

1 Anno LIII
Gennaio-Aprile 2006

Direttore
GIORGIO BERTI

© 2006 Vita e Pensiero - Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore
Con il contributo CNR
Proprietario: Istituto Giuseppe Toniolo di Studi Superiori
È vietata la riproduzione degli articoli senza il preventivo consenso dell'Editore

Abbonamento annuo: per l'Italia € 66,00 - per l'Estero € 101,00
Prezzo del presente fascicolo: per l'Italia € 27,00 - per l'Estero € 42,00
Conto Corrente Postale 989202

Redazione e Amministrazione: L.go Gemelli, 1-20123 Milano (tel. 7234.2368 red.; 7234.2310 amm.)
Direttore responsabile: Carlo Balestrero

Registrazione del Tribunale di Milano 30 agosto 1949, n. 1536

Copertina: Andrea Musso
Fotocomposizione: EA.MA., Trezzo sull'Adda (Mi)
Stampa: Arti Grafiche Tibiletti, Azzate (Va)

Finito di stampare nel mese di luglio 2006
Pubblicità inferiore al 45%

Sommario



09 APR 2006

- P. GROSSI
Ordinamento p. 5
- L. FRANZESE
L'età della globalizzazione ovvero dell'autonomia e della sussidiarietà » 17
- A. VALORZI
Contraddittorio (incompiuto) nel processo amministrativo e tutela della concorrenza nell'azione amministrativa: alcuni spunti sul rapporto sostanza-processo » 37
- S. PUDDU
Il «declino» dell'autoritarità. Nota a margine dell'art. 1, comma 1 bis, legge n. 15/2005 » 47
- M. NAPOLI
Povertà vecchie e nuove e Diritto del lavoro » 61
- J. LA MENDOLA
Aspetti del lavoro subordinato nel basso Medioevo. La *locatio operarum* nella dottrina giuridica dei secoli XII-XIV » 77
- C. ALESSI
L'art. 4 della Costituzione e il diritto al lavoro » 127
- A. APOSTOLI
Il trapianto del diritto al lavoro nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento regionale ovvero quel che resta dell'art. 4 della Costituzione Italiana » 139
- G. COLOMBO CLERICI
Costituzione europea e confessioni religiose: il pensiero di Giovanni Paolo II » 171

L'ART. 4 DELLA COSTITUZIONE E IL DIRITTO AL LAVORO*

di
CRISTINA ALESSI

ABSTRACT: The Author analyses the debate on the meaning of the "right to work" under article 4 of the Italian Constitution emphasising the fact that the contemporary doctrine has been reshaping the boundaries of such provision. The analysis of article 4 allows to throw light on various ways of understanding the right to work, e.g. the right to efficient job centres, the right to an adequate vocational training and so on. Then the Author focuses on the "right to work" as "right to choose one's own job" with specific regard to the latest legislation on flexibility.

KEY WORDS: *work, right, labour market, professional training, flexibility.*

SOMMARIO: 1. Il diritto al lavoro nell'interpretazione dottrinale - 2. I significati del diritto al lavoro - 2.1. Diritto al lavoro e servizi per l'impiego - 2.2. Diritto al lavoro, formazione, professionalità - 2.3. Diritto al lavoro e libertà di scelta dell'impegno lavorativo - 3. Conclusioni.

1. La riflessione sulla portata del diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Costituzione sembra in questi anni vivere una nuova stagione; l'idea, evocata dal titolo dell'incontro di oggi, della rivisitazione del diritto al lavoro sembra pertanto particolarmente indicata.

La prima osservazione dalla quale occorre prendere le mosse riguarda l'atteggiamento manifestato fin dai primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione dai giuristi del lavoro (ma non solo da loro) nell'accostarsi all'interpretazione dell'art. 4: l'impressione è quella di una sorta di *self-restraint*, quasi si trattasse di un «regalo» ingombrante, poco gradito.

Le ragioni dell'atteggiamento descritto possono essere ricondotte, principalmente, alla dichiarata natura di «norma programmatica» (o di norma di principio) dell'art. 4 ed all'inquadramento del diritto al lavoro tra i diritti sociali, quei diritti cioè che necessitano dell'intervento del legislatore ai fini della loro compiuta affermazione. Una simile impostazione ha condizionato anche l'interpretazione più recente; da questo punto di vista, risultano davvero emblematiche le parole di Gino Giugni, secondo il quale «occorre sgombrare il terreno dall'illusione che basti la proclama-

* Lo scritto riproduce la relazione svolta al Convegno «Il diritto al lavoro rivisitato», nel 60° Anniversario della Liberazione, in memoria di Giorgio La Pira nel Centenario della nascita (Milano, Università Cattolica S. Cuore, Cripta Aula Magna, 16 maggio 2005).

zione dei diritti sociali per ottenere un appagante risultato in materia di diritti sociali medesimi»¹. La riflessione dottrinale, invece, oggi non può non tener conto dell'insegnamento di Luigi Mengoni che, individuando nel diritto al lavoro il prototipo dei diritti sociali, ne accomuna la struttura a quella dei diritti di libertà².

Il descritto atteggiamento è sorprendente, da un lato perché la stessa Corte costituzionale, nella sua prima sentenza, aveva sminuito la portata della distinzione tra norme programmatiche e norme precettive³, dall'altro perché Costantino Mortati, pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, non aveva esitato ad affermare che l'impossibilità di far discendere dall'art. 4 una «pretesa rivolta ad un singolo datore di lavoro per l'assunzione di un lavoratore che ne è titolare» non significava affatto che lo stesso articolo fosse «inidoneo a far sorgere in modo attuale e non solo potenziale alcuna pretesa azionabile, collegabile cioè ad un soggetto abilitato a chiedere ed ottenerne la tutela»⁴. Nel suo saggio, Mortati evidenziava la pluralità di significati e di dimensioni connaturati al diritto al lavoro ed arrivava a fondare su di esso, tra l'altro, il diritto alla giustificazione del licenziamento, il diritto alla formazione professionale e perfino quel diritto allo svolgimento effettivo della prestazione che la giurisprudenza comincerà a riconoscere solo molti anni più tardi. Uno sforzo ricostruttivo, questo, che non giustifica affatto il severo giudizio di Giugni, secondo il quale le pagine di Mortati sono «scarne e, soprattutto, sono scarni i risultati a cui si perviene»⁵.

¹ G. Giugni, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello Stato sociale e le trasformazioni dello Stato sociale*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano 1998, p. 57. Nello stesso scritto, Giugni inquadra l'art. 4 tra le norme «di principio», il che consente di affrancarlo dalla natura di norma programmatica, ma di mantenerlo pur sempre tra quelle che non hanno «mai creato un diritto azionabile» (p. 60).

² L. Mengoni, *I diritti sociali*, «Arg. dir. lav.» 1998, 1, p. 6. «esso (il diritto al lavoro) non è soltanto un principio fondamentale che impone ai pubblici poteri una politica economica di promozione della massima occupazione, ma obbliga lo Stato a istituire servizi pubblici di formazione e di orientamento professionale, nonché di avviamento al lavoro, cioè di mediazione della domanda e dell'offerta di lavoro. Questi servizi, erogatori di prestazioni pubbliche di carattere non (direttamente) economico, concorrono pure ad integrare i presupposti fattuali di possibilità di esercizio del diritto di scelta della professione, sancito dall'art. 4, primo comma, che di per sé presenta una struttura uguale a quella dei diritti di libertà».

³ Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1 (www.giurcost.org): «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione».

⁴ C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, «Dir. lav.» 1954, I, p. 161

⁵ Giugni, *Il diritto al lavoro*, cit., p. 59.

Qualche anno più tardi Federico Mancini, nel suo commento all'art. 4, sottolinea la perdita d'interesse dei giuslavoristi per il diritto al lavoro, dopo l'iniziale entusiasmo che era derivato, probabilmente, dal suo inserimento tra le norme fondamentali della Costituzione, quelle cioè che disegnano la forma di Stato⁶. L'osservazione era tanto fondata che Massimo D'Antona, quasi un quarto di secolo più tardi, ci ha esortato a «prendere sul serio» il diritto al lavoro, a ricavarne insomma il maggior «succo normativo» possibile, profilando nel contempo le potenzialità della norma non ancora compiutamente esplorate e invitandoci al confronto non solo con l'ordinamento interno, ma anche con l'ordinamento comunitario⁷.

Negli ultimi anni si può dire che l'invito sia stato accolto, se è vero che la produzione scientifica di questo periodo registra un rinnovato interesse verso il significato del riconoscimento del diritto al lavoro; d'altra parte, detto interesse è anche la conseguenza del riaccendersi del dibattito sui diritti sociali, da un lato, e del riconoscimento giurisprudenziale dell'efficacia dei diritti fondamentali anche nei rapporti interprivati, in particolare attraverso l'orientamento in materia di danno biologico (si tornerà più tardi sul punto). La stessa Corte costituzionale, nelle sentenze più recenti, sembra aver iniziato ad utilizzare i principi ricavabili dall'art. 4 per decidere circa la legittimità delle scelte legislative, in particolare per quanto attiene al riparto delle competenze tra Stato e Regioni.

Dal canto suo, anche il legislatore ha «riscoperto» il suo ruolo nell'attuazione del diritto al lavoro, non solo perché lo menziona nel (nuovo) art. 120 della Costituzione quale limite alla potestà legislativa regionale, ma anche perché il diritto al lavoro viene espressamente assunto a fondamento dell'intervento legislativo, ad esempio in materia di collocamento e di servizi all'impiego, nelle recenti riforme della disciplina del mercato e dei rapporti di lavoro⁸. A tal proposito, occorre ricordare che anche la Corte costituzionale, nella sent. n. 50/2005⁹, ha sostanzialmente accolto

⁶ G.F. Mancini, *Sub art. 4*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1975, p. 199 ss.

⁷ M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Diritti al lavoro e politiche per l'occupazione*, suppl. a «Riv. giur. lav.» 1999, 3, p. 15 ss.

⁸ Le disposizioni più significative sono senza dubbio quelle contenute nell'art. 1 e nell'art. 15 del DLgs n. 276/2003, che si riportano: «Art. 1. Le disposizioni di cui al presente decreto legislativo [...] si collocano nell'ambito degli orientamenti comunitari in materia di occupazione e di apprendimento permanente e sono finalizzate ad aumentare [...] i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro, anche attraverso contratti a contenuto formativo e contratti a orario modulato compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori»; «Art. 15 (Principi e criteri generali). 1. A garanzia dell'effettivo godimento del diritto al lavoro di cui all'articolo 4 della Costituzione, e nel pieno rispetto dell'articolo 120 della Costituzione stessa, viene costituita la banca continua nazionale del lavoro [...]».

⁹ Corte cost. 13 gennaio 2005, n. 50, «Arg. dir. lav.» 2005, 1, p. 391 ss. La sentenza ha deciso questioni di costituzionalità sollevate da molte Regioni e dalla Provincia Autonoma di Trento con

questa interpretazione, rigettando le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle Regioni in relazione alle previsioni sia della legge n. 30/2003 che del DLgs 276/2003 in materia di intervento nel mercato del lavoro. La Corte, in particolare, ha sottolineato il «rappartarsi della disciplina del collocamento, ed in genere dei servizi per l'impiego, agli artt. 4 e 120 Cost.».

2.1. Un ripensamento della portata e delle implicazioni del riconoscimento costituzionale del diritto al lavoro è dunque in atto; sotto questo profilo, si può rilevare come la riflessione dottrinale più recente abbia contribuito a sottolineare la complessità del diritto al lavoro, in una parola la sua pluridimensionalità, il suo diverso atteggiarsi, cioè, a seconda che lo si veda come diritto rivolto nei confronti dello Stato ovvero come pretesa che sorge in relazione ad un rapporto di lavoro in atto.

Quanto al primo profilo, cioè al rapporto singolo/Stato, il diritto al lavoro è visto prevalentemente (e tradizionalmente) come diritto all'approvamento dei mezzi necessari per il conseguimento del massimo livello di occupazione possibile. In quest'ottica, il diritto al lavoro si esaurirebbe interamente nel dovere dello Stato di erogare servizi all'impiego, cioè di organizzare il sistema di incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro in modo da garantire a tutti la possibilità di accedere, in condizioni di parità, ad un posto di lavoro, nonché il dovere di adottare politiche occupazionali adeguate al raggiungimento dello scopo¹⁰. Si tratta di una lettura «classica», che corrisponde peraltro alla visione dei diritti sociali come diritti a prestazione, cioè da un lato non effettivi in assenza dell'intervento dello Stato che ne determini le condizioni di esercizio, dall'altro costosi per la collettività.

Le osservazioni che possono essere svolte, al riguardo, sono diverse: in primo luogo, occorre riflettere sull'affermazione della totale discrezionalità dello Stato di intervenire in materia *a prescindere dai risultati della propria azione*. Se Mortati aveva potuto dire, nel 1954, che uno dei principali significati del diritto al lavoro poteva essere individuato nell'obbligatorietà della gestione pubblica del collocamento, cioè nell'impossibilità di affidare totalmente ai privati quell'attività, qualche anno fa la Corte di Giustizia ci ha ricordato che l'inefficienza del sistema di collocamento pubblico può portare a rendere inevitabile l'ingresso dei privati in questo

la legge del n. 30/2003 e contro numerose disposizioni del DLgs n. 276/2003. Per un primo commento alla sentenza si può segnalare A. Pessi, *Formazione e politiche attive dell'impiego nella giurisprudenza costituzionale*, ibid., p. 321 ss.

¹⁰ Da ultimo A. Alaimo, *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, «Giorn. dir. lav. rel. ind.» 2004, p. 249 ss.

settore, proprio in nome del diritto al lavoro¹¹. Da questo punto di vista, non si può dire che il diritto al lavoro sia sfornito di sanzione, se da esso viene fatta discendere nientemeno che l'illegittimità del monopolio pubblico del collocamento. Nella stessa scia si colloca anche la Corte costituzionale, sempre nella citata sent. n. 50/2005, là dove rileva come l'apertura ai privati del sistema di collocamento e dei servizi all'impiego è diretta conseguenza della convinzione del legislatore secondo la quale «solo l'apertura ai privati e la collaborazione tra questi e le strutture pubbliche possano rendere efficienti tali attività»¹².

Il discorso può essere spinto anche oltre, sulla scia degli spunti che ci ha lasciato Massimo D'Antona, fino a configurare una responsabilità per inadempimento dello Stato, non tanto per il mancato conseguimento dell'occupazione, secondo una ricostruzione dottrinale¹³, quanto per il mancato assolvimento degli obblighi di prestazione oggi espressamente previsti dal DLgs n. 181/2000 e che, in attuazione di quanto previsto dalle *guidelines* comunitarie in materia di occupazione, hanno individuato obiettivi precisi e quantificabili¹⁴. Del resto, nell'ottica del «risarcimento» da parte dello Stato per il mancato conseguimento del posto di lavoro possono essere lette le provvidenze erogate in relazione allo stato di disoccupazione, se non anche l'indennità di mobilità, che potrebbe essere vista proprio come una sorta di indennizzo per la perdita del posto di lavoro; da questo punto di vista, non è un caso che alla spesa per detta indennità contribuisca anche il datore di lavoro, pur se «incolpevole». Si potrebbe anzi ritenere che la previsione individui una sorta di corresponsabilità tra i due soggetti per la perdita dell'aspettativa al mantenimento del posto di lavoro.

Sotto un profilo parzialmente diverso, il significato ora descritto del diritto al lavoro è assunto dalla Corte costituzionale quale giustificazione dell'intervento statale in materia di mercato del lavoro: la Corte, acco-

¹¹ Il riferimento è alla celeberrima sentenza *Job Centre*, che ha dichiarato in contrasto con il diritto comunitario il monopolio pubblico del collocamento italiano. Cfr. Corte di Giustizia, 11 dicembre 1997, C-55/96, «Riv. giur. lav.» 1998, 2, p. 27 ss., con commento di M. Roccella, *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*. In dottrina, M. Barbera aveva sostenuto la possibilità di leggere nella sentenza *Job Centre* la volontà della Corte di Giustizia di promuovere il diritto al lavoro. Cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia 2000, p. 59 ss.

¹² Corte cost. 13 gennaio 2005, n. 50, cit., p. 408.

¹³ C. La Macchia, *La pretesa al lavoro*, Torino 2000. Per la verità, l'autrice riferisce la responsabilità per inadempimento dello Stato al non avere fatto tutto quanto possibile per permettere al singolo di procurarsi occasioni di lavoro, ma sembra di poter dire che un simile inadempimento non possa che essere valutato solo in relazione al mancato conseguimento, da parte del cittadino, del posto di lavoro. Sul punto sia consentito il rinvio a C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano 2004, p. 21 ss.

¹⁴ È proprio su questo profilo che Marco Biagi aveva potuto sostenere la natura di norme in qualche modo cogenti delle *guidelines*, generalmente ricondotte alla figura della *soft-law*. Cfr. M. Biagi, *L'impatto della European Employment Strategy sul ruolo del diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, «Riv. it. dir. lav.» 2000, I, p. 415 ss.

gliendo la tesi di quanti hanno sostenuto che con l'espressione «tutela e sicurezza del lavoro» il nuovo art. 117 Cost. abbia inteso riferirsi alla gestione amministrativa del mercato del lavoro, giustifica tuttavia l'intervento della legge nazionale in materia con l'obiettivo della «realizzazione del diritto sociale al lavoro», ai sensi degli art. 4 e 120 Cost.. L'esercizio del diritto al lavoro, in altre parole, è garantito non solo attraverso la previsione della possibilità di accesso all'occupazione su tutto il territorio nazionale in condizioni di parità, ma anche attraverso l'individuazione di uno *standard* minimo di servizi cui i cittadini hanno diritto.

2.2. Un secondo significato generalmente ascrivito al diritto al lavoro è quello collegato alla possibilità di scelta del proprio impegno lavorativo, in relazione alle proprie capacità e possibilità. Da questo punto di vista, si può cogliere il collegamento del diritto al lavoro con i diritti della personalità, poiché il diritto al lavoro può essere certamente ricostruito come diritto allo sviluppo della propria personalità attraverso il lavoro, come del resto insegna la giurisprudenza della Cassazione in materia di danno biologico derivante da lesione della professionalità del lavoratore¹⁵.

Si può ritenere, in quest'ottica, che sia compito dello Stato, da un lato, agevolare lo sviluppo e il mantenimento della professionalità del lavoratore, in particolare attraverso il sistema di formazione professionale, secondo quanto prevede anche l'art. 35 Cost., dall'altro favorire la possibilità di scelta della qualità e della quantità del proprio impegno lavorativo.

Quanto al primo profilo, si può ricordare come l'edificazione di un compiuto sistema di formazione professionale costituisca diretta attuazione dell'art. 4 Cost. La stessa legge-quadro n. 845/1978 si apre con la solenne proclamazione secondo la quale «La Repubblica promuove la formazione e l'elevazione professionale in attuazione degli artt. 3, 4, 35 e 38 della Costituzione, al fine di rendere effettivo il diritto del lavoro ed alla sua libera scelta e di favorire la crescita della personalità dei lavoratori attraverso l'acquisizione di una cultura professionale». Oggi la competenza in ma-

¹⁵ La Cassazione è assolutamente unanime nell'affermare che «il demansionamento professionale non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 c.c., ma ridonda in lesione del diritto fondamentale, da riconoscere al lavoratore anche in quanto cittadino, alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro»: cfr., per tutte, Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, «Riv. giur. lav.» 2004, II, p. 290 ss., con nota di A. Riboldi, *La dequalificazione professionale: prova del danno, consenso del lavoratore e patto di demansionamento*, ove cfr. ulteriori riferimenti. La giurisprudenza di legittimità è divisa, invece, sulla necessità o meno di provare il danno derivante dal demansionamento ai fini della risarcibilità dello stesso. Sul punto sono recentemente intervenute le Sezioni Unite, che hanno aderito al primo emendamento. Cfr. Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, «Guida lav.» 2006, 21, p. 17 ss.

teria spetta in via esclusiva alle Regioni, come ci ricorda la Corte costituzionale¹⁶ e come, in ogni caso, la dottrina aveva riconosciuto all'indomani dell'approvazione della legge di riforma del Titolo V¹⁷. In nome del diritto al lavoro, tuttavia, la legislazione statale può intervenire per garantirne l'esercizio su tutto il territorio nazionale, nonché per individuare i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali».

Il diritto alla formazione professionale, al quale è collegato il diritto al mantenimento ed allo sviluppo della propria professionalità, tuttavia, non può essere compiutamente realizzato solo al di fuori del rapporto contrattuale, sul piano cioè della pretesa del lavoratore ad una prestazione dei pubblici poteri, pena la sua sostanziale vanificazione. Di questo aspetto sembra essersi resa conto la stessa Corte costituzionale, quando afferma che «la formazione aziendale rientra nel sinallagma contrattuale e quindi nelle competenze dello Stato in materia di ordinamento civile»¹⁸. Si può obiettare che ciò non significa affatto che la Corte abbia inteso riconoscere l'esistenza di un vero e proprio diritto del lavoratore alla formazione all'interno del rapporto di lavoro, ma certo si tratta di un deciso passo in avanti¹⁹.

Dal punto di vista legislativo, si può dire che la piena attuazione di questo profilo del diritto al lavoro si è avuta solo con la disciplina dei congedi formativi²⁰, che hanno la struttura del diritto soggettivo (potestativo) esercitabile nei confronti del datore di lavoro, sia per quanto attiene ai congedi ad iniziativa del lavoratore, che sono certamente riconducibili al diritto alla scelta ed all'accrescimento della propria professionalità, sia per quanto riguarda i congedi ad iniziativa del datore di lavoro. Ma il vero punto di emersione del diritto in parola si è avuto con quella giurisprudenza che ha imposto al datore di lavoro, un dovere di adeguamento della professiona-

¹⁶ Corte cost. 13 gennaio 2005, n. 50, spec. p. 419 ss. Cfr. anche, per quanto attiene all'istruzione e alla tutela del lavoro, Corte cost. 25 marzo 2005, n. 120, in materia di asili nido, reperibile (www.giurcost.org).

¹⁷ La dottrina giuslavoristica si è confrontata soprattutto sul significato da attribuire all'espressione «tutela e sicurezza del lavoro, inserite nelle materie di competenza concorrente. La competenza esclusiva (o residuale) delle Regioni in materia di formazione professionale è invece indiscussa, trattandosi semmai di determinarne i confini e le possibili interrelazioni con la materia dell'istruzione, anche alla luce della riforma della scuola secondaria in corso di approvazione. Sul dibattito circa la competenza delle Regioni in materia di lavoro la bibliografia è ormai considerevole; per tutti cfr. F. Malzani, *Federalismo e diritto del lavoro in Italia e Spagna: modelli a confronto*, Brescia 2004, anche per i riferimenti dottrinali; B. Caruso, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella «governance» multilivello)*, «Arg. dir. lav.» 2004, 3, p. 801 ss.

¹⁸ Corte cost. 13 gennaio 2005, n. 50, cit., p. 419.

¹⁹ Sul diritto alla formazione nel contratto di lavoro si rinvia nuovamente a Alessi, *Professionalità*, cit., spec. p. 155 ss. Da una diversa prospettiva cfr. D. Garofalo, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Bari 2004, spec. p. 339 ss.

²⁰ L'introduzione nel nostro ordinamento del diritto ai congedi per la formazione si è avuta con gli artt. 5 e 6, legge 8 marzo 2000, n. 53. Sui congedi parentali e formativi cfr. L. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova 2004.

lità del lavoratore in occasione delle modifiche che investono l'organizzazione produttiva, ritenendo possibile addossare al datore di lavoro il costo dell'adeguamento in parola, sulla base del principio di responsabilità imprenditoriale²¹.

L'agganciamento del diritto al lavoro con i diritti della personalità si può cogliere, inoltre, nella giurisprudenza che ha riconosciuto l'esistenza di un vero e proprio diritto di lavorare, cioè un diritto allo svolgimento effettivo dell'attività dedotta in contratto²², la cui lesione apre la strada al risarcimento del danno biologico, perché si tratta della lesione di un diritto della personalità, o meglio, secondo quanto afferma la Cassazione, del «diritto fondamentale, da riconoscere al lavoratore anche in quanto cittadino, alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro»²³. Tra l'altro, la particolarità di questo diritto risiede nel fatto che esso può trovare soddisfazione *solo attraverso lo svolgimento dell'attività* e dunque all'interno del rapporto di lavoro. In questa ipotesi, pertanto, l'inopponibilità al datore di lavoro del diritto in parola lo avrebbe consegnato all'ineffettività.

Per le ragioni sopra esposte, sembra possibile riconoscere l'esistenza di un diritto del lavoratore al mantenimento e, in qualche caso, allo sviluppo della sua professionalità anche all'interno del contratto di lavoro, diritto che affonda saldamente le sue radici nell'art. 4 Cost. e che trova riconoscimento nella norma dell'art. 2103 c.c., letta in una prospettiva evolutiva. In questo senso, fra l'altro, si muovevano alcuni dei più autorevoli commentatori del testo costituzionale, quelli cioè che vedevano negli artt. 13 e 18 dello Statuto dei lavoratori la diretta attuazione della previsione costituzionale²⁴.

2.3. Quanto al secondo profilo, quello cioè relativo alla libertà di scelta della quantità del proprio impegno lavorativo, il discorso diventa necessariamente più complesso. Occorre, in particolare, segnalare come la legislazione del lavoro più recente (il riferimento è principalmente al DLgs n. 276/2003, ma anche al DLgs n. 66/2003 sull'orario di lavoro) viene presentata come strumento capace di realizzare proprio questo aspetto del diritto al lavoro, perché l'arricchimento delle tipologie contrattuali utilizzabili e l'iniezione nel rapporto di lavoro «ordinario» di dosi ulteriori di flessibilità (qui il pensiero va prevalentemente alla disciplina del *part-time*) consentirebbero di lavorare anche a soggetti che non possono (o non vo-

²¹ La sentenza che ha fatto da apripista al suddetto orientamento è Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, «Riv. giur. lav.» 1994, 2, p. 373 ss., con nota di E. Manganiello, *Dequalificazione professionale ed interessi prevalenti*.

²² Cfr., per tutte, Cass. 28 maggio 2004, n. 10361, «Lav. giur.» 2004, p. 1268 ss.

²³ Così Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, *ibid.*, 2004, p. 1265 ss.

²⁴ Il riferimento è spec. a Mancini, *Sub art. 4*, cit., p. 239 ss.

gliono) impiegarsi ad orario pieno ed indeterminato e sarebbero funzionali all'accrescimento del tasso di occupazione²⁵. La legislazione della flessibilità, insomma, consentirebbe di saldare i due profili (quello individuale e quello collettivo) del diritto al lavoro. La conclusione, però, non può essere accettata senza alcune precisazioni.

Da un lato, occorre segnalare che l'arricchimento delle tipologie negoziali disponibili non necessariamente accresce la libertà di scelta del lavoratore, se non si accompagna con meccanismi di salvaguardia della genuinità del consenso individuale nell'accesso ai diversi modelli contrattuali²⁶. Il riferimento è anzitutto al *part-time*, ma si può pensare anche al lavoro intermittente²⁷; in queste ipotesi la scelta di lavorare ad orario ridotto risulta spesso collegata alla necessità di utilizzare liberamente il tempo di non lavoro per lo svolgimento di altre attività, in particolare legate alla cura dei familiari (ma non solo). Se questo è vero, strumenti di tutela della genuinità del consenso potrebbero essere quelli che prevedono, a date condizioni, la possibilità di ritornare al modello *standard* di lavoro una volta che l'esigenza sia ridotta o cessata: penso qui, ad esempio, al diritto di precedenza dei *part-timers* o dei lavoratori intermittenti nel caso di nuove assunzioni a tempo pieno e indeterminato da parte del datore di lavoro, per le medesime mansioni²⁸. Tale diritto, originariamente previsto per il *part-time*, è stato successivamente abrogato proprio dal DLgs n. 276/2003 adducendo a giustificazione la necessità di garantire il libero esplicarsi della volontà delle parti, nonché l'esigenza di evitare l'aprirsi di spazi di contenzioso²⁹. In realtà, la stessa Corte costituzionale, nel giudizio di ammissibilità del referendum sulla previgente disciplina del lavoro a tempo parziale, aveva sottolineato come la citata previsione fosse ispirata «al princi-

²⁵ In questa prospettiva cfr. M. Sacconi - P. Reboani - M. Tiraboschi, *La società attiva*, Venezia 2004, spec. p. 30 ss.

²⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a C. Alessi, *Part-time e tecniche di incentivazione*, in R. De Luca Tamajo - M. Rusciano - A. Zoppoli, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli 2004, p. 47 ss.

²⁷ Sul lavoro intermittente cfr., da ultimo, A. Bollani, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. Magnani - P.A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino 2005, p. 405 ss.

²⁸ Ritene invece che la disciplina previgente del lavoro a tempo parziale fosse «eccessivamente (e forse inutilmente) appesantita da elementi di rigidità, dal troppo "costruzionista" diritto di denuncia del patto di elasticità al diritto di prelazione per l'ipotesi di assunzioni a tempo pieno» (R. Del Punta, *Lavoro a tempo parziale*, in Autori Vari, *Il nuovo mercato del lavoro. DLgs 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna 2004, p. 469 ss.). Per una valutazione della nuova disciplina del *part-time* alla luce delle indicazioni comunitarie cfr. B. Caruso, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in R. De Luca Tamajo - M. Rusciano - A. Zoppoli, *Mercato del lavoro*, cit., p. 17 ss.

²⁹ In tal senso sono le affermazioni del Libro Bianco sul mercato del lavoro presentato dal Ministero del Lavoro nell'ottobre 2001, che rappresentava, per così dire, una dichiarazione programmatica sulla politica legislativa e amministrativa in materia di lavoro per la legislatura in corso.

pio della rimozione degli ostacoli di natura giuridica al lavoro a tempo parziale» e, pertanto, costituisse in qualche modo un'anticipata attuazione della direttiva comunitaria in materia³⁰.

In secondo luogo, l'apertura alla flessibilità non va nella direzione indicata dalla norma costituzionale quando sia indirizzata esclusivamente al soddisfacimento delle esigenze dell'impresa e non preveda alcun meccanismo di contemperamento di dette esigenze con gli interessi del lavoratore. Anche in questo caso, si può fare riferimento al lavoro a tempo parziale ed alla recente pressoché totale liberalizzazione delle clausole flessibili ed elastiche, ma anche alla riforma della disciplina dell'orario di lavoro, nella quale non c'è dubbio che le esigenze di flessibilità delle imprese prevalgano su qualunque altra considerazione. Un esempio per tutti è quello che riguarda l'abrogazione del limite giornaliero dell'orario di lavoro e l'introduzione dell'orario multiperiodale, che possono variamente combinarsi al punto da arrivare a non consentire al lavoratore di conoscere l'esatta entità del suo impegno giornaliero *normale*³¹. E se per l'orario multiperiodale ultrasettimanale una simile conclusione è in qualche modo contemperata dalla necessità dell'intervento della contrattazione collettiva, occorre anche segnalare che per l'orario multiperiodale infrasettimanale viene meno anche questo requisito, cosicché al lavoratore potrebbe essere richiesto un diverso impegno giornaliero nell'arco della settimana con poco o nessun preavviso. Ricordo anche che, in presenza del limite giornaliero di orario, la dottrina e la giurisprudenza avevano riconosciuto al lavoratore la possibilità di rifiutarsi di svolgere lavoro straordinario (altrimenti dovuto) nelle ipotesi in cui potesse far valere un'esigenza di rilievo pari a quella del datore di lavoro³². Oggi anche questa possibilità deve ritenersi esclusa, perché un orario prolungato nella giornata, ma all'interno del limite settimanale è orario *normale*, quindi dovuto; per non dire poi che anche riguardo allo straordinario detta possibilità è ormai più teorica che pratica, se è vero che lo svolgimento del lavoro straordinario potrà essere accertato solo al termine del periodo di riferimento, settimanale o ultrasettimanale che sia³³. Eppure, una lettura corretta del diritto al lavoro, che lo leghi agli al-

³⁰ Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 45, «Riv. giur. lav.» 2000, I, p. 173.

³¹ Sul concetto di normalità dell'orario cfr. V. Bavaro, *Commento agli artt. 3 e 4*, in M. Napoli (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria. Commentario al D. Lgs. 8 aprile 2003*, n. 66, «Nuove leggi civ. comm.» 2004, p. 1288 ss.

³² È la posizione di P. Ichino, *L'orario di lavoro e i riposi. Sub artt. 2107, 2108, 2109*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1987, p. 124. In dottrina si è anche sostenuto che per lo svolgimento di lavoro straordinario fosse sempre richiesto il consenso del lavoratore: in tal senso V. Leccese, *L'orario di lavoro*, Bari 2001, p. 346 ss.

³³ Sul punto cfr. V. Ferrante, *Commento agli artt. 5 e 6*, in M. Napoli (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria. Commentario al DLgs 8 aprile 2003*, n. 66, «Nuove leggi civ. comm.» 2004, p. 1306 ss.

tri diritti costituzionalmente tutelati e che, pertanto, si diriga verso quella conciliazione del lavoro con le altre esigenze della persona³⁴ ovvero verso il principio «dell'adeguamento del lavoro all'essere umano» riconosciuto anche in ambito comunitario (Dir. n. 93/104, art. 13), avrebbe dovuto indirizzare il legislatore alla valorizzazione di dette esigenze ed al loro bilanciamento con il principio dell'iniziativa economica privata.

Del resto, che il diritto al lavoro possa essere realizzato attraverso l'imposizione di limiti, anche molto penetranti, all'iniziativa economica privata non è una novità; basti pensare alla disciplina del collocamento mirato dei lavoratori disabili, che è l'unico caso in cui il legislatore arriva ad imporre all'imprenditore addirittura l'obbligo di conclusione del contratto, toccando così i profili più significativi di detta libertà.

3. La ricostruzione che si è sinteticamente delineata conduce al riconoscimento della complessità del diritto al lavoro, che si articola in una pluralità di significati e si rivolge a diversi destinatari; del resto, la complessità della struttura dei diritti sociali è un'acquisizione importante della dottrina costituzionalista degli ultimi anni³⁵. In questo quadro, non è un caso che il diritto al lavoro abbia un'importanza centrale³⁶, sia perché sul lavoro è fondata la Repubblica, come ci dice l'art. 1 della Costituzione, sia perché il lavoro è il veicolo per il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° comma.

La conclusione, allora, non può che riagganciarsi all'invito che Massimo D'Antona formulava pochi giorni prima di essere assassinato, a prendere sul serio il diritto al lavoro quale «garanzia costituzionale della persona sociale, aggiornandola però come garanzia dell'essere anziché dell'avere»³⁷.

³⁴ Sulla conciliazione cfr., Calafà, *Congedi*, cit., spec. p. 235 ss., e «Lav. e dir.» 2001, 1 (numero monografico su *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*).

³⁵ Cfr., ad es., C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino 2000.

³⁶ Come dimostra lo studio di A. Apostoli, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano 2005.

³⁷ D'Antona, *Il diritto al lavoro*, cit., p. 23.