



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

SEMINARIO DEL GRUPPO DI PISA:
“LA DOVEROSITÀ DEI DIRITTI: ANALISI DI UN OSSIMORO COSTITUZIONALE?” UNIVERSITÀ DEGLI
STUDI “SUOR ORSONA BENINCASA” DI NAPOLI – 18 OTTOBRE 2018

IL DIRITTO-DOVERE AL LAVORO

MASSIMO CAVINO

Chi è un uomo, Gianni Rodari

*Con un gran frullo d'ali / dal
campo, spaventati, / i passerotti in frotta / al
nido son rivolati. / Raccontano ora al nonno /
la terribile avventura: / “C'era un uomo! Ci ha
fatto / una bella paura. / Peccato per quei
chicchi / sepolti appena ieri. / Ma con
quell'uomo... Ah, nonno, / scappavi anche tu, se
c'eri. / Grande grande, grosso grosso, / un
cappellaccio in testa, / stava lì certamente / per
farci la festa...”. / “E che faceva?”. “Niente. /
Che mai doveva fare? / Con quelle braccia
larghe / era brutto da guardare!”. / “Non
lavorava?”. “O via, / te l'abbiamo già detto. /
Stava ritto tra i solchi / con aria di dispetto...”.
/ “Uno spaventapasseri, / ecco cos'era, allora! /
Non sapevate che / non è un uomo chi non
lavora?”*

SOMMARIO: 1. Il concetto unitario di lavoro nella Costituzione repubblicana. – 2. Il lavoro politico. – 3. I doveri inderogabili di solidarietà e l'efficacia immediata del dovere costituzionale di lavorare. – 4. Il dovere di lavorare come limite al godimento di diritti. – 5. Dovere di lavorare e obbligo di lavorare. Ipotesi eccezionali e speciali. – 6. Il lavoro come diritto: dalla conservazione del rapporto di lavoro alla (ricerca della) continuità nel mercato del lavoro. – 7. L'effetto conformativo del dovere di lavorare sul diritto al lavoro: scelta del lavoro, disoccupazione involontaria e politiche attive. – 8. Il lavoro degli stranieri.

1. Il concetto unitario di lavoro nella Costituzione repubblicana

I termini lavoro e lavoratori, nonché il riferimento a specifiche situazioni lavorative, compaiono in diverse disposizioni costituzionali, così che la dottrina fu originariamente impegnata nella identificazione di una concezione unitaria del fondamento stesso della nostra democrazia.

La riflessione sulla definizione del concetto di lavoro accolto dalla nostra Costituzione si è sviluppata, come è noto, intorno alla contrapposizione tra un significato ampio, comprensivo di ogni attività rivolta al progresso materiale o spirituale del paese, ed uno ristretto, che lo riduce alla prestazione d'opera in condizioni di subordinazione economica¹.

Per giungere ad una concezione unitaria del concetto di lavoro si è reso quindi necessario stabilire quale, tra i due significati, sia assiologicamente prevalente e qualifichi l'altro in termini di specialità.

Com'era ovvio sono state proposte due soluzioni² fortemente influenzate dalla

¹ C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958, pp. 50 e ss.; M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, XXIII, pp. 339 e ss.

² Estranea all'una e all'altra è la posizione di Giuseppe Ugo Rescigno che prende le mosse da una sua definizione di lavoratori ricomprendendo nella categoria quanti «patiscono col proprio corpo un dispendio di energie fisiche e nervose al fine di procacciare a se stessi i mezzi necessari per la propria vita ed eventualmente per la vita di coloro che sono a loro carico» (*Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2009, p. 34). Non si tratta di una concezione del lavoro e dei lavoratori necessariamente collegata alla condizione di soggetti economicamente deboli (Rescigno vi riconduce i dirigenti al vertice delle grandi imprese), ma piuttosto molto vicina a quella propria dei fisici che per lavoro intendono il dispiego di energia. Alla luce di questa definizione Rescigno individua (*Costituzione come progetto apicale e generale, eguaglianza sostanziale, lavoro*, in A. D'ATENA, (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1062) come lavoratori quanti offrono la propria attività ad altri in cambio di una retribuzione (il lavoratore dipendente di cui all'art.36 Cost.), i coltivatori diretti (art. 44 e 47 Cost.), gli artigiani (art.45 Cost.), gli imprenditori (art.41 Cost.), i liberi professionisti (art.33 Cost.). Giunge così ad escludere dall'ambito dei lavoratori alcune categorie di cittadini: a) le persone che non sono lavoratori ma che svolgono una attività che concorre al progresso materiale o spirituale del Paese (art. 4, comma 2, Cost.); b) i minorenni che ancora non lavorino, i pensionati, i disoccupati senza colpa e gli invalidi. A questi pare di poter aggiungere gli studenti maggiorenni. Questa interpretazione sistematica è però lacunosa perché non coinvolge nella attribuzione di senso alle diverse disposizioni costituzionali il secondo comma dell'articolo 3. Rispetto al quadro delineato da Rescigno, il fraseggio del secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione risulta internamente incoerente perché, nell'utilizzare il termine lavoratori per indicare quanti devono poter partecipare alla organizzazione del Paese, escluderebbe le categorie sopra elencate violando il principio di uguaglianza. E Rescigno ne è consapevole; ma di fronte alla impossibilità di ricondurlo al proprio sistema finisce per stabilire (*Lavoro e Costituzione*, cit., p.38) che esso sia il frutto di un errore del Costituente: «Mi libero subito del secondo comma dell'art. 3 (naturalmente per il solo aspetto che riguarda la parola «lavoratori» contenuta in tale testo). In questa disposizione la parola «lavoratori» non solo non dice secondo lettera «lavoratori dipendenti» (e cioè non tutti i lavoratori ma soltanto una parte, per quanto estesa), ma deve essere sostituita dalla parola «cittadini» (tutti i cittadini): basta leggere l'intera e complessa frase per capire che, se vi sono ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (e qui il testo dice proprio «cittadini»), e se la rimozione di tali ostacoli di fatto è necessaria per il pieno sviluppo della persona umana (e quindi di nuovo la frase parla di tutti i cittadini in quanto persone), la effettiva partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese di nuovo deve riguardare tutti i cittadini e non solo i lavoratori. Insomma o si tratta di un banale errore (il costituente anziché scrivere semplicemente «tutti» ha scritto «tutti i lavoratori»), o il testo indica una parte per indicare tutto l'insieme, o il costituente ha parlato dei lavoratori (tutti i lavoratori) pensando che questi sono i

posizione pregiudiziale degli interpreti: se propensi ad affermare la priorità del concetto di lavoro limitata alla posizione subordinata del prestatore d'opera, contrapposta al capitale, essi hanno stabilito una relazione stretta tra l'articolo 1, comma 1, Cost., e il progetto di emancipazione sociale di cui al secondo comma dell'art. 3³; se orientati a concepire il lavoro come qualsivoglia attività diretta al progresso sociale del paese, essi hanno ricondotto il fondamento lavoristico della Repubblica al contenuto del secondo comma dell'art. 4 Cost., che pone in capo ai cittadini il dovere di agire in tal senso.

Così, tra i primi interpreti della Costituzione, Ugo Natoli prende le mosse dalla considerazione della natura del nuovo regime repubblicano⁴ per sostenere la prevalenza assiologica del "fatto lavoro" inteso come la situazione soggettiva del lavoratore subordinato. Ciò lo porta a concludere che «non può apparire dubbio che il significato del termine lavoro adoperato nell'art. 1, I comma, sia da ricollegare piuttosto alla indicazione contenuta nell'art.3 II comma, anziché alla generica nozione di attività

maggiormente impediti, senza però voler dire che gli altri non lavoratori non hanno diritto a partecipare, etc.; quale che sia la spiegazione della infelice dizione, l'interpretazione sistematica dell'intero testo costituzionale deve far concludere che tutti i cittadini debbono poter partecipare alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese (naturalmente ciascuno secondo le proprie capacità e il proprio impegno)».

³ C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in *Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca*, Artt. 1-12, Bologna, Zanichelli, 1975, pp. 11 e ss., in particolare p. 13, riflettendo sulle ragioni che hanno portato a respingere la formulazione dell'articolo 1 della Costituzione che avrebbe voluto l'Italia come "Repubblica di lavoratori" nota: «In sostanza il rigetto della formula "Repubblica di lavoratori" aveva obbedito all'intento di escludere un'interpretazione suscettibile di attribuire ai prestatori d'opera subordinati una posizione di classe escludente ogni altra, così da realizzare uno Stato uniclasse, ma non già di disconoscere la speciale posizione rivestita da costoro, per il fatto che il grandioso moto storico di emancipazione, di cui sono stati promotori e sono protagonisti, e che reca in germe una nuova concezione dei rapporti sociali, è ancora in fase di svolgimento, sicché, permanendo tuttora il loro stato di parziale assoggettamento di fronte ad altre classi, viene reso necessario l'impiego di appositi, speciali mezzi di tutela, indirizzati a correggerlo».

⁴ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 62 e ss. rileva che in forza dell'articolo 1, comma 1, Cost., lo Stato «viene definito come "una repubblica democratica fondata sul lavoro", sicché vengono messi in evidenza i caratteri generali della sua struttura organizzativa (repubblica) e politica (democrazia), mentre l'ultima specificazione (fondata sul lavoro) deve evidentemente servire a una ulteriore qualificazione di tale struttura [...]. Ora sembra indubbio che, dei due momenti strutturali appena accennati, quello che può essere interessato da tale qualificazione, è soltanto il secondo. Il primo, infatti, non è che espressione di una forma istituzionale, il cui contenuto sostanziale si determina in base al secondo. Ciò stesso vale a mettere in evidenza che il tipo di democrazia – val quanto dire, il tipo di regime – instaurato dalla Costituzione assume una particolare configurazione (s'intende sul piano dell'ordinamento giuridico) in relazione al fatto lavoro. Il quale viene prospettato dalla norma come il prevalente momento determinante del regime, in cui si organizza la struttura politica della Repubblica. Più volte è stato osservato come tale regime abbia per la sua origine storica e per il suo profilo giuridico sostanzialmente carattere misto. La formula dell'articolo 1 va, perciò, interpretata tenendo presenti i limiti naturali che ad essa sono imposti da questa realtà storica e giuridica: essa non può, quindi, essere intesa né come affermazione della rilevanza costituzionale del solo fatto lavoro, né come attribuzione della capacità sul piano costituzionale ai soli appartenenti alla classe lavoratrice. Non può allora far meraviglia che nella Costituzione stessa vi siano disposizioni e garanzie che sarebbero in evidente contrasto con una simile concezione. Il che, però, non significa neanche che la formula esaminata sia totalmente priva di valore, per lo meno attuale. Essa, al contrario, ha importanza fondamentale, perché, categoricamente, precisa la posizione di uno degli elementi componenti della struttura politica – cioè del regime – che è propria del nuovo ordinamento, e ciò all'evidente scopo di una più esatta delimitazione della posizione del o degli altri elementi che insieme a quello partecipano alla instaurazione della stessa struttura».

socialmente utile delineata nell'art. 4 II comma. Esso indica, perciò, non tanto questa attività (la cui previsione ad oggetto di un dovere di carattere generale, a ben guardare, rappresenta una delimitazione, che incide immediatamente sulla posizione costituzionale delle altre forze componenti il regime, di quelle, cioè, solitamente note come forze del privilegio economico) quanto, invece, quella particolare specificazione di tale attività in cui si concreta, il fatto lavoro»⁵.

Sulla stessa posizione si colloca Luciano Micco: «Dire che è fondata sul lavoro, pur non smentendo che al lavoro in senso lato possa ridursi il contributo sociale di altre (rispetto agli "économiquement faibles") fasce di soggetti, significa operare una scelta, acquisire, coerentemente con i fondamenti materiali del nostro assetto costituzionale, un determinato valore (che ha improntato peculiarmente di sé gli indirizzi direttivi, costituzionalmente fissati, dell'azione dello Stato) il quale appartiene ad una certa esperienza storica e non ad altre, e che anzi serve come valutazione della rilevanza costituzionale di queste ultime, a cui è storicamente estraneo, ma al quale esse sono normativamente ricondotte dalla nostra Carta»⁶. Sarebbe quindi l'emancipazione delle classi sociali economicamente svantaggiate e «la funzione assegnata al lavoro come centro motore di mobilità sociale» l'aspetto positivo dell'articolo 1 della Costituzione, e in questo senso si potrebbe immaginare che l'attribuzione di significato proceda dall'articolo 3, comma 2, all'articolo 1 e poi conclusivamente all'articolo 4 della Costituzione⁷: i valori emancipatori del lavoro subordinato (articolo 3, comma 2) fondano la Repubblica (articolo 1) e diventano l'unità di misura per valutare il rilievo costituzionale delle altre forme di lavoro (articolo 4, comma 2)⁸.

La seconda ipotesi di lettura stabilisce, come abbiamo detto, un collegamento diretto tra il contenuto dell'articolo 1, comma 1, e quello dell'articolo 4, comma 2, Cost.

Da subito Carlo Esposito chiarisce che la concezione del lavoro accolta dal primo articolo della Costituzione repubblicana è ampia: «Significa che l'ordinamento giuridico conosce (e riconosce) la importanza fondamentale che ha il lavoro in Italia e che perciò

⁵ U. NATOLI, *Op. cit.*, p. 64.

⁶ L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1966, pp. 161 e s.

⁷ L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale cit.*, p. 162.

⁸ F. MANCINI, *Lavoro e sindacati nella Costituzione*, in *il Mulino*, 1975, pp. 166 e s., vede nel secondo comma dell'articolo 4 la sintesi dell'accordo politico tra le «forze del lavoro e le forze del privilegio economico» (riprendendo la definizione di M.S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1949-1950, I, p. 1 e ss.): «Alla borghesia il movimento operaio garantisce i fondamenti del sistema capitalistico, le condizioni della sua sopravvivenza: vale a dire la libertà di iniziativa economica (art. 41), il diritto di proprietà (art. 42) e – col capoverso dell'art. 4, una norma a torto sottovalutata che, da un lato, mette in luce quanto di illuministico c'è ancora nell'ideologia borghese, dall'altro, porta l'adesione dell'ordinamento giuridico all'ethos della produttività – il dovere che incombe su ogni uomo di operare per il progresso. È molto: diciamo pure che è l'essenziale. Almeno a prima vista, tuttavia, sono imponenti anche le garanzie che il movimento operaio riceve in cambio. Giannini le classifica in tre gruppi: diretto, il primo, ad assicurare condizioni d'impiego minime e irrinunciabili ai *singoli lavoratori* subordinati (salario sufficiente, durata massima della giornata lavorativa, ferie e riposi settimanali, parità salariale tra uomo e donna, stabilità del posto ecc.); esigente, il secondo, una vasta opera di protezione sociale nei confronti degli stessi soggetti da parte delle pubbliche autorità (piena occupazione, assistenza, previdenza, istruzione professionale, tutela della salute); rivolto, il terzo, a coinvolgere non più i lavoratori come tali, ma le organizzazioni della *classe lavoratrice* nell'indirizzo politico generale».

in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento. Essa inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia, fa che il diritto al lavoro proclamato dall'art. 4 della Costituzione assuma una colorazione pubblicistica. Infine la proclamazione che il lavoro (tutte le specie di lavoro di cui all'art.4) è a base dell'esistenza della Repubblica giustifica che siano in particolare tutelate quelle forme di lavoro e quei lavoratori che ne hanno maggior bisogno; e che sia affermato che quei lavoratori manuali o in genere subordinati, che storicamente sono stati esclusi dalla direzione economica e politica del paese, abbiano diritto di parteciparvi»⁹.

È questa l'interpretazione che ha finito col prevalere. Fedele all'intenzione del Costituente, essa è coerente con l'impianto complessivo della Carta costituzionale di cui non contraddice il progetto di emancipazione sancito dal secondo comma dell'articolo 3.

Questo infatti non afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione *dei lavoratori* alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese, stabilendo così una identità tra il concetto di lavoratore e quello di soggetto socialmente debole. Il riferimento è agli ostacoli che impediscono la partecipazione *di tutti i lavoratori*, dal che si conclude che il concetto di lavoratore sia più ampio, comprensivo dei cittadini che già sono in grado di partecipare alla organizzazione del Paese e di quelli che invece abbisognano dell'intervento perequativo della Repubblica.

Sono quindi lavoratori non soltanto i prestatori d'opera dipendenti, ma anche gli imprenditori (artigiani e non), i liberi professionisti.

Ma lo sono senz'altro anche gli studenti, siano essi minorenni o maggiorenni, posto che lo studio, come avremo di precisare, costituisce la stessa premessa del lavoro.

Sono lavoratori i disoccupati senza colpa (concetto sul quale torneremo a riflettere), purché in cerca di occupazione, posto che la ricerca di occupazione è attività di per sé funzionale al raggiungimento delle finalità indicate dall'articolo 4, comma 2 della Costituzione.

Devono poi essere compresi nella categoria anche i pensionati, che non possono e non devono essere considerati nella nostra società come popolazione inattiva, e che sono chiamati ad assolvere compiti di solidarietà sociale non necessariamente collegati alla logica del mercato del lavoro (sostegno alla famiglia, impegno nel volontariato, partecipazione politica etc.).

E per quanto possa apparire provocatorio, devono essere considerati lavoratori anche i cittadini che traggono il loro reddito esclusivamente dal capitale.

Secondo Rescigno questi ultimi, la categoria dei *rentier*, sono esclusi dal diritto di partecipare alla organizzazione del Paese perché non producono beni o servizi per il mercato e la «loro disuguaglianza è pienamente gradita perché li rende ricchi senza

⁹ C. ESPOSITO, *Commento all'art.1 della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, e in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, da cui traggio la citazione a p.12.

necessità di dare nulla in cambio»¹⁰.

Essi sono compresi nella definizione più ampia di lavoratori semplicemente perché non corrispondono alla descrizione di essi fornita da Rescigno che rimane ancorato alla concezione marxista della contrapposizione tra lavoro e capitale¹¹.

L'immagine del capitalista col cilindro¹², l'idea per cui il godimento della rendita del capitale possa prescindere da qualsivoglia organizzazione e attività, non corrisponde alla realtà delle cose. Non è possibile che la rendita del capitale (ove il termine rendita e capitale paiono essere utilizzati da Rescigno più in una prospettiva ideologica che macro-economica) si esaurisca nel mero consumo da parte del *rentier*, senza la produzione di effetti economici ulteriori, che ben possono, e quindi devono, essere orientati al progresso materiale e spirituale della società.

2. Il lavoro politico

Il concetto unitario di lavoro come “attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia”, attiva partecipazione di tutti i lavoratori, ha una evidente connotazione politica.

Essa presuppone però una concezione etica del lavoro che deve essere precisata.

Per coglierne pienamente le implicazioni non è sufficiente dire che essa non è limitata alla contrapposizione tra lavoro e capitale: occorre definirla.

Così è utile prendere le mosse dalla riflessione di Felice Battaglia che nel 1951 scriveva che «tra le due concezioni del lavoro che oggi si dividono il campo, quella idealistica e quella marxistica per cui il lavoro è attività compiuta dell'uomo in un

¹⁰ G.U. RESCIGNO, *Costituzione come progetto*, cit., pp. 1064 e s.

¹¹ RESCIGNO, coerentemente con le sue premesse ideologiche, giunge alla critica del programma costituzionale complessivo, *Costituzione come progetto*, cit., p. 1074 e s.: «Il programma costituzionale complessivo, come consegnato nell'intero testo, e prima ancora come è presente nella realtà legittimata dallo stesso testo, contempla sia l'eguaglianza e la partecipazione di tutti i lavoratori, sia la differenziazione senza limiti tra gli individui in termini di patrimonio e di reddito. Chi vince allora? Chi determina che cosa, quando, dove si produce, quali persone saranno assunte al lavoro, quali sono i livelli di reddito dei lavoratori, e quindi, indirettamente, quali consumi secondo le diverse categorie di reddito, chi domina nella produzione di quotidiani e spettacoli televisivi, e così via per tutte le questioni che comportano mercato e denaro (e cioè la stragrande maggioranza, e comunque quelle decisive per la vita quotidiana)? La risposta mi pare inevitabile e senza dubbi. Chi vuole davvero che vinca il lavoro, e non il capitale, deve chiedersi quale costituzione, e cioè quale società organizzata, è in grado di ottenere davvero questo risultato».

¹² L'immagine del capitalista che emerge dalle considerazioni di Rescigno richiama quella che il partito impone nel capolavoro di Orwell: «I libri di storia dicono che prima della Rivoluzione la vita era completamente diversa da com'è adesso. Dicono che c'era la peggiore delle oppressioni, ingiustizie, miseria ... peggio di quanto noi possiamo immaginare. Qui a Londra sembra che la gente, da quando nasceva fino a quando moriva, non avesse mai abbastanza di che sostenersi. Metà non potevano nemmeno farsi le scarpe. Lavoravano dodici ore al giorno, smettevano d'andare a scuola a nove anni, e dormivano in dieci in una stanza. E nello stesso tempo c'erano poche persone, appena qualche migliaio ... si chiamavano capitalisti ... che avevano denari e potere. Possedevano tutto ciò che si poteva possedere. Vivevano in certi splendidi palazzi con trenta servitori ai loro ordini, giravano in automobile e in carrozze col tiro a quattro, bevevano champagne e portavano il cilindro ...» (G. ORWELL, 1984, trad. it., Mondadori, Milano, 1989, p. 95).

mondo suscettivo di essere razionalizzato, e quella più problematica e critica, per cui il lavoro come l'uomo che lo esprime presenta tutte le antinomie e i contrasti di un'essenza duplice e ambigua, abbiamo mostrato di preferire quest'ultima»¹³.

Il lavoro viene concepito da Battaglia come manifestazione della personalità: «lavoro è ogni esplicitamento dello spirito, in quanto attività, siano i suoi fini meramente teoretici o altrimenti pratici. L'atto dello spirito che comunque intenda sé o le cose, che le cose ponga o trasformi, è lavoro»¹⁴.

Con il lavoro ciascuno manifesta la sua «individualità profonda ed etica»; indica il posto che desidera occupare nel mondo: «il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita»¹⁵.

Muovendo da questa premessa possiamo pienamente comprendere il senso della concezione del lavoro come partecipazione, accolta dalla nostra Costituzione.

Quando fonda sul lavoro le istituzioni democratiche della Repubblica, e sancisce il dovere in capo ad ogni cittadino di svolgere una attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società, la Costituzione repubblicana disegna l'orizzonte verso il quale deve svolgersi la personalità di ognuno. Essa impone ad ogni cittadino di scegliere il proprio posto nella costruzione della Repubblica.

Nel quadro della Costituzione repubblicana il lavoro è azione politica, è manifestazione pratica della cittadinanza.

Il lavoro è lavoro politico¹⁶ perché la Costituzione, nella valutazione della eticità

¹³ F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, Zuffi, Bologna, 1951, p. 253.

¹⁴ F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, cit., p. 173. Si vedano anche le riflessioni di V. POSSENTI, *Lavoro, "lavorismo"*, Otium, in *Filosofia*, 1990, p. 140: «Solo l'uomo lavora, non gli animali. Sempre il lavoro, che porta il segno di una persona operante in una comunità, veicola un duplice significato: è mezzo necessario per il sostentamento della vita e l'utilità comune; è dispiegamento ed esplicitazione del soggetto. Nel processo di lavoro non è possibile separare oggettivazione e soggettivazione».

¹⁵ F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, cit., p. 176. Per precisare il concetto, Battaglia lo pone in relazione con quello di gioco: «e allora si può pensare che il gioco sia l'attività del soggetto, in quanto, non impegnando tutto sé stesso, non valuti questa come espressione della sua individualità profonda ed etica, non prenda come si suol dire sul serio, mentre il lavoro è l'attitudine che impegna tutto l'essere nostro, epperò non possiamo non prenderla sul serio, espressione della nostra stessa personalità etica. Il gioco, vada bene o vada male, ci è indifferente: ci può dispiacere perdere una partita a tennis, ma in fondo non ci sentiamo menomati come soggetti morali nel perdere; il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita. [...] Comprendiamo ora come non ci sia lavoro che non si possa abbassare a gioco, gioco che non si possa elevare a lavoro: chi improvvisa dei versi in una serata in società per fare divertire una bella signora quegli gioca e non lavora, come lavora invece il poeta che segue alte immagini e le esprime; chi terzino destro o portiere in una squadra di calcio si travaglia e affina la sua forma in un sudato e metodico allenamento, quegli non gioca bensì lavora». Il gioco si distingue dal lavoro perché, mentre quest'ultimo è manifestazione della volontà di partecipare con pienezza alla vita della comunità, esso rappresenta l'esigenza di isolarsi da quella stessa comunità e dai vincoli doverosi che la partecipazione impone. Il gioco è «un'azione libera: conscia di non essere presa "sul serio" e situata al difuori della vita consueta, che nondimeno può impossessarsi totalmente del giocatore: azione a cui in sé non è congiunto un interesse materiale, da cui non proviene vantaggio, che si compie entro un tempo e uno spazio definiti di proposito, che si svolge con ordine secondo date regole, e suscita rapporti sociali che facilmente si circondano di mistero o accentuano mediante travestimento la loro diversità dal mondo solito» [J. HUIZINGA, *Homo ludens*, (1939), trad. it., Einaudi, Torino, 1946, p. 31].

¹⁶ Con la formula "lavoro politico" non ci riferiamo al concetto di "politica come professione" (M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, (1918), trad. it., Einaudi, Torino, 1966, pp. 47 e s.), vale

dei suoi fini particolari, impone di partecipare attivamente e consapevolmente ad un progetto politico, nel quale quegli stessi fini particolari si fondono in un orizzonte di senso generale.

Si tratta di una specificazione della natura etica del lavoro.

Il lavoro politico non è infatti soltanto proiezione della personalità del cittadino nella società; è manifestazione della volontà di mutamento, di progresso della società. Esso non può cioè esaurirsi in una attività interna alla società, che collochi il lavoratore in una specifica posizione, o gli consenta di salire o scendere i gradi di un ordine sociale comunque immutabile; ma piuttosto deve consistere nel perseguimento di finalità ad essa esterne, che conducano alla sua trasformazione, al suo progresso.

3. I doveri inderogabili di solidarietà e l'efficacia immediata del dovere costituzionale di lavorare

Il concetto di lavoro come attiva partecipazione alla realizzazione del progetto politico costituzionale determina la specifica posizione soggettiva del cittadino che trova la sua disciplina all'articolo 4 della Costituzione.

Essa è unitaria malgrado la duplice prospettiva nella quale è calata dalla disposizione costituzionale, sul piano dei diritti e su quello dei doveri.

È anzi tale duplicità che permette di cogliere nella sua unità la posizione soggettiva del cittadino, che ha il diritto di esprimere il contenuto etico della sua personalità e il dovere di metterlo a disposizione della collettività.

Nella nostra riflessione pare utile prendere le mosse dalla doverosità del lavoro, poiché essa definisce gli ambiti di esercizio del diritto.

Una prima questione, che pure aveva suscitato dibattito, può dirsi superata: quella relativa alla natura giuridica dei doveri costituzionali¹⁷, e quindi del dovere di lavorare.

La giuridicità dei doveri costituzionali¹⁸ si può dire definitivamente riconosciuta

a dire alla attività di una classe dirigente capace di guidare o influenzare le decisioni pubbliche. Essa è una parte del lavoro politico.

¹⁷ Per quanto concerne la definizione del concetto aderiamo alla posizione di G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Aggiornamento VI, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 360 e s. per cui devono essere intesi come doveri costituzionali in senso proprio solo quelli in capo agli individui, non invece quelli degli organi costituzionali che dovrebbero essere definiti come "competenze" o come *officia*. Lombardi riconduce ai doveri in senso proprio anche quelli in capo ai titolari degli organi costituzionali. Sul tema cfr. B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER, (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 232 e ss. che invece non distingue tra doveri degli organi costituzionali e dei titolari degli organi considerandoli unitariamente come doveri funzionali.

¹⁸ Contro la natura giuridica del dovere di lavorare G. D'EUFEZIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 24

Nel dibattito sulla giuridicità del dovere di lavorare ha assunto un peso rilevante il tema della sua sanzionabilità (G.F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in *Commentario della Costituzione italiana a cura di G. Branca, Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna, 1975, pp. 257 e ss.) Anche in Assemblea costituente: il testo dell'articolo 4 proposto dalla Commissione dei settantacinque (articolo 31 del progetto) prevedeva in effetti un terzo comma in forza del quale «L'adempimento di questo dovere è condizione per l'esercizio dei

nel momento in cui si afferma il valore normativo di tutte le disposizioni costituzionali, abbandonando la distinzione, sotto questo profilo, tra principi e regole, tra norme programmatiche e norme immediatamente efficaci¹⁹.

Più complesso e non del tutto risolto è il dibattito²⁰ intorno al rapporto tra il dovere di lavorare, posto al secondo comma dell'articolo 4, e i doveri inderogabili di solidarietà sanciti all'articolo 2 della Costituzione.

La dottrina costituzionalistica ha assunto posizioni differenti sulla natura delle disposizioni costituzionali di cui all'articolo 2 della Costituzione: se esse debbano essere intese come espressione di norme di apertura piuttosto che di chiusura, rispetto al catalogo dei diritti e dei doveri.

Alla prima posizione aderisce Augusto Barbera che muovendo da una interpretazione aperta dell'articolo 2 per quanto concerne i diritti giunge a sostenere che: «se si perviene alla conclusione che in ordine alle libertà l'art. in commento si pone come una norma anche di apertura verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, altrettanto bisogna concludere per i doveri. Nella misura in cui sarà quindi possibile una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà».

In tale prospettiva i doveri vengono rappresentati come un limite generale

diritti politici». La stessa commissione non si dichiarò contraria alla soppressione, chiesta da più parti. Cfr. però P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953, p. 151 per il quale «l'interprete deve oggi ritenere che gli oziosi possano essere privati del diritto di voto, in quanto moralmente indegni, ai sensi dell'art. 48³ Cost.».

In effetti l'esistenza di una sanzione ad assistere l'efficacia di una norma è argomento classico per definirne la natura giuridica. Questo che rappresenta «uno dei retaggi più profondi del positivismo giuridico» (F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, p.219) può essere superato ove si accolga la posizione di N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pp. 14 e ss. che muovendo dalla considerazione che la norma giuridica si distingue dalle altre per la esteriorità e la istituzionalizzazione della sanzione che la assistono afferma che «se sanzione giuridica è solo quella istituzionalizzata, è segno che, affinché ci sia diritto, occorre che ci sia, grande o piccola, un'organizzazione, cioè un completo sistema normativo». È dunque l'ordinamento a garantire l'esecuzione delle singole norme. Così può essere risolto anche il problema delle norme giuridiche prive di sanzione: «quando si parla di una sanzione organizzata come elemento costitutivo del diritto ci si riferisce non alle norme singole ma all'ordinamento normativo nel suo complesso, ragion per cui il dire che la sanzione organizzata contraddistingue l'ordinamento giuridico da ogni altro tipo di ordinamento, non implica che tutte [sottolineato nel testo] le norme di quel sistema siano sanzionate, ma soltanto che lo siano la maggior parte [sottolineato nel testo]» (*Ibid.*). È del resto questa la posizione sostenuta da C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 63 e da G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., p.361, quando afferma che «essendo la Costituzione il vertice dell'ordinamento, la tavola dei valori e l'insieme dei principi che qualificano il modo di esistenza politica di un popolo, la garanzia dei doveri che la qualificano non può che ripercuotersi su ogni ambito dell'ordinamento in relazione ai modi di tutela, con la conseguenza che le altre branche dell'ordinamento (penale, civile, amministrativo ecc.) assumono una funzione vicaria, saldandosi con il precetto costituzionale e con quelli posti dalle altre fonti che, ai diversi livelli, danno ad esso attuazione»

¹⁹ Cfr. da ultimo G. SILVESTRI, *L'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Diritto pubblico*, 2018, pp. 23 e ss.

²⁰ Per una ricostruzione puntuale cfr. A. CERRUTI, *Il dovere di concorrere al progresso materiale o spirituale della società nello Stato costituzionale di diritto*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO, (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, il Mulino, Bologna, pp. 189 e ss.; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 52 e ss.

funzionale al godimento dei diritti²¹.

Giorgio Lombardi mostra però come questa proposta interpretativa nasconda un'insidia: sostenere che il catalogo dei doveri sia aperto quanto quello dei diritti rischia di compromettere il confine tra clausola di doverosità e clausola di libertà senza giungere «ad una sorta di funzionalizzazione immanente dei diritti, perché con questo ci si limiterebbe ad aprire uno spazio “conformativo” al legislatore, risolvendo la doverosità in una apertura tendenzialmente illimitata al potere discrezionale del detentore momentaneo della maggioranza. Da un'attribuzione di competenza si passerebbe insensibilmente ad una frustrazione dello spazio di garanzia che la costituzione, invece, dovrebbe rappresentare, e da un fondamento di legittimità collegato al modo d'essere dell'obbligo politico, ci si ridurrebbe a mera legalità. La clausola di doverosità renderebbe operanti a vuoto (*leerlaufende*) i diritti che la costituzione, enunciandoli, vorrebbe, invece, garantire»²².

Secondo Lombardi l'impostazione criticata deve essere respinta «poiché il *proprium* dei doveri costituzionali, come del resto è caratteristica comune di tutte le situazioni limitative, è quello di una serie di precetti che la costituzione contiene per permettere la loro attuazione evitando il pericolo di una serie di interventi lasciati all'arbitrio del legislatore». E ciò lo porta a concludere per la posizione costituzionale «tendenzialmente illimitata» dei diritti e per la tipicità dei doveri²³: la prestazione di doverosità descritta genericamente all'art. 2 Cost. «diviene determinabile soltanto in relazione alla puntuale individuazione di specifici e tassativi doveri [...]. La conseguenza è dunque che i doveri riconosciuti nella Costituzione sono quelli di cui agli

²¹ Cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, CEDAM, Padova, 1966, pp.51 e ss. «Gli obblighi, o doveri, recepiti nella costituzione sembrano da costruire, dogmaticamente, come limiti generali delle situazioni soggettive di vantaggio, [...], in modo che tali situazioni ne risultano potenzialmente affievolite nel loro contenuto. Tali doveri, che sono imposti nell'interesse pubblico, rientrano infatti nel concetto del “rapporto di soggezione” del soggetto privato rispetto allo Stato [...]. Tale rapporto si concreta e si articola in una serie di doveri, aventi per oggetto un comportamento del soggetto privato, non soltanto negativo, ma talora anche positivo. Questo comportamento prescritto viene costruito mediante l'istituzione di rapporti di corrispondenza o di connessione fra le figure dell'esperienza giuridica. Tutte tali figure hanno peraltro, si tratti di doveri generali, o di doveri speciali, un minimo comune denominatore, che è il concetto fondamentale, espresso anche in forma di dovere specifico, del c.d. dovere di fedeltà al regime costituzionale vigente. Il preciso fondamento positivo di ciò si trova nell'articolo 2 Cost.: il costituente ha infatti posto su di uno stesso piano i diritti inviolabili e i doveri “inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”; esso ha voluto in tal modo, con ogni evidenza, costruire i doveri come limiti essenziali dei diritti, configurando in tal modo un concetto unitario, funzionale, del comportamento del soggetto privato nella vita costituzionale». Rispetto a questa posizione si ricordi l'invito alla cautela di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1962⁶, p.887: «Molta cautela deve mettersi quando ci si richiama al dovere di fedeltà come fonte diretta di limitazioni alle situazioni di vantaggio dei cittadini; esso può piuttosto valere quale criterio di interpretazione di norme particolari onde poterne dedurre motivi circa la loro estensibilità in via di analogia».

²² G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., p. 360.

²³ Alla impostazione di Lombardi aderisce M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, in particolare p. 781.

La tipicità dei doveri costituzionali è invece argomento che ha portato A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, CEDAM, Padova, 1990², p.14, a sostenere la tesi, contraddetta dallo sviluppo della realtà costituzionale, della chiusura del catalogo dei diritti.

art. 4, 30, 48, 52, 54 e 53»²⁴.

Ma se questo è il rapporto che intercorre tra libertà e doverosità, se non esiste una clausola aperta di doverosità capace di conformare in via generale i diritti perché i doveri costituzionali sono solo quelli stabiliti espressamente dalla Costituzione, questi ultimi devono essere concepiti *magis ut valeant*.

Se si deve respingere l'idea di una generale funzionalizzazione dei diritti come conseguenza di una lettura aperta del catalogo dei doveri, non si può d'altro canto negare la portata conformativa di quei doveri²⁵ che sono stati l'oggetto di una precisa scelta costituente.

Diversamente da quanto viene generalmente affermato, i doveri costituzionali possono avere una immediata efficacia normativa che si manifesta, in termini negativi, nella possibilità di stabilire limiti al godimento di diritti dei consociati.

Ferma la distinzione tra doveri e obblighi, vero che solo i secondi sono strutturalmente idonei ad imporre prestazioni, non si deve trascurare la forza conformativa che i primi possono esercitare negativamente sulle libertà.

Così l'intervento del legislatore, come prescritto dall'art. 23 Cost., occorre per definire, se necessario²⁶, contenuti obbligatori del dovere; quando cioè ai consociati sia positivamente richiesta una prestazione personale o patrimoniale.

Non quando il dovere, di per sé, costituisce il limite negativo che conforma il godimento di un diritto.

4. Il dovere di lavorare come limite al godimento di diritti

L'immediata efficacia del dovere di lavorare si misura concretamente in relazione a specifiche fattispecie.

Si consideri il diritto al mantenimento dei figli maggiorenni da parte dei genitori.

L'articolo 337 septies, comma 1, del codice civile stabilisce che «il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa

²⁴ G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., pp. 362 e s., *passim*. Con particolare riferimento al dovere di lavorare cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 457.

²⁵ Che G. LOMBARDI, *Contributo*, cit. (ma anche in *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, in *Temi Tributarie*, 1964), proponendo una tesi poi accolta dalla dottrina costituzionalistica (F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*) riconduce al principio di solidarietà.

²⁶ Come avremo modo di vedere al § 5, la possibilità di imporre obblighi in applicazione del dovere di lavorare è limitata ad ipotesi eccezionali, o comunque speciali. Rispetto al dovere di lavorare riesce quindi difficile seguire qui il pensiero di G. LOMBARDI, *Obbligo scolastico e inderogabilità dei doveri costituzionali*, in *Giur. It.*, 1967, parte I, Sez. I, p. 14 dell'estratto, che rileva «a proposito della nota di *inderogabilità*, propria dei doveri costituzionali, come essa determini la necessità di attuazione del dovere, in modo completo e senza residui, attraverso *obblighi* stabiliti da leggi».

determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto»²⁷.

Questa disposizione, in relazione alla situazione dei figli di genitori separati, specifica un principio che la giurisprudenza ha affermato come diritto vivente in termini generali: l'obbligo di concorrere al mantenimento ex artt. 147 e 148 del codice civile, come adempimento del dovere imposto dall'art. 30, comma 1, Cost., non viene meno col raggiungimento della maggiore età dei figli, ma permane fino a quando essi non abbiano raggiunto l'indipendenza economica.

La giurisprudenza civile è però costante anche nell'affermare che il diritto al mantenimento viene meno quando il figlio, messo nelle condizioni di poter accedere alla indipendenza economica opponga un rifiuto ingiustificato; oppure quando il figlio manifesti una inerzia colpevole (protraendo senza profitto gli studi nel tempo)²⁸.

I giudici civili non si riferiscono esplicitamente al dovere di lavorare; pare però evidente che il giudizio sul rifiuto del figlio o sulla sua inerzia possono essere connotati giuridicamente solo in relazione ad esso.

Particolare attenzione merita poi la disciplina introdotta al comma 4 dell'articolo 18 della legge n. 300 del 1970 dalla legge n. 92 del 2012 per la quale, nel caso di licenziamento senza giustificato motivo o senza giusta causa, il giudice «annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, *dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione*».

Il legislatore del 2012 ha recepito il principio della deducibilità dell'*aliunde perceptum* che la giurisprudenza aveva elaborato sulla base dell'interpretazione dell'articolo 1223 del codice civile e costantemente applicato.

Ma la novella del 2012 ha ampliato l'ambito della deducibilità a quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire "dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione": non solo quindi l'*aliunde perceptum* ma anche l'*aliunde percipiendum*.

Anche la deducibilità dell'*aliunde percipiendum* era stata elaborata dalla giurisprudenza del lavoro sulla base di una interpretazione degli articoli 1175 e 1227 del codice civile. Essa è stata però applicata con cautela²⁹ e, comunque, nella ricostruzione sistematica del quadro normativo, non è mai stato preso in considerazione l'articolo 4, comma 2, della Costituzione.

Anche la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della norma su cui stiamo riflettendo, non ha ritenuto di prendere in considerazione il dovere costituzionale di lavorare. Con la sentenza n. 86 del 2018 ha affermato – non

²⁷ La disposizione, introdotta dall'articolo 55, comma 1, del d. lgs. n.154 del 2013, riproduce il contenuto dell'articolo 155 quinquies del codice civile, a sua volta introdotto dall'articolo 1 della legge n.54 del 2006.

²⁸ Da ultimo cfr. Cassazione civile, Sez. VI, n. 5088 del 5 marzo 2018.

²⁹ Cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art.18 dello Statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 180/2013, 19.

considerando la differenza concettuale che distingue l'*aliunde perceptum* dall'*aliunde percipiendum* – «Ed è appunto (e solo) in tale prospettiva risarcitoria (ed in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*) che si spiega e si giustifica l'ulteriore previsione della detrazione, dall'indennità dovuta dal datore di lavoro a titolo di risarcimento del danno, di quanto il lavoratore abbia percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché di quanto il medesimo avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione».

Ciò dipende dal disagio che la dottrina e la giurisprudenza (comune e costituzionale) hanno sempre manifestato rispetto ad una interpretazione del dovere di lavorare che potesse condurre all'affermazione di un obbligo positivo³⁰.

Si è così preferita una interpretazione sistematica fondata sui principi di correttezza del diritto civile che male si adattano al rapporto tra datore di lavoro e lavoratore licenziato senza giustificato motivo o giusta causa.

La diligente ricerca di una nuova occupazione non è tuttavia imposta da alcun obbligo: essa deve però essere valutata al fine di definire l'operatività del limite che il dovere costituzionale di lavorare pone al diritto al risarcimento del danno.

5. Dovere di lavorare e obbligo di lavorare. Ipotesi eccezionali e speciali

Disponendo che ogni cittadino ha il dovere di lavorare secondo le sue possibilità e la sua scelta (cfr. § 7) l'articolo 4, comma 2, della Costituzione stabilisce che, generalmente, non possa essergli imposto alcun obbligo.

Il diritto alla scelta impedisce di configurare l'imposizione dell'obbligo a svolgere una attività determinata; e l'ipotesi che non si presentino concrete occasioni di lavoro, contemplata dall'articolo 38 della Costituzione, impedisce di stabilire un obbligo a svolgere qualsivoglia attività (§ 7).

Questo rapporto tra doverosità e libertà disegnato dalla norma costituzionale può però essere alterato in casi eccezionali ed essere declinato in forme diverse in relazione a situazioni speciali.

Si può certamente immaginare che un obbligo di lavorare, spinto fino

³⁰ Cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi*, cit., 20: « Sebbene le complessità interpretative segnalate siano certamente da ricondurre anche alla difficoltà di attribuire un significato univoco al concetto di "ordinaria diligenza", criterio intrinsecamente elastico, ma anche unico vero limite di esigibilità della condotta del creditore, lascia a tutt'oggi quanto meno perplessi la possibilità di addebitare al lavoratore il proprio (eventuale) atteggiamento di negligente passività, rilevabile in tutte quelle ipotesi in cui quest'ultimo non si sia attivato per cercare una nuova occupazione. Che il comportamento del prestatore sia ispirato da finalità di "mera iattanza o di ingiustificabile neghittosità", appare in ogni caso difficile ipotizzare di poter imporre al lavoratore un impegno positivo rispetto alla ricerca di un nuovo posto di lavoro; e ciò ancor più se si considera che, sul piano probatorio, *aliunde perceptum* e, a maggior ragione, *aliunde percipiendum* costituiscono circostanze ontologicamente estranee alla sfera di conoscenza del datore di lavoro, sostanzialmente insuscettibili di accertamenti o controlli *ex lege* (segnatamente si fa riferimento al divieto imposto al datore di lavoro dall'art. 8 St. Lav.)».

all'imposizione di una determinata mansione, possa essere imposto dalla deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere³¹.

Come abbiamo detto il legislatore, nel rispetto dell'articolo 23 della Costituzione, può però stabilire un obbligo di lavoro anche in relazione a situazioni che si presentano, non già eccezionali, ma speciali, nel quadro dei normali rapporti tra autorità e libertà.

Era questo il caso del lavoro dei detenuti.

«Con l'espressione "lavoro dei detenuti", "lavoro carcerario" e "lavoro penitenziario" si intende, tradizionalmente, l'attività – consistente nello svolgimento di compiti strumentali al funzionamento delle carceri o alla produzione di beni e/o servizi ulteriori – imposta con finalità rieducativa ai soggetti in stato di detenzione in istituti penitenziari per adulti, cioè i *condannati* e gli *internati*»³².

Conformemente ai principi sanciti dall'art. 27 della Costituzione³³ la legge n. 354 del 1975 (c.d. ordinamento penitenziario) orienta il trattamento del condannato e dell'internato al suo reinserimento sociale. Così all'articolo 15 dispone che «1) Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. 2) Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro».

E all'articolo 20 disciplinava puntualmente il lavoro carcerario stabilendo che esso fosse obbligatorio (comma 3), non avesse carattere affittivo e dovesse essere remunerato (comma 2), che dovesse essere organizzato in modo da riflettere l'organizzazione e i metodi del lavoro nella società libera (comma 5)³⁴.

La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che i principi costituzionali sul lavoro devono trovare applicazione anche in relazione a quello svolto in regime carcerario, pur nella specificità che lo caratterizza.

Con la sentenza n.158 del 2001 la Corte costituzionale ha affermato che la stessa obbligatorietà, che rappresentava evidentemente il carattere oggettivo di maggiore differenziazione rispetto al lavoro nella società libera, «si pone come uno dei mezzi al fine del recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo. La legge prevede,

³¹ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna, 2004, pp. 231 e ss.

³² F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, in *WP CSDLE "Massimo D'antona".IT*, 234/2014, p.2.

³³ Per una ricca ricostruzione del dibattito sulla evoluzione del modo di concepire il lavoro carcerario cfr. F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 4, nota 13. Sulla compatibilità della disciplina del lavoro carcerario con le norme di diritto internazionale cfr. le considerazioni critiche di G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

³⁴ L'articolo 20 (commi 7-10) disciplina il collocamento al lavoro dei detenuti stabilendo come criterio generale (comma 6) che «Nell'assegnazione dei soggetti al lavoro si deve tener conto esclusivamente dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari, della professionalità, nonché delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione, con l'esclusione dei detenuti e internati sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14- bis della presente legge».

perciò, che al condannato sia assicurato un lavoro, nella forma consentita più idonea, ivi comprese quella dell'esercizio in proprio di attività intellettuali, artigianali ed artistiche (art. 49 del d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) o quella del tirocinio retribuito (quattordicesimo e quindicesimo comma dell'art. 20 in esame)»³⁵.

L'obbligatorietà del lavoro carcerario incontrava per altro limiti significativi.

Il secondo comma dell'articolo 15 dell'ordinamento penitenziario subordina l'assicurazione di un lavoro ai detenuti alle concrete possibilità dell'amministrazione penitenziaria; non sono poi previste sanzioni per il detenuto che rifiuti di adempiere all'obbligo di lavoro.

Per questo, a oggi, i detenuti lavoratori non superano il 25 % della popolazione carceraria³⁶.

Alla luce di queste criticità deve essere letta la nuova disciplina del lavoro carcerario introdotta con il d.lgs. n. 124 del 2018, in attuazione della legge delega n. 103 del 2017. L'articolo 2 del decreto riscrive l'art. 20 dell'ordinamento penitenziario confermando che il lavoro carcerario non ha carattere affittivo, deve essere remunerato e organizzato in modo da riflettere l'organizzazione e i metodi del lavoro nella società

³⁵ La Corte in quella occasione ha pronunciato una sentenza additiva dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 20, sedicesimo comma, dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non riconosce il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria. Essa ha sottolineato che «La Costituzione sancisce chiaramente (art. 35) che la Repubblica tutela il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni", e (all'art. 36, terzo comma) che qualunque lavoratore ha diritto anche alle "ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi"; garanzia che vale ad assicurare il soddisfacimento di primarie esigenze del lavoratore, fra le quali in primo luogo la reintegrazione delle energie psicofisiche. È ovvio che le rilevate peculiarità del rapporto di lavoro dei detenuti comportano che le concrete modalità (di forme e tempo) di realizzazione del periodo annuale continuativo retribuito (con sospensione dell'attività lavorativa), dedicato al riposo o ad attività alternative esistenti nell'istituto carcerario, devono essere compatibili con lo stato di detenzione. Esse possono, quindi, diversificarsi a seconda che tale lavoro sia intramurario (alle dipendenze dell'amministrazione carceraria o di terzi), oppure si svolga all'esterno o in situazione di semilibertà; diversificazioni che spetta al legislatore, al giudice o all'amministrazione precisare». Rispetto al lavoro carcerario la Corte costituzionale aveva già avuto modo di affermare, con la sentenza n. 1087 del 1988, che «per quanto non possa ritenersi che tale genere di lavoro sia del tutto identico, specie per la sua origine, per le condizioni in cui si svolge, per le finalità cui è diretto e che deve raggiungere, non può assolutamente affermarsi che esso non debba essere protetto specie alla stregua dei precetti costituzionali (artt. 35 e 36 Cost.)». Per questo motivo la Corte, pur ricordando che il compenso dovuto al detenuto al detenuto per il suo lavoro non è una retribuzione ma una remunerazione o mercede, ha concluso che «una remunerazione di gran lunga inferiore alla normale retribuzione sarebbe certamente diseducativa e controproducente; il detenuto non troverebbe alcun incentivo ed interesse a lavorare e, se lavorasse egualmente, non avrebbe alcun interesse ad una migliore qualificazione professionale. Gran parte delle finalità attribuite al lavoro carcerario sarebbero frustrate e vanificate. Il che in concreto non è alla stregua della legislazione in esame. Infatti, la norma censurata stabilisce anzitutto il principio della equa remunerazione. Essa sancisce che la mercede per ciascuna categoria di lavoratori è equitativamente stabilita. Inoltre, sono specificamente richiamati i contenuti del precetto costituzionale (art. 36 cost.). Si prevede, infatti, che la mercede debba essere determinata in relazione alla quantità ed alla qualità del lavoro effettivamente prestato, alla organizzazione ed al tipo di lavoro del detenuto. Infine, si prende in considerazione il trattamento previsto dai contratti collettivi. Vero è che è stabilito un trattamento minimo non inferiore ai due terzi del salario previsto da quest'ultimi, ma trattasi solo di una determinazione nel minimo, mentre non può escludersi l'osservanza del criterio della relazione con la quantità e la qualità del lavoro prestato e nemmeno possono trascurarsi, secondo il precetto costituzionale, i bisogni della famiglia di chi lavora».

³⁶ Cfr. F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 9

libera.

Viene però eliminata l'obbligatorietà muovendo dalla considerazione che l'efficacia del trattamento volto al reinserimento sociale sia fortemente condizionata dalla adesione spontanea del condannato³⁷.

Altra ipotesi di lavoro obbligatorio è quella che concerne le prestazioni di pubblica utilità, ovvero prestazioni di attività non retribuite in sostituzione di pene detentive.

L'istituto³⁸ trova la sua disciplina nell'articolo 54 della legge n. 274 del 2000 che, al secondo comma dispone «Il lavoro di pubblica utilità non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato».

Inizialmente limitato alle fattispecie di reato di competenza del giudice di pace, l'ambito applicativo del lavoro di pubblica utilità è stato esteso a diverse ipotesi³⁹.

³⁷ Il novellato articolo 20 dell'ordinamento penitenziario estende la possibilità accedere al lavoro anche ai soggetti ospitati nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza; chiarisce che l'amministrazione penitenziaria può organizzare e gestire attività di produzione di beni o servizi, sia all'interno che all'esterno dell'istituto; prevede la possibilità per gli organi centrali e territoriali dell'amministrazione penitenziaria di stipulare apposite convenzioni di inserimento lavorativo con soggetti pubblici o privati interessati a fornire opportunità di lavoro a detenuti e internati; introduce la possibilità di vendita dei prodotti delle lavorazioni penitenziarie o dei servizi delle prestazioni dei detenuti e degli internati a prezzo pari o anche inferiore al loro costo, tenuto conto, per quanto possibile, dei prezzi praticati per prodotti o servizi corrispondenti nella zona in cui è situato l'istituto. Prevede (anche in alternativa alla normale attività lavorativa) la possibilità per i detenuti o internati di esercitare attività di produzione di beni da destinare all'autoconsumo e riconosce ai detenuti e agli internati, in considerazione delle loro attitudini, la possibilità di essere ammessi per proprio conto, a svolgere attività artigianali, intellettuali o artistiche, nell'ambito del programma di trattamento.

³⁸ Ipotesi di prestazione di attività lavorative in sostituzione di pene pecuniarie erano già presenti negli articoli 19, comma 5, e 24, comma 2, del Codice Zanardelli del 1889 in relazione alla multa e all'ammenda. L'articolo 49 dell'ordinamento penitenziario del 1975 prevedeva poi che venissero espiate «in regime di semilibertà le pene detentive derivanti dalla conversione di pene pecuniarie, sempreché il condannato non sia affidato in prova al servizio sociale o non sia ammesso al lavoro alle dipendenze di enti pubblici». Tale ultima disposizione è stata abrogata dall'articolo 110 della legge n.689 del 1981 che, a sua volta, ha introdotto (all'art. 102), in sostituzione delle pene pecuniarie la misura del lavoro sostitutivo definito (all'art. 102) come «prestazione di un'attività non retribuita, a favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, o presso enti, organizzazioni o corpi di assistenza, di istruzione, di protezione civile e di tutela dell'ambiente naturale o di incremento del patrimonio forestale, previa stipulazione, ove occorra, di speciali convenzioni da parte del Ministero di grazia e giustizia, che può delegare il magistrato di sorveglianza. 2) Tale attività si svolge nell'ambito della provincia in cui il condannato ha la residenza, per una giornata lavorativa per settimana, salvo che il condannato chieda di essere ammesso ad una maggiore frequenza settimanale». Sul lavoro sostitutivo cfr. C.F. GROSSO, *I principi ispiratori e le linee di tendenza della legge*, in *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, n. 689*, a cura di Magistratura Democratica, Sezione Piemonte e Valle d'Aosta e dell'Istituto Piemontese di Scienze Economiche e Sociali A. Gramsci, Franco Angeli, Milano, 1982, pp. 23 e ss.; R. BERTONI, E. LUPO, G. LATTANZI, L. VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, N. 689. II, Querela, oblazione, pene pecuniarie, pene accessorie e altre misure*, Giuffrè, Milano, 1982, pp.174 e ss.

³⁹ Nei casi di violazione del Codice della strada, previsti all'art. 186 comma 9-bis e art. 187 comma 8-bis del d.lgs.285/1992; nei casi di violazione della legge sugli stupefacenti, ai sensi dell'art. 73 comma 5 bis del D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309; come obbligo dell'imputato in stato di sospensione del processo e messa alla prova, ai sensi dell'art. 168 - bis del codice penale, introdotto dalla legge 28 aprile 2014 n. 67;

Il lavoro di pubblica utilità, nella sua originaria concezione, rappresentava esclusivamente una forma di esecuzione della pena: per questo motivo esso non è remunerato e la sua applicazione è subordinata alla volontà dell'imputato. E per la stessa ragione esso deve essere svolto con «modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato» (art. 54, comma 3, della legge n. 274 del 2000).

A questa impostazione è però stata affiancata la concezione del lavoro di pubblica utilità come forma di trattamento carcerario.

Il decreto legge n. 78 del 2013, all'art. 2, comma 1, lettera a), ha infatti introdotto il comma 4 ter all'articolo 21 dell'ordinamento penitenziario in forza del quale i detenuti e gli internati di norma possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito, tenendo conto anche delle loro specifiche professionalità e attitudini lavorative, nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività. Norma ripresa dal decreto legislativo n.124 del 2018.

L'efficacia di queste misure pare essere molto al di sotto delle aspettative⁴⁰.

6. Il lavoro come diritto: dalla conservazione del rapporto di lavoro alla (ricerca della) continuità nel mercato del lavoro

Nella relazione al progetto di Costituzione Ruini sottolineava che «l'affermazione del diritto al lavoro, e cioè ad una occupazione piena per tutti, ha dato luogo a dubbi da un punto di vista strettamente giuridico, in quanto non si tratta di un diritto già assicurato e provvisto di azione giudiziaria; ma la commissione ha ritenuto, e anche giuristi rigorosi hanno ammesso, che, trattandosi di un *diritto potenziale*, la Costituzione può indicarlo, come avviene in altri casi, perché il legislatore ne promuova l'attuazione, secondo l'impegno che la Repubblica nella Costituzione stessa si assume»⁴¹.

Pertanto, che il diritto al lavoro, sancito dal primo comma dell'articolo 4 della

congiuntamente alla pena dell'arresto o della reclusione domiciliare, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. i) della legge 28 aprile 2014 n. 67, ancora in attesa della regolamentazione prevista dai decreti legislativi in corso di emanazione; come obbligo del condannato ammesso alla sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 165 codice penale e art. 18 - bis delle Disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale modalità di attuazione del programma di trattamento del detenuto ammesso al lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21, comma 4 - ter dell'ordinamento penitenziario introdotto dal decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, convertito nella legge n. 94/2014.

⁴⁰ Nel dossier del Servizio studi del Senato del giugno 2018, relativo allo schema del d.lgs. n. 124 del 2018, reperibile all'URL http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/gi0012.pdf?_1540874164316 (ultimo accesso il 30 ottobre 2018) si legge «il lavoro di pubblica utilità, come modalità di trattamento penitenziario sembra aver trovato fino ad oggi scarsa attuazione pratica. Come mostrano le statistiche, infatti, dal 2013 ad oggi i lavori pubblica utilità sono svolti a titolo di sanzione accessoria per i reati stradali».

⁴¹ Per la ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente cfr. M. SALVATI, *Art. 4*, Carocci, Roma, 2017, pp. 59 e ss., e, ancora assai utilmente, V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Colombo, Roma, 1949, pp.26 e ss.

Costituzione, non rappresenti il fondamento per positive⁴² pretese individuali ad ottenere un posto di lavoro è chiaro fin da subito. Contrastano con una lettura di questo tipo ragioni di carattere materiale ma, evidentemente, anche ragioni di carattere politico-costituzionale che discendono dal modello economico scelto dai costituenti.

Non possono quindi essere condivise quelle ricostruzioni che, recentemente, hanno tentato di affermare una “necessità costituzionale” del reddito di cittadinanza facendola discendere da un presunto inadempimento della Repubblica⁴³.

Non è compito della Repubblica creare lavoro, ma promuovere le condizioni che consentano uno sviluppo economico e sociale capace di rendere effettivo il diritto al

⁴² C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in Camera dei Deputati, Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione, Vol. IV, Roma, 1953, p. 81, sottolinea come il diritto al lavoro «tende a garantire una delle libertà personali e quindi assume un contenuto negativo, di pretesa all’astensione da ogni intervento esteriore diretto ad impedire l’espletamento di un’attività lavorativa o la scelta e il modo di esercizio della medesima (salvo per quest’ultimo punto i divieti di ordine pubblico) ed ha una estensione generale, riferendosi a tutti i cittadini». Per quanto concerne il contenuto positivo del diritto al lavoro Mortati afferma che si sostanzia «nella pretesa ad ottenere lavoro, oppure a che siano suscitate occasioni di lavoro. [...] Esso [...] si concreta nella pretesa ad un’occupazione che presenti il duplice carattere di essere insieme retribuita e continuativa o stabile, e ciò perché se l’occupazione fosse saltuaria e intermittente assumerebbe un carattere aleatorio che lascerebbe insoddisfatta la pretesa. Ora presupposto necessario perché il diritto così inteso trovi realizzazione è l’esistenza di un meccanismo regolatore dell’offerta e della domanda di lavoro, in modo da adeguare costantemente, almeno entro un certo grado di approssimazione, l’una all’altra: o, in altri termini l’esistenza di un’organizzazione o impresa produttiva di beni e servizi, capace di retribuire il lavoro in essa impiegato ed idonea a procedere con la necessaria tempestività alla modificazione dell’entità e direzione della produzione in corrispondenza alla richiesta dei beni e servizi medesimi. Allo stesso tempo occorre altresì postulare una certa fungibilità e adattabilità del lavoro, tale da renderlo capace di passare da uno ad altro impiego per adeguarsi alle oscillazioni della domanda». Sul punto G.F. MANCINI, *Commento all’art. 4*, cit., pp. 203 e ss.

⁴³ Cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto a un’esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino, 2013. L’autrice (in particolare pp. 251 e ss.) contesta quello che definisce “il tabù del lavoro” come argomento contrario al reddito di cittadinanza. Il ragionamento (che non prende in considerazione gli strumenti che il legislatore ha sviluppato per le politiche attive del lavoro né gli ammortizzatori sociali) è piuttosto semplice (p. 255): è vero che «il lavoro – il lavoro dignitoso – è insostituibile nella vita di un uomo: fonte non solo di sussistenza, ma anche di elevazione intellettuale e morale, di dignità, identità, socialità [...] Tuttavia, quando non si può lavorare perché il lavoro non c’è, non si può – pur di non cadere nella trappola della resa al fallimento delle politiche occupazionali –, far gravare per intero il fardello di quel fallimento sulle spalle dei cittadini che, senza loro colpa, sono rimasti tagliati fuori dall’occupazione (o da un’occupazione stabile) relegandoli nel “ghetto dei superflui”». In altri termini: se la Repubblica non riesce ad assicurare lavoro deve risarcire il cittadino con il reddito di cittadinanza.

Tripodina omette di considerare che l’articolo 35, comma 4, della Costituzione riconosce la libertà di emigrazione e assicura la tutela del lavoro italiano all’estero (sul tema ancora assai utilmente cfr. M. OFFEDDU, *Commento all’art. 35*, in T. TREU, M. NAPOLI, M. OFFEDDU, M. PERSIANI, G. GIUGNI, U. ROMAGNOLI, *Rapporti economici. Tomo I. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 69 e ss.). Il cittadino che non trova lavoro in Italia è libero di emigrare. Se si trascura il valore di questa libertà si colloca il ragionamento sul diritto al lavoro fuori da ogni orizzonte concreto, storico e attuale. A meno che non si voglia condividere la posizione espressa il 9 agosto 2018, dal Ministro del Lavoro Luigi Di Maio, ricordando la tragedia di Marcinelle: «La riflessione che suscita in me Marcinelle è che non bisogna partire, non bisogna emigrare e dobbiamo lavorare a non far più emigrare i nostri giovani»; posizione che tradisce il pregiudizio per il quale il fenomeno migratorio riguarda e debba riguardare soltanto gli stranieri; pregiudizio che divide l’umanità tra liberi (di restare) e servi (costretti a migrare), secondo un criterio che pensavamo di avere superato da secoli.

lavoro per tutti⁴⁴.

L'orizzonte nel quale deve collocarsi la sua azione è dunque la piena occupazione. Si faccia però molta attenzione: essa, teoricamente inaccettabile e concretamente irrealizzabile in una economia di mercato, rappresenta, appunto, un orizzonte.

⁴⁴ È questa la lettura che la giurisprudenza costituzionale fornisce fin da subito. Si veda la sentenza n. 78 del 1958 della Corte costituzionale in tema di imponibile di mano d'opera nelle aziende agricole: «Nel secondo comma sono posti limiti di ordine negativo alla libera iniziativa privata: essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale in senso collettivo, essa non può comunque recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (attività nocive alla sanità e incolumità dei cittadini o che importino umiliazione o sfruttamento dei lavoratori). Dispone il terzo comma del citato articolo che siano determinati programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Non gioverebbe, a sostegno di tesi opposta a quella che viene dalla Corte accolta nella presente sentenza, invocare la locuzione costituzionale per ravvisare in essa l'ammissibilità di una compressione dell'iniziativa economica privata così penetrante da dar fondamento al sistema dell'imponibile di mano d'opera. Nel terzo comma, invero, la Corte ravvisa possibilità di norme idonee a delineare, da un punto di vista della generale utilità, programmi di retti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di dare effettivo incremento alla produzione, agganciandosi eventualmente anche a nuove risorse offerte dal mercato internazionale, e di creare, come è auspicabile, una situazione tale che possa naturalmente determinare fruttuoso assorbimento di mano d'opera. Non può pertanto la Corte riconoscere la legittimità di norme le quali, anziché informate a una generale visione nelle prospettate direzioni, siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e comprimendo quell'iniziativa privata che è garantita dal primo comma dello stesso articolo. L'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta estraneo al disposto del terzo comma e non può inquadarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste». Sul punto cfr. però LUCIANO VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 75 e ss. che sottolinea come «Le "condizioni" che rendono effettivo il diritto al lavoro sono infatti anzitutto di ordine economico, ma possono essere anche di ordine giuridico e di conseguenza tra esse vanno ricomprese le previsioni contenute non solo nelle norme che garantiscono o facilitano l'accesso al lavoro di particolari categorie protette, come quelle della legge 2 aprile 1968, n. 482, ma anche nelle norme che vietano ogni discriminazione nell'accesso al lavoro, come l'art. 15 dello statuto dei lavoratori, o nelle norme che sono volte a promuovere un'equa ripartizione delle occasioni di lavoro, come quelle contenute nella legge n. 264 del 1949». In effetti la promozione delle condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro non può non esplicarsi che sul piano giuridico normativo. Particolarmente interessante è, da questo punto di vista, la sentenza n. 49 del 2000 della Corte costituzionale con la quale essa ha dichiarato inammissibile un referendum abrogativo della legge n. 877 del 1973, recante la disciplina del lavoro a domicilio. La Corte ha affermato, guardando al parametro fornito dall'art. 35 Cost., che: «Va evidenziato come il lavoro a domicilio, avuto riguardo sia al luogo ed alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa che ai criteri di retribuzione, costituisca una di quelle forme speciali di lavoro che la Repubblica, secondo quanto dispone l'art. 35 della Costituzione, deve tutelare. La doverosità, espressa da tale precetto, di una tutela del lavoro non già generica ed indistinta, ma articolata e coerente con la specificità delle varie forme (ed applicazioni) del lavoro si pone, dunque, alla base di quella disciplina speciale del lavoro a domicilio, già introdotta dal legislatore con la legge n. 264 del 1958, (poi sostituita appunto dalla legge n. 877 del 1973) e che la proposta referendaria vorrebbe ora abrogare, così eliminando una specifica e diretta attuazione di un principio costituzionale. I modi e le forme dell'attuazione della tutela costituzionale sono ovviamente rimessi alla discrezionalità del legislatore, cosicché le leggi attraverso le quali di volta in volta si realizza la tutela del lavoro, nelle sue diverse manifestazioni, pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono a contenuto vincolato. Esse, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento (si veda, sul punto, con specifico riferimento all'abrogazione referendaria, la sentenza n. 35 del 1997, nonché le sentenze n. 134 del 1994 e n. 106 del 1992). Tale limite si oppone all'abrogazione della vigente normativa di tutela speciale del lavoro a domicilio e determina l'inammissibilità della proposta referendaria».

Le politiche per il lavoro dovranno quindi essere orientate alla piena occupazione ma potranno dirsi efficaci quando riusciranno a mantenere la disoccupazione entro i limiti fisiologici che impediscono di considerare i disoccupati come definitivamente estromessi dal mercato del lavoro.

Nella interpretazione del primo comma dell'art. 4 della Costituzione sono così emersi, fin dalle prime letture, due temi: quali dovessero essere le politiche di favore alla piena occupazione, e in quale misura potessero limitare l'iniziativa privata⁴⁵; se accanto ad una pretesa alla creazione di condizioni favorevoli alla instaurazione di rapporti di lavoro fosse possibile ricavare dalla disposizione costituzionale il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro⁴⁶.

Occorre peraltro chiarire che il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fu il modello ritenuto più idoneo per realizzare le finalità sancite dalla Costituzione; possiamo anzi dire che quel modello fu presupposto dallo stesso costituente, così che i due temi di cui abbiamo detto sono stati declinati nel dibattito pubblico in modo specifico: come incrementare l'accesso dei disoccupati ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; come tutelare i lavoratori occupati nell'ambito di quel rapporto.

La prima questione è stata oggetto di particolare attenzione nei primi anni della storia repubblicana.

Nel corso della prima legislatura la disoccupazione rappresentava un problema drammatico. In tal senso deve essere letta l'istituzione della Commissione Parlamentare di Inchiesta sulla Disoccupazione presso la Camera dei Deputati dal 21 giugno 1952 al 24 giugno 1953. La dottrina costituzionalistica notava come l'attuazione del diritto al lavoro, di cui al primo comma dell'art. 4 Cost. e il corrispondente obbligo dello Stato a renderlo effettivo, non avessero senso se non in presenza di una pianificazione economica. Si sottolineava come l'art. 4 Cost. ponesse il lavoro tra le finalità preminenti dello Stato, e che pertanto la piena occupazione dovesse essere inclusa tra i "fini sociali" rispetto ai quali l'attività economica pubblica e privata avrebbe dovuto essere indirizzata e coordinata per mezzo dei programmi stabiliti dal legislatore, secondo

⁴⁵ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit.

⁴⁶ Cfr. C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema*, cit., pp. 63 e s. che rispetto alle garanzie di tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro afferma: «La prima e, in certo senso, più importante garanzia di questo tipo è, indubbiamente, quella relativa alla *conservazione del posto di lavoro*. Come si è accennato, è questo un ulteriore aspetto del diritto al lavoro, prescindendo dal quale qualsiasi altra forma di tutela appare scarsamente efficiente. Non vi è pari dignità ed eguaglianza fra i soggetti del rapporto di lavoro quando uno di essi (il lavoratore) è sottoposto alla incombente eventualità della risoluzione del rapporto stesso ad arbitrio dell'altro, e conseguentemente alla perdita del posto di lavoro, cioè della fonte da cui egli ritrae i mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia». Sul tema cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1967, pp. 27 e ss.: «[...] anche l'art. 4, [...] sperimentò un allargamento della propria sfera di efficacia in sede interpretativa. Vero che – ancor più dell'art. 36 – esso appare in linea di principio destinato ad operare all'interno dell'organizzazione statale: ma altrettanto incontestabile che anch'esso gradualmente, attraverso una interpretazione volta nel senso di riconoscergli una efficacia *anche* nei rapporti interindividuali, giunse ad offrire il fondamento proprio di quelle tesi che, elevandone il relativo principio ispiratore a limitazione dell'esercizio del potere di recesso *ad nutum*, ravvisarono in esso la garanzia fondamentale della *conservazione* del posto di lavoro.»

quanto dispone l'art. 41, comma 3, Cost.⁴⁷

La prospettiva è però mutata rapidamente con il boom economico.

La capacità di assorbire manodopera da parte del sistema industriale, l'ottimismo generato dalla possibilità di creare posti di lavoro con una razionale politica del reddito, illustrata nel piano presentato al Parlamento da Ezio Vanoni nel 1955, hanno fortemente sdrammatizzato il tema della disoccupazione nel dibattito pubblico; anche presso la dottrina costituzionalistica e giuslavoristica.

Ciò ha spostato l'interesse prevalentemente sull'altra questione, ovvero sul diritto alla tutela del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro, e quindi sul necessario⁴⁸ superamento della disciplina codicistica del licenziamento individuale che consentiva il libero recesso unilaterale da parte del datore di lavoro; anzi, come avremo modo di vedere, il tema della conservazione del rapporto di lavoro finirà per assorbire quello delle politiche per la piena occupazione

Il primo tentativo di superare la disciplina codicistica si deve, come è noto, all'iniziativa dei sindacati che stipularono, il 7 agosto 1947, l'accordo confederale sulla disciplina dei licenziamenti nell'industria, seguito dagli accordi confederali del 21 aprile 1950 sui licenziamenti per riduzione del personale e del 18 ottobre 1950 sui licenziamenti individuali, recepiti dai decreti legislativi 1011 e 1019 del 1960, ai sensi della legge n.741 del 1959, cosiddetta "Legge Vigorelli", e infine modificati con gli accordi del 5 maggio e del 29 aprile 1965.

Ma certamente in questo percorso riveste una importanza decisiva la sentenza n.45 del 1965 della Corte costituzionale che ha chiarito (n.3 e 4 del *Considerato in diritto*) come «dal complessivo contesto del primo comma dell'art. 4 della Costituzione – [...] – si ricava che il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino – l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento – fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo – il cui adempimento é ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto – di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro. Da siffatta interpretazione deriva che l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun

⁴⁷ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., p. 75.

⁴⁸ Per il vero il superamento della disciplina codicistica del licenziamento *ad nutum* non è stato considerato unanimemente necessario dalla nascente dottrina giuslavoristica. Così R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, Giappichelli, Torino, 1950, pp.145 e s., riteneva utile che tale superamento fosse assistito da importanti cautele per non «irrigidire eccessivamente la struttura economica delle imprese, togliendo la possibilità di mantener fermo il rapporto fra produzione e consumo». Si tratta di posizioni fortemente influenzate dal pensiero di L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1901. Sul tema cfr. P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, in particolare pp. 179 e ss.

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. 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 adegui, 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».

Il legislatore ha seguito il monito della Corte costituzionale con la legge n.604 del 1966, accogliendo il principio della necessaria giustificazione del licenziamento e riconoscendo il diritto del lavoratore di adire il giudice avverso un licenziamento arbitrario. Ma anche la soluzione adottata con l'articolo 8 della legge 604/1966, l'alternativa tra la riassunzione o il risarcimento, non è stata ritenuta sufficiente e ha portato la dottrina giuslavoristica a sostenere che «la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto restava pur sempre assai scarsa»⁴⁹. Solo con l'articolo 18 della n.300 del 1970, lo «Statuto dei lavoratori», con l'introduzione della tutela reale, si ritenne che tale interesse avesse trovato un effettivo riconoscimento.

Si faccia però molta attenzione: la Corte con la sentenza n.45/1965 aveva definito l'adeguamento della disciplina dei licenziamenti come uno strumento per «assicurare a tutti la continuità del lavoro».

La necessità dell'intervento legislativo è quindi stata intesa dalla Corte costituzionale, non già come risposta ad una esigenza di tutela individuale, ma piuttosto come elemento di una politica della piena occupazione. E in effetti, a partire dalla seconda metà degli anni sessanta, giungendo al culmine con l'approvazione dello Statuto, le politiche di piena occupazione si sono risolte nella tutela dei lavoratori occupati.

Ma «Come mai nell'alternativa tra una regolamentazione del mercato del lavoro basata sulla tutela dei lavoratori occupati (ostacolandone il licenziamento) e una basata sul sostegno dei lavoratori disoccupati (con sussidi di disoccupazione e agenzie per il matching) in Italia, nel 1970, si è scelto di tutelare gli occupati?»⁵⁰.

Le risposte non possono che essere molteplici; pare tuttavia di poter affermare che quella più convincente debba essere trovata nella particolare congiuntura economica e sociale.

⁴⁹ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di Diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, II, CEDAM, Padova, 1971, p. 697.

⁵⁰ Cfr. G. RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in www.pietroichino.it, 29 aprile 2015, pp. 9 e ss.

Abbiamo già detto che il ventennio che precede l'approvazione dello Statuto è una stagione di grande crescita economica nella quale, sia pure con drammatiche differenze tra nord e sud del Paese, la domanda di lavoro è pari, e spesso superiore, all'offerta, così che il problema dell'accesso al rapporto di lavoro sostanzialmente non si pone.

È però anche un ventennio che evolve verso forti tensioni sociali, in un clima di conflittualità permanente, così che sul versante delle imprese la stabilizzazione del rapporto di lavoro viene accolta come un utile strumento di pace sociale.

Il modello di tutela apprestato dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori è un prodotto della storia, e nella storia deve essere correttamente collocato.

Con il superamento del contesto economico e sociale in cui era maturato, già a partire dalla seconda metà degli anni ottanta, esso mostrò i suoi limiti strutturali che consistevano «a) nella residualità del suo ambito di applicazione (limitato alle medie-grandi imprese); b) nelle resistenze giurisprudenziali e dottrinali alla effettività dell'ordine (il totem indistruttibile della incoercibilità dell'obbligo di *facere* specifico); c) nella trasformazione in via di fatto dell'ordine di reintegra in tutela indennitaria super-rafforzata, con la monetizzazione del diritto ad essere reintegrati (l.108/90), per cui la trasformazione della tutela reale in variante assistenziale della tutela obbligatoria»⁵¹.

L'articolo 18 ha così finito per esaurirsi nella sua valenza meramente simbolica di strumento di reazione alla limitazione delle libertà dei lavoratori e all'uso del licenziamento come strumento di pressione nelle relazioni sindacali.

Ma con la piena legittimazione della presenza dei sindacati in azienda, e più in generale con le trasformazioni delle relazioni sindacali, anche il valore simbolico della norma si è progressivamente dissolto, giustificando sempre meno i costi che imponeva alle imprese in termini di rigidità nella gestione delle risorse umane.

Così il modello costruito essenzialmente sulla tutela reale del lavoratore ha iniziato ad essere messo in discussione.

Emblematica è la vicenda del referendum abrogativo del 15 e 16 giugno 2003.

Il quesito referendario concerneva le norme relative all'ambito (volendolo ampliare) e ai limiti di operatività della tutela reale apprestata dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 in favore del lavoratore illegittimamente licenziato. Esso ha rappresentato, con la partecipazione del solo 25,7% dell'elettorato, un clamoroso insuccesso⁵².

L'esito di quella vicenda referendaria ha mostrato con chiarezza che le politiche orientate a rendere effettivo il diritto al lavoro dovevano cambiare segno: che il problema non era rappresentato dalla necessità di estendere le tutele dei lavoratori occupati ma di ridurre il numero dei disoccupati.

Problema posto drammaticamente dalla inadeguatezza del sistema produttivo

⁵¹ S.B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 265/2015, pp. 7 e s.; nello stesso senso v. P. ALBI, *La Costituzione come argomento. Giudici del lavoro e "interpretazione costituzionalmente orientata"*, in *Lavoro e diritto*, 2014, pp. 526 e ss.

⁵² A. MORRONE, *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2003, pp. 597 e ss.

italiano a reggere la competizione su un mercato di cui il nuovo secolo aveva concluso la globalizzazione.

Il sistema produttivo italiano è costituito nella sua quasi totalità da microimprese e da piccole e medie imprese⁵³ che faticano a raggiungere la soglia della competitività⁵⁴. E certamente la rigidità del “modello articolo 18”, inducendo le imprese a rimanere fuori dal suo ambito applicativo dimensionale, ha rappresentato uno degli ostacoli organizzativi più rilevanti al raggiungimento di quella soglia. L’effetto complessivo della rigidità del sistema era quello di rendere difficili le nuove assunzioni e di mettere a rischio – in ragione della scarsa competitività delle imprese – anche i posti di lavoro esistenti.

In questa prospettiva si devono leggere gli interventi legislativi della “riforma Fornero” (legge 92/2012) e del “Jobs Act” (d. lgs. n. 22 del 2015, d. lgs. 23 del 2015, d. lgs. n. 150 del 2015 in attuazione della legge 183/2014)⁵⁵ quali misure⁵⁶ adottate per

⁵³ V. il report ISTAT *Struttura e competitività del sistema delle imprese industriali e dei servizi*, anno 2013. Esso fotografa il sistema produttivo tra la “riforma Fornero” e il “Jobs Act” e ci dice: «Le microimprese (quelle con meno di 10 addetti) sono circa 4,1 milioni e pesano per il 95,3% delle imprese attive, il 47,4% degli addetti e il 30,6% del valore aggiunto realizzato. Tra le microimprese, quelle con meno di un addetto sono più di 2,4 milioni e contribuiscono per circa un terzo al valore aggiunto di questo segmento di imprese. Le piccole e medie imprese (quelle con 10-249 addetti) impiegano il 32,9% degli addetti e contribuiscono per il 38,4% al valore aggiunto, mentre nelle grandi imprese (quelle con almeno 250 addetti) si concentrano il 19,7% degli addetti e il 31,0% del valore aggiunto».

⁵⁴ V. ISTAT, *Rapporto sulla competitività dei settori produttivi*, 2017, reperibile all’URL <https://www.istat.it/storage/settori-produttivi/2017/Rapporto-competitivita-2017.pdf>, ove si sottolinea, p. 69, che «dall’inizio del decennio a oggi la capacità di operare sui mercati esteri ha costituito un fattore cruciale per l’attività economica delle imprese italiane. In questo contesto, la crescente complessità dei processi produttivi, il progressivo sviluppo delle catene globali del valore e l’aumento della competitività sui mercati internazionali rendono l’attività estera delle imprese fortemente legata alla capacità di disegnare assetti produttivi (e organizzativi) in grado da un lato di soddisfare le condizioni strutturali per l’accesso ai mercati esteri e, dall’altro, di raggiungere i livelli di performance necessari per operare con successo su scala internazionale. A tale proposito, la letteratura economica ha da tempo mostrato come, ai fini della tenuta competitiva del sistema produttivo italiano, la ricerca delle condizioni strutturali e dei livelli di performance richieda un recupero in termini di dimensioni d’impresa e produttività».

⁵⁵ Sul tema v. P. BOZZAO, *I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015.

⁵⁶ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 194 del 2018, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti) limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio,». La Corte ha ritenuto che il meccanismo di protezione a tutele crescenti sia illegittimo in ragione della disparità di trattamento realizzata dall’automatismo su cui si fondava. Tale automatismo rappresentava l’elemento qualificante della riforma (non a caso ad esso si è ispirato anche il legislatore francese con l’ord. 2017-1387 del 22 settembre 2017, ratificata dalla legge 2018-217 del 29 marzo 2018). La Corte ha ritenuto che «che la rigida dipendenza dell’aumento dell’indennità dalla sola crescita dell’anzianità di servizio mostra la sua incongruenza soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata» e che tale rigidità avrebbe impedito all’indennità medesima di assicurare un adeguato ristoro al lavoratore ingiustamente licenziato e di assumere una valenza dissuasiva per il datore di lavoro. Il giudice delle leggi afferma che «L’irragionevolezza del rimedio previsto dall’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 assume, in realtà, un rilievo ancor maggiore alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.), per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana (sentenza n. 163 del 1983, punto 6. del Considerato in diritto). Il “diritto al lavoro” (art. 4, primo comma, Cost.) e la “tutela” del lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni” (art. 35, primo comma, Cost.) comportano la garanzia dell’esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali

rendere effettivo il diritto al lavoro in relazione alle mutate esigenze di competitività del sistema produttivo⁵⁷ tutelando la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro

costituzionalmente garantiti. Il nesso che lega queste sfere di diritti della persona, quando si intenda procedere a licenziamenti, emerge nella già richiamata sentenza n. 45 del 1965, che fa riferimento ai «principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa» (punto 4. del Considerato in diritto), oltre che nella sentenza n. 63 del 1966, là dove si afferma che «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» (punto 3. del Considerato in diritto)». E giunge così a concludere che « Nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n.23 del 2015 – nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».

Ci pare di poter affermare che la sentenza non abbia tenuto in adeguata considerazione alcuni aspetti di particolare interesse. Ci si riferisce soprattutto a quanto dispone l'articolo 2, comma 31, della legge n.92/2012 che impone al datore di lavoro che abbia intimato il licenziamento di contribuire al finanziamento della Assicurazione sociale per l'impiego (ASPI, ora NASPI). Contributo che certamente acuisce l'effetto dissuasivo della disciplina del licenziamento. Analoghe considerazioni valgono per quanto concerne il valore compensativo a vantaggio del lavoratore. Si deve valutare il quadro normativo complessivo di cui gli articoli 3 e 4 del d. lgs. 23/2015 (che pure assicurano la tutela risarcitoria più alta in Europa) non sono che una parte. Esso prevede che il lavoratore che abbia perduto involontariamente la propria occupazione sia destinatario della già citata assicurazione sociale per l'impiego, la NASPI di cui al d. lgs. 22/2015, condizionata al solo onere (articolo 7 dello stesso decreto) di partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professionale; onere che trova la sua copertura nell'art. 4, comma 2, della Costituzione e che viene sostenuto dall'impegno pubblico a facilitare la ricollocazione (d. lgs. n.150/2015).

La Corte ha inoltre trascurato il profilo della effettività del meccanismo risarcitorio, sul piano della certezza, che il criterio delle tutele crescenti assicurava e che aveva visto precipitare il numero dei processi, con indubbio vantaggio per le imprese, ma anche per i lavoratori. Gli unici lavoratori che trarranno un beneficio dalla sentenza n. 194 del 2018 sono gli avvocati lavoristi.

Mentre scriviamo non sono ancora stati pubblicati contributi di dottrina sulla sentenza n. 194 del 2018. Pare pertanto utile rinviare a quelli relativi all'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale: V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, II, pp. 333 e ss.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs act"*, in *ADL*, 2017, I, pp. 1039 e ss.; F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2017, pp. 902 e ss.; P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di Un'ordinanza ... annunciata*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2174 e ss.; E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, pp.1195 e ss.; S. D'ASCOLA, *Appunti sulla questione di costituzionalità del licenziamento a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018/2, pp. 228 e ss.

⁵⁷ Sulla efficacia del Jobs Act sul piano dell'incremento della occupazione e della competitività delle imprese il dibattito è aperto. Trattandosi di una riforma strutturale pare ragionevole rinviare al medio periodo il giudizio sulla sua efficacia (v. I. FELLINI, *Jobs Act e contratto a tutele crescenti: alcuni effetti attesi sul mercato del lavoro*, in *Politiche Sociali*, 2015, pp. 331 e ss). Non mancano però elementi che permettono di formulare un giudizio positivo sulla riforma (G. CROCE, *Il Jobs Act due anni dopo: obiettivi, fatti, prospettive*, in *Economia & Lavoro*, 2/2017, pp. 23 e ss.).

In particolare risulta di particolare interesse lo studio di T. BOERI, P. GARIBALDI, *Graded Security and Labor Market Mobility. Clean Evidence from the Italian Jobs Act*, pubblicato il 19 febbraio 2018 sul sito dell'INPS

all'URL https://www.inps.it/docallegatiNP/Mig/InpsComunica/WorkInps_Papers/10_WorkINPS_Papers_19febbraio_2018.pdf e sintetizzato dagli stessi autori nel breve articolo *Effetto Jobs Act: cosa dicono i dati*, ne *lavoce.info*, del 27 marzo 2018. Essi notano che «Lo studio ha selezionato tutte le imprese che tra gennaio 2013 e dicembre 2016 sono entrate almeno una volta nel corridoio tra 10 e 20 addetti. Si tratta di circa 220 mila imprese. Sono poi state seguite le carriere lavorative di tutti i 6,2 milioni di lavoratori che

piuttosto che nel singolo rapporto di lavoro⁵⁸.

Rispetto a queste ultime si manifestano però i limiti di quello che potrebbe essere definito come il peccato originale delle politiche del lavoro in Italia.

La disattenzione per le politiche attive, determinata, come abbiamo detto, dall'enfasi per la tutela dei lavoratori occupati, ha avuto conseguenze di lungo periodo che si traducono nella inadeguatezza delle strutture che dovrebbero assicurare l'incontro tra la domanda e l'offerta, rispetto alla quale anche gli ultimi interventi normativi paiono insufficienti⁵⁹.

Ciò ha condotto il dibattito più recente sulle politiche del lavoro verso esiti paradossali. Anziché insistere sulla necessità di procedere ad un generale ripensamento delle strutture di gestione dell'entrata, si è tornati ad invocare la rigidità normativa

hanno lavorato in queste imprese, in modo da analizzare un data-base con più di 250 milioni di osservazioni. Gli effetti del nuovo contratto sono scientificamente identificabili dal momento che oltre alla differenza tra imprese sopra e sotto la soglia, si può anche distinguere il comportamento delle aziende prima e dopo il 7 marzo 2015, il giorno in cui il contratto a tutele crescenti è stato introdotto in Italia. Il metodo delle "differenze delle differenze" è internazionalmente e scientificamente riconosciuto come un approccio rigoroso e naturale alla valutazione delle politiche economiche. I risultati dello studio sono i seguenti. Innanzitutto, la mobilità delle imprese intorno alla soglia è aumentata. Il numero di quelle che supera la soglia dei 15 addetti è passato da 10 mila al mese prima della riforma a circa 12 mila al mese nei 15 mesi dopo la sua introduzione, anche se i passaggi di soglia dopo il dicembre 2016 – quando la decontribuzione è stata fortemente ridotta – hanno subito una sensibile decelerazione. La parte scientificamente più rigorosa riguarda però gli effetti del nuovo contratto sulle assunzioni e sui licenziamenti a tempo indeterminato con i nuovi contratti. Lo studio mostra che le imprese sopra la soglia (quelle che indubbiamente operano con maggior flessibilità) hanno aumentato le assunzioni a tempo indeterminato del 50 per cento in più rispetto alle imprese più piccole dopo marzo 2015. Le piccole imprese – va ricordato – non hanno subito alcun cambiamento sostanziale dal nuovo contratto. Inoltre, la decontribuzione non influisce sul risultato dal momento che si applica uniformemente sia alle piccole che alle grandi imprese. Simili risultati e simili differenze tra piccole e grandi imprese si applicano anche alle conversioni di contratti a termine in contratti a tutele crescenti. Quando lo studio guarda ai licenziamenti, il risultato è molto simile e viene evidenziato un aumento dei licenziamenti di circa il 50 per cento tra le imprese più grandi rispetto alle piccole prima e dopo il marzo 2015. Il nuovo contratto ha chiaramente reso più flessibile il mercato del lavoro e aumentato la mobilità di imprese e lavoratori. Va peraltro ricordato che l'aumento di assunzioni del 50 per cento corrisponde a un numero molto più grande rispetto all'aumento dei licenziamenti del 50 per cento e che l'occupazione totale è aumentata nel triennio analizzato».

⁵⁸ Questa evoluzione ha acceso un vivace dibattito nell'ambito della dottrina giuslavoristica intorno al "posto" che dovrà assumere il Diritto del lavoro nel nuovo contesto. Sul tema si rinvia a A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e 23, Giappichelli, Torino, pp. 3 e ss.; U. ROMAGNOLI, *Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro. Per i trent'anni di Lavoro e diritto. Introduzione*, in *Lavoro e diritto*, 2017, pp. 567 e ss.; ID., *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in *il Mulino*, 2018, 690 e ss.; V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 322/2017; V. BAVARO, *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2018, pp.243 e ss.; A. SOMMA, *Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi*, in *Lavoro e diritto*, 2018, pp.307 e ss.; P. PASSANITI, *Diritto del lavoro e rappresentanza politica. Una riflessione sulla storicità dei diritti sociali*, in *Lavoro e diritto*, 2018, pp. 291 e ss.

⁵⁹ Cfr. M. AIMO, *Contratto di lavoro «dominante» e flessibilità in entrata: qualche riflessione a margine della legge n. 92/2012*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO, *Lavoro e Costituzione*, cit., pp. 219 e s.; A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel "welfare attivo" e nei "mercati del lavoro transizionali"*, in *RDSS*, 2012, in particolare, pp. 561 e ss.; ID., *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 249/2015.

dell'uscita: l'atteggiamento di chi, per non perdere tempo, decide di fermare le lancette dell'orologio.

7. L'effetto conformativo del dovere di lavorare sul diritto al lavoro: scelta del lavoro, disoccupazione involontaria e condizionalità delle politiche attive

Il secondo comma dell'articolo 4 della Costituzione stabilisce che ogni cittadino ha il dovere di svolgere una attività che contribuisca al progresso materiale o spirituale della società, secondo le proprie possibilità e la propria scelta.

La scelta del cittadino non è libera; il dovere di lavorare la condiziona, conformando il diritto al lavoro, sotto il profilo soggettivo e oggettivo.

Rispetto al primo il cittadino deve comprendere quali sono le sue attitudini e in base ad esse valutare la direzione del suo contributo al progresso della società; se agire nell'ambito materiale o spirituale trovando un proprio spazio di azione nell'uno o nell'altro⁶⁰.

Sotto il profilo oggettivo egli dovrà considerare quali sono le concrete occasioni che il mercato del lavoro gli offre e riguardo ad esse operare la sua scelta.

Le possibilità del lavoratore dipendono dal combinarsi di questi profili soggettivi e oggettivi che delimitano l'ambito della sua scelta⁶¹.

⁶⁰ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., pp.149 e s., sottolinea che l'inciso: «“secondo la propria scelta” lascia un margine discrezionale di libertà al cittadino, il quale può indirizzare la propria capacità lavorativa verso il ramo che gli è più congeniale, ma senza annullare gli effetti della proclamazione del dovere del lavoro, nel qual caso tale libertà dovrebbe intendersi come libertà di ozio. Questa libertà di scelta trova un'applicazione concreta ed una conferma nella libertà dell'iniziativa privata (art. 41 Cost.) e nella libertà di insegnamento (art. 33 Cost.): ed un'altra conferma nell'ultima parte dello stesso secondo comma dell'art. 4 Cost., là dove si accenna, appunto, alle due grandi categorie fra le quali il cittadino opera una prima scelta, cioè fra le attività (o funzioni) che concorrono al “progresso materiale” e quelle che concorrono al “progresso spirituale” della società».

⁶¹ La consapevolezza rispetto alle proprie possibilità è essenziale alla scelta del cittadino. E nella formazione della consapevolezza assume un ruolo fondamentale la scuola. Essa è «organo centrale della democrazia, perché serve a risolvere quello che secondo noi è il problema centrale della democrazia: la formazione della classe dirigente. La formazione della classe dirigente, non solo nel senso di classe politica, di quella classe cioè che siede in parlamento e discute e parla (e magari urla) che è al vertice degli organi più propriamente politici, ma anche classe dirigente nel senso culturale e tecnico: coloro che sono a capo delle officine e delle aziende, che insegnano, che scrivono, artisti, professionisti, poeti. Questo è il problema della democrazia, la creazione di questa classe, la quale non deve essere una casta ereditaria, chiusa, una oligarchia, una chiesa, un clero, un ordine. No. Nel nostro pensiero di democrazia, la classe dirigente deve essere aperta e sempre rinnovata dall'afflusso verso l'alto degli elementi migliori di tutte le classi, di tutte le categorie. Ogni classe, ogni categoria deve avere la possibilità di liberare verso l'alto i suoi elementi migliori, perché ciascuno di essi possa temporaneamente, transitoriamente, per quel breve istante di vita che la sorte concede a ciascuno di noi, contribuire a portare il suo lavoro, le sue migliori qualità personali al progresso della società» (P. CALAMANDREI, *Difendiamo la scuola democratica*, (1950), in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, La Nuova Italia, Firenze, 1966, I, p. 389). Ma la scuola ha una funzione più ampia rispetto alla selezione della classe dirigente, come ci viene del resto confermato dalla struttura dello stesso articolo 34 della Costituzione che si regge su una duplice logica, universalistica per l'istruzione inferiore, meritocratica per l'istruzione superiore (A. POGGI, *Commento all'articolo 34*, n *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, UTET, Torino, 2006, p. 709). La possibilità di divenire parte della classe dirigente,

Il cittadino è quindi chiamato a scegliere rispetto a ciò che concretamente può fare: se il mercato del lavoro non gli consentirà di occuparsi nell'attività che egli vorrebbe svolgere non potrà comunque rimanere inoperoso.

Egli potrà pertanto essere considerato disoccupato involontario, e beneficiare della tutela accordata dall'articolo 38, comma 2, della Costituzione⁶², solo quando, malgrado la sua disponibilità, non gli sia concretamente possibile svolgere alcun tipo di lavoro.

In tale prospettiva deve essere letta la definizione dello stato di disoccupazione accolta dal legislatore, anche sulla base delle sollecitazioni ricevute sul piano

compiendo una ascesa sociale, nel caso si provenga da una classe umile, o mantenendo la propria posizione quando già si appartenga ad un ceto medio-alto, è riservata dal terzo comma dell'articolo 34 ai soli capaci e meritevoli. Ma il secondo comma dell'articolo 34 vuole una istruzione inferiore obbligatoria e gratuita impartita a tutti per almeno otto anni. Non tutti possono divenire classe dirigente. La scuola non rappresenterà che per una parte soltanto la possibilità di ascesa sociale. Per la maggior parte essa sarà qualcosa di diverso, essa sarà lo strumento di acquisizione di consapevolezza. L'istruzione inferiore deve permettere a ciascuno di valutare le proprie capacità, ma deve anche permettere a ciascuno di comprendere il progetto sociale e politico della Costituzione. Quanti, per le proprie caratteristiche personali, non potranno accedere ai gradi più alti degli studi avranno comunque gli strumenti critici per comprendere quale attività da loro ci si attenda perché possano contribuire al progresso materiale o spirituale della società. Nel progetto costituzionale chi non diverrà classe dirigente non sarà messo ai margini della società, perché la consapevolezza delle proprie attitudini condurrà ciascuno a migliorare, se non la propria condizione sociale, il modo di vivere la propria condizione sociale; ad attingere ad una dignità del lavoro e nel lavoro che costituisce l'elemento soggettivo di quel che abbiamo chiamato lavoro politico. In questo senso deve essere letto il secondo comma dell'articolo 35 della Costituzione che impone alla Repubblica di curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori (D. BIFULCO, *Commento all'articolo 35*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, cit., p. 728): il lavoratore che si fermi all'istruzione inferiore non cessa di crescere come persona e come cittadino, ma continua il proprio percorso di protagonista della vita sociale.

In tale prospettiva si deve ricordare che la legge n. 296 del 2006, all'articolo 1, comma 622, ha stabilito (estendendo il limite costituzionalmente fissato in otto anni dall'art. 34 Cost.) che l'istruzione è obbligatoria per almeno dieci anni e deve essere finalizzata al conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. Tale obbligo di istruzione-formazione si coordina con quanto disposto dal d.lgs. n. 345 del 1999 che ha stabilito (facendo seguito alla direttiva europea 94/33/CE) il principio generale per cui l'età minima di ammissione all'impiego deve coincidere con quella in cui cessano gli obblighi scolastici (stabilita, a seguito dell'intervento legislativo del 2006, a 16 anni). E sempre in tale prospettiva deve essere considerata la legge n.107 del 2015 che (all'articolo 1, commi dal 33 al 43) ha stabilito l'obbligatorietà di percorsi di alternanza scuola lavoro che prevedono negli istituti tecnici e professionali 400 ore di attività, nel secondo biennio e nell'ultimo anno, e nei licei di almeno 200 ore nel triennio.

⁶² Rispetto alla quale la Corte costituzionale (sentenza n.215 del 2014) ha precisato che «l'art. 38, secondo comma, Cost., che è immediatamente operante nell'ordinamento giuridico e rilevante, in particolare, ai fini del sindacato di costituzionalità sulle leggi ordinarie, attribuendo valore di principio fondamentale al diritto dei lavoratori a che siano «preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria», impone che, in caso di eventi, i quali incidono sfavorevolmente sull'attività lavorativa, siano ai lavoratori assicurate provvidenze atte a garantire la soddisfazione delle loro esigenze di vita (sentenza n. 22 del 1969). Ma tale disposizione non va intesa in senso letterale e con valore assoluto. È il sistema delle assicurazioni nel suo complesso, infatti, che è chiamato a far fronte e obbedisce alle esigenze garantite dal precetto costituzionale (sentenza n. 80 del 1971). Per cui questo non risulta violato se, [...], in maniera specifica siano poste regole, con cui, nel rispetto degli altri precetti e principi costituzionali, viene condizionata l'insorgenza di dati diritti o di questi è disciplinato l'esercizio».

internazionale⁶³ e sovranazionale.

L'articolo 1 del d. lgs. n. 181 del 2000 definiva «c) "disoccupati di lunga durata", coloro che, dopo aver perso un posto di lavoro o cessato un'attività di lavoro autonomo, siano alla ricerca di nuova occupazione da più di dodici mesi; » « d) "inoccupati di lunga durata", coloro che, senza aver precedentemente svolto un'attività lavorativa, siano alla ricerca di un'occupazione da più di dodici mesi;» «f) "stato di disoccupazione", la condizione del disoccupato o dell'inoccupato che sia immediatamente disponibile allo svolgimento di un'attività lavorativa»⁶⁴.

È la disponibilità allo svolgimento di una attività lavorativa che permette di qualificare il cittadino come disoccupato.

Essa ha il suo fondamento nel dovere di lavorare.

Ed è sempre nel dovere di lavorare che si giustifica il regime della condizionalità e della decadenza dei benefici di sostegno al reddito, predisposti dal legislatore in applicazione del secondo comma dell'articolo 38 della Costituzione⁶⁵, così come delle misure di politica attiva adottate per rendere effettivo il diritto al lavoro⁶⁶.

⁶³ Cfr., sui contributi forniti dall'ILO, E. VIVIANO, *Un'analisi critica delle definizioni di disoccupazione e partecipazione in Italia*, in *Politica economica*, 2003, pp. 161 e s. Sugli inputs dell'Unione Europea cfr. A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione*, cit., pp. 557 e ss.

⁶⁴ L'art. 19 del d. lgs. n. 150 del 2015, nel fare salvi (comma 2) i riferimenti normativi allo stato di disoccupazione ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera c), del decreto legislativo n. 181 del 2000, fornisce una ulteriore definizione (comma 1, come modificato dal d. lgs. n. 185 del 2016) per la quale «Sono considerati disoccupati i soggetti privi di impiego che dichiarano, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'articolo 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego».

⁶⁵ Si veda l'articolo 7 del d. lgs. 22 del 2015, in relazione alla nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (NASpI) che ne condiziona l'erogazione alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professionale. E l'articolo 4, commi 41 e 42 della legge n. 92 del 2012, per il quale (riprendendo la disciplina già contenuta nel d.l. n. 249 del 2004) «41. Il lavoratore destinatario di una indennità di mobilità o di indennità o di sussidi, la cui corresponsione è collegata allo stato di disoccupazione o di inoccupazione, decade dai trattamenti medesimi, quando: a) rifiuti di partecipare senza giustificato motivo ad una iniziativa di politica attiva o di attivazione proposta dai servizi competenti di cui all'articolo 1, comma 2, lettera g), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni, o non vi partecipi regolarmente; b) non accetti una offerta di un lavoro inquadrato in un livello retributivo superiore almeno del 20 per cento rispetto all'importo lordo dell'indennità cui ha diritto. 42. Le disposizioni di cui ai commi 40 e 41 si applicano quando le attività lavorative o di formazione ovvero di riqualificazione si svolgono in un luogo che non dista più di 50 chilometri dalla residenza del lavoratore, o comunque che è raggiungibile mediamente in 80 minuti con i mezzi di trasporto pubblici». In argomento cfr. P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, in *RDSS*, 2012, pp. 479 e ss.; F. LISO, *Il "nuovo" trattamento di disoccupazione*, in *RDSS*, 2013, pp. 1 e ss.; R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs act*, in *Lavoro e diritto*, 2016, pp. 287 e ss.

⁶⁶ L'articolo 20 del d. lgs. n. 150 del 2015 prevede la stipula di un patto di servizio personalizzato tra disoccupato e centro per l'impiego che permetta di definire e controllare le attività di effettiva ricerca di una occupazione e che riporti la disponibilità dell'interessato a) alla partecipazione a iniziative e laboratori per il rafforzamento delle competenze nella ricerca attiva di lavoro quali, in via esemplificativa, la stesura del curriculum vitae e la preparazione per sostenere colloqui di lavoro o altra iniziativa di orientamento; b) alla partecipazione a iniziative di carattere formativo o di riqualificazione o altra iniziativa di politica attiva o di attivazione; c) accettazione di congrue offerte di lavoro (definite come tali dal successivo articolo 25 in relazione alla coerenza con le esperienze e le competenze maturate; alla

8. Il lavoro degli stranieri

Abbiamo già avuto modo di ragionare intorno al rapporto tra dovere di lavorare, diritto al lavoro e cittadinanza quando abbiamo definito il concetto di lavoro politico (§§ 1 e 2).

Alla luce di quelle considerazioni possiamo affermare che, se per lavoro politico intendiamo la fusione tra l'orizzonte etico del lavoratore e l'orizzonte di valore espresso dal progetto costituzionale, la limitazione ai soli cittadini del diritto al lavoro e del dovere di lavorare compiuta all'articolo 4 della Costituzione deve essere intesa in senso stretto.

La posizione del lavoratore straniero trova il suo fondamento costituzionale altrove: per il lavoratore extracomunitario all'articolo 10, comma 2, come elemento della sua condizione giuridica rimessa alla disciplina del legislatore, in conformità delle norme e dei trattati internazionali; per il lavoratore comunitario al primo comma dell'articolo 117, che impone all'attività legislativa dello Stato e delle regioni il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Per quanto concerne la posizione del lavoratore extracomunitario la giurisprudenza della Corte costituzionale ha distinto i due momenti, precedente e successivo all'ingresso dello straniero, affermando (sentenza n. 62 del 1994, ultima parte del considerato in diritto n. 4), rispetto al primo, che «la diversa posizione dello straniero, caratterizzata dall'assoggettamento, in via di principio, a discipline legislative e amministrative, che possono comportare, in casi predeterminati, anche l'espulsione dallo Stato, ha una ragione nel rilievo, [...], secondo il quale la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (v. sentt. nn. 144 del 1970 e 104 del 1969)».

Rispetto al secondo ha però riconosciuto (sentenza n.206 del 2006, considerato in diritto n. 6) che « qualora “i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, godendo di un permesso rilasciato a tale scopo [...] e siano posti a tal fine in condizioni di parità con i cittadini italiani [...] essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani” (sentenza n. 454 del 1998, relativa al caso di un extracomunitario aspirante al collocamento obbligatorio)».

distanza dal domicilio e ai tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico; alla durata della disoccupazione; alla retribuzione che deve essere superiore di almeno il 20 per cento rispetto alla indennità percepita nell'ultimo mese precedente, da computare senza considerare l'eventuale integrazione a carico dei fondi di solidarietà). In argomento cfr. S. CAFFIO, *Il progressivo ritorno alle origini: dall'indennità di disoccupazione alla NASpI*, in E. GHERA, D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, in particolare pp. 275 e ss.

La condizione del lavoratore comunitario è disciplinata dall'articolo 45 del TFUE che sancisce il principio di libera circolazione (par. 1), implica l'abolizione di ogni forma di discriminazione (par. 2) e importa il diritto di rispondere a offerte di lavoro effettive, di spostarsi liberamente, a tal fine, nel territorio degli Stati membri, di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego (par. 3).

Il paragrafo 4 dello stesso articolo stabilisce però che le norme relative all'applicazione del principio di libera circolazione non si applicano agli impieghi nella pubblica amministrazione.

Rispetto a tale ultima disposizione si pone la questione relativa alla interpretazione dell'articolo 51 della Costituzione: se esso stabilisca o meno una eccezione di nazionalità rispetto all'assunzione di incarichi nella pubblica amministrazione.

Il d.P.C.M. 174 del 1994, "Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche", ha operato una distinzione stabilendo (art. 1) che il possesso della cittadinanza italiana sia imprescindibile solo in relazione a: a) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo; b) i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni nonché delle regioni e della Banca d'Italia; c) i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché i posti degli avvocati e procuratori dello Stato; d) i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa e del Ministero delle finanze e del Corpo forestale dello Stato. Esso ha inoltre stabilito (art. 2) che le funzioni delle amministrazioni pubbliche per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana sono le seguenti: a) funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; b) funzioni di controllo di legittimità e di merito.

Le norme del d.P.C.M. 174 del 1994 sono state oggetto di recenti pronunce da parte del giudice amministrativo in relazione alla vicenda del conferimento a cittadini stranieri dell'incarico di direttore di importanti musei italiani.

Con la sentenza n. 3666 del 24 luglio 2017 la Sesta sezione del Consiglio di Stato, riprendendo l'orientamento già manifestato in sede consultiva (parere del Cons. di Stato, Sez. II, n. 234 del 20 gennaio 1990), ha stabilito che l'articolo 51 della Costituzione non deve essere interpretato nel senso dell'esclusione dei cittadini stranieri dal conferimento di incarichi pubblici, ma piuttosto nel senso di assicurare a tutti i cittadini la possibilità di accedervi senza discriminazioni. Per quanto poi concerne

l'eccezione di nazionalità, di cui al paragrafo 4 dell'articolo 45 TFUE, il giudice amministrativo ha affermato che il concetto di pubblica amministrazione al quale esso si riferisce non deve essere inteso in senso "strutturale e statico", ma piuttosto "funzionale e dinamico", considerando la natura e le caratteristiche delle attività effettivamente svolte.

E con la sentenza n. 9 del 15 giugno 2018, l'Adunanza Plenaria, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁷, ha affermato che nella valutazione delle

⁶⁷ Il Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha stabilito che le eventuali misure nazionali volte ad affermare la riserva di nazionalità devono essere limitate a "quanto strettamente necessario" a salvaguardare gli interessi sottesi all'adozione di tale misura (in tal senso: CGUE, sent. 3 luglio 1986 in causa C-66/85, Lawrie Blum; CGUE, sent. 10 settembre 2014 in causa C-270/13 – Iraklis Haralambidis).

Il Consiglio di Stato ricorda inoltre che «5.2.1.2. Un consolidato orientamento della Corte di giustizia ha altresì chiarito che gli Stati membri possono legittimamente invocare la riserva di nazionalità per i soli impieghi nell'amministrazione pubblica "che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato" (in tal senso: CGUE, sent. 26 maggio 1982 in causa C-149/79 – Commissione c/ Regno del Belgio; id., sentenza 27 novembre 1991 in causa C-4/91 – Bleis c/ Ministère de l'Éducation Nationale; id., sentenza 2 luglio 1996 in causa C-290/94 – Commissione c/ Repubblica Ellenica). I criteri in questione sono stati richiamati - con valenza evidentemente ricognitiva - dalla Commissione europea attraverso la Comunicazione interpretativa dal titolo "Libera circolazione dei lavoratori - realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità" (Documento COM(2002) 694 def. dell'11 dicembre 2002). Con tale documento l'Esecutivo comunitario - attraverso puntuali richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia - ha ricordato che "gli Stati membri sono autorizzati a riservare gli impieghi nella pubblica amministrazione ai loro cittadini solo se questi impieghi sono direttamente collegati ad attività specifiche della pubblica amministrazione, vale a dire quando questa sia investita dell'esercizio dell'autorità pubblica e della responsabilità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato". La stessa Commissione europea, con la Comunicazione dal titolo "Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia di applicazione dell'articolo 48, paragrafo 4 del trattato CEE" (Documento 88/C 72/02 in GUCE C72 del 18 marzo 1988), ha chiarito che possono essere ricondotti alla 'riserva di nazionalità' "gli impieghi dipendenti dai ministeri statali, dai governi regionali, dalle collettività territoriali e da altri enti assimilati e infine dalle banche centrali, quando si tratti del personale (funzionari e altri) che eserciti le attività coordinate intorno ad un potere pubblico giuridico dello Stato o di un'altra persona morale di diritto pubblico, come l'elaborazione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione e la tutela degli organi dipendenti". 5.2.2. La Corte di Giustizia ha poi chiarito che l'eventuale esercizio di taluni compiti di interesse pubblicistico non giustifica di per sé la c.d. 'riserva di nazionalità'. 5.2.2.1. In particolare, nell'esaminare la normativa italiana in tema di rilascio della licenza per l'esercizio dell'attività di vigilanza privata e di guardia privata giurata (articoli 134 e 138 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza – R.D. 18 giugno 1931, n. 773) la Corte, pur non negando che tali figure professionali svolgono attività di interesse pubblicistico, ha tuttavia negato che ciò sia sufficiente al fine di giustificare la 'riserva di nazionalità' di cui al più volte richiamato paragrafo 4 dell'articolo 45 del TFUE. Al riguardo la Corte ha fatto riferimento alla giurisprudenza secondo cui, al fine di richiamare in modo legittimo la sopra indicata eccezione in relazione a talune figure, è necessario che queste siano connotate da "una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri" (in tal senso: CGUE, sentenza 31 maggio 2001 in causa C-283/99 – Commissione c/ Repubblica italiana -; id., sentenze 29 ottobre 1998, in causa C-114/97 – Commissione c/ Spagna e 9 marzo 2000, in causa C-355/98, Commissione c/Belgio). 5.2.2.2. La Corte ha inoltre esaminato la questione se, anche ad ammettere che talune figure professionali esercitino in maniera diretta e specifica taluni poteri di carattere pubblicistico, tale circostanza legittimi di per sé il ricorso alla c.d. 'riserva di nazionalità', ovvero se - a tal fine - l'esercizio di tali poteri debba assumere un carattere del tutto prevalente in relazione al complesso delle funzioni e dei compiti demandati alla figura professionale di cui si discute. Come è stato da taluni osservato, la Corte di Giustizia si è dunque domandata se, al fine di applicare legittimamente la riserva di nazionalità debba trovare applicazione il c.d. 'criterio del contagio' (secondo cui è sufficiente che la

funzioni attribuite con l'incarico dirigenziale deve essere considerata la prevalenza tra quelle, autoritative o gestionali: qualora le seconde prevalgano sulle prime l'esclusione dall'incarico dirigenziale non può essere giustificata.

figura di che trattasi eserciti anche un solo potere di carattere pubblicistico nel complesso dei compiti attribuiti), ovvero se debba trovare applicazione il diverso 'criterio della prevalenza' (secondo cui è invece necessario che i poteri di matrice pubblicistica, autoritativa e coercitiva assumano valenza prevalente in relazione al complesso dei compiti attribuiti). Ebbene, la Corte di giustizia ha risolto la questione nel secondo dei sensi richiamati. In particolare, con la sentenza 10 settembre 2014 in causa C-270/13 - Iraklis Haralambidis la Corte di giustizia, pur non negando che talune delle funzioni demandate ex lege al Presidente di un'Autorità portuale italiana comportino l'adozione di provvedimenti di carattere coattivo intesi alla tutela degli interessi generali dello Stato (e che quindi rientrino – a rigore – nell'area di possibile esenzione propria della c.d. 'riserva di nazionalità'), ha nondimeno escluso che tale circostanza legittimi ex se l'attivazione di tale riserva».