rispetto all'art. 30 della Carta di Nizza qui il diritto in questione lo si ritrova con un'attenuazione e tre precisazioni. La prima sta nel fatto che la previsione è diretta agli Stati e non riconosce un diritto soggettivo ai lavoratori: con il che l'A. sembra affermare implicitamente che tanto faccia l'art. 30 della Carta di Nizza.

¹⁷² Cfr. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=1&DF=&CL=ITA>: al 6 agosto 2007 la Carta non risulta ratificata, tra gli altri, da Austria, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Lussemburgo, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Spagna, Ungheria. La fonte è il sito web dell'Ufficio Trattati del Consiglio d'Europa: <http://conventions.coe.int/>.

¹⁷³ Cfr., per tutti, CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 305.

obblighi internazionali»¹⁷⁴ può essere riferita alla norma della quale ci si sta occupando solo se si ha riguardo al fatto che il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato sussiste in conformità (oltre che al diritto comunitario) alle legislazioni e prassi nazionali¹⁷⁵. Se invece si ha riguardo solo al nucleo essenziale della norma, vale a dire all'attribuzione del diritto ad una tutela in caso di licenziamento ingiustificato ed alla previsione che questo deve essere inteso come regola, suscettibile di eccezioni sì, ma pur sempre regola, chiaramente non può dirsi lo stesso¹⁷⁶.

Il compromesso (se di compromesso si vuol parlare) implicito nella norma dell'art. 30 ("Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali") è dunque nell'assenza di riferimenti alla forma di tutela contro il licenziamento ingiustificato e nel rinvio alle legislazioni e prassi nazionali, da intendersi riferito alla forma di tutela ed alle eccezioni alla regola della tutela¹⁷⁷. Ma, lo si è visto, l'assenza di vincolo quanto alla forma della tutela è proprio anche della nostra Carta Costituzionale.

Non c'è compromesso possibile sul nucleo del diritto: qui va anzi sottolineato il rilievo della eventuale costituzionalizzazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, che, se trova riconoscimento in norme internazionali o in norme interne, non sembra assurga al rango costituzionale (almeno in forma così esplicita)¹⁷⁸, con la sola eccezione del Portogallo¹⁷⁹. Questa rigidità della norma la rende assai lontana dall'idea della individuazione di un minimo comun denominatore, sicché è ben difficile in questo caso parlare di compromesso al ribasso. Anzi, in caso di costituzionalizzazione questa è sicuramente una delle norme che dovrebbe indurre in alcuni Paesi membri un adeguamento delle legislazioni nazionali.

¹⁷⁴ Cit. da BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 13. Cfr. anche G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea*, Arg. Dir. Lav., 2004, 519 ss., sul punto part. p. 526, ove parla di "inevitabile logica compromissoria"; CARNAROLI, *La tutela dei diritti individuali dei lavoratori nella Carta* cit., p. 415, che segnala come la concisione del testo, più che ad una scelta legislativa, risponda alla faticosa ricerca di un compromesso nella individuazione di un minimo costituzionale comune.

¹⁷⁵ Da questo punto di vista si deve riconoscere, con G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne* cit., p. 180 che "sa formulation est faible": da altri, come si vedrà nello sviluppo del discorso, assai meno. V. sin d'ora F. AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 627 s. ove individua nell'art. 30 una delle tre norme fondamentali nella definizione di un "plafond di garanzie per ogni forma e modalità esplicativa di lavoro, comprese anche tutte quelle flessibili" (cit. da p. 627, ma il riferimento all'art. 30 è a p. 628).

¹⁷⁶ Mi sembra sottolinei questo carattere "rigido" del nucleo della norma G. ARRIGO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, Dir. Lav. Merc., 2005, p. 275 ss., sul punto p. 292 s., che parla di riflessi costituzionali "notevoli" della norma (anche se, direi, potenziali).

¹⁷⁷ Sembra obliterare quasi del tutto questo aspetto BRONZINI, *Art. 30: diritto al lavoro* cit., che si pone una serie di problemi quanto ai destinatari della tutela (cittadini e non cittadini, lavoratori subordinati e non), che non sembra abbiano senso di porsi vista la formulazione della norma. La stessa formulazione della norma priva di ogni fondamento i dubbi che l'A. ritiene di prospettare sulla idoneità della nostra tutela obbligatoria (l.604/66) al rispetto della Carta di Nizza. In generale (non con riguardo alla formulazione della Carta di Nizza), per l'idea che solo la tutela reale ex art. 18 st. lav. risponda in modo adeguato al diritto al lavoro inteso come diritto sociale di cittadinanza, cfr. L. CAVALLARO, *Costituzioni e diritto al lavoro. Un'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Riv. It. Dir. Lav., 2003, I, p. 227 ss., sul punto 231 ss. Sembra, realisticamente, si esprima nel senso di cui nel testo anche DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 409, che rileva come l'art. 30 sia proprio un esempio della lontananza della Carta dalla tecnica dell'armonizzazione.

¹⁷⁸ Cfr. ancora ARRIGO, *I diritti sociali* cit., p. 293, che osserva come "almeno su questo aspetto il Trattato non è più arretrato rispetto alle Costituzioni nazionali".

¹⁷⁹ L'art. 53 della Costituzione portoghese, intitolato alla "sicurezza nell'impiego" (segurança no emprego) recita infatti testualmente: "É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos". Un riferimento alla Costituzione Portoghese è anche in GIUGNI, *Il diritto al lavoro* cit., p. 50.

Se si considera il nucleo essenziale del diritto, sul piano del compromesso, dunque, il *proprium* della norma che ci occupa è quello comune agli altri diritti sociali e rinvenibile nei limiti al riconoscimento di questi ultimi operato con la Carta di Nizza. La portata di questo riconoscimento deve essere indagata alla luce delle disposizioni della stessa Carta, che non sembra discostarsi dal rispetto della gerarchia assiologica consueta per l'ordinamento comunitario, nella quale i valori dell'economia e del mercato prevalgono su quelli sociali¹⁸⁰, come si deduce piuttosto chiaramente dagli artt. 51 e 52 della Carta.

La conservazione degli equilibri e delle gerarchie interni all'ordinamento comunitario emerge chiaramente dal testo dell'art. 51, che al primo comma sancisce espressamente che "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Come a dire che la Carta non crea nuovo diritto, ma criteri e linee guida da osservarsi nell'attuazione del diritto comunitario. Se dovesse ritenersi che questa formula lasci margini di incertezza, chiude invece ogni spazio, ad avviso di chi scrive, quella del secondo comma della stessa disposizione, per la quale "La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati"¹⁸¹. La ripetizione preoccupata del concetto della non incisività della Carta sull'assetto dell'ordinamento comunitario ed il fatto che i trattati siano costituiti come argine ai diritti sociali danno la misura del progresso (assai relativo per ora) della dimensione sociale in ambito comunitario¹⁸².

¹⁸⁰ G. MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, Riv. Dir. Sic. Soc., 2006, p. 89 ss., che parla di "tensione tra Costituzione economica e diritti sociali" (cit. da p. 90) e di "prevalenza nell'ordinamento comunitario della integrazione economica" (cit. da p. 116); cfr. anche D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione* cit., p. 16, che parla di "tensione costituzionale"; A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 523 ss., ove giudica "non troppo felice" o "insoddisfacente" la disciplina dei diritti fondamentali contenuta nella Carta di Nizza, chiarendo poi che questo giudizio è dovuto proprio alla operatività delle clausole orizzontali, vale a dire le disposizioni generali che presiedono all'interpretazione e applicazione della Carta (cfr. p. 524). Assai più ottimista sembra F. BANO, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale* cit., p. 825, secondo il quale "le norme di principio del Tc nell'abbracciare un orizzonte assiologico molto più vasto e articolato di quello in cui si muoveva il Trattato di Roma del 1957 (e i successivi), per un verso, delegittimano argomentazioni parziali improntate a considerazioni di ordine prettamente mercantile e, per altro verso, indeboliscono una pregiudiziale subordinazione delle questioni sociali rispetto a quelle economiche. Non esiste cioè, una gerarchia legalmente preconstituita dei fini privilegiati in seno all'ordinamento Ue, bensì una dialettica politica fra principi equiordinati". Ma si tratta di ottimismo che non sembra diffuso in dottrina.

¹⁸¹ Cfr. le osservazioni in proposito di C. PINELLI, *Diritti e politiche sociali nel progetto di trattato costituzionale europeo*, Riv. Dir. Sic. Soc., 2004, p. 477 ss., sul punto p. 483 s., ove parla di finalità ricognitiva della redazione della Carta di Nizza, sottolineando che dando maggiore spazio alla prospettiva sociale, "i redattori della carta non hanno [...] scelto il modello socialdemocratico a scapito del modello neoliberale" poiché una simile opzione avrebbe richiesto "strumenti e istituti necessari a far valere i diritti fondamentali, su cui la Carta [...] tace volutamente e necessariamente". Sul punto v. anche S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, Arg. Dir. Lav., 2001, p. 391 ss. Per GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea* cit., p. 496 s. "i diritti sociali europei sono messi su un piano assiologicamente e normativamente parioridinato a quello occupato dalle libertà economiche"; questa considerazione è forse accoglibile sul piano dei principi, ma non toglie che gli equilibri di fatto presenti nell'ordinamento comunitario vedano ancora una preminenza dei temi economici, dovuta anche alle resistenze di alcuni dei membri dell'Unione a vincolarsi sul piano delle politiche sociali: in questi termini si v. ancora MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali* cit., p. 115 ss., secondo il quale, ove anche la Carta venisse costituzionalizzata "la riconduzione della Carta nell'ambito del diritto costituzionale formale [...] non la trasforma nel centro del sistema costituzionale, che rimane incentrato sulla prevalenza del progetto di integrazione economica" (cit. da p. 117).

¹⁸² Sul punto v. A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 524, che parla di "evidenti implicazioni politiche di tali limitazioni", citando diversi documenti ufficiali. Sono evidenti i casi del diritto alla negoziazione collettiva rispetto alla persistente esclusione del diritto di associazione e del diritto di sciopero dalle competenze comunitarie e del diritto dei disabili a beneficiare di misure che ne agevolino l'inserimento rispetto alla negazione della competenza comunitaria in materia di esclusione sociale. Per considerazioni sul peso assai relativo della dimensione sociale in ambito comunitario anche dopo

Per di più la limitazione vale anche da un altro punto di vista: gli Stati membri devono essere ritenuti vincolati dalla Carta “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”: il che significa che quando essi agiscono fuori da vincoli comunitari sono liberi di non rispettare i diritti fondamentali sanciti dalla Carta¹⁸³.

Se questo non bastasse, l’art. 52 chiarisce che i diritti fondamentali elencati nella Carta sono inderogabili solo nel loro “contenuto essenziale” e che “nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Ora, non può non notarsi come, anche a prescindere dalla individuazione del concetto di “contenuto essenziale”¹⁸⁴, tra le “finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione” rientrano in primo luogo proprio quelle di tutela del corretto funzionamento del mercato e della concorrenza, spesso in contrasto con le esigenze di tutela dei diritti sociali. Pure da questo punto di vista, dunque, esce confermata la subordinazione della dimensione sociale a quella economica e di mercato. Tuttavia, se è vero che in alcuni casi la questione può porsi con una certa urgenza¹⁸⁵, in altri l’ammissione di possibili limitazioni al contenuto dei diritti sociali ed all’ambito di applicazione delle relative norme non è esclusiva dell’ordinamento comunitario, e non va vissuta drammaticamente: un esempio per tutti sta proprio nel diritto del quale ci si sta occupando, uscendo confermata (come si è visto) dalla nostra giurisprudenza costituzionale la discrezionalità del legislatore ordinario non solo nella scelta del regime di tutela, ma anche nella individuazione di aree residue per l’applicazione del regime di libera recedibilità, che all’evidenza significa negazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, sia pure in casi e per finalità particolari.

6. Il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato e la gerarchia di valori sociali e valori economici nell’ordinamento nazionale ed in quello comunitario. La tollerabilità sul piano costituzionale interno di eccezioni al principio derivanti da fonti comunitarie

Il maggiore problema (o uno dei maggiori problemi) sta, dunque, nella diversa forza che i diritti sociali ed i diritti fondamentali hanno nell’ordinamento comunitario ed in quello interno, vale a dire nella preminenza che la nostra Carta Costituzionale assegna ai diritti ed alla dimensione so-

Nizza, cfr. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea* cit., p. 176 ss.

¹⁸³ Cfr. ancora, in senso fortemente critico, A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 528, il quale sottolinea la fragilità del confine tra l’azione statale in attuazione del diritto comunitario e quella autonoma, osservando, sulla base delle Spiegazioni ufficiali, che la situazione non muterebbe neanche in caso di approvazione di una Costituzione che incorpori la Carta (p. 528 fondo). Va notato come, nonostante ciò (o proprio per questo), il Protocollo per Regno Unito e Polonia allegato al Trattato di Lisbona ribadisce ulteriormente il concetto. V. poi AMATO, *La Carta dei diritti dell’Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 632 s.

¹⁸⁴ Cfr. ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 508, che si chiede appunto cosa debba intendersi per contenuto essenziale, affermando che non è dubbio che “non può non esserci una sanzione in caso di licenziamento ingiustificato”. Per un riferimento, sia pure sintetico, ai concetti di essenzialità (del contenuto dei diritti e libertà) e proporzionalità (delle limitazioni) cfr. anche T. GROPPI, *Sub art. 52*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti* cit., p. 351 ss., part. p. 355, ove sottolinea la difficoltà di specificare in via interpretativa un concetto giuridico indeterminato come quello di contenuto essenziale. Per il concetto di contenuto essenziale, tra gli autori citati dalla Groppi, cfr. in particolare A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997.

¹⁸⁵ Cfr. BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 13 ss., con riferimento specifico ai recenti casi *Laval* e *Viking*.

ziale su quella economica e del mercato. Questo, in linea di massima, è un problema di impostazione non superabile, o, almeno, che non sarà superato se non quando dovesse esservi una decisa sterzata nell'evoluzione normativa dell'ordinamento comunitari¹⁸⁶. Tuttavia, se dalle affermazioni di principio contenute nella nostra Carta Costituzionale si passa alla lettura della giurisprudenza costituzionale, se cioè dalla costituzione formale si passa a quella materiale, accade spesso che il contrasto con i temperamenti che la matrice economicistica dell'ordinamento comunitario impone ai diritti sociali si attenui. Lo si ripete, non in ogni caso, ma talora il contrasto è meno stridente e la questione meno drammatica di quanto possa sembrare, pur essendo evidente la differenza di impostazione della nostra Carta Costituzionale, che inserisce il diritto al lavoro tra i principi fondamentali (e non fa altrettanto per la libertà di iniziativa economica). D'altronde, si trattava della (ri)nascita di uno Stato nazionale, non della formazione di un agglomerato di Stati con interessi economici potenzialmente convergenti e solo nella mente, o forse nei sogni, di pochi visionari di una possibile futura Unione fra Stati.

Questo ad oggi innegabile ordine di cose fa sì che resti problematico stabilire la prevalenza di un diritto sociale fondamentale, cui l'ordinamento interno di uno Stato membro riconosca valore prioritario, o di una delle libertà economiche fondamentali per i Trattati, come testimoniano i recenti casi in materia di diritto di sciopero e libera prestazione di servizi *Laval*¹⁸⁷ e *Viking Line*¹⁸⁸ e, più ancora, la vicenda della direttiva *Bolkestein* in materia di libera prestazione di servizi, che nella formulazione inizialmente proposta avrebbe riconosciuto, per la disciplina applicabile ai lavoratori coinvolti, il principio del paese d'origine, consentendo dunque alle imprese operanti in più Stati membri di scegliere come sede quello con la disciplina più vantaggiosa, potendo poi

¹⁸⁶ Cfr. A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Ediesse, Roma, 2006, p. 132, che osserva come nella carta europea "l'assenza del «diritto al lavoro», il più celebre tra i diritti sociali fondamentali, e la presenza del «diritto di lavorare» (e «la libertà di cercare un lavoro») (art. II-75) tra le disposizioni afferenti al titolo dedicato alle libertà sono tutt'altro che casuali". Secondo l'A., infatti, "il «diritto al lavoro» è assente, non solo in quanto è considerato un obiettivo politico [...] di competenza – al più – delle politiche nazionali, ma soprattutto in quanto considerato una di quelle «pretese sociali» riconosciute legittime solo in quanto compatibili con il principio dell'economia di mercato sancito «nella costituzione economica europea». Parla apertamente di "frigidità sociale" dell'Unione M. FERIGO, *La dimensione sociale europea nella Convenzione europea sul futuro dell'Unione* cit., p. 1541, ove indica in questa una delle lacune fondamentali che il processo di costituzionalizzazione dovrebbe colmare. Secondo S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 16/2003, p. 11 "Nonostante le lacune dell'ordinamento, la costruzione dell'Europa sociale si sta svolgendo consapevolmente, come reazione al pericolo di una sua marginalizzazione. L'inclusione dei diritti sociali nella Carta di Nizza conferma che è stato avviato un importante processo di costituzionalizzazione.". Resta ovviamente da vedere quali siano i limiti di questo processo e, dunque, dell'affermazione dell'Europa sociale: pur se è certamente auspicabile che ciò avvenga nei termini più ampi, non sembra per ora si tratti di un deciso mutamento di rotta. In ogni caso va notato, con A. CANTARO, *Il secolo lungo* cit., p. 83 che "l'eredità laburista e welfarista" costituisce un tratto (se non il tratto) fondamentale dell'identità europea: "essa continua, anzi, ad essere il più rilevante tratto distintivo della società e civiltà europea rispetto alla società e civiltà americana" (cit. da p. 83). E serpeggia il timore, anche tra i comuni cittadini europei, che l'Unione diventi un veicolo per sfuggire alla tradizione degli Stati nazionali nel senso della protezione sociale. In senso analogo F. AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 631 sottolinea come l'opinione pubblica spinga ora per la formale recezione della Carta di Nizza tra le fonti comunitarie.

¹⁸⁷ Causa C-341/05 della quale sono reperibili in rete le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi depositate il 23 maggio 2007 all'indirizzo <http://curia.europa.eu> selezionando dalla banca dati on line della giurisprudenza della Corte di Giustizia. La sentenza, del 18 dicembre 2007, è ora reperibile sullo stesso sito e nel settore documentazione su www.lex.unict.it/eurolabor.

¹⁸⁸ Causa C-438/05 della quale sono reperibili in rete le conclusioni dell'Avvocato generale Pojares Maduro depositate il 23 maggio 2007 all'indirizzo <http://curia.europa.eu> selezionando dalla banca dati on line della giurisprudenza della Corte di Giustizia. La sentenza, dell'11 dicembre 2007, è ora reperibile sullo stesso sito nel settore documentazione su www.lex.unict.it/eurolabor.

applicarla ai propri dipendenti ovunque avessero svolto la propria attività in regime di distacco¹⁸⁹.

Se si guarda specificamente alla questione della giustificatezza del licenziamento ed al caso dell'ordinamento italiano, il problema è ridimensionato dalla non assolutezza del principio che emerge chiaramente da una lettura della giurisprudenza costituzionale (oltre che della legislazione ordinaria). E, una volta che si siano ammesse delle limitazioni al principio costituzionale in questione, non sembra di potersi sostenere che la competenza a legittimare limitazioni e temperamenti al principio sia esclusiva della nostra Corte Costituzionale¹⁹⁰. O, meglio, la questione è mal posta in questi termini; e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, una volta che la tolleranza dimostrata dalla Consulta verso eccezioni o limitazioni al principio ha chiarito che non si tratta di principio assoluto, ma di principio soggetto a bilanciamento, non si vede motivo per il quale non possano essere delineate dal legislatore ordinario altre eccezioni oltre a quelle già individuate e che hanno ricevuto l'avallo della Consulta. Starà poi a quest'ultima valutare fino a che punto possano essere tollerate senza mettere in crisi la scala di valori propria della nostra Costituzione. Se tanto è possibile per il legislatore nazionale, non vi è motivo per cui non debba esserlo anche per quello comunitario. E, del resto, anche la giurisprudenza di legittimità ha avuto più volte modo di ribadire che di ordine pubblico può essere considerato solo il principio che impone una tutela contro il licenziamento ingiustificato, non anche le regole relative alla forma di quella tutela¹⁹¹. Il che attenua ancor più l'urgenza del problema.

In secondo luogo, come anche si è pur sinteticamente cercato di illustrare, la giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale consente di leggere, dietro le ipotesi di licenziamento *ad nutum* (e dietro quelle inerenti la limitazione delle tutele del lavoratore) delle linee guida, che dimostrano la tollerabilità di eccezioni al principio oggettivamente giustificate.

Entrambe le ragioni appena esposte conducono ad individuare nella Corte Costituzionale solo l'estremo argine di fronte a compressioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, inammissibili perché in contrasto (non con la Costituzione integralmente considerata, ma) "con i

¹⁸⁹ Sulla direttiva *Bolkestein* cfr. *infra* quanto si dirà nelle conclusioni. Sin d'ora, cfr., per tutti, A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro* cit., p. 26 ss. (ma tutto lo scritto per i problemi relativi al cd. *dumping sociale*); U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 49/2006 e R. SANTAGATA, *La nuova direttiva sui servizi: le ripercussioni nel diritto del lavoro*, Dir. Lav. Merc., 2006, p. 591 ss., part. 599 ss., che segnala come anche il testo definitivo dell'art. 16 non sia privo "di ambiguità e di incoerenze, soprattutto perché nel rimuovere il principio del paese d'origine non riconosce cittadinanza al principio opposto del paese di destinazione, né, comunque, fornisce una indicazione univoca in merito alla legge da applicare nel caso in cui un fornitore di servizi sposta in tutto o in parte la propria attività in un altro Stato membro" (cit. da p. 605). Sebbene vi siano poi garanzie di salvaguardia dell'applicazione della disciplina comunitaria in materia di distacco.

¹⁹⁰ Sulla questione dei rapporti tra Corti Costituzionali nazionali e Corte di Giustizia cfr. un cenno anche in FOGLIA, *La Carta dei diritti* cit., p. 21, che richiama G.F. MANCINI, *La Corte di giustizia: uno strumento per la democrazia nella Comunità europea*, in Il Mulino, 1993, p. 603 e S. SCIARRA, *Diritti sociali fondamentali*, in AA. VV., *Dizionario del diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, p. 71. Cui *adde*, almeno, i saggi contenuti in G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004. Sulla tutela giurisdizionale dei diritti sociali in Europa cfr., tra i lavori più recenti, G. ZILIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, parte I, cap. IV, nonché, nell'orizzonte europeo, i contributi raccolti in G. DE BURCA, B. DE WITTE (eds.), *Social rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

¹⁹¹ Cfr., da ultimo, Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, di prossima pubblicazione in Riv. It. Dir. Lav., 2008, II, con nota di TIMELLINI.

principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale”¹⁹², analogamente a quanto in generale affermato nella giurisprudenza costituzionale italiana¹⁹³ e tedesca¹⁹⁴.

Pur non sottovalutando la questione, si crede che essa, almeno finché non vi sia una vera e propria Costituzione Europea, vada trattata analogamente alle questioni di compatibilità già affrontate con riguardo ai Trattati comunitari dalle Corti Costituzionali nazionali, costituite in via residuale supremo garante della irrinunciabilità di alcune (non tutte, appunto) tutele dei diritti fondamentali. Dunque, e considerato che anche gli ordinamenti nazionali ammettono ipotesi di compressione dei diritti sociali, non può non giungersi alla conclusione che debbano seguirsi l’assetto e gli equilibri definiti dalla giurisprudenza comunitaria, salvo appunto un intervento del giudice costituzionale nei termini chiariti.

Se ciò è vero, che il diritto comunitario tolleri limitazioni ai diritti dei lavoratori, pur essendo un aspetto che va ben sorvegliato, non è forse così drammatico, almeno fino a quando non si tratti di sostituire le costituzioni nazionali con una Costituzione europea (ipotesi per ora lontana): è, probabilmente, un problema di prospettive, laddove la nostra Costituzione adotta un’ottica di maggiore attenzione ai diritti dei lavoratori rispetto alle esigenze del mercato. Siccome tuttavia anche quest’ultima ammette delle eccezioni e delle limitazioni alla tutela dei diritti sociali, purché adeguatamente giustificate, si tratterà di valutare in primo luogo la congruenza delle eccezioni dovute all’applicazione del diritto comunitario con i valori della nostra carta fondamentale e, quando questa difetti, di rimettere la questione alla Corte Costituzionale nei limiti appena delineati. Solo così, è da crederci, può porsi la questione del contrasto tra la prevalenza assegnata alle esigenze del mercato dai Trattati comunitari e quella riconosciuta ai diritti sociali dalla nostra Carta fondamentale.

Il quadro delineato esce confermato anche dalla lettura congiunta delle disposizioni generali contenute al capo VII della Carta di Nizza, laddove le previste (ex art. 52) limitazioni all’esercizio dei diritti non solo devono comunque fare salvo il contenuto essenziale di questi ultimi (sempre ex art. 52), ma non possono neanche “essere interpretat(e) come limitativ(e) o lesiv(e) dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti [...] dalle costituzioni degli Stati membri” (art.

¹⁹² Questa era del resto anche l’opinione molto prima autorevolmente espressa in dottrina da CONFORTI, *Diritto comunitario e diritto degli Stati membri*, Riv. Dir. Int. Priv. Proc., 1966, p. 5 ss.

¹⁹³ Il pezzo tra virgolette che precede è citato da Corte Cost. 21 aprile 1989, n. 232 al par. 3.1, che si riporta di seguito: “Vero è che l’ordinamento comunitario - come questa Corte ha riconosciuto nelle sentenze sopra ricordate ed in altre numerose - prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli, di cui il ricorso incidentale alla Corte di Giustizia ex art. 177 del Trattato C.E.E. costituisce lo strumento più importante; ed è non meno vero che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, parte integrante ed essenziale dell’ordinamento comunitario. Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. In buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile; inoltre, va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell’ordinamento comunitario.” La sentenza si può leggere per intero sul sito www.cortecostituzionale.it.

¹⁹⁴ La Corte costituzionale federale tedesca ebbe modo di chiarire, in un’ordinanza del 12 maggio 1989 (in Riv. Dir. Int., 1990, p. 424 ss.), la persistenza della sua competenza ove attraverso la tutela assicurata dalla Corte comunitaria non fosse assicurato “lo standard di protezione dei diritti umani considerato irrinunciabile dalla Legge fondamentale”.

53)¹⁹⁵. Questa norma, tra l'altro, almeno se nella locuzione diritti dell'uomo e libertà fondamentali si facciano rientrare, come sembra corretto, anche i diritti sociali, dovrebbe contribuire ad attenuare le preoccupazioni di una parte della nostra dottrina per il rischio che le costituzioni nazionali si vedano superate e scavalcate da una carta europea più restrittiva e meno rispettosa dei diritti sociali¹⁹⁶. E in ogni caso, vista l'attuale prospettiva, la Carta di Nizza ed il Trattato di Lisbona non sembra possano essere considerati idonei a scavalcare in alcun modo le costituzioni nazionali.

7. (segue): la tollerabilità sul piano comunitario di eccezioni derivanti da fonti nazionali

La tutela dei valori dell'ordinamento nazionale resta quindi affidata, fisiologicamente, alla Corte Costituzionale, sia pure nei limiti, individuati dalla stessa Consulta, dei quali si è sommariamente detto.

Quando tuttavia la norma della Carta di Nizza dovesse divenire vincolante (con le leggi di ratifica del Trattato di Lisbona) si porrebbe anche la questione inversa. Vale a dire, ci si dovrebbe chiedere se le eccezioni al principio legittimate dalla nostra Corte Costituzionale possano essere considerate ammissibili in base alla normativa comunitaria. Per comprendere gli esatti termini della questione si deve procedere all'analisi relativa al rapporto della disposizione comunitaria sul diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato con la norma della Costituzione italiana sul diritto al lavoro.

La prospettiva aperta dal Trattato di Lisbona impone di iniziare a confrontarsi con i problemi che potrebbero nascere dall'esigenza di un coordinamento delle fonti nazionali e di quelle comunitarie con riferimento alla formulazione delle rispettive norme. Ciò anche alla luce della preoccupazione per la preminenza (almeno originaria) nell'ordinamento comunitario delle libertà economiche sui diritti sociali, che pare piuttosto viva tra gli studiosi, almeno italiani¹⁹⁷.

Dunque, la questione merita attenta considerazione; anche perché per alcune norme, come quella che ci occupa, il problema potrebbe essere l'inverso. Nel caso di specie ci si trova infatti di

¹⁹⁵ La norma dell'art. 53 è riferita testualmente a "nessuna disposizione della presente Carta"; tuttavia è ovvio che riguardi, per il tramite dell'art. 52, le limitazioni da questa seconda norma dichiarate ammissibili. Sostanzialmente nello stesso senso cfr. M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione Europea*, Riv. Giur. lav., 2006, I, p. 891 ss. sul punto p. 893 fondo, ove fa riferimento all'art. II-112, par. 4, a norma del quale i diritti fondamentali, risultanti dalle tradizioni comuni agli Stati membri "sono interpretati in armonia con dette tradizioni". Cfr. poi anche, in termini analoghi, F. BANO, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale cit.*, p. 826, ove osserva che nel garantire la tutela dei diritti fondamentali "la Corte fa riferimento, in primo luogo, alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri".

¹⁹⁶ Fanno riferimento a queste preoccupazioni, tra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, Lav. Dir., 2000, n. 4, p. 547 ss. (sul punto p. 547) e M. FERIGO, *La dimensione sociale europea nella Convenzione europea cit.*, p. 1542 che, quanto ai diritti fondamentali, parla di rischio di "oscuramento del nucleo stesso dei sistemi costituzionali nazionali" e, quanto alla dimensione sociale, sottolinea come "se lo sviluppo di un sistema di tutela dei diritti fondamentali marcatamente pretorio – elaborato dalla Corte di giustizia a partire dalla sent. *Stauder* – riuscì lentamente a colmare le lacune relative alla tutela delle libertà civili ed economiche, esso ha lasciato fuori, pressoché totalmente, la sfera dei diritti sociali fondamentali". Sfera che è venuta poi emergendo attraverso il dialogo con le Corti nazionali, ma non fino al punto di risolvere lo "strutturale paradosso" che vede l'ordinamento costituzionale comunitario, improntato ai valori del libero mercato, sintesi del tutto impropria di tradizioni costituzionali nazionali che antepongono i valori sociali a quelli del mercato e della concorrenza.

¹⁹⁷ Cfr. ancora BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea cit.*, p. 547.

fronte una norma nazionale dal contenuto ampio, che ha lasciato in cinquanta anni ampia possibilità al giudice costituzionale di disegnare dei limiti ai principi che ne discendono, ed una norma comunitaria dal contenuto preciso, si direbbe perfetto nel suo nucleo essenziale sino al punto di poterne ipotizzare un'efficacia diretta anche nei rapporti interprivati¹⁹⁸.

Va intanto detto che, per quanto concerne la tipologia di tutela che il legislatore nazionale ordinario può ritenere di predisporre contro il licenziamento ingiustificato, sembra indubbio, tanto per la norma nazionale quanto per quella comunitaria, sussistano spazi lasciati alla discrezionalità del legislatore ordinario nazionale. Ciò è, come si è visto, esplicitamente affermato dalla nostra Corte Costituzionale per quanto concerne l'art. 4¹⁹⁹, ma deve ritenersi implicito anche nella formulazione della norma comunitaria: il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato non reca in sé alcuna indicazione quanto alla tipologia di tutela da predisporre. Il precetto riguarda solo l'esistenza in sé di una tutela per quelle ipotesi nelle quali il recesso non sia sorretto da adeguata giustificazione. Anche a prescindere dal fatto che nello stesso art. 30 il riconoscimento del diritto avviene in conformità alle legislazioni e prassi nazionali, la norma riconosce il diritto alla tutela, non imponendo, analogamente a quanto accade nel diritto comunitario antidiscriminatorio, vincolo alcuno quanto alla tipologia delle sanzioni conseguenti al licenziamento illegittimo²⁰⁰.

L'affermazione esplicita del diritto nella Carta di Nizza mette in luce un ipotizzabile problema di compatibilità delle due disposizioni, nazionale e comunitaria, poiché questa seconda non sembra consentire eccezioni al principio. Al contrario, come si è visto, la nostra Corte Costituzionale (in modo criticabile in alcuni casi, condivisibile in altri) ha preservato spazi alla libera recedibilità, tendendo al vaglio delle ipotesi di recesso *ad nutum* sulla base della sussistenza di adeguate ragioni giustificative del regime di licenziamento. Ora, è chiaro che la Consulta ha potuto più facilmente seguire questa linea interpretativa perché il testo dell'art. 4 Cost. tutela il diritto al lavoro, ma non specifica in cosa questa tutela vada a concretarsi: manca cioè in quel testo l'espressa

¹⁹⁸ Sulla valenza dell'affermazione esplicita nell'art. 30 della Carta di Nizza del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato cfr. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate* cit., p. 55-56. Cfr. anche BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 16, che vede nella formulazione della norma i caratteri sufficienti perché possa essere considerata immediatamente precettiva qualora divenga vincolante. Si può ritenere che proprio norme come l'art. 30 della Carta di Nizza siano all'origine delle già segnalate preoccupazioni che hanno indotto alla precisazione, contenuta nel Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito, che, all'art. 1, punto 2 specifica: "In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno." Non è un caso, del resto, che la precisazione riguardi il solo titolo IV della Carta.

¹⁹⁹ Cfr. le già citate Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 184, *Giur. Cost.*, 1970, p. 2222, sulla tutela obbligatoria; Corte Cost. 19 giugno 1975, n. 152,

²⁰⁰ Da questo punto di vista è quindi prevedibile che la Corte di Giustizia confermi l'orientamento già manifestato sulla tolleranza dei regimi differenziali di tutela per le imprese di minori dimensioni (cfr. CGCE 30 novembre 1993, C-189/91, Petra Kirsammer-Hack v. Nurhan Sidal, Racc. 1993, p. 6185 ss.). Tuttavia, rispetto a quanto affermato nella sentenza citata, di fronte ad un art. 30 divenuto vincolante, la differenza tollerabile dovrebbe pur sempre consistere in una tutela meno incisiva, come accade in Italia per la tutela cd. obbligatoria, non nella completa assenza di qualsivoglia tutela, come sembra fosse nel caso Petra Kirsammer-Hack. Cfr. anche CARNAROLI, *La tutela dei diritti individuali dei lavoratori nella Carta* cit., p. 422, secondo la quale il contenuto essenziale del diritto di cui all'art. 30 non si esaurisce nel principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, ma abbraccia anche un principio volto ad imporre la congruità e l'adeguatezza del regime sanzionatorio. Opinione, questa, che ha un sicuro fondamento logico (che senso avrebbe la sanzione di un diritto se poi la si può disattendere costruendo tutele inadeguate), ma si scontra con la formulazione della norma dell'art. 30, che lascia inequivocabilmente liberi i legislatori nazionali nella valutazione della adeguatezza delle tutele predisposte (purché sussista una tutela).

affermazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato o, se si vuole, la canonizzazione del principio della necessaria giustificatezza del licenziamento. L'art. 30 della Carta di Nizza, sancendo invece espressamente "il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato" rende ben più difficile preservare margini alla libera recedibilità: a prescindere da ogni altra considerazione è evidente già sul piano logico che il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato presuppone la sindacabilità della giustificatezza del recesso (se non si identifica del tutto con essa). Anzi, una parte della dottrina ha ritenuto di trarre dalla formulazione della norma, che parla di licenziamento ingiustificato invece che di licenziamento illegittimo o privo di motivazione, la conclusione che "debba trattarsi di una condizione di legittimità qualificata e non di una qualsiasi motivazione", vale a dire che "la disciplina dettata dal diritto comunitario o dalle legislazioni o prassi nazionali deve prevedere motivazioni fondate su elementi, soggettivi o oggettivi, rispondenti a requisiti rilevanti sul piano sociale"²⁰¹. Per vero, sebbene sia apprezzabile l'intento che muove quella dottrina e certo che non potrebbero reputarsi ammissibili "giustificazioni ingiustificate", ovverosia regole che impongano una giustificazione apparente di scelte datoriali sostanzialmente libere, la esatta comprensione della norma necessita di considerare anche il contesto normativo nel quale è inserita. Altre norme della Carta sembrano deporre in senso contrario alla possibilità di fare discendere dall'art. 30 vincoli in capo al legislatore comunitario o nazionale quanto alla scelta delle fattispecie giustificative, se non nel limitato senso di cui si è detto, vale a dire di impedire la costruzione di assetti normativi che rendano sostanzialmente libero il licenziamento nella generalità dei casi.

Nella comprensione dell'effettiva portata dell'art. 30 soccorre, in parte, l'art. 52 della Carta, a norma del quale "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà": limitazioni ai diritti sono consentite, comunque sia formulata la norma sulla quale il diritto fonda. Si diceva che questa norma aiuta solo in parte, perché in effetti non è del tutto chiaro cosa debba intendersi per contenuto essenziale del diritto nel caso che ci occupa²⁰². La presenza di una tutela in caso di licenziamento ingiustificato non sembra suscettibile di gradazioni. Piuttosto, forse, di compressioni, vale a dire di ipotesi nelle quali la tutela venga "sospesa". Invece nell'ordinamento nazionale italiano si riscontra una serie di ipotesi nelle quali la tutela è del tutto esclusa: nelle ipotesi di libera recedibilità il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato non è rispettato neanche nel suo contenuto essenziale (ammesso che sia possibile identificarlo). La dottrina più attenta non ha tardato a porsi una serie di interrogativi, ritenendo

²⁰¹ Le citazioni sono di ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale"* cit., p. 122-123. Cfr., in senso analogo, ma partendo dall'idea che l'art. 30 della Carta di Nizza recepisca l'idea del licenziamento come *extrema ratio* quale criterio di bilanciamento delle esigenze delle parti (e dei principi costituzionali che ad esse presiedono), anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 18, secondo il quale "si delinea in tal modo, proprio sulle orme (se non dell'efficacia almeno) dei contenuti che Natoli attribui alla norma costituzionale, il nucleo essenziale del principio della stabilità al quale l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferirebbe visibilità". Non si vuole assolutamente negare che la consacrazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, in una norma della Carta che si avvia, auspicabilmente, a diventare vincolante per 25 dei 27 Stati membri, abbia una portata considerevole. Solo, come si dice nel testo, una lettura delle altre norme della Carta, in specie delle cd. clausole orizzontali, e una considerazione realistica del carattere compromissorio della stessa norma dell'art. 30 inducono ad una maggiore prudenza nella valutazione del suo portato vincolistico.

²⁰² La stessa domanda si pone ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 508. Cfr., in generale, per il valore del riferimento all'essenzialità GROPPI, *Sub art. 52*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti* cit., p. 351 ss., part. p. 355.

fuor di dubbio che di fronte ad una norma così formulata non sono ammissibili ipotesi di libero recesso e chiedendosi piuttosto se tanto debba valere anche per i lavoratori assunti con contratti di lavoro flessibile²⁰³.

In verità, sembra che l'ammissibilità di ipotesi di libera recedibilità rientri nella questione più ampia della portata del riferimento alla conformità agli ordinamenti e prassi nazionali contenuto nell'art. 30. Se si ritiene che quel riferimento valga per la forma della tutela e non per la sua sussistenza, dovrebbe ritenersi che l'ambito di applicazione della tutela non possa essere rimesso al legislatore nazionale. E ciò si potrebbe, riprendendo l'elegante espressione di una penna ben più autorevole²⁰⁴, sostenuti dall'ottimismo della volontà. Guidati dal pessimismo della ragione, tuttavia, si è costretti ad osservare che questa soluzione si scontra con il dato dell'esistenza in vari ordinamenti (tra cui il nostro) di aree di libera recedibilità, per cui una valutazione realistica, che tenga conto anche del fatto che l'art. 30 è il frutto di un compromesso politico, fa propendere per una diversa soluzione, in base alla quale "contenuto essenziale" è espressione sintetica che indica non tanto l'esistenza della tutela in assoluto, ma la sua esistenza in senso relativo, vale a dire come regola suscettibile di eccezioni. È chiaro che al momento si tratta di un'opinione priva di riscontri e solo (la eventuale futura vincolatività della norma e, quindi,) la giurisprudenza della Corte di Giustizia potrà sciogliere il dubbio, così come deve essere chiaro che si tratta di una opinione non fondata su valutazioni assiologiche: in base a queste ultime è ben comprensibile il tentativo di fondare sull'art. 30 una tutela che, quanto al diritto alla giustificatezza del licenziamento, appare persino più corposa di quella assicurata dalla nostra legislazione nazionale, tendendo ad escludere la legittimità, sul piano comunitario, di deroghe al principio della necessaria giustificatezza del licenziamento ammesse dalla nostra Corte Costituzionale. Così come è ben comprensibile la tentazione, non infrequente nella dottrina italiana²⁰⁵, di fondare sull'art. 4 della Carta Costituzionale non il principio di necessaria giustificatezza del licenziamento, ma lo strumento principe della tutela reale²⁰⁶.

Quanto al punto specifico relativo ai rapporti flessibili, non sembra possa essere revocata in dubbio la illegittimità di discipline che tendano ad identificare la libera recedibilità come regola fondamentale e deve essere recisamente criticata la scelta legislativa di rimettere alla disponibilità

²⁰³ ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 508.

²⁰⁴ Cfr. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti* cit., p. 21.

²⁰⁵ Più entusiasti i costituzionalisti: cfr. SALAZAR, *Alcune riflessioni* cit., p. 15, che vede la Consulta in bilico tra il vecchio ed il nuovo, dove il nuovo sarebbe il riconoscimento del diritto al lavoro come diritto alla stabilità (ma qui lo scritto risente di una non chiara distinzione tra stabilità come tutela contro il licenziamento ingiustificato e stabilità come tutela reale); e APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro* cit., p. 182 ss. ove intitola un paragrafo alla "progressiva stabilità del rapporto di lavoro" (sic); sulle quali, in senso critico e condivisibilmente cfr. M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 12, ove afferma che "è quantomeno dubbio" che nella giurisprudenza costituzionale possa leggersi "la progressiva affermazione del diritto alla stabilità"; assai più cauti i lavoristi: cfr. ad es. M. D'ANTONA, *La reintegrazione* cit., p. 83-84, dove ritiene (come già MANCINI, *Sub art. 4* cit., pp. 240-241) contrasti con l'art. 4 un "cammino a ritroso" rispetto al livello di tutela assicurato contro il licenziamento; BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 16, ove si legge un timido accenno, legato anche alle fonti europee, ma nella piena consapevolezza che lo stato del diritto vivente è ben altro.

²⁰⁶ Come si è già visto, anche in questo caso l'intenzione di rispondere ad esigenze di giustizia si scontra con la realtà di orientamenti inequivocabili della nostra Consulta, che ha sempre ritenuto l'esatto contrario, tanto da ribadire in diverse occasioni la legittimità di consultazioni referendarie che, senza incidere sul citato principio, colpissero in un senso o nell'altro l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: cfr. le più volte citate Corte Cost. 46/2000 e Coste Cost. 41/2003.

delle parti contrattuali l'opzione per la libera recedibilità, come accade per il lavoro a progetto²⁰⁷: una cosa è che vi possano essere delle eccezioni, specificamente individuate dal legislatore e rigorosamente giustificabili in base ad una logica compatibile con i valori costituzionali (come accade ad esempio per il lavoro domestico), cosa ben diversa è concretare una fattispecie di rapporto pressoché universalmente utilizzabile in ogni situazione e per fare fronte ad esigenze del tutto diverse, nella quale la libera recedibilità costituisce la regola. Qui vanno ribadite con ancora maggior forza le conclusioni esposte trattando del licenziamento dei dirigenti, essendo presente oltretutto l'aggravante della sicura posizione di debolezza dei lavoratori flessibili²⁰⁸.

La norma comunitaria può essere intesa come norma che impone (meglio: imporrebbe qualora divenisse vincolante) agli ordinamenti di riconoscere il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, salva la possibilità di individuare una serie di eccezioni, ma che, appunto, devono restare nel rapporto tra regola ed eccezione, ove la regola deve essere quella del diritto alla tutela (contenuto essenziale) e le eccezioni le ipotesi di libera recedibilità (limitazioni al contenuto essenziale). E non possono, ad avviso di chi scrive, essere considerate tali opzioni che consentano il libero recesso in rapporti di lavoro che sono utilizzabili in contesti produttivi completamente diversi.

Il nocciolo del problema sta dunque nella possibilità di qualificare come vere eccezioni alla regola le ipotesi di libera recedibilità disegnate dal legislatore nazionale. In questi termini deve essere intesa, ad avviso di chi scrive, la norma della Carta di Nizza quando fa riferimento alla sussistenza del diritto in conformità "alle legislazioni e prassi nazionali".

Così stando le cose, è chiaro che la tenuta dell'art. 30 e la sua reale portata dipendono in buona parte dalle opzioni dell'interprete, che, beninteso, potrebbe invece scegliere di valorizzare ancor più la richiesta o ammessa conformità alle legislazioni e prassi nazionali, per affermare che tutto è lecito al legislatore nazionale. In questo caso per il nostro ordinamento valgono comunque i limiti che discendono dall'interpretazione dell'art. 4 fornita dalla Corte Costituzionale, ed in base a questi è da ritenersi dubbia la legittimità di una disciplina come quella relativa al lavoro a progetto. Ma discorso diverso potrebbe valere per altri ordinamenti, ove il diritto di cui si discute è diversamente conformato.

Se così è, nonostante la formulazione in apparenza assai stringente del diritto che ci occupa nella versione comunitaria, siamo di fronte ad un diritto che è enunciato in via di principio in quella

²⁰⁷ Cfr. U. GARGIULO, *Il recesso nel lavoro a progetto tra volontà delle parti e diritto dei contratti*, ADL, 2004, p. 895 ss., sul punto p. 904 ss. Sul punto specifico cfr. anche AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 627 s. che individua nell'art. 30 della Carta di Nizza una delle garanzie che devono valere anche per il lavoro flessibile. Secondo questo Autore l'art. 30 "risulta [...] sintomatico della scelta generale (e generalizzabile attraverso lo strumento dell'interpretazione estensiva) di tutela contro gli arbitri dei «poteri privati»". Citando come esempio di una siffatta possibile interpretazione estensiva la giurisprudenza di legittimità italiana in materia di recesso per giusta causa da rapporti di agenzia (cfr. la nota 75 a p. 628).

²⁰⁸ Sembra esprimersi conformemente a quanto nel testo anche NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 17, secondo il quale il principio, che discende dalla citata Corte Cost. 45 del 1965 quanto alla doverosità di circondare di garanzie le ipotesi nelle quali il recesso si renda effettivamente necessario, "in considerazione dell'espressione lata utilizzata dal Costituente, si potrebbe, *mutatis mutandis*, estendere [...] a tutti i titolari di un impiego remunerativo della loro attività personale".

sede, ma deve ricostruirsi poi, caso per caso, sulla base della singola legislazione nazionale²⁰⁹. Certo è che, letto l'art. 30 della Carta in questa maniera, è assai difficile parlare di un avanzamento o consolidamento del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato in sede comunitaria.

In realtà, argine alla discrezionalità dell'interprete è proprio l'art. 52 della stessa Carta di Nizza, il quale, contrariamente alla funzione autolimitativa che gli è sovente attribuita, ha qui un ruolo "corroborante" del diritto, laddove ammette le sole limitazioni che non ne ledano il contenuto essenziale²¹⁰. Dunque, eccezioni sono legittime e sono rimesse alla valutazione compiuta dai legislatori nazionali, ma l'obliterazione completa del diritto o, se si preferisce, la lesione del suo contenuto essenziale, no²¹¹. E l'interprete non può andare in contrario avviso sulla base del solo rinvio alla conformità alle legislazioni e prassi nazionali.

8. Possibili problemi di raccordo tra fonti in un sistema costituzionale multilivello e conformità di soluzione tra Costituzione nazionale e Carta di Nizza quanto al diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato

Resta la questione, già segnalata, di compressioni del diritto che provengano non dalla sede nazionale, ma dalla stessa sede comunitaria. Qui si è visto come la questione vada risolta con l'attribuzione alla Corte Costituzionale del ruolo di supremo guardiano dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. Peraltro, i problemi discussi potrebbero anche risolversi alla luce di una complementarità, vale a dire che le eccezioni al principio di tutela contro il licenziamento ingiustificato, ossia le ipotesi di libera recedibilità ritenute giustificate dalla Consulta, potrebbero coincidere con le ipotesi nelle quali sia considerata tollerabile a livello comunitario una compressione del diritto alla tutela. Ovviamente, tuttavia, non è detto che così accada, e si ritorna dunque alla triplice alternativa: ove la Carta di Nizza non diventi vincolante il problema non si pone; ove essa divenga vincolante al livello degli attuali Trattati comunitari (come sembra dopo la firma di Lisbona) il problema andrà risolto in conformità alla consolidata giurisprudenza costituzionale; ove infine la Carta assurga a rango costituzionale, il problema andrebbe trattato in maniera del tutto diversa, in dipendenza del fatto che si ritenga la Costituzione Europea pariordinata o sovraordinata rispetto a quelle nazionali. Quest'ultima prospettiva appare oggi ancora molto lontana. Tuttavia, l'attuale formulazione della norma dell'art. 30 della Carta di Nizza (perfettamente in armonia con il tradizionale ruolo delle fonti normative comunitarie), che parla di conformità alle legislazioni e prassi nazionali, sembra di per sé ridimensionare il problema. Per aversi, nel caso di pariordinazione o sovraordinazione di una Costituzione europea rispetto alle Costituzioni nazionali, un conflitto vero e proprio, sarebbe necessario immaginare che la nuova Costituzione non fissi alcun criterio di raccordo con le legislazioni nazionali anche del massimo rango²¹².

²⁰⁹ Per questa ragione non sembra potersi dire che la norma della Carta di Nizza, pur con la sua formulazione esplicita (che la differenzia dalla maggior parte delle Carte Costituzionali dei Paesi membri), costituisca un vero e proprio passo in avanti, se non rispetto a quegli ordinamenti nazionali che non prevedono alcuna forma di tutela.

²¹⁰ Conf. BRONZINI, *Art. 30: diritto al lavoro* cit.

²¹¹ Per quanto detto più sopra, non è da ritenersi che possa così essere qualificata la tutela obbligatoria contro il licenziamento ingiustificato: si tratta comunque di una forma di tutela, rimessa quindi alla discrezionalità del legislatore nazionale. *Contra* cfr. BRONZINI, *Art. 30: diritto al lavoro* cit., secondo il quale "è quindi dubbio che l'attuale normativa italiana sui licenziamenti nelle piccole imprese rispetti la dichiarazione di Nizza". Ma è dubbio che sembra fondato più dalla volontà di prospettarlo che da solide basi giuridiche.

²¹² Ciò mentre oggi l'art. II-112, par. 4 afferma la necessità di un raccordo: cfr. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro* cit., p. 893.

Il che pare quanto meno improbabile, considerate già oggi le disposizioni del capo VII della Carta di Nizza (le cd. clausole orizzontali).

La preoccupazione più generale per il rischio che le costituzioni nazionali si vedano superate e scavalcate da una carta europea più restrittiva e meno rispettosa dei diritti sociali sembra, almeno allo stato e con riguardo alla norma che ci occupa, priva di fondamento²¹³. Fino a quando cioè la formulazione delle norme comunitarie contemplerà un rinvio alle legislazioni nazionali²¹⁴ non si vede neanche la possibilità di un vero contrasto tra Carte fondamentali (a prescindere dal fatto che, per la norma che si sta considerando, la enucleazione esplicita del principio di necessaria giustificazione del licenziamento potrebbe essere considerato un avanzamento e non un arretramento della tutela²¹⁵).

Anche tralasciando questa notazione e considerando l'ipotesi che in sede comunitaria non ci si occupi affatto dei problemi di raccordo con le Costituzioni nazionali, non sembra possibile seguire del tutto l'opinione, pur autorevole, secondo la quale, «se dalle vicende dei prossimi due anni dovesse uscire confermata l'integrazione della Carta come capitolo sui "diritti fondamentali" di un TC, la sussidiarietà (verticale) dovrebbe essere messa da parte, almeno quando fosse in discussione la tutela effettiva dei diritti sanciti, che diverrebbe compito precipuo dell'UE, la quale, integrando la Carta dei diritti nel proprio Trattato istitutivo, avrebbe fatto della Carta il diritto costituzionale proprio dell'Unione. Ma questo non ci metterebbe ancora al riparo dal bilanciamento alla stregua dei valori propri dell'UE e dei suoi equilibri interni, nei quali i paesi "conservatori" del sud dell'Europa stentano talora a riconoscersi e che appaiono messi vieppiù in crisi dall'ingresso di nuovi Stati, portatori di interessi chiaramente in conflitto con i modelli sociali propri dei paesi conservatori»²¹⁶. Ammesso che si realizzi una simile integrazione della Carta di Nizza in un Trattato Costituzionale, prospettiva che dopo Lisbona sembra ancor più lontana, è da vedere se davvero la nascita di un diritto costituzionale dell'Unione significhi necessariamente la scomparsa o l'abdicazione al proprio ruolo dei diritti costituzionali nazionali. Ad opinione di chi scrive è difficile escludere una forma di convivenza tra Costituzioni nazionali (che comunque dovrebbero conti-

²¹³ Nello stesso senso mi sembra si esprima anche RUSCIANO, *Il diritto del lavoro* cit., p. 893, con riferimento non limitato all'art. 30 della Carta. Anche PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., p. 528 sottolinea, condivisibilmente, come l'eventuale difforme individuazione di un diritto nel Trattato costituzionale rispetto alla Costituzione nazionale quanto al livello di tutela non debba impensierire: "in questi casi, la minore garanzia assicurata dalla Carta non ha impatto nell'ordinamento interno, posto che – ai sensi della clausola generale di cui all'art. II-53 della Carta stessa – nessuna sua disposizione può essere «interpretata come limitativa o lesiva» dei diritti dell'uomo già riconosciuti da altre fonti, comprese le «costituzioni degli Stati membri»." Conferma (indiretta) di quanto si sta dicendo è anche in SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti* cit., p. 96, ove sottolinea che "i diritti fondamentali devono essere interpretati in armonia con le tradizioni comuni agli Stati membri".

²¹⁴ Del resto, il collegamento con gli ordinamenti nazionali è reso esplicito già dal preambolo della Carta di Nizza (inserito all'inizio della parte II del progetto di Costituzione): "La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo".

²¹⁵ Conf. ARRIGO, *I diritti sociali* cit., p. 293.

²¹⁶ Cit. da M.V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti* cit., p. 21 s.

nuare ad occuparsi della divisione dei poteri, delle strutture di governo politico, della magistratura ecc. ecc.) ed una eventuale Costituzione europea²¹⁷.

La tutela contro il licenziamento ingiustificato resta, per ora, affidata, tanto sul piano nazionale quanto su quello comunitario, al dualismo tra la sussistenza di una tutela, che si va consolidando come diritto sociale fondamentale, e la concretizzazione di questa secondo i diversi modelli ipotizzabili, secondo una scelta che appare rimessa al legislatore ordinario nazionale senza vincoli di alcun genere²¹⁸. Difficilmente ci si poteva attendere di più da una norma come quella inserita nella Carta di Nizza, frutto faticoso di un compromesso politico tra gli Stati membri, in un'epoca nella quale la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato è messa in discussione persino negli ordinamenti nazionali con la più alta tradizione di tutela del lavoro dipendente²¹⁹. E difficilmente si potrebbe ipotizzare un ritorno della nostra Corte Costituzionale sui passi di una giurisprudenza consolidata in un quarantennio, la cui opzione per questo dualismo esce oggi confermata anche dalla normativa comunitaria e dalla rinnovata consapevolezza del necessario rispetto della discrezionalità del legislatore ordinario, valorizzata, sul piano comunitario, come spazio lasciato al legislatore nazionale e, su quello interno, come ossequio per le prerogative dell'organo depositario della sovranità popolare.

Quanto a questo stato di cose valgono due ordini di considerazioni.

La difesa dell'operato della Corte Costituzionale non vuol dire sua supina recezione, giustificata solo dal valore che la giurisprudenza costituzionale ha nel nostro ordinamento²²⁰: si è ben consapevoli che le pronunce della Consulta prestano talora il fianco a critiche, anche fondate²²¹. La difesa della posizione assunta dal giudice costituzionale è dovuta invece al suo legame con il carattere politico e compromissorio delle norme costituzionali e, soprattutto, con il necessario rispetto delle prerogative degli organi costituzionali, che sarebbe tradito dalle più nette prese di

²¹⁷ Sui problemi relativi alla ipotesi di una Costituzione multilivello ed alla sua interazione con il sistema di diritti riconosciuti agli individui, cfr., per tutti, I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, Eur. Law Rev., 2002, n. 27, p. 511 ss., i saggi contenuti in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Bari-Roma, 2003 (in part. ancora I. PERNICE con F. MAYER, *La Costituzione integrata*) e, tra i lavoristi, da diverso punto di vista, B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, Arg. Dir. Lav., 2004, p. 801 ss. di particolare interesse per la considerazione unitaria del problema tra livello nazionale e sopranazionale (cfr. p. 805 ss. per considerazioni in merito); F. BANO, *L'Europa sociale nel Trattato costituzionale* cit., p. 829 ss.; nonché, in prospettiva storico-teorica, L. GAETA, *Sussidiarietà e sicurezza sociale: una prospettiva storica dell'approccio "a più livelli"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 32/2005. Fanno riferimento alla prospettiva di una tutela multilivello dei diritti fondamentali anche AMATO, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile* cit., p. 632 s. e CARTABIA, *Sub art. 51*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti* cit., p. 344 ss.

²¹⁸ Conf., con un cenno, DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali* cit., p. 409, che ritiene l'art. 30 bene esemplificativo la distanza della Carta dalla tecnica dell'armonizzazione. Peraltro, precisa ancora l'Autore, se nella Carta "la disciplina del lavoro è basata sulla disgiunzione tra l'enunciazione dei principi comuni e il riconoscimento della differenziazione degli istituti applicativi", ciò "risponde al principio di fondo della preservazione delle differenze, sancito dal Trattato e confermato dalla Carta, il cui articolo 22 stabilisce che l'Unione «rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica»" (cit. da p. 410). Opinione, questa, che coglie indubbiamente una parte del problema. L'altra sta, come sottolineano più decisamente i giuslavoristi (v. ad es. Lorenzo Zoppi e Maria Vittoria Ballestrero, citati in queste pagine), nella difficoltà di incrementare gli *standards* di tutela obbligatori.

²¹⁹ Cfr. anche BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 17, che parla di "generale constatazione che la reintegrazione è ovunque in crisi".

²²⁰ Semmai, come si è detto all'inizio del lavoro, questo valore giustifica la decisione di partire dalla giurisprudenza costituzionale nell'analisi del problema (v. *retro* par. 1 e par. 2).

²²¹ E sono infatti spesso criticate dalla dottrina: cfr. ad es., tra i molti, DE SIMONE, *Quale stabilità per chi* cit., p. 60 ss.

posizione della Consulta auspicate da una parte della dottrina. Lo stesso rispetto, non si dimentichi, guida la Corte nelle pronunce che difendono struttura ed effetti della tutela reale da eccezioni relative a pretesa incompatibilità con l'art. 41 Cost.²²². Se la *ratio* è la medesima, non pare corretto criticare quando non si condividono i risultati ed elogiare nel caso inverso: quel che deve essere considerato è lo spirito che guida questa giurisprudenza. Spirito che è condivisibile, con la sola eccezione, di cui si è detto, della sottrazione dei dirigenti al principio della tutela contro il licenziamento ingiustificato, che non sembra ammissibile.

Analoghe considerazioni inducono ad un giudizio benevolo²²³ anche quanto alla formulazione delle fonti comunitarie (in particolare l'art. 30 della Carta di Nizza), ancor più gravate dalla necessità di disegnare equilibri accettabili dai vari ordinamenti e, dunque, segnate dallo sforzo di far progredire le tutele sociali nonostante i loro costi, tanto in termini macroeconomici, quanto in termini di limitazione della sovranità nazionale. Così come formulata, infatti, la norma dell'art. 30 della Carta di Nizza, ove divenisse vincolante, ben potrebbe ritenersi immediatamente precettiva²²⁴, vale a dire direttamente applicabile nei rapporti interprivati. Ciò perché si ritiene che diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato significhi sia principio di necessità dell'esistenza di una tutela (principio-direttiva rivolto ai legislatori nazionali, ai quali, pur nei limiti individuati, resta la discrezionalità sulla forma della tutela), sia diritto del lavoratore, direttamente azionabile nei confronti del datore, a conoscere la giustificazione del recesso datoriale (conoscenza che, sola, consente un sindacato e dunque la possibilità di invocare la tutela predisposta dal legislatore nazionale)²²⁵. Dal che il passo è breve ad affermare in ogni caso il dovere del datore di giustificare il recesso. Non è un caso, del resto, che la precisazione contenuta nel Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito, che mira a scongiurare la diretta azionabilità dei diritti elencati, riguardi proprio il titolo IV della Carta²²⁶.

Da altro punto di vista, questo diritto del lavoratore, se non può essere trascurato sul piano teorico, sul piano pratico potrebbe tradursi in regola ostativa alla pretesa irrilevanza dei motivi nelle fattispecie in cui il recesso è libero: come ben dimostrano ordinamenti che non ammettono il sindacato sui motivi del recesso ma sanzionano il licenziamento discriminatorio, una cosa è la insiducabilità dei motivi leciti, altra la irrilevanza dell'illecito o di vizi come l'errore, che possono

²²² Sul punto cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale*. 1 luglio 1989 - 31 dicembre 2005, Ricerca coordinata, sotto l'Alto Patronato del Presidente della Repubblica, da G.M. AMBROSO e G. FALCUCI per CNEL e Corte Costituzionale, Roma, 2006, p. 39 ss., sul punto p. 121 s. che giudica "ragionevole" (cfr. p. 121) il dubbio relativo alla incompatibilità dell'art. 18 st. lav. con l'art. 41 cost.

²²³ Benevolenza che sembra condivisa da D. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 350, ove afferma si tratta di "traguardo non marginale" e, parlando dell'art. 30, scrive: "un articolo, questo, per nulla scontato che, al di là dell'apparente minimalismo del suo contenuto, non sarebbe destinato a restare privo di conseguenze [...] qualora acquistasse forza vincolante".

²²⁴ Conf. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 16.

²²⁵ Per la rilevanza della distinzione tra diritti e principi cfr. ancora A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 525 ss. al punto B. V. anche *retro* par. 4. A conferma di quanto si va sostenendo si può osservare che l'articolo che ci occupa non compare tra quelli che nelle spiegazioni ufficiali fanno parte dei principi-non diritti: cfr. ancora A. LO FARO, in A. LO FARO – A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 526.

²²⁶ Il Protocollo citato, all'art. 1, punto 2 specifica: "In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno."

portare ad una distorta formazione della stessa volontà del recedente. La irrilevanza dell'illiceità o erroneità del motivo, invero, non si sarebbe potuta affermare già in passato²²⁷; meno che mai lo si potrebbe ove la norma in questione divenisse vincolante.

9. Rilievi conclusivi

Oltre non è possibile andare. In particolare, deve essere tenuto fermo il dualismo fondamentale tra esistenza della tutela, per la quale sussiste vincolo tanto sul piano costituzionale quanto su quello comunitario, e forma della tutela, che resta affidata alle valutazioni del legislatore ordinario nazionale.

Il fatto che la scelta del modello sanzionatorio del licenziamento ingiustificato resti discrezionale induce a temperare gli entusiasmi, in particolare di chi²²⁸ vorrebbe che la norma dell'art. 30, divenuta vincolante, costituisse sbarramento "alle proposte di sostituzione della giustificazione del licenziamento con un'indennità economica circolanti in qualche zona del vecchio continente (segnatamente in Francia e Italia)"²²⁹. Al contrario, poiché si deve certamente escludere che sulla base dell'art. 30 della Carta di Nizza possa essere contestata la legittimità di un regime che preveda la sola tutela risarcitoria in caso di licenziamento ingiustificato, non è facile ipotizzare l'illegittimità di un regime fondato, nelle ipotesi di licenziamento per motivi economici, su di un sistema di *firing cost*.

In realtà la questione va posta in termini diversi e colta nella sua essenza, che è assai più politica che giuridica in senso stretto o, se si vuole, è da porsi sul piano delle scelte di politica del diritto, senza vincoli che "costringano" ad una soluzione determinata. Da questo punto di vista, coglie nel segno chi, delle proposte cui si è appena fatto riferimento, contesta l'implicazione che la "proprietà" del posto di lavoro "debba sempre cedere di fronte all'interesse dell'imprenditore, che è in sé superiore"²³⁰. Ma ancora si tratta di un'ottica che non mette in luce il cuore del problema (e forse non consentirebbe un confronto sereno). Che sta in ciò: "la proposta, il cui obiettivo fondamentale è quello di sottrarre al giudice il controllo sulla motivazione oggettiva del licenziamento, esclude allora quel bilanciamento tra valori «utilitari» (stabilità e libertà dell'iniziativa economica) che è invece alla base della disciplina della giustificazione oggettiva del licenziamento sottoposta al controllo del giudice, che opera il bilanciamento nel caso concreto"²³¹.

Questo è il nucleo del problema, rimettere la valutazione della giustificatezza al giudice caso per caso oppure in via generale e preventiva al legislatore sulla base di indici di costo. E la dottrina si divide tra chi ritiene la presenza del giudice irrinunciabile solo nelle ipotesi di licenziamento per motivi cd. soggettivi e chi invece carica, come si è appena visto, il ruolo del giudice di una valenza ulteriore, che lo rende indispensabile anche nel licenziamento per motivi oggettivi. Valenza che

²²⁷ Cosa che invece accadde in giurisprudenza: cfr. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti* cit., p. 9 e p. 40.

²²⁸ Cfr. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 366.

²²⁹ Cit. da IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 366, che cita O. BLACHARD – J. TIROLE, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, Riv. It. Dir. Lav., 2004, I, p. 161 ss. e P. ICHINO, *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, Riv. It. Dir. Lav., 2005, I, p. 7 ss.

²³⁰ Cit. da BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 15.

²³¹ Cit. ancora da BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità* cit., p. 15.

sta, in altre parole, nel non dare per scontato sia sufficiente affrontare un costo per la validità ed efficacia del recesso. Ciò perché nella fattispecie sono in gioco valori più alti del danaro o perché è in fondo vivo il timore che quella del licenziamento per motivi oggettivi possa diventare una via più agevole per disfarsi di lavoratori sgraditi senza affrontare un giudizio.

Senza prendere posizione su una questione che richiederebbe ben altro spazio, qui può solo osservarsi che casi di predeterminazione dei costi che devono essere tollerati per mantenere in vita il rapporto di lavoro sono già oggi presenti nelle legislazioni di tutela (per tutti, si pensi al periodo di comporto). In questa sede si vuole sottolineare che la questione non può essere risolta appellandosi alla legittimità costituzionale o comunitaria dell'una o dell'altra soluzione²³².

Per contro, quanto detto in relazione all'assenza di vincoli relativi alla scelta del modello di tutela non esclude che sia opportuno affrontare la sfida dell'armonizzazione o almeno del riavvicinamento delle normative in materia di tecniche di tutela contro il licenziamento ingiustificato presenti negli ordinamenti dei paesi membri dell'UE²³³. Tanto più che il progressivo allargamento di quest'ultima accresce il rischio di *dumping* sociale²³⁴ e, quindi, consiglia di cercare, come per i licenziamenti collettivi, strade che conducano al consolidamento di una base comune di disciplina o almeno di coordinate che vadano oltre la mera affermazione del diritto contenuta nell'art. 30 della Carta di Nizza.

Naturalmente la strada è irta di difficoltà, e certo non giova alla prospettiva indicata il fatto che a norma dell'art. 137 del Trattato la "protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro" rientri ancora tra le materie nelle quali il Consiglio delibera all'unanimità, salvo che il Consiglio (sempre all'unanimità) non decida di inserirla tra le materie cui si applica la procedura di codecisione prevista dall'art. 251 del Trattato²³⁵. In queste condizioni è infatti difficile che alcuni dei membri dell'Unione rinuncino ad utilizzare lo scudo dell'unanimità per difendere il vantaggio

²³² In senso contrario a quanto si sostiene nel testo circa la non correttezza di un ragionamento che pretenda di argomentare la illegittimità di soluzioni risarcitorie dal dettato costituzionale, cfr. però un inciso anche in Cass. S.U. 10 gennaio 2006, n. 141, secondo la quale "il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma" (la sentenza è reperibile assai facilmente in rete; la si legge su www.altalex.com).

²³³ In questo senso, cfr. ZOPPOLI, *Licenziabilità e occupabilità* cit., p. 512 s.

²³⁴ Il problema è evidenziato dalle vicende della direttiva Bolkestein (e dai relativi timori), sulle quali v., per tutti, A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro* cit., p. 26 ss. (ma tutto lo scritto per i problemi relativi al cd. *dumping sociale*); U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 49/2006 e R. SANTAGATA, *La nuova direttiva sui servizi: le ripercussioni nel diritto del lavoro*, Dir. Lav. Merc., 2006, p. 591 ss., part. 599 ss. Riferisce di preoccupazioni diffuse per una competizione regolativa al ribasso nell'ambito del metodo di coordinamento aperto A. LO FARO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali* cit., p. 527. CANTARO, *Il secolo lungo* cit., p. 23 parla di "vera e propria ribellione suscitata dalla ormai famigerata direttiva Bolkestein sulla liberalizzazione dei servizi nell'Unione". Sul ruolo di limite svolto dai diritti sociali (eventualmente) "costituzionalizzati" cfr. F. BANO, *L'Europa sociale nel Trattato costituzionale* cit., p. 829 ss.; G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., part. p. 526; SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa* cit., p. 95 ss., che ne sottolinea, giustamente, anche il ruolo di "test di accesso" all'Ue, che crea una barriera all'ingresso per gli aspiranti membri i cui ordinamenti non rispettino questi diritti, e, al contempo di "argine" contro il pericolo di involuzioni e regressi da parte sia dell'Unione che degli Stati membri" (entrambe le citt. sono tratte da p. 95).

²³⁵ Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa* cit., p. 94.

in termini di capacità attrattiva di investimenti esteri che deriva dal differenziale di tutela spettante ai lavoratori nella fase di uscita dal rapporto²³⁶. A riprova delle difficoltà di cui si discute, può osservarsi come con la firma del Trattato di Lisbona le cose cambino solo parzialmente: il nuovo art. 137 continua a prevedere che la “protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro” non rientri tra le materie per le quali si applica la codecisione, ormai divenuta procedura legislativa ordinaria, ma permanga una procedura legislativa speciale, nella quale il Consiglio delibera all’unanimità²³⁷.

Non è forse un caso che la Commissione in varie occasioni abbia evitato di chiarire se l’eventuale revisione delle discipline in materia debba comprendere anche il relativo apparato sanzionatorio²³⁸; anche se, invero, la soluzione sembra obbligata: cos’altro potrebbe intendersi per revisione della disciplina dei licenziamenti? Tuttavia, se si evita di chiamare le cose con il proprio nome, la ragione può essere essenzialmente diplomatica; rinvenibile cioè nella difficoltà di trattare l’argomento senza suscitare timori.

La proposta contenuta nel “Libro verde” della Commissione europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro non contrasta con lo sforzo di omogeneizzare le tutele. Se la direzione indicata in quel documento è senza dubbio quella della flessibilizzazione della disciplina (e può o meno essere condivisibile²³⁹), ciò non ha nulla a che vedere con la possibilità che questa flessibilizzazione non sia lasciata completamente alla discrezionalità dei singoli stati membri, ma ancorata ad

²³⁶ Sul tema, e per l’indicazione di possibili vie d’uscita (o almeno per ipotesi di correzione), cfr., per tutti, già S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell’Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - 16/2003, p. 17, che vede il diritto comunitario “bloccato nella morsa del voto all’unanimità”.

²³⁷ Così recita il punto 116 dell’art. 2 del Trattato: “L’articolo 137 è così modificato: a) al paragrafo 2, nella parte introduttiva del primo comma, i termini «il Consiglio:» sono sostituiti da «il Parlamento europeo e il Consiglio:» e i verbi sono adattati di conseguenza; la prima frase del secondo comma è divisa in due commi redatti come segue: «Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Nei settori di cui al paragrafo 1, lettere c), d), f) e g), il Consiglio delibera secondo una procedura legislativa speciale, all’unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo e di detti Comitati.»”.

²³⁸ Lo si apprende da L. TEBANO, *Il regime sanzionatorio del licenziamento tra disciplina nazionale e sollecitazioni comunitarie*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico*, in corso di pubblicazione in L. ZOPPOLI – M. DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, Roma, p. 165 ss. La circostanza è confermata anche da D. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 345 ss., ove si legge anche un’interessante panoramica delle ultime innovazioni nelle legislazioni di alcuni dei principali paesi europei.

²³⁹ Toni preoccupati o critici hanno accolto in vari casi il documento della Commissione: cfr. ad esempio BALLESTRERO, *Europa dei mercati* cit., p. 27 s. Va comunque osservato che nel Libro Verde manca ogni riferimento alla Carta di Nizza: cfr. il documento, sottoscritto da molti degli studiosi di diritto del lavoro che si occupano del diritto comunitario del lavoro, *I giuslavoristi e il Libro verde. “Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”. Una valutazione critica e propositiva*, che si può leggere nel dossier n. 9 del 2007 di labourweb, p. 1569 ss. (in rete all’indirizzo <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm>): “Considerazioni simili sono del tutto assenti dal Libro verde, che non si preoccupa di valutare la coerenza tra le varie ipotesi prospettate (o prospettabili) e il rispetto dei diritti (ed anche dei principi) statuiti nella Carta di Nizza (e ancor prima dalle due Carte sociali europee e dalla giurisprudenza dei giudici del Lussemburgo).” (cit. da p. 1577 del dossier). Per un’indagine sulla reale portata delle modifiche proposte dal Libro Verde e, già prima, dalla Commissione Kok, cfr. TEBANO, *Il regime sanzionatorio* cit., che segnala come “già il rapporto redatto dall’*Employment Taskforce* presieduta da Wim Kok e presentato alla Commissione europea il 26 novembre 2003 aveva posto l’accento sull’opportunità di un ammodernamento delle discipline nazionali in materia di licenziamento” (cit. dalla nota n. 1), riferendosi poi anche ad altre comunicazioni della Commissione di analogo tenore, tra le quali, cfr. la comunicazione della Commissione “Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza” COM (2007) 359 del 27 giugno 2007; e la comunicazione della Commissione sui risultati della consultazione pubblica aperta dal Libro Verde COM (2007) 627 del 24

una serie di punti comuni individuati in sede comunitaria. Il problema è, al limite, che il compromesso necessario a raggiungere una certa omogeneità di disciplina nell'ambito dell'Unione possa risolversi in una riduzione delle garanzie²⁴⁰. Ma non può ignorarsi che anche una riduzione delle tutele, se concordata per raggiungere una disciplina unitaria o, almeno, un grado più alto di armonizzazione all'interno dell'Unione, avrebbe il valore aggiunto di scongiurare fenomeni di *dumping* sociale tra gli ordinamenti dei Paesi membri e di evitare che le libertà economiche fondamentali siano utilizzate come veicoli di elusione delle tutele dei diritti sociali, come ben dimostra la vicenda *Bolkestein*, nella quale la libertà di prestazione di servizi all'interno dell'Unione ha rischiato di divenire strumento per la scelta discrezionale dei regimi di tutela del lavoro subordinato²⁴¹.

L'ipotesi di un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri potrebbe incidere positivamente anche sull'assetto delle tutele proprio del nostro ordinamento. Se è peculiarità di quest'ultimo la bipartizione del regime di tutela tra obbligatorio e reale²⁴², il ravvicinamento delle legislazioni dovrebbe comportare anche il superamento di questa strutturazione binaria della tutela, o, almeno, dei criteri sui quali essa si fonda nel nostro ordinamento, oggetto con sempre maggiore frequenza di pesanti critiche da parte della dottrina, che osserva come discrezionalità non possa significare "libertà totale del legislatore ovvero insindacabilità delle sue scelte regolative", poiché "con l'affermarsi della logica dei principi, sempre più spesso tali scelte sono [...] sottoposte a controlli di ragionevolezza e di razionalità interna al sistema", che impongono di "prendere definitivamente atto che gli argomenti utilizzati a sostegno del modo in cui è stata esercitata la discrezionalità legislativa nel bipartire le aree di tutela non appaiono più sufficienti"²⁴³. Se si condivide questa insoddisfazione per la sistemazione attuale della disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo non può che guardarsi favorevolmente ad una evoluzione di matrice comunitaria. Anche perché sembra ben difficile che la Corte Costituzionale modifichi la propria posizione in materia, e senza un intervento della Consulta rimane inevitabilmente infruttuoso ogni discorso su razionalità e ragionevolezza delle opzioni normative.

Quest'ultima valutazione deve essere ribadita anche di fronte all'apprezzabile precisazione se-

ottobre 2007. Segnalando poi come "più moderata risulta invece la posizione espressa dal Parlamento europeo nella risoluzione adottata l'11 luglio 2007" (cit. da nota 2). Sul rapporto Kok cfr. poi D. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario* cit., p. 344, ove sottolinea la presa di posizione netta che emerge nei suggerimenti contenuti nel rapporto.

²⁴⁰ Già oggi, del resto, si osserva che anche per i soli diritti fondamentali si ha un livellamento verso il basso dettato dalla necessità di trovare un compromesso, astenendosi "dall'incidere sugli assetti attuali degli ordinamenti interni degli Stati membri": cfr., per tutti, G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea* cit., p. 526, dal quale si cita.

²⁴¹ V. ancora SANTAGATA, *La nuova direttiva sui servizi* cit., p. 599 ss., part. p. 604 ss. La originaria formulazione proposta per la direttiva *Bolkestein* avrebbe consentito di applicare ai lavoratori dipendenti da un'impresa la legge della sede dell'impresa anche quando concretamente impiegati in altro Stato membro. La formulazione è poi stata superata proprio per le obiezioni che aveva scatenato. V. anche *retro* par. 6.

²⁴² Così NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 73. Non è però una peculiarità esclusiva dell'ordinamento italiano: cfr. A. BAYLOS, *Il riconoscimento costituzionale del diritto al lavoro nell'ordinamento spagnolo*, *Dir. Lav. Merc.*, 2004, p. 497 ss., sul punto p. 513 ss. e part. p. 516 ove ricorda la riforma del 1994 che ha appunto ampliato l'ambito di applicazione della "cosiddetta stabilità obbligatoria".

²⁴³ Incisivo, da ultimo, NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 70 s., dal quale sono tratte le citazioni tra virgolette nel testo.

condo la quale l'affermazione del diritto alla giustificatezza del licenziamento è “nella giurisprudenza costituzionale sempre in funzione della stabilità. Sicché è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repêchage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento”²⁴⁴. Un'idea che deve essere accolta come direttiva sul piano interpretativo, mentre assai difficilmente potrebbe essere tradotta in vincolo nella individuazione delle causali giustificative del licenziamento ad opera del legislatore²⁴⁵. In altri termini, è apprezzabile l'idea di rintracciare un fondamento costituzionale dell'obbligo di *repêchage* così come della necessaria adeguatezza del licenziamento per inadempimento (sebbene, invero, per entrambe le regole si preferirebbe un fondamento sul piano endocontrattuale, che non è stato ancora compiutamente individuato dalla dottrina, ma non è questa la sede per discuterne), ma è assai difficile tradurre questa direttiva interpretativa in un principio precettivo relativo alle causali del licenziamento, dopo che la Corte Costituzionale ha dimostrato in oltre un quarantennio di non volersi ingerire nella definizione delle causali operata dal legislatore.

Deve quindi ripetersi *mutatis mutandis* ciò che si è detto sull'idea²⁴⁶ che dall'art. 30 della Carta di Nizza possano discendere vincoli quanto alla individuazione delle causali giustificative²⁴⁷: la norma respinge sicuramente la possibilità di delineare delle giustificazioni apparenti, lasciando sostanzialmente libero il recesso; che poi le giustificazioni delineate dal legislatore debbano essere intese come di stretta interpretazione è una direttiva per l'operatore del diritto, ma che ha ben poca possibilità di vincolare il legislatore.

Dunque, “il nucleo essenziale del principio della stabilità al quale l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferirebbe visibilità”²⁴⁸ ulteriore, ove divenisse vincolante con la ratifica da parte dei Parlamenti nazionali del Trattato firmato a Lisbona lo scorso 13 dicembre, sta nella necessità che il recesso datoriale sia giustificato e che sul piano interpretativo questa giustificatezza coincida in termini eziologici con la necessità del licenziamento. Ma, salvi interventi espliciti della Corte Costituzionale o della Corte di Giustizia che allo stato sembrano difficilmente immaginabili, non nella necessità che quel recesso sia adeguatamente giustificato già in via generale e astratta, vale a dire che adeguate siano le scelte compiute dal legislatore nel delineare le causali giustificative, perché, a tacer d'altro, mancano tanto il soggetto competente, quanto i parametri in base ai quali questo controllo di adeguatezza sulle opzioni del legislatore dovrebbe essere effettuato. O, almeno, dovrebbe ammettersi che una simile valutazione, di adeguatezza sul piano sociale, non potrebbe che essere svolta dallo stesso potere legislativo al quale la direttiva sarebbe rivolta: con un'utilità assai relativa, considerata la natura politica degli orientamenti che si formano in quella sede ed il fatto che il controllo di costituzionalità preventiva cui sono sottoposti è limitato alla manifesta incostituzionalità. E di manifesta incostituzionalità potrebbe parlarsi, forse, solo ove le giustificazioni delineate risultino pura apparenza.

²⁴⁴ Cit. ancora da NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 18.

²⁴⁵ Con il che, vale la pena precisarlo, non si vuol dire che ciò fosse necessariamente intenzione dell'A. citato.

²⁴⁶ Di ALES, *Libertà e "uguaglianza solidale"* cit., p. 122-123.

²⁴⁷ Cfr. anche SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale* cit., p. 17, che, piuttosto prudentemente, considera: “negli ordinamenti in cui vige una legislazione contro i licenziamenti ingiustificati la tutela *dovrebbe* uscire rafforzata dall'interpretazione dell'art. 30. *Misure fortemente limitative* di tale tutela dovrebbero configurarsi come contrarie al diritto europeo” (i corsivi sono miei).

²⁴⁸ Ancora NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., p. 18.