

**Bruno Veneziani**

**Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori:  
spunti per una ricerca\***

**Sommario:** **1.** La ragione della ricerca. **2.** Il problema e il suo impianto teorico. **3.** Libertà e diritti, principi e limiti. **4.** Il limite dei limiti: il contenuto essenziale del diritto. **5.** I criteri complementari. **6.** I diritti collettivi e il loro contenuto essenziale. **7.** Le Alte Corti e il contenuto essenziale. **8.** Lo spirito di Filadelfia.

*1. La ragione della ricerca*

I giuristi del lavoro ormai si sono rassegnati a rincorrere la storia del proprio paese. La verità è che sino alla metà degli anni settanta il diritto del lavoro dei paesi europei e della Comunità aveva espresso i prodotti più incisivi e interessanti del consolidamento del sistema cresciuto all'ombra delle costituzioni democratiche del dopoguerra e nella convinzione che anche l'ordinamento giuridico europeo dovesse potenziare la dimensione sociale del mercato unico. Le accessioni della Spagna, della Grecia e del Portogallo avevano consolidato il *trend* della democratizzazione della *societas* europea in cui il diritto del lavoro contribuiva a rappresentare la linfa democratica che scorreva nelle giovani democrazie. I suoi paradigmi giuridici erano l'espressione del "patto" tipico delle socialdemocrazie del dopoguerra: un solido stato del *Welfare*; protagonisti delle relazioni politiche e sociali forti; dinamiche contrattuali e conflittuali gestite da attori consapevoli; diritti sociali fondamentali radicati con convinzione nelle strutture pubbliche e nei rapporti privati.

\* Il presente contributo è destinato agli *Studi in onore del Prof. Monteiro Fernandes* dell'Università di Lisbona.

Ma è in quel torno di tempo che si sviluppano tutte le cause che iniziano a erodere il patto: la crisi delle materie prime; gli *shocks* petroliferi del 73-77 e la conseguente inflazione a due cifre; la rivoluzione tecnologica che si sviluppa negli anni 80; la disoccupazione degli anni novanta e le modifiche strutturali degli apparati produttivi. Il lessico del legislatore si arricchisce di formule esoteriche e di “formule magiche del diritto”: deregolazione; flessibilità o meglio *flexicurity*; atipicità dei rapporti di lavoro; lavoro *substandard*; derogabilità; *soft law*; norme semi-imperative; sanzioni promozionali. Passano nello sfondo i protagonisti che avevano affollato la scena negli anni “creativi”, quelli dello sviluppo culturale: legislazione promozionale dell’autonomia collettiva, libera e volontaria; inderogabilità delle norme di legge; rapporto coordinato tra livelli contrattuali all’insegna della derogabilità *in melius*; stabilità del rapporto di lavoro; primazia del contratto a tempo indeterminato retto dalle regole aristoteliche dell’unità di tempo, di luogo e di azione; governo autoregolato del conflitto collettivo; coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa. Erano le tessere di un mosaico costitutivo della “tradizione costituzionale degli stati membri”, cui si sarebbe ispirata l’azione di una Comunità Europea diventata maggiorenne.

Sia pure a fatica, alcune di quelle voci, infatti, erano entrate nel lessico del dizionario europeo. Ma ancor più interessante è constatare come maturasse la convinzione secondo la quale quanto più vasta e penetrante era la crisi del mercato del lavoro europeo – forte disoccupazione specie giovanile; trasformazione e delocalizzazione delle attività produttive; mutazione antropologica delle “unità di lavoro attive” – tanto più alta e penetrante dovesse essere la risposta del legislatore. Alle “spinte di trazione” cui veniva assegnato il diritto del lavoro nazionale bisognava rispondere con la tensione ideale connaturata alla natura di un *bill of rights*. Insomma lo spirito del tempo richiedeva ai giuristi di pensare all’Unione Europea come a un ordinamento giuridico, sociale e politico con l’identità della *rule of law*.

Il segnale, sia pure espresso nella forma della dichiarazione solenne (la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali di Strasburgo del 1989), era il prodromo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nata a Nizza, transitata a Lisbona nella riforma dei Trattati tra il 2000-2009 e consacrata come norma del diritto primario. Certo anche questa volta la mutazione del tessuto normativo della UE era avvenuta a ridosso delle mutazioni del mercato. Ma è stata un’innovazione di alto profilo, che ha avuto il pregio di rinfocolare le speranze dei giuristi del lavoro che fosse possibile

iniettare, nella trama delle norme “mercantili” dell’Unione, un’ispirazione che rendesse la “economia sociale di mercato” della scuola di Friburgo una formula ove l’aggettivo facesse aggio sul sostantivo e non viceversa.

Ma le cose non sono andate proprio così. Infatti è ormai accertato, e la Corte di giustizia ha perentoriamente affermato – nel famoso quartetto delle sue decisioni *Viking*, *Laval*, *Ruffert* e *Lussemburgo* – che, sì, ormai i diritti di contrattazione collettiva e di associazione sindacale sono diritti fondamentali che appartengono alla *rule of law* della UE. A patto che non confliggano con i canoni irreversibili delle libertà fondamentali di circolazione dei servizi, dei beni e delle merci: a patto cioè che Kant non disturbi von Hayek.

Nel frattempo si consolida sulla scena europea l’ultimo dei fenomeni macroeconomici che percorre le economie nazionali e quella europea in generale. La globalizzazione, nel pieno della crisi della finanza nata nel 2008, esaspera la dialettica tra *lex mercatoria* e diritti del lavoro: nel senso che espande l’area della circolazione/scambio beni-affari e del confronto tra interessi. La miscela è esplosiva rendendo i canoni classici del diritto del lavoro garantista del tutto reversibili: *alterazioni* dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva (e all’interno di questa) tra livelli contrattuali all’insegna della derogabilità in peggio; *elusione* se non scomparsa del dialogo sociale; *mutamento* del canone della stabilità del rapporto di lavoro; *invasione* nella procedura dei licenziamenti collettivi; *limitazione* del diritto di sciopero. La UE e la *Troika*, che ne costituisce “il braccio armato”, corrono in soccorso dei paesi devastati dalla crisi dei loro bilanci e dall’implosione dei debiti sovrani imponendo interventi massicci nell’architettura contrattuale, nella determinazione delle dinamiche salariali, nella disciplina della flessibilità in uscita. Grecia, Spagna, Portogallo, Cipro e Italia vivono il dramma dell’erosione del garantismo legislativo radicato profondamente nei valori della solidarietà e dell’uguaglianza.

Il “nuovo corso” dell’UE è oggi racchiuso nella “severa condizionalità”, come dire che gli Stati membri che abbiano richiesto la stipula di un “*Memorandum di Intesa*” devono sottostare alla legge ferrea della parità di bilancio. La *condizionalità* è la regola-limite “appropriata allo strumento di aiuto finanziario scelto” (art. 12 cap. 4 del 2012). Essa è la “categoria giuridica razionale” che, regolando i rapporti tra periferia e vertice dell’UE, diventa il parametro per misurare obbedienza dei parlamenti nazionali al credo politico della “stabilità finanziaria dell’euro-zona nella sua totalità e dei suoi stati membri” (art. 3). Non c’è da stupirsi se l’obbiettivo richieda agli esecutivi l’adempimento di un obbligo derivante da “norme vincolanti e di natura

permanente – possibilmente costituzionale – o la cui fedele osservanza è in altro modo rigorosamente garantita lungo tutto il processo negoziale di bilancio” (art. 3 § 2 del *Fiscal Compact* del 2.3.2012).

## 2. Il problema e il suo impianto teorico

La soluzione proposta dall'UE per frenare e tentare di superare la crisi finanziaria ed economica si è ispirata all'ideologia ordoliberalista: che, antepo- nendo a tutto la salute del mercato unico, si avvale di una strategia squisitamente monetarista. La *salus publica* passa attraverso il controllo altrettanto severo degli adempimenti statali in materia di pareggio di bilancio e di sobrietà della spesa pubblica. Giusta o sbagliata che sia, essa, quale venatura rilevante dell'ordoliberalismo, è destinata a sconvolgere le strutture portanti dello Stato sociale, quali le istituzioni del *Welfare* (sistema pensionistico e sanità), gli istituti del rapporto di lavoro (quali i redditi dei lavoratori autonomi e dipendenti) e la fisionomia e fisiologia dell'autonomia collettiva. E dunque giunge a toccare i fondamenti costitutivi del diritto del lavoro individuale e collettivo, cioè i suoi valori di uguaglianza, solidarietà e giustizia sociale, che sono oggi incorporati come diritti soggettivi nel codice genetico della nuova UE.

Era stato previsto che ciò potesse accadere, sia pure non per questa causa specifica e non con le stesse proporzioni dell'oggi. E si pensava che la terapia dovesse reperirsi invocando una “costituzione sociale” per l'Europa fondata su una *grundnorm* con valori riconosciuti dalle democrazie occidentali del secondo dopoguerra come minimo comune denominatore costituzionale. La Carta sociale europea e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali erano le fonti cui rinviava l'Atto Unico Europeo<sup>1</sup>.

Era un'utopia, l'unica politicamente e giuridicamente praticabile sul finire degli anni 80. Dal canto suo la Corte di Giustizia aveva intrapreso la strada del riconoscimento del più “storico” dei diritti umani fondamentali – l'uguaglianza – quale asse portante della Comunità. Perché allora non proseguire con una strategia interpretativa volta a riconoscere l'applicabilità diretta del diritto a giuste ed eque condizioni di lavoro, alla salute e sicurezza nel rapporto, al preavviso ragionevole nella cessazione del rapporto di lavoro,

<sup>1</sup> HEPPLÉ, *The crisis in EEC Labour Law*, in *ILJ*, 1987, p. 77 ss.

a organizzarsi e contrattare collettivamente, alla protezione del lavoro dei fanciulli e dei minori?

Si trattava di diritti che poi la Carta Sociale Europea avrebbe ampliato nella procedura di revisione del 1996 e sarebbero approdati nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2009.

Oggi lo spettro degli strumenti disponibili per gli interpreti si è arricchito e la raggiunta maturità dell'ordinamento giuridico europeo si misura proprio sulla qualità delle sue componenti ideali e valoriali, su principi, diritti e libertà consacrati nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2009. E si misura inoltre nell'emergere di un principio giuridico ordinatore con cui interpretare l'azione dell'UE nell'area delle relazioni di lavoro e del mercato del lavoro – che è quello dell'autonomia collettiva (art. 152 TFUE), che va aiutata e sostenuta in quanto strumento funzionale al perseguimento degli obiettivi dell'Unione (art. 9 del TUE).

L'armatura giuridica che percorre l'UE è costruita per l'essere umano che lavora, è ispirata ai valori della dignità, libertà, solidarietà e giustizia sociale.

### 3. *Libertà e diritti, principi e limiti*

Non che non fosse presente ai redattori delle grandi carte costituzionali del secondo novecento il problema teorico che ogni diritto fondamentale porta – quasi fatalisticamente – dentro il proprio DNA il destino del confronto con altri diritti di differente contenuto e della ricerca di una possibile convivenza nell'universo ordinato delle società alle quali si applicano.

La comparazione tra diritti fondamentali è un esercizio teorico articolato e complesso, tanto più difficile quanto più è mirato al conseguimento di un risultato che non pregiudichi la sostanza dei diritti coinvolti e la loro funzione coesiva della società. I giudici costituzionali, quali custodi della convivenza civile, non sono “assisi sotto la quercia” e non giudicano nel vuoto pneumatico creato artificialmente a loro intorno. Specie se hanno a che fare con una disciplina “sensibile” come il diritto del lavoro, che è strutturalmente antropomorfo. Forse il più compiutamente a misura d'essere umano rispetto a ogni altra branca dell'ordinamento giuridico. Esso accompagna l'essere che lavora nella sua dimensione di entità individuale e collettiva, come singolo e come gruppo, si interessa della sua salute fisica e della

figura morale, del suo genere e della sua età, della sua caratura professionale e intellettuale, della sua immagine, dei suoi pensieri e della sua solitudine al lavoro. Lo segue nell'ingresso al "posto", nel corso delle sue fasi, nel momento della cessazione e infine nella collocazione sul mercato del lavoro.

Come mettere, allora, il diritto del lavoro al riparo dalle turbolenze politiche, sociali, economiche, ideologiche, giuridiche – cui è sempre stato sottoposto nella sua storica evoluzione, perché non perda né la propria sostanza né la sua funzione?

Non sempre i giudici costituzionali a ogni livello, specie quelli della Corte di giustizia europea, sono stati sorretti da una norma o da un suo principio fondante da ricercare nelle pieghe del "racconto costituzionale" per consentire loro di far coesistere le norme che incarnano valori concorrenti se non contrapposti. È vero che una funzione centrale nel loro giudizio ha svolto il criterio della ragionevolezza, ma è altrettanto vero che le Alte corti si sono imbattute lungo il cammino nelle strettoie dei limiti posti dal legislatore all'interpretazione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Ed è possibile intraprendere una strada teorica che suggerisca le scelte interpretative "giuste", in quanto formalmente razionali, "politicamente" opportune e infine tese a non comprimere il potenziale espressivo di valori per definizione non negoziabili ma resilienti, cui i diritti offrono un involucro formale?

Indubbiamente la teoria dei controlimiti, invocata quando si usa la tecnica consolidata del bilanciamento tra norme costituzionali, contribuisce alla ragionevolezza della decisione. Ma è anche vero che, talvolta, solo apparentemente risponde alla domanda di giustizia del caso e che, spesso, può indurre il sacrificio tanto dell'essenza quanto degli aspetti materiali e formali, costitutivi e non, centrali (contenutistici) e periferici (le modalità di esercizio) della struttura del diritto e, in ultima analisi, del valore incorporato.

Insomma quanto è stato detto e scritto sulla tecnica di interpretazione delle norme costituzionali può essere utilizzato *in toto* anche per un diritto a misura di essere umano che lavora?

È metodologicamente corretto che l'indagine debba svolgersi all'interno di un quadro normativo determinato e circoscritto. Non perché possa esistere una diversità sostanziale tra valori universali ma perché la cornice giuridica in cui si collocano le "tavole della legge" si avvale di una semantica giuridica mutuata dalla propria realtà politica e sociale. Illusorio e utopistico sarebbe proporre una metodologia "buona per tutte le stagioni" del diritto,

non foss'altro perché gli obbiettivi di un'area geo-politica come l'UE con le sue ambiguità strutturali (stato federale, semifederale?) sono di dimensione trasversale, riferibili a contesti nazionali di cui cogliere una cultura e una tecnica giuridica possibilmente comuni. Inoltre, va esaminato il lessico che li rende commisurabili e vanno individuati "ratio" e denominatore semantico trasversale. Il fallimento del progetto di Costituzione europea del 2004 era direttamente proporzionale all'eterogeneità culturale di alcuni sistemi giuridici nazionali dell'UE, oltre che dagli sciovinismi nazionali e dalle contingenze politiche e sociali del momento.

Ma ciò che importa, insomma, è che sia possibile individuare un terreno comune su cui misurare la volontà di cambiamento. Conciliazione tra vita e occupazione; attenzione alle condizioni di lavoro; parità tra tipologie contrattuali; limiti all'orario di lavoro; tutela della salute e sicurezza; distacco dei lavoratori; immigrazione; protezione dai licenziamenti; informazione e consultazione dei lavoratori; garanzie per il lavoro dei minori; e, infine, *Welfare*: sono i "pilastri della saggezza"<sup>2</sup> per l'Europa 2020. È un programma da corroborare con strumenti giuridicamente vincolanti secondo quanto stabilito dai Trattati ma anche con iniziative di *soft law* (politiche di coordinamento, buone pratiche, *benchmarking*, schemi di azione e codici di condotta diretti all'acquisizione del consenso).

La strada da percorrere è dunque delineata, ma in essa non c'è indicazione in ordine a come ciascuno dei valori sottesi a ogni punto del programma politico, e rispecchiati nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, va preservato nel suo significato profondo.

È dalla Carta che bisogna muovere perché indica una strada che deve determinare la "portata (*scope*)" dei diritti. L'art. 52 sta ad indicare che: (a) i diritti e le libertà hanno una forza espansiva che può essere limitata; (b) le limitazioni sono utilizzabili, (c) "a condizione che esse siano previste dalla legge" e (d) che ne sia rispettato il "contenuto essenziale" (art. 52, co. 1), (e) siano necessarie, (f) rispettino il principio di proporzionalità, (g) rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o (h) all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La norma contiene dunque una clausola limitativa generale, l'affermazione cioè della limitabilità dei diritti e delle libertà fondamentali, optando per una scelta che la distingue da quella della Convenzione europea per la

<sup>2</sup> Commissione EU, Com 2016 (127) *Final* dell'8 marzo 2016.

salvaguardia dei diritti dell'uomo e da alcune costituzioni nazionali che peraltro indicano specifici limiti per ciascun diritto. E la differenza in parte dalla Carta Sociale Europea, che all'elenco aggiunge i requisiti della "necessarietà in una società democratica" e della "protezione di ordine pubblico, sicurezza nazionale, salute pubblica o buon costume". È una scelta che rispecchia l'orientamento dottrinale secondo il quale diritti e libertà fondamentali non sono mai assoluti ma per loro natura condizionabili da altri di pari livello.

Ai fini dell'avvio di un percorso di ricerca vale la pena ricordare che quasi tutto l'impianto della norma rievoca la "grammatica" della giurisprudenza della Corte di giustizia europea<sup>3</sup>. I giudici europei hanno applicato i criteri della proporzionalità, della necessità, della rispondenza all'interesse generale e del rispetto dei diritti e delle libertà altrui completandoli con ulteriori indici di specificazione della loro qualità e finalità. E si sono spinti a stabilire come, nel quadro del mercato comune, essi "corrispondano a finalità di interesse generale perseguite dalla comunità e non costituiscano, in rapporto allo scopo un intervento smisurato e intollerabile tale da mettere in dubbio l'essenza di questi diritti"<sup>4</sup>. L'espressione "contenuto essenziale" figura come la barriera estrema all'invasione del legislatore e, proprio perché previsto dalla legge costitutiva della democrazia moderna, essa stessa è il "limite ai limiti", cui si deve piegare ogni misura legislativa invasiva della portata, della qualità e della funzione dei diritti e delle libertà fondamentali.

L'espressione ricorre in alcuni documenti internazionali (l'art. 26 della Dichiarazione del Parlamento Europeo)<sup>5</sup> ma anche in alcune carte costituzionali con varianti semantiche di differente portata. I limiti: (a) "non devono negare il contenuto del diritto" (Costituzione del Sud Africa art. 33 del 1994); (b) non possono "porre in pericolo l'esistenza stessa del diritto e della libertà" (art. 49 Costituzione della Romania del 1991); (c) in nessun caso il diritto "fondamentale può essere leso nel suo contenuto sostanziale" (art. 19, co. II della Costituzione tedesca del 1949); (d) "la legge comunque dovrà rispettare il contenuto essenziale e potrà regolare l'esercizio di tali diritti e libertà" (art. 53, co. 2 della Costituzione spagnola del 1978); (e) le leggi non potranno "li-

<sup>3</sup> GROPPI, *Art. 52*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, il Mulino, 2001, pp. 354-355.

<sup>4</sup> C. Giust. 12 luglio 1989, C-265/87, in *Racc. CG*, 2237, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *op. cit.*, p. 356.

<sup>5</sup> GROPPI, *op. cit.*, p. 355.

mitare in estensione e portata il contenuto essenziale delle norme costituzionali” (Costituzione portoghese del 1976, art. 18, co. 3).

È dunque un concetto giuridicamente non definito (e difficilmente sarebbe potuto esserlo in una carta costituzionale) ma che nella sua funzione di limite ai limiti, è tanto più efficace quanto più preciso è il suo raggio di azione, sono definiti i destinatari dei diritti ed è interpretata la sua intensità garantista.

Le costituzioni lo considerano come norma di chiusura o come epigrafe dell'intero dettato normativo: dunque, dotata di elevata tensione etica. Se così è, allora l'interpretazione analitico-ricostruttiva di un ordine giuridico non potrà prescindere dall'intero contesto istituzionale dello stato e dalla cultura che lo pervade. Il secondo dopoguerra ha visto emergere il modello dello stato sociale o del *Welfare* nel momento stesso in cui la Dichiarazione di Filadelfia del 1944 celebrava il ritorno alla solidarietà e la giustizia come collanti della coesione sociale.

Oggi quel collante rischia di frantumarsi contro l'emergere degli egoismi degli interessi individuali e la frammentazione di quelli collettivi. Il ritorno allo spirito di Filadelfia e alla promozione della solidarietà, del pluralismo, della libertà e della giustizia sociale rappresenta la precondizione per “leggere” i diritti sociali fondamentali come strutture normative funzionali alla tenuta complessiva del sistema Europa.

La nozione di contenuto essenziale del diritto dunque si caratterizza in modo peculiare nello stato sociale ove la tenuta della solidarietà costituisce il valore-guida nella ricerca del contenuto dei diritti del lavoro individuale e collettivo. I principi costitutivi di un ordinamento giuridico così “socialmente” orientato vanno interpretati non in chiave dogmatica e autoreferenziale ma per la loro capacità di interazione tra ordine giuridico e dinamiche storiche, politiche e sociali che nel corso della storia hanno creato l'identità del diritto del lavoro e del suo statuto teorico. Pluralismo sociale e pluralismo normativo in quanto espressione di valori e interessi diversi pongono al giurista il compito di renderli compatibili a livello nazionale o europeo; quest'ultimo peraltro oggi più in sintonia di quanto non fosse in passato.

La nostra giurisprudenza costituzionale ha utilizzato, senza aver bisogno dell'esplicita menzione nel dettato costituzionale, la nozione di contenuto essenziale del diritto<sup>6</sup> nel momento in cui ha dovuto sciogliere il nodo gor-

<sup>6</sup> C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 42.

diano creato da due norme espressive di valori diversi in conflitto. E ha operato con la tecnica interpretativa del bilanciamento.

#### 4. *Il limite dei limiti: il contenuto essenziale del diritto*

Il tema della ricerca sul “contenuto essenziale” dei diritti del lavoro non è stato affrontato mai in pieno dai giuslavoristi, che si sono soffermati sulla giurisprudenza della Corte costituzionale o delle Corti Europee commentando nelle pagine delle sentenze l’impiego ricorrente dei criteri della proporzionalità e necessarietà. Forse perché il rinvio al contenuto essenziale assumeva il senso di un omaggio dovuto, sotto forma di clausola di stile, al più “estremo” dei criteri di giudizio, difficile da circoscrivere e rischioso. Rischioso perché sfuggiva alla logica del bilanciamento, ne costituiva quasi la negazione o un *a priori* logico nell’elaborazione del sillogismo giudiziale.

E infatti né i giuristi del lavoro né i giudici hanno mai detto in cosa esso consista, quale significato racchiuda, quale ne è struttura (i suoi formanti), quale la funzione che svolge.

Si distingue nel panorama la lodevole eccezione del saggio monografico di Amos Andreoni, che ne individua la fisionomia, affronta tutti i nodi teorici, le implicazioni di teoria generale del diritto, ne svela la tecnica applicata nella soluzione di casi. Il saggio rivela l’essenza intima del contenuto di singole norme costituzionali piegate nella strategia interpretativa a una politica del diritto giurisprudenziale analizzata con acribia e acuto spirito critico.

È una strada che suggerisco di proseguire, posto che oggi il problema della tollerabilità dei limiti al godimento dei diritti sociali ha trovato una cassa di risonanza nel contesto dell’UE. Lo *zeitgeist* di oggi – ci dicono economisti come Piketty, Rifkin, Atkinson – è la disuguaglianza tra generi, età, *status* sociale, nazionalità e altro. Quello del lavoro, diciamo noi giuristi del lavoro, oggi, è il diritto della “semplificazione” delle regole; il che equivale a dire che è appunto “quello delle disuguaglianze”. Nel senso che le registra e le acuisce.

Certo non è sempre chiaro come l’essenzialità del contenuto del diritto sia ricostruita dai giudici costituzionali italiani se – come è stato detto – le affermazioni in ordine alla lesione provocata da una certa misura legislativa o è “apodittica” o “fraseggiata in termini naturalistici ed essentialisti” del

tipo: i vincoli legislativi possono in qualche caso “snaturare” un diritto costituzionale<sup>7</sup>.

L’interpretazione è, per dirla con Bobbio, analisi del linguaggio usato dal legislatore per cui bisogna procedere con acribia, chiarendo anzitutto l’ambito in cui viene esercitata l’analisi e come deve essere trasformato il linguaggio “comune” in un linguaggio rigoroso; insomma, è un’operazione culturale diretta unicamente alla costruzione di un contesto coerente.

In questa chiave si può assumere la convinzione secondo cui il diritto fondamentale che regola il lavoro ha un proprio statuto teorico, assiologico ed epistemologico del tutto specifico: nella misura in cui si tenga conto dei caratteri che la storia delle società industrializzate ha consolidato: (a) gli interessi coinvolti sono simultaneamente individuali e collettivi; (b) essi sono sottoposti a fonti regolative autonome ed eteronome; (c) il diritto è tecnica di regolazione e distribuzione dei poteri sociali privati individuali e collettivi; (d) i poteri sociali sono sempre fatalisticamente sbilanciati a sfavore del lavoratore.

Nella cornice di questi paradigmi strutturali, va cercata la “qualità e quantità della materia” la cui essenzialità rende il lavoro un diritto fondamentale. Il contenuto si compone di: (a) un nucleo etico-valoriale intangibile (solidarietà, dignità, uguaglianza) senza del quale (b) perde di significato e (c) rende impossibile o (d) insoddisfacente ovvero (e) inutile la sua funzione protettiva.

Insomma il diritto del lavoro, sia esso individuale o collettivo, si compone di un elemento materiale – l’istituto cui si riferisce (rapporto di lavoro; sindacato; conflitto; contrattazione collettiva; partecipazione; *Welfare* etc.) – e uno funzionale, cioè la ragione economico-sociale che svolge. Il nucleo etico valoriale necessita di struttura e funzione, cui il legislatore ordinario può aggiungere la modalità di esercizio senza la quale il diritto stesso o non si realizza affatto o si realizza solo in parte. Il fine ultimo dell’interpretazione sarà sempre quello di salvaguardare il codice identitario del diritto in questione.

È vero che l’identificazione del nucleo etico-valoriale avviene all’interno dell’ordinamento giuridico dato – sia nazionale sia europeo – allorché un interesse costituzionalmente protetto si contrappone o entra in rotta di collisione con altro equiordinato: *libertà* di circolazione delle merci o delle

<sup>7</sup> PINO, *Diritti ed interpretazione*, il Mulino, 2010, nota 73, p. 159.

imprese *versus* diritto di contrattazione collettiva o di sciopero, per citare un esempio europeo. La missione del giudice delle leggi diventa allora “regolare nell’armonica tutela di diversi fondamentali interessi, la coesistenza di essi in un ben ordinato sistema di convivenza sociale”<sup>8</sup>.

Possiamo partire da qui. L’analisi del contenuto essenziale non può non avvenire che in un quadro sistematico dato, perché quest’ultimo fornisce, con la sua storia e la sua cultura giuridica, l’unità di misura con cui l’interprete pesa il confronto, e si pronuncia sulla sopravvivenza totale o parziale di un interesse rispetto all’altro.

L’obbiettivo della ricerca potrà, se accuratamente svolta, portare all’individuazione, all’interno del complesso contenuto del diritto, di una parte intangibile rispetto ad altre ponderatamente, cioè ragionevolmente, limitabili sia nell’ipotesi del confronto tra due interessi privati fondamentali, sia in quella del conflitto tra la diversa natura pubblica/privata degli stessi.

##### 5. *I criteri complementari*

Indubbiamente proporzionalità e ragionevolezza possono contribuire a determinare l’esito del confronto, posto che la loro operatività, ai fini dell’individuazione del contenuto del diritto, troverà un limite nel rispetto della sua essenzialità. L’ipotesi più semplice è che la regola del conflitto tra norme su interessi concorrenti – ove in gioco ad es. è la solidarietà *versus* la mobilità delle merci o dei servizi – sia quella che non deprime il potere sociale collettivo espresso nella lotta sindacale ma ne modula l’esercizio. Insomma “la costruzione della regola del conflitto dipende necessariamente da un’argomentazione morale sostanziale che prende in considerazione i diritti o principi coinvolti, ne indaga la giustificazione, valuta l’importanza delle singole istanze di esercizio del diritto rispetto al valore sottostante (l’interesse sostanziale che giustifica il diritto)”<sup>9</sup>.

In questo contesto il test della proporzionalità e della idoneità servono a valutare in che modo il sacrificio del diritto sia in grado di raggiungere l’obbiettivo voluto dalla legge. La proibizione assoluta di uno sciopero a singhiozzo, ad esempio, è proporzionato al soddisfacimento dell’interesse del-

<sup>8</sup> C. Cost. 14 aprile 1965 n. 25, in PINO, *op. cit.*, n. 85.

<sup>9</sup> PINO, *op. cit.*, p. 198.

l'impresa? O non piuttosto l'azione collettiva ha il diritto di esprimersi pienamente in modo che non sia lesa la coesione del gruppo e quindi il contenuto essenziale del diritto all'autotutela? E dunque che non sia messo a rischio il valore stesso della solidarietà (l'intero titolo IV della Carta dei diritti fondamentali della UE)?

Il criterio della proporzionalità di una misura pubblica che il giudice delle leggi – Corte di giustizia dell'UE o Corte dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – è tenuto a seguire può essere letto come un supporto all'accertamento della parte intangibile e di quella disponibile del nucleo di un diritto. Ma è un criterio che è per così dire “esterno” allo stesso, non certifica né definisce con esattezza il minimo etico indissolubile, concentrandosi piuttosto sull'idoneità e necessità-indispensabilità dell'intervento regolatore. Ciascuno di questi elementi, che rendono razionale la scelta del legislatore, è un limite alla discrezionalità dei poteri legislativi. Nella decisione relativa all'esclusione dal diritto all'esenzione del pagamento di tutte le quote di partecipazione alla spesa sanitaria per i lavoratori dipendenti titolari di pensioni di invalidità con reddito modesto, la Corte ha rilevato la irragionevolezza e ingiustificatezza della norma in quanto lesiva del contenuto essenziale del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*<sup>10</sup>.

Ma il perimetro dei limiti entro cui si deve muovere il legislatore (e l'interprete) è ancora più ampio. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiama altri indici, cui conformare la logica del giudicante e che potrebbero corroborare la purezza della proporzionalità. Infatti i limiti devono essere “rispondenti a finalità di interesse generale” e tali da poter “proteggere i diritti e le libertà altrui” (art. 52, comma 1). Potrebbero, ma non è detto che lo possano sempre. I giudici delle alte Corti costituzionali – nazionali ed Europee – rispondono elaborando decisioni di solito “orientate alle conseguenze” che si riverberano nel contesto storicamente dato. Insomma quella che può essere letta come una scelta verso la teoria “assoluta” del concetto di contenuto essenziale del diritto, nella dinamica giurisprudenziale può diventare una prospettiva “relativa” ove il bilanciamento prevale sulla coerenza interna alla norma e al rispetto del canone dell'identità e natura del diritto protetto. Il perimetro dei criteri “dovrebbe comportare un sistematico controllo giudiziale sulla coerenza interna delle scelte operate,

<sup>10</sup> C. Cost. 23 aprile 1993 n. 184, in PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, p. 1, nota 25.

sulla adeguatezza delle stesse e sulla proporzionalità dei costi e dei benefici arrecati dall'atto"<sup>11</sup>.

Niente impedisce che il filone teorico dell'"assolutismo" del criterio del contenuto essenziale, cioè della sua egemonia rispetto ad altri, ceda il passo alla versione *soft* del confronto diretto tra diritti, cioè del loro bilanciamento con sacrifici rispettivi. È successo in Italia e anche in Spagna, dove il *Tribunal Constitucional* ha estratto dalla libertà sindacale tanto il nucleo duro e indisponibile dello sciopero e della contrattazione collettiva quanto talune facoltà complementari come la partecipazione istituzionale attraverso le rappresentanze sindacali. Ma lo ha successivamente "diluito" distinguendo tra nucleo e periferia del contenuto, così che l'attività sindacale libera comprende tutti i mezzi leciti di azione e un *corpus* di facoltà del sindacato, cui si aggiungono quelle riconosciute dai contratti collettivi. E questo basta perché esso debba sottoporsi al contemperamento<sup>12</sup>.

Esempi della politica del diritto giurisprudenziale sulla razionalità della legge sono indicati nell'analisi puntuale di Andreoni, che analizza la strategia della Corte costituzionale italiana quando, nell'affrontare i temi del *Welfare*, ha letto nel contenuto dei diritti le parti intangibili e quelle disponibili. Un caso per tutti: il contenuto essenziale delle prestazioni previdenziali o assistenziali non può essere inferiore alla soglia della povertà relativa e assoluta. Più articolato è il giudizio sulla retribuzione sufficiente, che non rientra nel bilanciamento in quanto indicativo della natura di minimo garantito non ulteriormente comprimibile. Ma che può essere resa compatibile solo nella sua proporzionalità, che trova la sua misura negli indici convenzionali legati alla mansione e al tempo di lavoro e nel dato storico della contrattazione collettiva. E la parte eccedente la sufficienza può esser posta nel bilanciamento<sup>13</sup>.

Nel nucleo, analogamente, per la tutela della salute, si collocano le terapie salvavita, ivi comprese quelle fuori protocollo, sia pure in termini più problematici.

Il resto può essere soggetto al ticket e ad altre misure di bilanciamento, purché sempre idoneo allo scopo dichiarato e ragionevolmente proporzionato.

<sup>11</sup> ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, p. 332.

<sup>12</sup> OJEDA, *La decostruction del derecho del trabajo*, La ley, 2010, p. 465.

<sup>13</sup> ANDREONI, *op. cit.*, Giappichelli, 2006, p. 122.

Ma la prospettiva, che qui sembra più conforme allo spirito della nostra costituzione e all'ordinamento giuridico dell'UE, come è emersa dopo la riforma di Lisbona, è che i diritti fondamentali sono senza gerarchia e sono interconnessi non solo per loro natura unitaria e inscindibile, ma anche per la nuova identità della cittadinanza europea, che caratterizza e accompagna l'essere umano che lavora nel mercato sociale europeo.

#### 6. I diritti collettivi ed il loro contenuto essenziale

L'urgenza di definire il contenuto dei diritti sociali fondamentali, in particolare dei diritti collettivi, nasce dalla qualità della crisi e, ancor più, dalle terapie proposte che hanno colpito l'Europa in modo diverso dal passato. La natura delle sue cause è infatti nuova, appartiene agli effetti che la finanza induce direttamente e in particolare nell'economia della zona-Euro e del suo intero mercato del lavoro.

La peculiarità dell'evento si riverbera su due piani. Il primo è quello dei protagonisti che assumono l'onere di governare i processi dando vita a una *governance* economico-finanziaria: Commissione Europea, Banca Centrale Europea e Fondo Monetario Internazionale. Il secondo piano riguarda i mezzi, cioè i trattati internazionali, e i contenuti delle loro misure (fiscali in senso stretto).

Il Meccanismo permanente di stabilità finanziaria del 2010, attraverso i regolamenti del 2011, con il coevo *Fiscal Compact* disegna un mosaico normativo di rigore che contempla la correzione dei bilanci pubblici nazionali (con conseguente limite alla crescita della spesa), prosegue con la previsione di una severa (*strict*) sorveglianza fiscale introdotta *ex novo* nell'art. 136 TFUE (la condizionalità) assunta al rango di principio dell'Unione, e si chiude con la procedura centralizzata di controllo e correzione degli squilibri macroeconomici.

L'intero impianto è sorretto dal neoliberalismo monetarista in una cultura definita come "costituzionalismo autoritario" o "post-moderno", che mette in discussione tanto le sovranità nazionali della periferia quanto la democrazia interna alla nuova Unione nata nella cittadina portoghese. Ma mette in discussione anche i meccanismi democratici che conformano il nuovo sistema delle relazioni industriali dell'UE, ove campeggiano l'art. 152 TFUE – cioè il sostegno pubblico di *tutte* le istituzioni dell'UE all'autonomia collettiva –

e tutto l'armamentario dei diritti collettivi contenuti nelle Carte dei diritti fondamentali.

Il semestre europeo costituzionalizza la rivoluzione finanziaria e monetaria con ricadute sui profili fondamentali del diritto del lavoro come disegnato fino al 2008 tanto dall'UE quanto dagli stati membri.

Quando si parla di finanza, se ne evoca la sua interfaccia, cioè si parla di redditi da lavoro autonomo e dipendente, di salari e voci retributive, di *Welfare* nelle sue declinazioni (pensioni, contributi, assegni etc.), di costo del lavoro sostenuto dalla pubblica amministrazione e dal settore privato. E ciò equivale a dire che rientrano ineluttabilmente nel fuoco della lente della *strict conditionality* dell'art. 136 anche diritti fondamentali della Carta attinenti alla costituzione economica del contratto (artt. 30 e 31) e alla dimensione del *Welfare* (art. 34). Ma vi rientrano anche le stesse fonti di produzione del diritto, le leggi statali e la contrattazione collettiva e per assorbimento le azioni collettive (art. 28) e i sistemi di partecipazione (consultazione/informazione) (art. 27). Subordinare l'assistenza finanziaria dell'UE agli stati a rischio di *default* attraverso i *Memorandum di intesa* significa chiedere loro una penetrante riforma delle proprie economie, dei propri sistemi di relazioni industriali e ordinamenti giuridici. Nel cono di luce della condizionalità entrano: le aree della flessibilità del lavoro (in entrata e in uscita); l'effettività dei prelievi fiscali; l'organizzazione della pubblica amministrazione; la natura e i livelli dei diritti individuali e collettivi; la stessa "funzione sociale" del sistema bancario.

Il paradosso insito nella storia della politica legislativa degli ultimi otto anni è tutto qui. E questo sistema normativo europeo, composto da sottosistemi con reciproche relazioni, viene presentato come finalizzato al conseguimento di obiettivi dell'UE in materia di "crescita e occupazione": come dire che per il momento si possono sottoporre a subordinazione gerarchica i diritti sociali fondamentali agli obiettivi di bilancio della *nuova governance* europea.

### 7. *Le Alte Corti e il contenuto essenziale*

È dunque in questo quadro d'insieme che il giurista del lavoro deve affilare le armi, ricercare gli antidoti all'ingombrante ineluttabilità della razionalità economica perché sopravvivano e prevalgano le ragioni del diritto.

Essi vanno ricercati nella trama dei Trattati. A cominciare da quell'art. 6 del TUE dove, dopo la riscrittura di Lisbona, sono indicati i parametri legali di riferimento, come Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e le tradizioni costituzionali degli Stati membri. A essi l'orientamento culturale diffuso aggiunge le convenzioni OIL 87 e 98 e la Carta sociale europea, esplicitamente menzionata nel preambolo dei Trattati.

Ciò comporta che ai fini dell'analisi delle singole norme è metodologicamente corretto assumere a paragone le interpretazioni di tutti gli organismi giudiziari o paragiudiziari – comitati dei saggi indipendenti dell'ILO e della Carta sociale europea – che hanno reso vivente il costituzionalismo moderno.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha indicato la strada nel momento in cui, a fronte del conflitto tra legge e diritti fondamentali, sostiene che l'analisi di questi ultimi va fatta a) seguendo il significato "ordinario" delle parole, b) la lettura "sistematica" della norma c) al fine di rendere il diritto "pratico" e d) consapevoli che un testo ha natura vivente da interpretare alla luce delle condizioni attuali<sup>14</sup>.

In altre parole si potrebbe dire che, per proprietà transitiva, anche il loro contenuto essenziale va ricercato in ragione della qualità del valore che li permea e della loro intima essenza e funzionalità. I giudici di Strasburgo si sono scoperti pionieri assumendo un compito arduo ma avendo a disposizione una sola norma per di più caratterizzata da sobrietà lessicale e protettiva della sola libertà di associazione sindacale. L'art. 11 infatti comprende il diritto di (a) partecipazione alla costituzione di sindacati e (b) di adesione a essi per la difesa dei propri interessi.

All'esercizio di tale diritto si accompagna un rigoroso corredo di limiti che devono essere: (a) previsti dalla legge; (b) necessari, in una società democratica, (c) per la sicurezza nazionale, per l'ordine pubblico e la sua difesa, per la prevenzione dei disordini e dei reati (d) per la protezione della salute o della morale, dei diritti e delle libertà altrui.

La gabbia teorica appare prevalente rispetto alla sobria identificazione del contenuto del diritto, ristretto infatti ai soli due momenti delle due scelte di volontà: quella di costituire e di aderire al sindacato. Ma essi non esauriscono il contenuto del diritto, ne sono porzioni e i redattori della Carta vol-

<sup>14</sup> C. Eur. Dir. Uomo 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia (GC)*, n. 34503/97.

lero ignorare, al momento in cui fu redatto il testo dell'articolo, la storia del sindacalismo contemporaneo.

Il contenuto è stato arricchito, molto più tardi, dalla sapienza dei giudici di Strasburgo grazie a un'interpretazione acquisitiva di tipo storico-evolutivo riportando al nucleo essenziale l'esperienza concreta, il modo di atteggiarsi del diritto e il valore in esso insito, la solidarietà, che s'identifica con l'auto-coscienza del gruppo dei lavoratori. Il primo passo è stato estrarre dal giacimento del diritto il suo immediato succedaneo, la contrattazione collettiva riportando alla luce lo stretto organico legame esistente tra i due diritti (§ 129 di *Demir e Baykara*). Con ammirevole coerenza gli stessi giudici hanno confermato la fedeltà al metodo scelto, interpretando le parole nel loro contesto, alla luce degli obbiettivi dell'azione protetta del diritto e infine in armonia con i principi del diritto internazionale e dei diritti umani<sup>15</sup>.

Insomma l'art. 11, dicono i giudici proseguendo nello "scavo" della norma, è una *lex specialis*, rispetto alla libertà di associazione *tout court*, perché include il fine per cui essa è attribuita e a cui fornisce un'identità specifica, cioè la "protezione degli interessi" che sono collettivi e di gruppo. Pertanto, essi concludono, una sanzione all'esercizio del diritto di associazione non può spingersi fino a dissuadere il sindacato dal cercare di rappresentare e difendere gli interessi degli associati. Il sindacato ha inoltre anche il diritto di ascolto funzionale all'efficacia della sua attività che esercita con lo strumento protettivo e indispensabile della contrattazione collettiva. Nessuna misura statale può rendere inesistente la natura, il contenuto o la funzione del diritto<sup>16</sup>. Insomma, se la forza invasiva del limite penetra nel cuore della libertà associativa, comportando lo scioglimento del sindacato, essa priva il diritto della sua "vera sostanza" (*very essence*) (caso *Demir e Baykara*, n. 87).

Poiché le restrizioni sono consustanziali al nucleo etico del diritto, è chiaro che la Corte è spinta a circoscrivere la portata delle medesime. Esse infatti sono l'interfaccia del godimento del diritto, il suo lato "oscuro". I giudici sostengono che il margine di apprezzamento che ciascuno Stato si riserva nell'applicazione delle regole è un canone aureo della democrazia, una prerogativa della missione istituzionale. Pur esso va applicato alla luce della natura e del contenuto del limite, del fine da perseguire, dei diritti concorrenti e

<sup>15</sup> C. Eur. Dir. Uomo 8 aprile 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, n. 31045/10.

<sup>16</sup> C. Eur. Dir. Uomo 26 settembre 2012, *Trade Union of the Police in the Slovak Republic e altri c. Slovacchia*, n. 11828/08, §§ 51, 52, 54.

degli interessi dei terzi. Le restrizioni imposte ad alcuni lavoratori (forze armate, dipendenti pubblici) devono essere costruite in modo severo ed essere confinate al solo esercizio, senza infrangere “la intima essenza del diritto di organizzarsi, che include il diritto di formare e associarsi o meno al sindacato” (caso *Demir e Baykara*, n. 97).

La necessarietà della misura contestata dev'essere meno invasiva nei confronti del bene giuridico, convincente e impellente e le ragioni del suo intervento “rilevanti e sufficienti” (caso *Demir e Baykara*, § 119) e rispondenti, in una società democratica, a un bisogno sociale pressante.

La “enucleazione” del diritto di sciopero da quello di associarsi costituisce una risposta alla sfida della globalizzazione se assume la forma dello sciopero di solidarietà. Il collegamento tra autonomia organizzativa e autotutela è consacrato dalla storia, il conflitto accompagna se non determina la coesione del gruppo e quindi si pone come presidio della solidarietà anche nel mercato globalizzato.

Il tema è delicato perché questa tipologia di conflitto si rivolge a chi non ne è parte, notano i giudici (caso *The National Union of Rail*, 2014), ma la loro decisione sposa ormai la metodologia del caso *Demir*, entrata in circolo nel corpo della Corte di Strasburgo e si appella alle fonti internazionali. La risposta del Comitato dei “saggi” dell'ILO ne ammette la praticabilità e considera un abuso la sua limitazione. A Strasburgo la Corte è più cauta, riconoscendo che esso è un corollario piuttosto che il cuore dell'art. 11 (caso *The National*, § 77), ma è altrettanto chiara nell'affermare come sia “illogico” restringerne l'ampiezza in ragione dell'impatto che ha sull'impresa (§ 80). L'interesse economico dell'impresa, annotano i giudici, non precede i diritti umani dei lavoratori, così come il diritto di sciopero non include quello di prevalere ma quello di lottare per contrattare (§ 85).

Nel vocio delle Corti europee questa giurisprudenza rende ancor più dissonanti i toni dei giudici di Lussemburgo chiamati a fronteggiarsi tanto sul terreno dell'efficacia delle norme che tutelano il mercato dei beni e della libertà di stabilimento quanto di quelle nazionali che si misurano con la logica severa della stabilità finanziaria.

È stupefacente scoprire come la Corte di Giustizia non abbia mai tentato di penetrare scavando all'interno dei diritti sociali fondamentali per estrarne il contenuto intoccabile dal loro giudizio. Eppure, rispetto ai colleghi di Strasburgo, avevano un vero e proprio “vangelo” costituzionale circolante nella cultura giuridica europea. Certo, al suo apparire, avevano tributato un

omaggio sia pure tardivo prima ancora che il Trattato di Lisbona gli riconoscesse “lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6 TUE).

Per la verità meritoriamente generosa e abbondante è sempre stata la giurisprudenza della Corte di giustizia nell’analizzare, interpretare e proclamare l’uguaglianza come valore costitutivo del diritto fondamentale. Molto meno solleciti e accurati sono stati i giudici quando hanno dovuto misurarsi con il concorso–conflitto tra le ipoteche “economiciste” – su cui è stato fondato il diritto della Comunità del passato – e la moderna esplosione dei diritti collettivi. Non si ritrova, nel quartetto delle sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, *Luxembourg*, lo sforzo di valutare la collisione tra diritti di medesima qualità con le lenti del ricercatore sociale alla Simone Weil più che con quelle del notaio. Ma sarebbe stato sufficiente anche riandare con la sensibilità dello storico al “diritto vivente” e all’evolversi delle tradizioni costituzionali degli stati membri. Certo all’esordio i giudici europei hanno tributato un omaggio, niente affatto retorico, all’autonomia collettiva, di cui vengono indicati la natura volontaria, la fonte (la libertà), la funzione (l’ultima risorsa per conseguire un buon fine), la forma giuridica rilevante per l’ordine giuridico di appartenenza (diritto fondamentale) (caso *Viking*, §§ 36, 43, 45). Sull’altro versante la libertà di stabilimento è qualificata come “diritto senza ostacoli” (*Viking*, § 68), esercizio *effettivo* di attività economica, in pianta stabile ed eventuale immatricolazione del bene (la nave, nel caso di specie) (*Viking*, § 70). Il diritto di azione collettiva subisce un trattamento diverso perché la sua natura è valutata in ragione non della sua identità strutturale ma nella finalità: che è prevalentemente, se non esclusivamente, la tutela del posto di lavoro. Il sindacato (che blocca i cantieri ad es.) non può indurre un’impresa di altro Stato membro a trattare livelli di retribuzione più alti per i lavoratori distaccati e sottoscrivere contratti collettivi con clausole più favorevoli di quelle vigenti in materie non previste dalla direttiva. Sfuggono ai giudici le ragioni che spingono il sindacato a garantire, da un lato, adeguata difesa dal *dumping* sociale e, dall’altro, ad affermare il valore – la solidarietà – che permea struttura, funzione e contenuto di ciascun diritto dell’autonomia collettiva.

Ancora più tormentata è la giurisprudenza dei giudici costituzionali chiamati a pronunciarsi sotto “scacco” del dogma della condizionalità, cui è soggetto ogni programma statale di stabilità per ottenere i prestiti UE di sui all’art. 136 (3) TFUE. Essi si imbattono dunque nel confronto giuridico-politico tra norme dell’austerità europea e tollerabilità costituzionale della loro

invadenza nella democrazia e nella sovranità degli Stati membri. Il compromesso raggiunto per pura opportunità politica si è manifestato con l'ossequio al principio di "necessità" dell'accettazione, perché i diritti fondamentali si possono esercitare solo se – dice la Corte costituzionale estone – "il contesto nazionale è stabile"<sup>17</sup> o – come sostengono il *Conseil constitutionnel* francese e la Corte costituzionale tedesca – "ogni decisione sui redditi pubblici e pubblica spesa è una parte fondamentale della abilità dello stato costituzionale di conformare se stesso costituzionalmente"<sup>18</sup>. Tanta tolleranza non deve stupire perché il giudizio delle Alte Corti investiva il tema delicato della tenuta della stessa UE, a rischio essa stessa di perdere il controllo sia della politica economica sia della propria democrazia interna. Ma i quesiti posti e le loro risposte non toccavano il nervo scoperto della compatibilità/collisione tra diritti sociali fondamentali e governo dell'austerità finanziaria.

Più tormentato è stato il processo decisionale quando si è trattato appunto di decidere su alcuni importanti tratti costitutivi del *Welfare* (pensioni) e del contratto di lavoro (i salari e le voci accessorie). L'argomentare scaturisce da decisioni sofferte, che hanno indotto il Tribunale costituzionale portoghese a ritenere che il diritto alla pensione attenga a un "interesse prioritario", per cui la sua riduzione o discontinuità costituiscono un'interferenza nel godimento del possesso. Entrambe sono giustificate se esiste "almeno un fine legittimo quale il pubblico interesse", poiché la misura imposta "ha indebolito l'essenza del diritto a mezzi di sussistenza" e, in quanto tale, "viola il diritto di proprietà". È davvero singolare che, nell'argomentazione, non siano invocati valori quali la dignità della persona e la natura costituzionale dello Stato sociale.

Ma il contorsionismo argomentativo è tutto nella soluzione offerta quando lo stesso Tribunale ha affermato con forza il rispetto dei diritti fondamentali e della *rule of law* a fronte della soppressione della 13<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> mensilità dei dipendenti pubblici. Poi si è posto il problema della sua compatibilità con il principio di uguaglianza e ha inizialmente sospeso gli effetti della sua decisione per l'anno 2012, grazie a una norma costituzionale, per continuare a ricevere il sostegno finanziario del Memorandum di Intesa. In una seconda decisione, a fronte della soppressione non solo delle mensilità precedenti ma

<sup>17</sup> FABBRINI, *The euro crisis and the courts: Judicial review and political process in Comparative perspective*, in *Berkeley Journal of International law*, 2014, p. 22.

<sup>18</sup> FABBRINI, *op. cit.*, p. 28 ss.

anche delle pensioni dei pubblici dipendenti, lo stesso Tribunale ha imboccato la strada della incostituzionalità della misura legislativa<sup>19</sup>.

#### 8. *Lo spirito di Filadelfia*

E allora che fare?

Il giurista del lavoro europeo si dovrà muovere sul terreno che gli è proprio: quello dell'intreccio delle fonti internazionali, della metodologia comparata e dell'analisi della società che lavora. Dovrà suggerire alla politica e alle Corti come la UE può adempiere alla missione che si è data: *come e in che misura* tener conto della promozione di un elevato livello di occupazione; *come e quanto* sia adeguata la protezione sociale; *come e quanto* forte debba essere la lotta all'esclusione sociale; *come e quanto* elevato debba essere il livello dell'istruzione, della formazione e della tutela della salute umana. Allora si accorgerà d'essere tornato allo Spirito di Filadelfia.

<sup>19</sup> FABBRINI, *op. cit.*, p. 50.