La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo sul “nuovo diritto del lavoro”: due modelli di giudizio alternativi di fronte alle riforme “flessibilizzatrici” in Europa

di Pietro Masala

Abstract: *The case-law of the Spanish Constitutional Court concerning “new labour law”: two alternative models of judicial review face to labour flexibilization in Europe –*

The crisis and the new economic governance of the European Union have fostered significant reforms of national labour market legislations. Two main analogies can be observed: the leading position of Governments in their approval, implying the marginalization of Parliaments; flexibility measures, implying a diminished protection for fundamental workers rights and a diminished role of trade unions. A critical analysis of the constitutional case-law concerning the Spanish reform of 2012 is useful to reflect upon the compatibility of such measures with the principles of the “Social and democratic State of law” and upon possible future decisions of the Italian Constitutional Court.

Keywords: European Union; Economic and financial crisis; Labour market reforms; Constitutional Court of Spain; Constitutional balancing.

517

1. Il nuovo diritto del lavoro europeo e la riforma spagnola del 2012

Nell’ambito dell’Unione europea (UE), la crisi finanziaria internazionale iniziata nel 2008 e la nuova *governance* economica definita in tale contesto hanno favorito significative riforme delle legislazioni nazionali in materia di lavoro, particolarmente negli Stati membri dell’Unione economica e monetaria che sono risultati più vulnerabili. Possono ricordarsi le riforme adottate in Spagna (2010-11 e 2012), Italia (2012 e 2014-15) e Francia (2016), oltre a quelle approvate negli Stati che nella fase più acuta della crisi hanno sottoscritto accordi per l’accesso alle nuove forme di assistenza finanziaria ispirate criteri di rigida condizionalità, il cui corrispettivo è stato l’impegno a modificare, secondo precise direttive, le proprie legislazioni riguardanti la sfera economica e sociale (si pensi, nell’area “mediterranea” o meridionale dell’UE, ai casi di Portogallo e Grecia)¹. In generale, ricorrono due analogie fondamentali: sotto l’aspetto formale-procedimentale, il protagonismo dei Governi e la marginalizzazione dei Parlamenti (e delle parti

¹ Un’aggiornata visione d’insieme, con analisi svolte da studiosi dei diversi Paesi interessati è offerta da M. do Rosário Palma Ramalho, T. Coelho Moreira (coords.), *Crise Económica: Fim o Refundação do Direito do trabalho? Acta do Congresso Mediterrânico de Direito do Trabalho*, Lisboa, 2016. Con attenzione al contesto europeo e alla situazione italiana: B. Caruso, G. Fontana (cur.), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015.

sociali) nell'approvazione dei provvedimenti²; quanto ai contenuti, l'introduzione di misure di flessibilizzazione del mercato del lavoro, che implicano un arretramento della protezione di alcuni fondamentali diritti dei lavoratori e un ridimensionamento del ruolo delle organizzazioni sindacali. Tanto per i suoi contenuti come per il suo processo di formazione il nuovo diritto del lavoro europeo – risultante dagli indirizzi definiti a livello sovranazionale nel contesto della crisi, accordati fra i Governi nazionali e istituzioni europee e internazionali carenti di legittimazione democratica, e dalla loro implementazione nelle legislazioni degli Stati membri mediante atti adottati o comunque approvati su impulso degli stessi Governi – significa un cambiamento di paradigma rispetto al modello definito nella cornice dello Stato sociale e democratico di diritto³ consacrato nelle Costituzioni del dopoguerra, che si caratterizzava per essere protettore dei diritti dei lavoratori e promotore della contrattazione collettiva.

Quel modello era già stato messo in discussione da precedenti riforme “flessibilizzatrici”, promosse nell'UE fin dall'ultimo decennio del XX secolo mediante processi “aperti” di coordinamento delle politiche del lavoro nazionali, i cui obiettivi devono in definitiva porsi in relazione con il nuovo contesto della globalizzazione. Come è noto, la Strategia europea per l'occupazione, avviata nel 1997 e proseguita nell'ambito delle più ampie Strategie di Lisbona e Europa 2020, ha individuato come modello di regolamentazione del mercato del lavoro quello basato sulla «flessicurezza» a cui si ispirano le legislazioni di Stati come Paesi Bassi e Danimarca: idea che essenzialmente «consiste nel favorire la formazione di un mercato del lavoro altamente flessibile che incrementi i livelli di competitività nell'economia globalizzata, garantendo in compenso ai lavoratori una maggiore sicurezza nei periodi di passaggio da un impiego a un altro»⁴. Tuttavia, già prima

² Nel caso spagnolo sono ricorsi al decreto-legge sia il Governo Zapatero sia il Governo Rajoy. Nel caso francese, della *Loi n. 2016-1088 du 8 août 2016, relative à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, proposta dal Governo Valls, le opposizioni sociali e parlamentari sono state superate mediante la procedura dell'art. 49.3 CF, che esautora l'*Assemblée nationale*. In Italia, il ricorso al decreto-legge nel settore è stato limitato (ma non irrilevante: cfr. d.l. n. 34/2014, conv. con modif. ex l. n. 78/2014); tuttavia l'approvazione della c.d. riforma Monti-Fornero (l. n. 92/2012) e del c.d. *Jobs Act* del Governo Renzi (l. n. 183/2014 e decreti attuativi delle deleghe ivi conferite) è avvenuta con modalità che hanno fortemente limitato il ruolo del Parlamento. Sul caso italiano, v. A. Guazzarotti, *Riforme del diritto del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2014; per un confronto con le prassi relative al settore nei due decenni precedenti, che evidenzia un salto qualitativo nel senso indicato: P. Masala, *Ripercussioni della nuova governance europea collegata alla crisi economico-finanziaria sugli equilibri interni alla democrazia parlamentare, con particolare riferimento all'esercizio della funzione legislativa: il caso italiano*, in F. Lanchester (cur.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*, Milano, 2016, 323-372, e Id., *Crisi della democrazia parlamentare e regresso dello Stato sociale: note sul caso italiano nel contesto europeo*, in *Riv. AIC*, 4, 2016, 1-30 (specialmente 8-10).

³ La formula è usata nell'art. 1 CE (per cui la Spagna è un «*Estado social y democrático de derecho*»), che riprende quella dell'art. 20 GG (per cui la Repubblica federale tedesca è un «*demokratischer und sozialer Bundestaats*»), ma si presta a descrivere la forma di Stato consacrata in altre Costituzioni, come quelle italiana, greca e portoghese, accomunate dall'enunciazione dei principi fondamentali del costituzionalismo sociale e democratico.

⁴ E. del Pino, J.A. Ramos, *Políticas de protección por desempleo en perspectiva comparada: hacia la remercantilización y la activación*, in E. Del Pino, M.J. Rubio Lara (eds.), *Los Estados de bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, 2016, 293-316 (per la citazione, 307). V. inoltre S. Bekker, *Flexicurity: The Emergence of a European Concept*, Cambridge, 2012 e S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro*, Roma-Bari, 2013, 27-42.

della crisi, l'applicazione in altri Stati membri di questa strategia promossa nell'UE per favorire, asseritamente e in particolare, l'inclusione nel mercato del lavoro dei giovani disoccupati o inoccupati, ha significato un aumento della flessibilità (perseguita mediante nuove forme contrattuali e la riduzione dei costi salariali), senza garantire un corrispondente aumento della sicurezza⁵. Sicché può dirsi certo l'arretramento delle tutele rispetto ai progressi compiuti nei decenni di consolidamento del modello “protettore”; mentre è controversa la capacità delle misure flessibilizzatrici di facilitare la creazione di lavoro.

Nella nuova fase aperta dalla crisi, le tendenze flessibilizzatrici e regressive si sono accentuate e imposte nettamente, tanto negli orientamenti definiti a livello europeo come nelle legislazioni nazionali, superando ostacoli procedurali e resistenze politiche e sociali che in precedenza le avevano contenute. Si è così verificato un salto di qualità, specialmente negli Stati in difficoltà, in cui misure dirette a ridurre i costi dei licenziamenti e il ruolo delle organizzazioni sindacali e della contrattazione collettiva nazionale sono state giustificate allegando la loro presunta indispensabilità per permettere alle imprese di adeguarsi alla congiuntura critica (o, in realtà, al nuovo contesto globale) e in tal modo facilitare la creazione di occupazione o la sua conservazione. Questo modello ha potuto imporsi mediante norme approvate direttamente dai Governi di quegli Stati o dietro loro impulso e corrispondenti agli indirizzi della nuova *governance* economica europea, i quali hanno rappresentato al contempo fonti di condizionamento e di legittimazione delle misure nazionali e delle modalità con cui sono state approvate⁶. Mentre non erano stati altrettanto efficaci i precedenti processi di coordinamento aperto⁷.

Tali trasformazioni si inscrivono nel quadro di una «mutazione costituzionale» dell'UE⁸, che ha dirette ripercussioni sugli ordinamenti degli Stati membri, nei quali determina, materialmente e in parte anche formalmente⁹, il passaggio dal modello costituzionale dello Stato sociale e democratico di diritto a un diverso modello di Stato. L'impressione, condivisa da vari osservatori, è che la crisi abbia rappresentato l'occasione (o il pretesto) per trarre implicazioni estreme dalla globalizzazione e adattare le legislazioni nazionali a questo nuovo contesto: perché ha portato alla nuova *governance* economica dell'UE, definita e implementata da governi e istituzioni tecnocratiche; e perché, insieme con questa, è servita per

⁵ E. del Pino, J.A. Ramos, *op. et loc. cit.*

⁶ Cfr. S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in M. Cinelli, S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, Torino, 2014, 85-116; N.M. MartínezYáñez, *La coordinación de las políticas sociales y de empleo en el vórtice de la gobernanza económica europea*, in *Rev. der. com. eur.*, 52, 2015, 949-984; A. Guazzarotti, *op. cit.*; P. Masala, *Ripercussioni, cit.*, e Id., *Crisi della democrazia*, cit.

⁷ Su tali processi: M. Heidenreich, S. Zeitlin (eds), *Changing European Employment and Welfare Regimes. The Influence of the Open Method of Coordination on National Labour Market and Social Welfare Reforms*, London, 2009. Con specifica attenzione agli effetti sulla legislazione italiana: E. Rossi, V. Casamassima (cur.), *La politica sociale europea tra armonizzazione e nuova governance. L'impatto sull'ordinamento italiano*, Pisa, 2013.

⁸ A.J. Menéndez Menéndez, *La mutación constitucional de la Unión Europea*, in *Rev. esp. der. const.*, 96, 2012, 41-98.

⁹ Si allude alla *Reforma* spagnola del 2011 (*de 27 de septiembre*) e all'italiana l. cost. n. 1/2012, che hanno introdotto nelle rispettive Costituzioni i principi di *sostenibilidad presupuestaria* (art. 135 CE) e dell'equilibrio di bilancio (artt. 81 e 119 Cost.) per dare attuazione all'art. 3, par. 2 del c.d. *Fiscal Compact*.

legittimare riforme socialmente regressive e il protagonismo dei Governi a detrimento dei Parlamenti nella loro approvazione. I tradizionali deficit sociale e democratico dell'UE si sono così aggravati e estesi agli Stati membri in difficoltà: l'implementazione a livello nazionale di un indirizzo politico "condizionato" ha significato, da un lato, il contenimento e la riduzione della spesa sociale in nome (asseritamente) della sostenibilità dei bilanci pubblici; dall'altro lato, la flessibilizzazione del mercato del lavoro in nome (asseritamente) della sostenibilità dell'attività d'impresa e "pertanto" dell'inclusione nel mercato del lavoro. Il passaggio da un modello di Stato conforme ai principi del costituzionalismo sociale e democratico a un modello di ispirazione che può definirsi genericamente neoliberale e tecnocratica in definitiva rende manifesta la prevalenza del potere economico sul potere politico democraticamente legittimato e in concreto la capacità del primo di condizionare le decisioni degli Stati nella definizione delle politiche economiche e sociali; o, quanto meno, rende manifesta l'aderenza delle strategie attuate da buona parte delle classi dirigenti europea e nazionali ai *desiderata* dei gruppi sociali che di quel potere sono i detentori¹⁰. A questo cambiamento – verso una Europa «asociale»¹¹ e meno democratica¹² – corrisponde la trasformazione del diritto del lavoro che si è qui sommariamente descritta¹³.

Il caso spagnolo e particolarmente la riforma del diritto del lavoro del 2012 (*Real Decreto-ley 3/2012* convertito nella *Ley 3/2012, de 6 de julio*, entrambi «*de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*») possono considerarsi paradigmatici, tanto per le modalità di approvazione della *reforma laboral* come per i suoi contenuti. Sotto entrambi gli aspetti si osserva una certa continuità rispetto alle riforme approvate nei due decenni precedenti¹⁴, ma anche l'accentuazione di cui si è detto. Così, non è una novità, bensì la norma dalla metà degli anni novanta del secolo passato, l'uso del decreto-legge, in periodi tanto di crescita economica come di crisi, per facilitare un più rapido adattamento del mercato del lavoro ai

¹⁰ Su tali trasformazioni e sul contesto globale in cui si inseriscono, cfr. L. Gallino, *Il colpo di Stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Torino, 2013; A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché global*, Paris, 2010, e Id., *La gouvernance par les nombres*, Paris, 2014; G. Zagrebelsky, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Roma-Bari, 2014; G. Silvestri, *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, in E. Ceccherini (ed.), *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 3-11, con efficace sintesi coerente con le riflessioni svolte in più estesi contributi, ben riassunte in G. Grasso, *Crisi economico-finanziaria globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «La separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Riv. AIC*, 2, 2015, 1-14; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012; P. Masala, *Ripercussioni*, cit. e Id., *Crisi della democrazia*, cit.

¹¹ L. Moreno Fernández, *La Europa asocial. Crisis y Estado del bienestar*, Barcelona, 2013.

¹² Cfr., ad es., L. Gallino, *op. cit.*, A.J. Menéndez Menéndez, *op. cit.*, P. Masala, *Crisi della democrazia*, cit.

¹³ Sulla quale hanno richiamato l'attenzione, criticamente, fra gli altri: G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013; L. Monereo Pérez, *Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea*, in *Rev. der. const. eur.*, 21, 2014, 143-194; Id., *Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en la «era de la flexibilidad»*, in *Der. rel. laborales*, 5, 2016, 444-493; A. Supiot, *La gouvernance*, cit., e Id. *Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo*, in *Der. rel. laborales*, 5, 2016, 500-519.

¹⁴ Cfr. J. García Murcia, *Crisis económica y Derecho del Trabajo: el proceso de reformas laborales*, in Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, Madrid, 2015, 13-74.

cambiamenti dell'economia globalizzata¹⁵; e del pari è abituale la giustificazione di tale uso mediante riferimenti alla gravità di una situazione di crisi e ai problemi del mercato del lavoro spagnolo. Tuttavia è una significativa novità l'ulteriore riferimento alla pretesa di generare «fiducia» non solo nei datori di lavoro, ma anche nei «mercati e investitori»¹⁶; e, soprattutto, lo è l'adozione di un decreto-legge senza previa consultazione dei sindacati¹⁷. Similmente, rispetto alle riforme precedenti, si osserva una certa continuità nelle tendenze flessibilizzatrici, ma al contempo la loro intensificazione: sono numerose le misure, non solo congiunturali, che riducono la tutela di alcuni diritti dei lavoratori e il ruolo della contrattazione collettiva, con il fine dichiarato di incentivare la creazione di occupazione o facilitarne la conservazione¹⁸: si è così giunti al culmine di un processo riformatore che ha portato a «un nuovo equilibrio fra la posizione del lavoratore e quella del datore di lavoro privato», nel quale «l'impresa sembra aver guadagnato posizioni, per ciò che rappresenta dal punto di vista economico e per il suo significato per il buon funzionamento del mercato del lavoro»¹⁹.

La riflessione sulla compatibilità delle nuove politiche con i principi enunciati nelle Costituzioni nazionali e nelle fonti del “costituzionalismo europeo del lavoro” (nel sistema del Consiglio d'Europa, la Carta Sociale Europea e, in certa misura, anche la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; la stessa Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE) non può prescindere dal contributo della Corti costituzionali. Da questo punto di vista, il caso spagnolo merita particolare attenzione, dal momento che il *Tribunal Constitucional* (TCE), benché non si sia espresso sulla legittimità delle riforme del periodo 2010-11, ha esaminato ripetutamente quella del 2012. Senza poter qui realizzare un esame dettagliato delle previsioni di quest'ultima²⁰, di seguito si svolgerà un'analisi critica della recente giurisprudenza del TCE in materia di lavoro, utile anche per riflettere su possibili futuri dilemmi che dovranno essere risolti da altre Corti costituzionali e in particolare da quella italiana.

2. Le decisioni del *Tribunal Constitucional*: la giustificazione delle innovazioni regressive con riferimento alla crisi e agli ampi margini di discrezionalità riconosciuti a favore del legislatore

¹⁵ Cfr. J. García Murcia, *op. cit.*, 33-42; I.A. Rodríguez Cardo, *La Reforma Laboral y el uso del real decreto-ley: Sentencia TC 68/2007, de 28 de marzo*, in J. García Murcia (ed.), *El control de constitucionalidad de las normas laborales y de seguridad social*, Cizur Menor, 2015, 721-739 (specialmente 723-727).

¹⁶ Cfr. la *Exposición de motivos* del *Real decreto-ley 3/2012*. Tutte le traduzioni in questo saggio sono dell'a.

¹⁷ Mentre già in precedenza decreti nella stessa materia erano stati adottati in seguito a esiti fallimentari del dialogo sociale: J. García Murcia, *op. cit.*, 36.

¹⁸ Per una sintetica descrizione e classificazione di tali misure: J. Cruz Villalón, *Crisis económica y reforma de la legislación laboral en España*, in <https://www.islssl.org>, 2014, 1-13.

¹⁹ J. García Murcia, *op. cit.*, 54.

²⁰ Si rinvia ai numerosi commentari, fra cui A. Montoya Melgar, J. García Murcia (dirs.), *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Cizur Menor, 2012; A.V. Sempere Navarro, M. Jiménez Rodrigo, *Claves de la reforma laboral de 2012*, Cizur Menor, 2014.

2.1. Giustificazione del ricorso al decreto-legge

Il TCE, con una serie di decisioni dettate fra il 2014 e il 2015, si è pronunciato su vari ricorsi e questioni di incostituzionalità promossi con riguardo alle modalità di approvazione della *reforma laboral* del 2012 e ai suoi principali contenuti innovatori, avallando tanto il metodo utilizzato come tali contenuti. In particolare, sono tre le decisioni che è imprescindibile analizzare: l'*auto* (ATC) 43/2014, che ha rigettato questioni sollevate dal *Juzgado de lo social n. 34* di Madrid; la sentenza (STC) 119/2014, che ha rigettato un ricorso di incostituzionalità presentato dal Parlamento della Comunità autonoma di Navarra; la STC 8/2015, che ha rigettato un altro ricorso, presentato da deputati dei gruppi parlamentari del Partito socialista e della *Izquierda plural*²¹.

L'utilizzo del decreto-legge è stato legittimato dall'ATC 43/2014, che lo ha considerato giustificato alla luce del contesto di crisi economica e sociale nel quale la riforma fu adottata. Nell'atto di promovimento del giudizio di legittimità costituzionale si lamentava: che il decreto impugnato, globalmente considerato, si inscrivesse in una prassi governativa di abuso della decretazione d'urgenza, implicante «l'abbandono del carattere parlamentare della forma politica dello Stato spagnolo definita nell'art. 1.3 CE»; e in concreto, con riferimento sia allo stesso decreto sia alle particolari misure «flessibilizzatrici» introdotte dalle norme impuginate (in materia di licenziamento), la mancanza dei requisiti previsti dall'art. 86.1 CE come interpretato dalla precedente giurisprudenza costituzionale. Si consideravano inadeguati (teorici, ambigui e astratti) gli argomenti utilizzati nel preambolo del provvedimento; quindi si concludeva che il procedimento utilizzato non avrebbe avuto altra finalità che la immediata applicazione delle misure, in sé insufficiente per giustificarlo, e che la *reforma laboral* non sarebbe stata la risposta a necessità «congiunturali», bensì sarebbe stata determinata dall'intenzione di portare a compimento una «deregolamentazione universale e generalizzata», iniziata già prima della crisi finanziaria, e non avrebbe inteso conseguire «altro se non il recupero dell'ideale liberale», «*atemporal y atópico*».

La valutazione del TCE è di segno opposto, manifestamente indulgente nei confronti dell'esecutivo. Nella motivazione della decisione, dopo aver osservato che l'argomentazione sviluppata dal giudice remittente si «addentra» in «considerazioni di carattere ideologico o politico», e che, secondo la giurisprudenza consolidata dello stesso TCE, «l'apprezzamento circa la sussistenza delle circostanze di straordinaria e urgente necessità costituisce un giudizio politico o di opportunità» che corrisponde in primo luogo al Governo e, in secondo luogo, al *Congreso de los Diputados*, si dichiara che, nel caso esaminato, la decisione di ricorrere al decreto-legge «non risulta abusiva né arbitraria»: giacché il Governo, nella *Exposición de motivos* dell'atto, si basa su «dati constatabili relativi alla situazione di crisi economica e disoccupazione» per dare conto delle ragioni di

²¹ Fra i commenti: L.A. de Val Tena, *La Reforma Laboral de 2012: Sentencias TC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero*, in J. García Murcia (ed.), *El control de constitucionalidad*, cit., 741-834; A.V. Sempere Navarro, *Constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012: balance*, in *Aranzadi doctrinal*, 3, 2015, 11-19; P. Requejo Rodríguez, *El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014*, in *Teor. y real. const.*, 36, 2015, 417-437; I. García Perrote, *La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 8/2015, de 22 de enero*, in *Rev. esp. der. const.*, 105, 2016, 239-283.

straordinaria e urgente necessità e così giustificare la sussistenza del presupposto abilitante.

Del pari, si ritiene che sia stata resa esplicita la «*conexión de sentido*» fra la situazione di straordinaria e urgente necessità e le misure adottate. In particolare, si osserva che quelle dirette a ridurre i costi del licenziamento per il datore di lavoro si inquadrano «nella tesi, sostenuta da alcuni settori», per cui tale riduzione «può favorire la creazione di occupazione e la diminuzione della segmentazione del mercato del lavoro» e che «nonostante non sia una tesi pacifica fra gli esperti, è certo che questa idea è stata presente in buona parte delle riforme della nostra legislazione in materia di lavoro dal 1994». Il soddisfacimento del requisito si fa discendere dalla constatazione che «dinanzi all’attuale crisi economica e all’alto indice di disoccupazione» il decreto impugnato «ha optato di nuovo per questa formula come via per incentivare l’occupazione e l’efficienza del mercato del lavoro, secondo un’opzione di politica legislativa che [...] è coerente con altri precedenti normativi, e senza che in sede costituzionale spetti sottoporre a giudizio la bontà tecnica, l’opportunità, idoneità o efficacia delle misure introdotte».

Infine, si nega che vi sia contrasto con il divieto, posto dall’art. 86 CE, di legiferare con decreto-legge sui diritti, doveri e libertà regolati nel Titolo I della CE e in concreto su quelli degli artt. 24.1 e 35.1 CE. In proposito, si osserva che nell’atto di promovimento non si rinviene un ragionamento specifico che dia conto dell’incidenza («*afectación*») del decreto su tali diritti, giacché il giudice *a quo* si è limitato ad affermarla e a rinviare alla sua successiva argomentazione relativa alla lesione («*vulneración*») dei corrispondenti precetti costituzionali: dall’inesistenza di una «*fundamentación adicional*» e dalla considerazione dei dubbi relativi alla loro supposta violazione come «notoriamente infondati» deriva il rigetto del particolare motivo di incostituzionalità.

2.2. Giustificazione delle misure “flessibilizzatrici”

In quanto al giudizio sulle innovazioni “flessibilizzatrici”, preliminarmente deve rilevarsi che le norme corrispondenti erano state impugnate principalmente per presunte violazioni del diritto al lavoro (art. 35.1 CE), del diritto alla contrattazione collettiva (art. 37.1 CE) e della libertà sindacale (art. 28 CE). Il controllo sull’uso della discrezionalità politica del legislatore ha assunto la forma (consueta) del sindacato sulla ragionevolezza delle restrizioni dei diritti (dei lavoratori e delle organizzazioni rappresentative dei loro interessi), basandosi su giudizi di bilanciamento fra questi diritti e contrapposti interessi considerati di rilevanza costituzionale, identificati come fondamento delle norme impuginate: in concreto, la libertà d’impresa (art. 38.1 CE), posta in stretta relazione con il mandato ai poteri pubblici per un’azione politica diretta a conseguire l’obiettivo della piena occupazione (art. 40.1 CE).

Il risultato è stato la giustificazione di tutte le misure restrittive. Il TCE ha avallato le innovazioni che hanno ridotto la protezione assicurata al diritto a non essere licenziato senza giusta causa e al diritto alla contrattazione collettiva, così come quelle che hanno limitato la forza vincolante dei contratti collettivi. La maggioranza dei suoi membri ha considerato tali misure ragionevoli e ammissibili,

perché corrispondenti a finalità legittime e perché proporzionate. Nei vari casi esaminati, ha ritenuto che l'intervento del legislatore fosse diretto a garantire la «praticabilità» (*viabilidad*), «sostenibilità» o «produttività» dell'attività d'impresa, finalità che sono state ricondotte all'art. 38 CE e indirettamente al mandato dell'art. 40.1 CE. La reiterata invocazione del contesto di crisi nel quale furono adottate le norme impugnate e il riferimento a tali finalità, insieme con l'importanza attribuita alle condizioni stabilite dal legislatore per l'applicazione delle misure esaminate, ha condotto a considerare queste ultime necessarie, adeguate e proporzionate.

La descritta metodologia di giudizio e i risultati della sua applicazione sono stati fondati sulla dichiarata premessa per cui gli artt. 35.1 e 37.1 CE riconoscono diritti di configurazione legale, che possono essere disciplinati con ampi margini di discrezionalità dal legislatore e in particolare limitati per le finalità sopra indicate, sempre che le restrizioni possano considerarsi ragionevoli e proporzionate. Così, nonostante abbia ammesso l'esistenza di un diritto a non essere licenziato senza giusta causa fondato sull'art. 35.1 CE, il TCE ha riconosciuto un ampio margine per la configurazione legale della causa e degli effetti del licenziamento, considerando proporzionate le limitazioni arrecate a tale diritto dalle norme impugnate. Similmente, l'affermazione dell'inesistenza di un modello costituzionale predeterminato di relazioni sindacali e di contrattazione collettiva conduce a giustificare: l'attribuzione di priorità applicativa al contratto d'impresa rispetto a quello settoriale in determinate ipotesi; la modifica unilaterale, disposta dal datore di lavoro, di condizioni stabilite in accordi collettivi; infine, interferenze pubbliche nell'esercizio della libertà di stipulare i contratti collettivi e nella loro applicazione.

Più nel dettaglio, per quel che riguarda il giudizio sulle misure in materia di estinzione del rapporto di lavoro, l'ATC 43/2014 ha rigettato la questione di incostituzionalità sollevata con riferimento alla nuova disciplina del licenziamento illegittimo, che riconosce il diritto del lavoratore ai salari ingiustamente non percepiti solo nel caso in cui si opti per l'indennizzazione economica (e non, invece, nel caso in cui si opti per la reintegrazione nel posto di lavoro). Secondo la maggioranza dei giudici costituzionali tale disciplina non è arbitraria né discriminatoria: non lede il diritto al lavoro per il fatto di incentivare la scelta dell'indennizzazione in luogo della reintegrazione, poiché – viene rilevato – l'art. 35.1 CE proibisce il licenziamento arbitrario, ma definire la forma e l'estensione della riparazione compete al legislatore ordinario.

La STC 119/2014 ha negato che l'ampliamento della durata del periodo di prova contemplato dalla disciplina relativa al nuovo «contratto a tempo indeterminato di appoggio agli imprenditori» (CAI) – durata fissata in un anno e perciò considerevolmente superiore ai sei mesi previsti dal regime generale del periodo di prova (art. 14 dello Statuto dei lavoratori spagnolo) – sia lesivo dei diritti al lavoro, alla contrattazione collettiva, alla non discriminazione e alla tutela effettiva davanti a un giudice. Il TCE è dell'avviso che l'obiettivo della disciplina impugnata sia «rendere appetibile per le imprese l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato», stabilendo vari incentivi fra i quali rientra l'ampliamento della durata del periodo di prova, durante il quale è ammessa l'estinzione del contratto senza giusta causa; ritiene che tale disciplina permetta di verificare la «sostenibilità economica del nuovo posto di lavoro»; e la collega alle politiche di piena

occupazione richieste dall’art. 40.1 CE. D’altra parte, si evidenziano le «importanti limitazioni o condizioni legali» previste affinché il datore di lavoro possa ricorrere al CAI (ammesso solo in imprese con meno di cinquanta lavoratori e solo finché il tasso di disoccupazione nazionale non sia inferiore al 15%) e possa esercitare la facoltà di recesso prima del termine del periodo di prova (giacché si stabilisce che l’imprenditore perda gli incentivi fiscali e relativi alle quote di contribuzione da corrispondere al sistema previdenziale associati al CAI, qualora cambi il livello di occupazione nell’impresa prima di un anno o qualora non mantenga il lavoratore nel suo posto per almeno altri tre anni). In definitiva, il TCE ritiene che quella in questione «è una misura legislativa congiunturale adottata in un contesto di grave crisi economica caratterizzato da un elevato tasso di disoccupazione; persegue la legittima finalità di potenziare l’iniziativa imprenditoriale come mezzo per facilitare la creazione di occupazione stabile, e pertanto è da ricondursi al dovere dei pubblici poteri di attuare politiche dirette alla piena occupazione»; osserva che «in tal senso l’ampliamento non solo corrisponde alla finalità tipica del periodo di prova; in aggiunta, permette all’imprenditore di verificare, in un contesto di crisi come quello attuale, se il posto di lavoro offerto a tempo indeterminato è economicamente sostenibile»; e conclude che «si tratta, insomma, di una misura diretta a facilitare la scelta di creare occupazione stabile da parte delle piccole e medie imprese (che costituiscono l’immensa maggioranza del tessuto imprenditoriale spagnolo), riducendo le incertezze proprie di ogni progetto di investimento imprenditoriale, in una congiuntura economica difficile e avversa come quella attuale».

Infine, la STC 8/2015 ha stabilito che la norma che sopprime l’obbligo del datore di lavoro di provare «la sussistenza della causa estintiva» e di giustificare la «ragionevolezza» del licenziamento collettivo non vulnera i diritti a non essere licenziato senza giusta causa (art. 35.1 CE) e al controllo giurisdizionale della causalità del licenziamento (art. 24.1 CE). La nuova disciplina non ha «consacrato un licenziamento collettivo non causale [...] basato su un *libérrimo* arbitrio o discrezionalità dell’imprenditore». Al contrario, «elimina spazi di incertezza nell’interpretazione e applicazione della normativa generati da previsioni di legge tanto aperte nel loro contenuto quanto astratte nei loro obiettivi, che in alcuni casi potevano giungere a esigere una prova diabolica»; e «dota la definizione delle cause estintive di una maggiore obiettività e certezza», permettendo un controllo effettivo del giudice: poiché si «impone all’imprenditore un periodo di consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori, nel quale deve non solo consegnare loro una memoria esplicativa delle cause del licenziamento collettivo, ma anche dare ogni informazione necessaria a accreditare le cause giustificative».

Ugualmente indulgente è stata l’attitudine del TCE verso le innovazioni che hanno inciso sul diritto alla contrattazione collettiva. La STC 119/2014 ha rigettato le questioni relative alla nuova normativa che permette la non applicazione (*descuelgue*) del contratto collettivo, decisa mediante arbitrato o lodo obbligatorio e vincolante. La possibilità che, in caso di disaccordo circa l’applicazione del contratto collettivo, la parte datoriale che ne voglia ottenere la non applicazione in determinate materie richieda a una Commissione Consultiva Nazionale dei Contratti Collettivi (o organo equivalente istituito in una Comunità autonoma) di dettare una decisione vincolante non viola il principio della forza

vincolante dei contratti collettivi (art. 37.1 CE) né la libertà sindacale (art. 28 CE), in quanto è «una misura eccezionale, che risulta giustificata, ragionevole e proporzionata, in considerazione della legittima finalità costituzionale perseguita con la stessa e delle limitazioni imposte dal legislatore per la sua messa in pratica». La finalità sarebbe permettere «l'adattamento delle condizioni di lavoro alle circostanze avverse che si verificano in un'impresa, sopravvenute dopo la stipulazione del contratto», per evitare che il mantenimento di tali condizioni «possa porre in pericolo la stabilità dell'impresa e, con ciò, l'occupazione». In altri termini, l'obiettivo è «facilitare la *viabilidad* del progetto imprenditoriale e evitare il ricorso a decisioni estintive dei contratti [individuali] di lavoro» in un contesto di crisi economica «molto grave». È pertanto la «salvaguardia della competitività e *viabilidad* dell'impresa come meccanismo per favorire il mantenimento del lavoro» che, anche in questo caso, giustifica la misura. In quanto alle limitazioni che la fanno giudicare proporzionata, si evidenzia che la Commissione può intervenire solo quando nell'impresa si verificano «cause economiche, tecniche, organizzative o di produzione» stabilite dalla legge e quando le parti non riescano a giungere ad un accordo circa la non applicazione del contratto; e che la sua decisione avrà effetto per la sola impresa interessata e nelle sole materie stabilite dalla norma, rilevanti per la «finalità di difesa della produttività dell'impresa e le loro conseguenze sul mantenimento dell'occupazione». Inoltre, si sottolinea che la Commissione è un organo composto da rappresentanti dell'Amministrazione pubblica, delle imprese e dei sindacati, il quale, benché faccia capo al Ministero del Lavoro e della Sicurezza Sociale, «non è inserito nella struttura gerarchica» dello stesso ed esercita «le proprie competenze con piena indipendenza e autonomia funzionale». Infine, il TCE ricorre a un'interpretazione conforme per escludere la violazione del diritto alla tutela effettiva davanti a un giudice (art. 24.1 CE): precisa che la norma impugnata deve interpretarsi nel senso che è assicurato un «controllo giurisdizionale completo» sulla decisione della Commissione e che questo include «l'accertamento della sussistenza delle cause e dell'adeguatezza delle misure adottate rispetto ad esse».

Argomentazioni simili sono svolte, nella STC 119/2014, per concludere che la norma che stabilisce la priorità applicativa dei contratti d'impresa rispetto a quelli di settore in determinate materie (retribuzione, tempo di lavoro, classificazione professionale, modalità di contrattazione e conciliazione) non lede gli artt. 28.1 e 37.1 CE. La premessa è che «non esiste un modello costituzionale predeterminato di contrattazione collettiva»: tanto il modello «accentrato» (contrattazione generale o settoriale) come quello «decentrato» (contrattazione d'impresa) devono considerarsi legittimi fintantoché siano rispettate la libertà di negoziare e la forza vincolante del contratto collettivo negli ampi margini stabiliti dall'art. 37.1 CE. La norma impugnata «corrisponde a una finalità costituzionalmente legittima»: «la difesa della produttività e *viabilidad* dell'impresa e, in ultima istanza, dell'occupazione», ricollegata ai diritti e principi degli artt. 35.1, 38.1 e 40 CE. La si ritiene ragionevole, in quanto è fondata su una concezione dell'impresa come «spazio specialmente propizio per la contrattazione collettiva che tenga conto delle concrete caratteristiche e necessità dell'impresa e dei suoi lavoratori» e perché, in questa prospettiva, «ha optato per dare preferenza al

risultato di una contrattazione decentrata» in determinate materie. Si rileva, inoltre, che «non preclude in assoluto la contrattazione collettiva di ambito superiore per le materie rispetto alle quali si prevede tale priorità né priva di efficacia normativa la regolamentazione settoriale già esistente, che continuerà ad applicarsi in tutte le imprese del suo ambito che non approvino un proprio contratto collettivo».

La STC 8/2015 stabilisce che la norma che attribuisce al datore di lavoro la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni di lavoro previste in accordi o patti collettivi di efficacia limitata («*extraestatutarios*») non viola gli artt. 37.1 e 28 CE in quanto la limitazione dei diritti che sono riconosciuti in questi precetti ha la finalità di «conseguire il mantenimento del posto di lavoro in alternativa alla sua distruzione». Il TCE sottolinea che l'esercizio della facoltà accordata al datore di lavoro «è concepito unicamente come alternativa al fallimento della prescritta previa negoziazione con i rappresentanti dei lavoratori» ed è soggetto a condizioni («provate ragioni economiche, tecniche, organizzative o di produzione») e al controllo giurisdizionale. Infine, la decisione nega che escludere per legge la possibilità che con la contrattazione collettiva si prevedano clausole di pensionamento obbligatorio (mediante la fissazione di un'età massima) violi gli artt. 14 e 37.1 CE. La misura è giustificata con riferimento alla situazione di «crisi economica aggravata da un elevato tasso di disoccupazione» e al suo obiettivo: «incentivare la permanenza del lavoratore nel suo posto è funzionale anche a garantire la protezione di un interesse generale prevalente quale è la salvaguardia della sostenibilità del sistema delle pensioni, in particolare, e del funzionamento del *Sistema Nacional de la Seguridad Social*, in generale».

3. I *votos particulares*: un modello di controllo che offre maggiori garanzie di fronte all'arretramento delle tutele

3.1. Incostituzionalità del ricorso al decreto-legge

L'analisi ha finora evidenziato che il TCE ha avallato la *reforma laboral* del 2012, considerando conforme ai requisiti stabiliti dall'art. 86.1 CE il ricorso al decreto-legge per la sua adozione e giustificando le innovazioni restrittive dei diritti dei lavoratori. Le decisioni approvate dalla maggioranza dei suoi dodici componenti hanno riconosciuto l'esistenza di un fine costituzionalmente legittimo delle misure implicanti limitazioni di quei diritti (la salvaguardia della *viabilidad* o sostenibilità dell'impresa, specialmente in vista della conservazione o creazione di lavoro); mentre la proporzionalità di tali limitazioni è stata giustificata mediante riferimenti alla congiuntura economica e alle condizioni previste dallo stesso legislatore per l'applicazione delle singole misure. All'opposto, nei *votos particulares* (opinioni dissenzianti) che accompagnano le stesse decisioni formulati dal giudice Fernando Valdés Dal-Ré (ai quali hanno puntualmente aderito i magistrati Asua Batarrita e Ortega Álvarez) il ricorso al decreto-legge per l'adozione delle norme impugnate è considerato illegittimo, mentre le argomentazioni e conclusioni della maggioranza relative alle varie misure sono sottoposte a critica e confutate, a partire da una

concezione diversa dei diritti interessati e del controllo di costituzionalità delle loro restrizioni.

La legittimità del ricorso al decreto-legge è contestata nel *voto particular* all'ATC 43/2014, nel quale si nega che la riforma soddisfi i requisiti di «straordinaria e urgente necessità» stabiliti dall'art. 86.1 CE e si ritiene che questo sia violato anche per l'assenza di connessione fra la supposta situazione di straordinaria e urgente necessità e le misure adottate, nonché per il fatto che il decreto-legge ha inciso su diritti disciplinati nel Titolo I della CE. Con riguardo ai distinti profili indicati, le argomentazioni svolte sono molto più estese e dettagliate di quelle della maggioranza. In sintesi, si rileva che quest'ultima, con il suo *Auto*, «non fonda realmente e effettivamente il giudizio di conformità costituzionale» del decreto e delle misure impugnate sulle «basi argomentative» offerte dalla precedente giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 86.1; e si sottolinea che il controllo di costituzionalità non può limitarsi ad accertare l'esistenza di una «sommara descrizione» del senso e delle implicazioni delle regole giuridiche enunciate nel preambolo dell'atto che le introduce: se così fosse, «si svuoterebbe di ogni contenuto l'esigenza di motivazione dell'urgente e straordinaria necessità da parte del Governo», riducendo tale controllo a «una funzione routinaria, privata di ogni pur minimo ambito proprio di accertamento ed effettività» e confondendo il requisito richiesto dall'art. 86.1 «con i criteri dei protocolli di tecnica legislativa».

Un controllo più rigoroso porta a constatare la mancanza di una motivazione specifica di molte delle misure introdotte e la «aperta e manifesta inesistenza della necessaria connessione» con l'allegata situazione di urgenza. Infatti, si ritiene che la situazione di crisi economica e aumento della disoccupazione difetti delle «caratteristiche di imprevedibilità, inusualità, gravità e immediatezza» richieste dalla giurisprudenza costituzionale, in quanto il carattere ciclico dell'economia di mercato è un «elemento strutturale». Si sottolinea che lo stesso legislatore, «cosciente dell'assenza di una corrispondenza fra riforma del mercato del lavoro e creazione di occupazione», allega come ragione fondamentale delle misure non quella di combattere la disoccupazione e facilitare l'occupazione bensì «creare le condizioni necessarie per creare occupazione»: così confermando che non cerca di agire «in maniera immediata» sulla realtà economica e che «al contrario pretende di operare in maniera che si presume preventiva, nel futuro, e permanente», offrendo una «causa giustificativa» che è perciò «orfana di ragionevolezza costituzionale» e che «si riferisce a un futuro ipotetico», ovvero «a una situazione caratterizzata da una doppia incertezza», temporale e materiale (relativamente a quando potranno realizzarsi tali condizioni e all'effettiva creazione di occupazione attraverso le misure adottate). In definitiva: «i difetti cronici del mercato del lavoro spagnolo che la norma d'urgenza pretende di affrontare e risolvere (basso tasso di occupazione, alto tasso di disoccupazione o dualismo contrattuale, per citare i più persistenti) non consentono di dare ad essi una soluzione attraverso misure dotate delle caratteristiche di straordinaria e urgente necessità», dinanzi a una situazione che «configura, piuttosto e purtroppo, uno scenario strutturale e prevedibile».

Infine, si ritiene che la modifica della disciplina relativa alla corresponsione dei salari ingiustamente non percepiti a causa di licenziamento illegittimo incida («a prescindere da quale sia l'effetto: favorevole, sfavorevole o neutro») su elementi

essenziali e strutturali del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale effettiva, indebolendo la posizione giuridica del lavoratore, in concreto riducendone le possibilità di accedere alla giurisdizione per la difesa dei propri diritti e interessi, e pertanto l’uguaglianza processuale.

Per queste ragioni, si conclude che l’*Auto* della maggioranza «riflette una concezione di un esercizio di un potere legislativo eccezionale da parte del Governo che [...] non corrisponde alla concezione del modello di Stato sociale e democratico di diritto che la nostra *Carta Magna* proclama con la ferma volontà di dotarlo di una validità generale e trasversale, attribuendole il valore e la condizione di canone interpretativo della totalità del suo articolato».

3.2. Incostituzionalità delle misure “flessibilizzatrici”

Le critiche alle decisioni della maggioranza sulle varie innovazioni “flessibilizzatrici” si basano, in primo luogo, su un diverso inquadramento costituzionale dei diritti su cui esse incidono. In particolare, si considera «indiscutibile» che la CE non definisce «un modello chiuso riguardo a nessuno degli elementi del diritto alla contrattazione collettiva» enunciato nel suo art. 37.1. Tuttavia, si sottolinea che «la libertà della quale dispone il legislatore ordinario non è una libertà assoluta», ma «deve osservare certi limiti». In concreto, si sostiene che l’art. 37.1 «opera come diretta fonte attributiva di certe garanzie, nel momento in cui ordina alla legge di svilupparle e completarle»: in questo senso, corrisponde a un «modello promozionale di contrattazione collettiva» e «impone al legislatore il dovere di adottare azioni positive, con cui [...] si adoperi per promuovere in maniera attiva, reale e effettiva la contrattazione collettiva e i suoi risultati». Da un lato, secondo tale modello (affermato nella precedente giurisprudenza del TCE e implicitamente sconfessato dalle nuove decisioni) il precetto non si limita a prevedere una garanzia «negativa, di mera protezione e rispetto», del potere delle organizzazioni dei lavoratori e datori di lavoro (garanzia di astensione), bensì formula una garanzia «positiva, di promozione e appoggio» (garanzia istituzionale), che deve concretizzarsi mediante l’intervento della legge. Dall’altro lato, la garanzia costituzionale si sostanzia in un «diritto di libertà che, esercitabile fondamentalmente dinanzi allo Stato, tutela gli interlocutori sociali da eventuali interferenze o limitazioni non giustificate da un punto di vista costituzionale» e include, in particolare, la «libertà di stipulare» o «selezionare le materie oggetto di contrattazione e dotare queste di un contenuto essenziale». Ciò non esclude eventuali limitazioni, giacché il legislatore ordinario può effettuare bilanciamenti fra tale libertà e «gli altri diritti e beni costituzionalmente protetti»²². In particolare, si ricorda che, secondo lo stesso TCE, la giustificazione di eventuali restrizioni legislative dell’autonomia negoziale deve riconoscersi nel danno che il suo esercizio può arrecare a interessi generali (STC 11/1981): danno che non sussisterebbe «nel caso del conflitto originato dal mero fallimento dei processi di negoziazione dell’accordo». Né potrebbe considerarsi giustificazione adeguata «la

²²V.p. a STC 119/2014, II.A.

salvaguardia della competitività e *viabilidad* dell'impresa come meccanismo per favorire il mantenimento dell'occupazione»²³.

In quanto al diritto al lavoro, si sostiene che, in base a una «interpretazione sistematica» dei diritti dei lavoratori riconosciuti nella CE, l'art. 35.1, mediante tale espressione, «obbliga i poteri pubblici e, in special modo, il legislatore all'approvazione di norme e alla promozione di azioni politiche indirizzate a facilitare la creazione, non di un'occupazione qualsiasi», bensì di un lavoro «degn», «realizzato in condizioni di libertà, equità e sicurezza, che permetta al lavoratore lo sviluppo della sua personalità e il rispetto della sua dignità (art. 10.1 CE) in un quadro giuridico nel quale i diritti dei lavoratori siano riconosciuti e attivamente difesi»²⁴.

In generale, per quel che riguarda la metodologia applicata nel controllo di costituzionalità, si critica l'uso della crisi economica come canone di giudizio e, in certa misura, si critica la tendenza a invocare la libertà d'impresa dell'art. 38.1 CE (perché la sua invocazione, nella maggioranza dei casi, difetterebbe di rigore tecnico) e il *principio rector* dell'art. 40.1 CE (perché la sua invocazione sarebbe «paradossale»). Invece, si lamenta che non sia stato debitamente utilizzato il canone del contenuto essenziale (art. 53 CE) dei diritti fondamentali degli artt. 35.1 e 37.1 CE e si propone una diversa impostazione dei giudizi relativi ai casi esaminati a partire dal suo utilizzo, con ripetuti riferimenti a fonti internazionali e alla loro interpretazione per la specificazione di tale contenuto. Infine, si criticano le modalità con le quali è stato effettuato il controllo di proporzionalità: in primo luogo, perché questa è stata utilizzata come canone non complementare bensì alternativo a quello del contenuto essenziale; in secondo luogo, perché è stata utilizzata come canone di mera legalità ordinaria.

In particolare, si afferma che l'uso della crisi come canone nel controllo di costituzionalità può avere «conseguenze imprevedibili per la vigenza nel nostro sistema giuridico delle clausole sociali» e che «il consolidamento di tale uso presso di noi ha potenzialità devastatrici per lo sviluppo e consolidamento dello Stato sociale, che può mettere fra parentesi, ponendo a disposizione del legislatore ordinario alcune facoltà che [...] potrebbero finire per risultare pari a quelle attribuite al legislatore costituente»²⁵.

La tendenza a invocare l'art. 38.1 CE come canone nel sindacato di costituzionalità di norme che incidono sui diritti fondamentali dei lavoratori – con il proposito di evidenziare l'esistenza di un «conflitto fra diritti» e «la conseguente necessità di bilanciamento (*ponderación*)» – è criticata perché si ritiene che in realtà, nella maggioranza dei casi esaminati e in concreto quando si tratta di limitazioni del diritto alla contrattazione collettiva, non esista un conflitto di tal tipo. Infatti, si sostiene che non vi è una «connessione diretta e certa» fra le misure in questione e il precetto invocato, posto che alla libertà d'impresa dell'art. 38.1 CE «non può ricondursi qualsiasi normativa che incida sugli interessi del datore di lavoro», bensì solo la facoltà di iniziare un'attività imprenditoriale e il diritto di esercitarla in condizioni di uguaglianza nel mercato, che non vengono in considerazione nei casi

²³V.p. a STC 119/2014, II.B.

²⁴V.p. a STC 119/2014, III.

²⁵V.p. a STC 8/2015, II.

esaminati. Si dissente dall’«attribuzione della natura di interessi costituzionalmente protetti a interessi di carattere squisitamente privato, come sono la competitività e la *viabilidad* della singola impresa»: pertanto, nei casi in cui le misure contestate non hanno altro fondamento, si considera inesistente un conflitto fra diritti, si ritiene impossibile l’applicazione di un canone di proporzionalità e si afferma la necessità di metterle in relazione con il contenuto essenziale del diritto alla contrattazione collettiva²⁶.

L’esistenza di un conflitto fra diritti, con la conseguente possibilità di applicare il canone della proporzionalità, si riconosce in altri casi, nei quali il diritto al lavoro dell’art. 35.1 CE (la sua particolare manifestazione che è il diritto a non essere licenziato senza giusta causa) si vede limitato da misure il cui fondamento, alla luce della precedente giurisprudenza del TCE, può correttamente identificarsi nell’art. 38.1 CE. È questo, in particolare, il caso dell’estensione del periodo di prova nel CAI, nel giudicare la quale occorre stabilire una «concordanza» fra la facoltà datoriale di estinguere il contratto e il principio di causalità dei licenziamenti. Anche in questi casi si afferma la necessità di utilizzare con priorità il canone del contenuto essenziale.

Fermamente e ripetutamente si nega che le misure contestate possano trovare fondamento nell’art. 40.1 CE, ritenendo tale tesi «carente della pur minima consistenza dal punto di vista costituzionale». In particolare, perché nella lotta alla disoccupazione non può ignorarsi l’esigenza di assicurare la protezione dei lavoratori e risulta «paradossale» pretendere di incentivare le assunzioni mediante l’espedito di facilitare l’estinzione dei contratti e ritenere che «in un’economia sociale di mercato le politiche dirette a creare occupazione debbano articolarsi, meccanicamente, mediante misure restrittive di una delle prime garanzie che devono riconoscersi, in uno Stato sociale e democratico di diritto, ai lavoratori: il principio di causalità dell’estinzione del contratto»²⁷.

Inoltre, si osserva che il giudizio sulla proporzionalità delle restrizioni del diritto al lavoro, che la maggioranza vorrebbe fondate sul *principio rector* dell’art. 40.1 CE, non implicherebbe un bilanciamento fra due diritti costituzionali, bensì fra il diritto costituzionale dell’art. 35.1 CE e «un interesse con fondamento ugualmente costituzionale» (quello dell’art. 40.1 CE); e che, in generale, secondo la giurisprudenza del TCE consolidatasi durante il decennio precedente (confermata dalla STC 208/2013), quando «confluiscono» con diritti fondamentali, i *principios rectores* (riconosciuti nel capitolo terzo del Titolo I della CE) devono considerarsi «come un elemento di rafforzamento, piuttosto che di limitazione, dei diritti

²⁶ Tali argomentazioni, svolte nel v.p. alla STC 119/2014 con riferimento alla ricordata previsione di un lodo obbligatorio, sono ripetute con riguardo a altre misure.

²⁷V.p. a STC 119/2014, III: dove, con riferimento all’estensione del periodo di prova nel CAI, si osserva che un simile argomento è carente altresì di «consistenza legale», poiché «pretende di considerare come un tutt’uno profili distinti che non possono confondersi, “esportando” verso l’ambito del periodo di prova e della sua durata la finalità che il legislatore ha assegnato al CAI di promuovere la creazione di occupazione stabile»; mentre, quand’anche il CAI potesse fare ciò, la finalità del periodo di prova non può essere anche quella di «verificare la *viabilidad* e sostenibilità economica del posto di lavoro», bensì solo quella di «facilitare l’accertamento delle attitudini professionali del lavoratore rispetto al posto».

fondamentali»²⁸. In aggiunta, con riferimento all'ampliamento della durata del periodo di prova nel CAI, si considera che questo, «invece di operare come uno stimolo ad assumere più lavoratori, può finire per trasformarsi in un incentivo alla loro rotazione»: giacché «un periodo di prova così prolungato» sarebbe «un aperto invito agli imprenditori affinché recedano dai contratti stipulati prima del completamento del periodo di prova, ricollocando diversi lavoratori negli stessi posti», ripetutamente e senza incontrare limiti legali effettivi²⁹.

Per determinare quale sia il contenuto essenziale dei diritti, e in generale per sviluppare il ragionamento giuridico, si fa riferimento, oltre che alla giurisprudenza del TCE, ad atti di livello europeo e internazionale e in concreto tanto alle fonti come alla loro interpretazione, nonché a provvedimenti o documenti particolari. Per esempio, si citano le conclusioni del rapporto sulle riforme della contrattazione collettiva nella legislazione spagnola approvato dal Consiglio di Amministrazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) nella riunione del 27 marzo 2014, nel quale si afferma che «la sospensione o non applicazione – disposte per decreto, senza accordo fra le parti – di convenzioni collettive pattuite liberamente fra le stesse, viola il principio della contrattazione collettiva libera e volontaria affermato nell'art. 4 della Convenzione n. 98 dell'OIL». O si rammenta che la Convenzione n. 158 dell'OIL, considerata «canone interpretativo ineludibile», autorizza gli Stati a prevedere eccezioni al regime causale durante il periodo di prova solo «a condizione che la durata sia stata fissata anticipatamente e sia ragionevole» (ciò che si esclude con riferimento al caso concreto). Le argomentazioni si appoggiano anche su riferimenti al diritto comparato e sul dialogo con tribunali stranieri. Così, il ripetuto riferimento a una sentenza della *Cour de Cassation* francese del 2008³⁰ serve a sostenere, nello scrutinio relativo all'ampliamento della durata del periodo di prova nel CAI, che «risulta quantomeno paradossale», in uno Stato sociale e democratico di diritto, che «il legislatore nazionale pretenda di promuovere l'occupazione incentivando le estinzioni contrattuali, senza causa né compensazione»³¹.

Infine, si critica ripetutamente la circostanza che, invece di effettuare il controllo di ragionevolezza e proporzionalità secondo un'ottica propriamente «costituzionale», la maggioranza si sia basata su «semplici criteri di legalità ordinaria», ovvero su «considerazioni estratte dalla regolamentazione legislativa»³².

²⁸ Sulla distinzione fra *derechos fundamentales*, riconosciuti nel capitolo secondo (artt. 14-38) del Titolo I della CE e *principios rectores de la política social y económica* (artt. 39-52) enunciati nel capitolo terzo (categoria nella quale rientrano quasi tutti i diritti sociali di prestazione, salvo il diritto all'educazione, enunciato dall'art. 27 CE) – dalla quale l'art. 53 CE fa derivare un diverso regime di garanzia, che sottintende la nota distinzione fra norme costituzionali precettive e programmatiche, ovvero fra diritti immediatamente esigibili e mandati al legislatore e agli altri poteri pubblici – v. in L.M. Díez-Picazo Giménez, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2013.

²⁹V.p. a STC 119/2014, III.

³⁰*Arrêt* n° 1210 du 1er juillet 2008. *Cour de cassation - Chambre sociale. 1°*.

³¹ Gli esempi sono estrapolati dal v.p. alla STC 119/2014, dove sono presenti ulteriori riferimenti alla Carta sociale europea e alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, funzionali a rafforzare le tesi sostenute (cfr. sezione III del v.p.).

³² In particolare, nel giudizio sull'estensione della durata del periodo di prova nel CAI: cfr. v.p. a STC 119/2014.

Al momento di esprimere un giudizio sulla legittimità costituzionale delle innovazioni legislative, l'utilizzo dei canoni del contenuto essenziale e di proporzionalità in conformità alle premesse concettuali e metodologiche descritte conduce a risultati opposti a quelli a cui si perviene nelle decisioni della maggioranza. In particolare, con riguardo alle misure in materia di risoluzione del contratto di lavoro, si ritiene che prevedere che le retribuzioni ingiustamente non percepite in caso di licenziamento illegittimo non siano corrisposte sia incostituzionale per violazione dell'art. 35.1 CE; che l'estensione della durata del periodo di prova nel CAI restringa in maniera sproporzionata l'applicazione del principio di causalità delle estinzioni contrattuali, compreso nel contenuto essenziale del diritto al lavoro; che la concreta ridefinizione delle cause che abilitano il datore di lavoro a disporre licenziamenti collettivi risulti lesiva dello stesso diritto. Del pari, si ritiene che avrebbero dovuto essere di accoglimento le decisioni sulle misure in materia di contrattazione collettiva. In particolare, si ritiene che l'arbitrato obbligatorio in caso di disaccordo riguardo alla non applicazione di condizioni previste in accordi collettivi violi l'art. 37.1, perché non ha la finalità di salvaguardare altri diritti o interessi di rilevanza costituzionale; che l'attribuzione di priorità assoluta al contratto d'impresa, senza possibilità di patto contrario negoziato negli ambiti settoriali o interprofessionali, leda il contenuto essenziale del diritto alla contrattazione collettiva e la libertà sindacale; che, introducendo un nuovo regime giuridico delle modifiche degli accordi collettivi di lavoro, si violino la garanzia costituzionale della forza vincolante dei contratti collettivi e la libertà sindacale.

4. Due modi alternativi di intendere la funzione e l'estensione del controllo di legittimità costituzionale, che implicano due concezioni alternative del diritto del lavoro, della forma di Stato, della Costituzione

La comparazione fra le decisioni del TCE sulla *reforma laboral* del 2012 e le opinioni dissenzienti che le hanno accompagnate permette di riconoscere due modelli alternativi di giudizio e due diverse concezioni del controllo di costituzionalità – e, pertanto, due idee diverse di quali siano i limiti della discrezionalità del potere politico-legislativo – di fronte alle recenti innovazioni che hanno implicato limitazioni di fondamentali diritti dei lavoratori nel contesto della crisi e della definizione di una nuova *governance* economica dell'UE(M), in Spagna come in altri Stati membri.

In primo luogo, possono riconoscersi due diverse idee riguardo a come dovrebbe svolgersi il sindacato sull'uso del decreto-legge e in concreto il controllo relativo all'esistenza del presupposto abilitante rappresentato da una situazione di straordinaria e urgente necessità, alla necessaria connessione fra tale situazione e le misure adottate, al rispetto dei limiti materiali previsti dalla Costituzione. Nell'ATC 43/2014 si pone enfasi sulla «congiuntura» di crisi, interpretando i requisiti fissati dall'art. 86.1 CE e dalla precedente giurisprudenza del TCE in una maniera che lascia ampi margini alla discrezionalità del Governo. Nonostante la frequenza del ricorso al decreto-legge per modificare la disciplina del mercato del lavoro durante gli ultimi venti anni, in un solo caso il TCE era giunto a dichiarare

incostituzionale detto uso: per la precisione, proprio quando per la prima volta un decreto in materia di lavoro fu oggetto di un ricorso di incostituzionalità, che portò alla pronuncia della STC 68/2007. Questa decisione, oltre a considerare come di «estrema ambiguità», «astratte» e «retoriche» le giustificazioni date dal Governo nel preambolo del *Real decreto-ley* n. 5/2002, con il quale, in una fase di ripresa economica, erano state introdotte misure per consolidare il recupero dei livelli d'occupazione e facilitare l'accesso a determinate tutele di categorie che fino ad allora ne erano rimaste prive, fondò la dichiarazione di incostituzionalità precisamente sul fatto che quelle misure non erano state adottate in una congiuntura critica, bensì per un'esigenza di adattamento «strutturale» della normativa esistente alle nuove circostanze³³. Se l'ATC 43/2014, nell'avallare il ricorso al decreto-legge per l'adozione di misure in una congiuntura problematica, risulta coerente (*rectius*: non in contraddizione) con quel precedente, tuttavia il controllo relativo alla sussistenza del presupposto abilitante nel caso concreto è poco esigente e di fatto ne giustifica un uso estensivo e “disinvolto” in un contesto di crisi³⁴. Diversamente, nel *voto particular* riguardante tale decisione, muovendo dalla premessa che «l'uso conforme a Costituzione» della «facoltà straordinaria» che l'art. 86.1 CE attribuisce al Governo «costituisce uno degli indici più efficaci per giudicare, in ogni momento storico, la qualità della nostra democrazia», si sostiene l'esigenza di un controllo più rigoroso, la cui applicazione (ipotizzata) conduce a una valutazione di segno opposto³⁵.

In secondo luogo, sono riconoscibili due modelli alternativi di bilanciamento costituzionale. Il primo, applicato nelle decisioni della maggioranza, ha giustificato restrizioni dei diritti dei lavoratori (e limitazioni della forza vincolante dei contratti collettivi) sulla base della “equiparazione” fra questi e la libertà d'impresa (il cui contenuto interpreta estensivamente), dell'utilizzo della crisi come canone di giudizio e di una concezione riduttiva del controllo di proporzionalità. Il secondo modello, proposto nei *votos particulares*, sottopone a uno scrutinio specialmente severo l'uso della discrezionalità politico-legislativa nell'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dagli artt. 35, 37 e 28 CE; interpreta restrittivamente l'art. 38.1 CE; esclude che l'art. 40.1 CE, in quanto norma che enuncia un *principio rector*, possa giustificare loro restrizioni; e insiste sull'esigenza di fondare il controllo delle stesse restrizioni sui canoni del contenuto essenziale e della proporzionalità in senso stretto, giungendo a considerare incostituzionali le misure esaminate.

All'alternativa fra tali modelli di bilanciamento e di interpretazione costituzionale, quando si considerino i distinti risultati della loro applicazione, corrispondono l'alternativa fra distinti modelli di Stato e quella fra distinte concezioni del diritto del lavoro. Di fatto, il primo modello di bilanciamento implica e permette il passaggio (a livello materiale, se non formale) da un modello di

³³ I.A. Rodríguez Cardo, *op. cit.* 727-731.

³⁴ In generale, su tale uso durante la recente crisi: A.M. Carmona Contreras, *El decreto-ley en tiempos de crisis*, in *Rev. cat. dret públic*, 47, 2013, 1-20.

³⁵ Un controllo più rigoroso per contrastare l'abuso del decreto-legge, divenuto strumento di legislazione ordinaria nella prassi, è sollecitato da settori ampi e autorevoli della dottrina spagnola: per tutti, M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, 2016.

Costituzione caratterizzato dalla centralità dei diritti al lavoro e alla contrattazione collettiva nella cornice dello Stato sociale e democratico di diritto (il quale presuppone un diritto del lavoro protettore, che non può ammettere che la creazione di occupazione sia perseguita mediante la riduzione di fondamentali tutele e la debilitazione delle organizzazioni sindacali), a un modello che si caratterizza non solo per l'equiparazione della libertà d'impresa ai diritti fondamentali dei lavoratori, ma altresì per un cambiamento radicale, un vero e proprio «rovesciamento»³⁶ rispetto al paradigma costituzionale. Tale modello attribuisce infatti alla libera iniziativa economica una preminenza che si pretende fondata, da un lato, sulla contrapposizione fra il diritto a un lavoro degno (tutelato) e la creazione di occupazione che dovrebbe derivare dall'adeguamento delle condizioni di lavoro alle esigenze dell'impresa; dall'altro, sulla contrapposizione fra la protezione organizzata degli interessi dei lavoratori e la creazione e conservazione di occupazione. Di qui la giustificazione non solo di misure congiunturali, ma altresì di cambiamenti strutturali, introdotti con modalità che confinano in una posizione marginale la rappresentanza parlamentare e sindacale. Per contro, il modello affermato nei *votos particulares* implica la chiara riaffermazione delle priorità del costituzionalismo sociale e democratico, evidenziando il carattere paradossale di tali contrapposizioni, giudicate incompatibili con lo Stato sociale e democratico di diritto. Ciò non significa escludere ogni possibilità che i diritti dei lavoratori subiscano limitazioni ed eliminare ogni spazio per l'esercizio della discrezionalità legislativa; bensì significa riaffermare una concezione promozionale di quei diritti (e della Costituzione che, insieme con i principi di uguaglianza e di solidarietà e con i diritti sociali di prestazione, li riconosce come tratti identificativi della forma di Stato sociale), esigere che il legislatore giustifichi ogni restrizione in modo rigoroso e in concreto rivendicare una concezione severa del controllo di proporzionalità. Coerentemente, si esige che il Governo giustifichi rigorosamente l'uso dei suoi poteri legislativi, affinché non sia svuotato il ruolo fondamentale, di rappresentanza e mediazione fra gli interessi dei diversi gruppi sociali, che spetta al Parlamento nello Stato di democrazia pluralista.

La commentata giurisprudenza del TCE ha potuto appoggiarsi su opinioni dottrinali che avevano considerato la salvaguardia della libertà d'impresa e in concreto della *viabilidad* e sostenibilità del progetto imprenditoriale, in quanto strumenti di una politica orientata alla piena occupazione, come finalità adeguate a giustificare le restrizioni dei diritti dei lavoratori³⁷. Nondimeno, soprattutto fra i costituzionalisti, ha suscitato perplessità una simile argomentazione, così come hanno causato perplessità l'uso della crisi come canone di giudizio e la concezione del controllo di costituzionalità e proporzionalità che risulta manifesta in quella giurisprudenza: aspetti, tutti questi, che sono stati criticati per ragioni analoghe a

³⁶ L'efficace immagine è utilizzata ripetutamente da G. Zagrebelsky in *La solitudine, cit.* e in *Contro la dittatura, cit.*

³⁷ Y. Sánchez-Urán Azaña, *Apoyo al empleo estable y modalidades de contratación*, in A. Montoya Melgar, J. García Murcia (dirs.), *Comentario, cit.*, 49-99.

quelle espresse nei *votos particulares*, mentre si è sottolineato che quel controllo dovrebbe essere specialmente esigente in tempi di crisi³⁸.

È certo, invece, che nella recente giurisprudenza *laboral* del TCE la prevalenza del primo dei due modelli sopra indicati ha significato un arretramento rispetto a standard di controllo applicati anteriormente: la giustificazione delle innovazioni legislative regressive ha avuto come presupposto cambiamenti regressivi o involutivi negli orientamenti dello stesso Tribunale. Alcuni esempi, relativi ad aspetti quali la concezione del diritto alla contrattazione collettiva, il contenuto della libertà d'impresa, la funzione dei *principios rectores*, sono già stati osservati nell'analisi delle decisioni sulla riforma del 2012. Ma significativa è anche la STC 39/2016, originata da un *recurso de amparo*, in materia di videosorveglianza nell'ambiente di lavoro, nella quale è stato ugualmente effettuato un giudizio di bilanciamento fra la libertà d'impresa (considerata fondamento del potere di controllo datoriale) e alcuni fondamentali diritti della lavoratrice ricorrente (all'intimità personale e alla protezione dei dati personali), che ha attribuito priorità alla prima a scapito dei secondi, anche per effetto di un «rilassamento» dei criteri di giudizio impiegati: in particolare, si è rimproverato al TCE di aver reso meno stringenti i requisiti per lo svolgimento di tale tipo di sorveglianza in un luogo di lavoro privato³⁹.

5. Due idee diverse sul modo in cui deve essere garantita la tutela costituzionale dei diritti dei lavoratori e in generale la tutela dei diritti sociali nel presente contesto europeo

536

Per concludere la sintetica comparazione ravvicinata fra le decisioni del TCE sulla *reforma laboral* del 2012 e i *votos particulares*, alcuni cenni devono essere dedicati al rapporto fra la commentata giurisprudenza e quella delle Corti europee. Anche sotto questo profilo si contrappongono due modelli.

È inevitabile constatare una certa consonanza fra le decisioni della maggioranza e la nota giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE che ha mostrato una tendenza ad assolutizzare le libertà economiche a scapito della tutela dei diritti dei lavoratori⁴⁰. Particolarmente in alcuni degli aspetti sopra evidenziati, quali la concezione della libertà d'impresa affermata in tali decisioni e il «rilassamento» dei criteri impiegati nel controllo delle innovazioni flessibilizzatrici,

³⁸ Cfr. P. Requejo Rodríguez, *op. cit.*; J.M. Goig Martínez, *La crisis económica y el principio de adecuación a las decisiones políticas como nuevo canon de constitucionalidad. Límites a la interpretación constitucional*, in *An. iberoam. just. const.*, 20, 2016, 117-148; M. Fraile Ortiz, *El papel de juez constitucional nacional: en concreto, la jurisprudencia del TCE*, testo della relazione presentata nel seminario su «*La Europa social: Alcances, retrocesos y desafíos*», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 26-27 ottobre 2016, di prossima pubblicazione in un volume dallo stesso titolo, a cura di P. Masala, Madrid.

³⁹ J. Lahera Forteza, *Nueva jurisprudencia constitucional en la videovigilancia laboral: Valoración crítica (STC 39/2016, de 3 marzo)*, in *Der. rel. laborales*, 5, 2016, 494-499. Sulla giurisprudenza precedente: L.A. Fernández Villazón, *La Ley de Protección de Datos de carácter personal y su impacto en el ámbito laboral: Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre*, in J. García Murcia (ed.), *El control de constitucionalidad*, *cit.*, 495-516.

⁴⁰ Tendenza evidenziata da S. Giubboni, *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2015, 493-509.

è riconoscibile la penetrazione nella dimensione nazionale (del controllo di costituzionalità come già in quella della legislazione) di schemi e logiche riconducibili ai persistenti squilibri del processo d'integrazione europea e alla prevalenza di opzioni politiche genericamente “neoliberali” nell'era della globalizzazione, le quali hanno aggravato tali squilibri e si riflettono in quella giurisprudenza. Mentre in essa restano quasi completamente dimenticate e frustrate⁴¹ le potenzialità di sviluppo della dimensione sociale dell'UE, tanto sul piano politico come su quello giurisdizionale, introdotte dal Trattato di Lisbona con l'inserimento di nuove clausole sociali e con l'equiparazione ai Trattati della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE⁴².

Per contro, la salvaguardia dei principi dello Stato sociale e democratico di diritto nel presente contesto europeo dovrebbe indurre le Corti costituzionali nazionali (e la stessa Corte di giustizia) non solo a sottoporre l'uso della discrezionalità legislativa a un controllo più esigente, ma altresì a utilizzare a tal fine, in conformità a una logica di dialogo e “tutela integrata», i criteri sviluppati nell'ambito del Consiglio d'Europa: nella giurisprudenza sociale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴³, ma soprattutto, *ratione materiae*, nelle recenti decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) fondate sull'interpretazione della Carta Sociale Europea, la quale, sul piano del riconoscimento dei diritti, rappresenta il testo più avanzato del costituzionalismo sociale europeo. Questo organo “quasi-giurisdizionale”⁴⁴, nell'esaminare innovazioni regressive introdotte dai legislatori di altri Stati in difficoltà nel contesto della crisi, assai simili a quelle adottate in Spagna, ha indicato requisiti e standard concreti di proporzionalità delle misure restrittive dei diritti dei lavoratori (come anche dei diritti sociali di prestazione) utilizzabili a salvaguardia del loro contenuto essenziale⁴⁵. Questi standard potrebbero essere impiegati dalle Corti costituzionali nazionali per potenziare il controllo da esse esercitato, a prescindere dall'esistenza di un obbligo di utilizzarli come parametri nel giudizio di legittimità costituzionale e della possibilità, controversa, che possano utilizzarli gli stessi tribunali ordinari nell'effettuare un “controllo di convenzionalità” diretto a

⁴¹ V., fra gli altri, S. Sciarra, *op. cit.*, 67-91; F. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, 2016, 26-53.

⁴² Su tali potenzialità v. ad es. D. Schiek, U. Liebert, H. Schneider (Eds), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2011; N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann, *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, 2012; (con accento sulla loro “frustrazione”), S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in M. Cinelli, S. Giubboni, *op. cit.*, 171-193.

⁴³ V. ad es. L. López Guerra, *Crisis económica y derechos humanos. Una nota de jurisprudencia*, in *Teor. y real. const.*, 36, 2015, 399-414; A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 9-46, e Id. *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Dir. pubbl.*, 1011-1050.

⁴⁴ Su cui v., sinteticamente, C. Panzera, *La «voce» del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. Caruso, G. Fontana, *op. cit.*, 253-270 e G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, 1-22.

⁴⁵ Su tali standard v. L. Jimena Quesada, *Social Rights and Policies in the European Union. New Challenges in a Context of Economic Crisis*, Valencia, 2016 (127-133); G. Guiglia, *Il diritto alla sicurezza sociale in tempo di crisi: la Grecia di fronte al Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in *DPCE*, 4, 2013, 1400-1416, e Id., *Il ruolo del Comitato europeo*, cit.

disapplicare le norme nazionali con essi contrastanti⁴⁶. Dallo sviluppo di sinergie orizzontali (fra UE e Consiglio d'Europa) e verticali (fra gli organi politici e giurisdizionali di entrambi i sistemi e quelli nazionali) dipende in ultima istanza la possibilità di garantire una migliore ed effettiva protezione dei diritti sociali (non soltanto di quelli dei lavoratori) nell'UE⁴⁷. Le une e le altre devono ritenersi fondamentali per rimediare all'«asimmetria fra la densità dei diritti dei lavoratori consacrati nel costituzionalismo europeo e l'effettività della loro protezione»⁴⁸: posto che le stesse decisioni del CEDS, sebbene non risultino prive di qualunque efficacia⁴⁹, non sono formalmente vincolanti. A questo proposito sono già stati posti in risalto l'apertura al dialogo e i frequenti riferimenti a atti e decisioni adottati in ambito internazionale (non solo europeo), che caratterizzano i *votos particulares* riguardanti le commentate pronunce del TCE; mentre un'uguale apertura e abbondanza di analoghi riferimenti non si rinvengono in queste ultime.

In conclusione, sembra che, nel presente contesto europeo, la preoccupazione per la salvaguardia di sufficienti spazi per l'esercizio della discrezionalità politico-legislativa non possa di per sé sola giustificare la deferenza dei giudici costituzionali verso misure che non solo sono socialmente regressive e sono il prodotto di un uso controverso, sotto l'aspetto della coerenza con i principi costituzionali dello Stato sociale, di tale discrezionalità; ma altresì risentono, in modo evidente, di un deficit di democraticità, giacché sono state approvate dai Governi o imposte dagli stessi (a loro volta condizionati o “armati” dagli orientamenti della nuova *governance* economica europea) con modalità ugualmente controverse, tali da limitare fortemente e in alcuni casi svuotare la funzione rappresentativa dei Parlamenti. Oltre a un più stringente controllo di proporzionalità delle misure restrittive, che può trovare riferimenti nella giurisprudenza delle Corti europee, è pertanto auspicabile e necessaria la riaffermazione della prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti, per arginare gli abusi governativi ricorrenti nella prassi, i quali devono considerarsi funzionali all'esecuzione di indirizzi e direttive “tecnocratici” o, in alcuni casi, rivelano l'inclinazione a farne uso come pretesto per legittimare quelle misure: per cui, in definitiva, dovrebbe esigersi una motivazione rigorosa delle forme usate per approvare innovazioni che incidono globalmente e con effetti regressivi sul livello di attuazione dei principi fondamentali dello Stato sociale e democratico di diritto⁵⁰.

⁴⁶ Sul punto, con riferimento all'ordinamento spagnolo, si fronteggiano tesi diverse: cfr. quelle di L. Jimena Quesada, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, 2013 e R. Canosa Usera, *El control de convencionalidad*, Madrid, 2015.

⁴⁷ L. Jimena Quesada, *Social Rights*, cit., G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo*, cit., A. Guazzarotti, *Crisi economica*, cit.

⁴⁸ Asimmetria rilevata da F. Valdés-Dal Ré, *op. cit.*, 110-125.

⁴⁹ Nella misura in cui riescono a influenzare le decisioni degli organi politici e giurisdizionali nazionali: cfr. G. Guiglia, *Il ruolo del Comitato europeo*, cit.; L. Jimena Quesada, *Social Rights*, cit., 140-142; C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in *Consulta online*, II, 2015, 488-503.

⁵⁰ In tal senso, P. Masala, *Crisi della democrazia*, cit., 30.

6. Per concludere: pensando alle possibili scelte future della Corte costituzionale italiana (Madrid, Lisbona... o Roma?)

L'analisi svolta induce infine a volgere lo sguardo da Madrid verso Roma e il Palazzo della Consulta, per domandarsi quale via percorrerà la Corte costituzionale italiana, qualora dovesse giudicare della legittimità di innovazioni legislative recenti che, per contenuti e modalità di approvazione, presentano evidenti analogie con quelle già esaminate dal TCE. Considerato che l'oggetto (misure flessibilizzatrici adottate o “imposte” dall'esecutivo)⁵¹ e i parametri del controllo (principi di uguaglianza e solidarietà, norme di riconoscimento dei diritti sociali e principi della Costituzione economica), pur non essendo completamente sovrapponibili⁵², sono assai simili nei due casi, quali esiti possono prevedersi? Quale atteggiamento è lecito attendersi che prevalga? Giustificazione e deferenza, come nelle decisioni del TCE, o rigorosa e strenua difesa dei principi dello Stato sociale e della democrazia parlamentare, come *nei votos particulares*, che nelle argomentazioni e negli esiti ipotizzati mostrano una certa vicinanza a logiche e soluzioni applicate in alcune decisioni dell'altro *Tribunal Constitucional* europeo, quello di Lisbona?⁵³ O forse una terza via? In definitiva: Madrid, Lisbona (e *votos particulares*) o... Roma?

A ben vedere (e premesso che chi scrive ritiene che, per coerenza con la lettera e lo spirito della Costituzione, con le sue priorità chiaramente riconoscibili e con i caratteri identificativi della forma di Stato che questa proclama, ovvero in applicazione di un'interpretazione sistematica, dovrebbe seguirsi la seconda via), l'esistenza di due differenze fondamentali fra la Corte italiana e quella spagnola autorizza a ritenere che la prima, se anche non dovesse seguire in tutto il modello dei *votos particulares*, potrebbe svolgere un controllo effettivo e dichiarare illegittime almeno alcune delle recenti innovazioni flessibilizzatrici, per ragioni di contenuto e di forma.

In primo luogo, è diversa la composizione delle due Corti. Verosimilmente, l'estrema deferenza mostrata dal TCE è dovuta anche ai criteri di designazione dei

⁵¹ Si pensi alle somiglianze, ma anche alle differenze, fra il CAI spagnolo e l'italiano contratto a tutele crescenti, e alle innovazioni in materia di licenziamenti. Quanto alle forme, comune è stata l'emarginazione del Parlamento: all'impiego (limitato ma significativo) della decretazione d'urgenza si è aggiunto un uso esteso della delegazione legislativa con ricorso alla fiducia per l'approvazione di deleghe generiche, unito a una nulla o scarsa considerazione dei pareri parlamentari sugli schemi dei decreti attuativi. Oltre ai citati scritti di A. Guazzarotti e P. Masala, v., fra gli altri, S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015; C. Salazar, *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quad. cost.*, 1, 2016, 95 ss.; M. Corti, *Jobs Act e Costituzione: i molti interrogativi di un rapporto difficile*, *ivi*, 98 ss.

⁵² Le differenze principali (non abissali) sono date dalla distinzione fra *derechos fundamentales* e *principios rectores* e dalla previsione di limiti materiali all'uso del decreto-legge nell'art. 86.1 CE: ma la prima non appare decisiva, mentre in recenti decisioni della Corte italiana in materia di decretazione d'urgenza si afferma l'esigenza di garantire un adeguato dibattito parlamentare nell'approvazione di atti che incidono sui diritti e su altri aspetti qualificanti della forma di Stato (v. *infra* nel testo).

⁵³ Su cui v. M. Canotilho, *Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués*, in *Dem. e sic.*, 1, 2016, 31-71; M. Canotilho, T. Violante, R. Lanceiro, *Austerity Measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*, in *Eur. Const. L. Rev.*, 1, 2015, 155-183. Nella dottrina italiana: R. Orrù, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *DPCE*, 2, 2014, 1015; A. Canepa, *Crisi economica e Costituzione in Portogallo. La «giurisprudenza di crisi» del Tribunale costituzionale tra diritti sociali ed emergenza finanziaria*, in E. Ceccherini, *op. cit.*, 227-262; M. Iannella, *Condizionalità e diritti sociali: spunti dal caso portoghese*, in *Dir. e soc.*, 1, 2016, 107-140.

suoi componenti: un raffronto diretto evidenzia immediatamente che i criteri stabiliti dall'art. 135 Cost. offrono maggiori garanzie di equilibrio nella rappresentanza di diverse sensibilità giuridiche e politiche e maggiori garanzie di indipendenza dagli esecutivi e dalle maggioranze parlamentari che li sostengono rispetto a quelli indicati nell'art. 159 CE. Questo prevede che due dei dodici magistrati costituzionali siano nominati su proposta del Governo e otto su proposta del Parlamento (i due restanti, su proposta del *Consejo General del Poder Judicial*): pertanto, specialmente quando si susseguano legislature caratterizzate da maggioranze parlamentari di identico colore politico, facilita la formazione di una maggioranza di magistrati di sensibilità omogenea. Di fatto, le decisioni assolutorie sulla *reforma laboral* sono state votate da una maggioranza "conservatrice" (come il Governo nelle ultime due legislature) e i *votos particulares* sottoscritti da una minoranza "progressista". Questa divisione in blocchi tendenzialmente stabili, tanto evidente da essere ordinariamente rilevata nei mezzi di comunicazione, non è occasionale ma caratterizza la generalità delle decisioni del TCE, che suole essere assai deferente quando deve giudicare su atti del legislatore nazionale: come confermano, in particolare, anche le recenti decisioni che hanno ritenuto giustificate e ragionevoli le limitazioni dei diritti sociali di prestazione causate da misure di austerità adottate con decreto-legge⁵⁴.

In secondo luogo, rilevano gli indirizzi recentemente sviluppati dalla Corte costituzionale proprio in questi ambiti (misure d'austerità e decretazione d'urgenza), contigui a quelli del lavoro e della delegazione legislativa, strumento usato per l'ultima rilevante riforma del settore in Italia.

La giurisprudenza della Corte sulle misure di stabilizzazione finanziaria implicanti limitazioni dei diritti sociali di prestazione adottate durante la crisi è stata caratterizzata da esiti vari e differenziati, anche a causa delle peculiarità dei casi esaminati⁵⁵. Nondimeno, è significativo che, insistendo sull'esigenza di uno scrutinio stretto di ragionevolezza e di assicurare il rispetto dei «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» (uguaglianza e solidarietà) nonché dei diritti riconosciuti negli artt. 36, 38 e 39 Cost., la Corte, all'esito di un bilanciamento fra tali principi e diritti e il principio dell'equilibrio di bilancio consacrato nel novellato art. 81 Cost., abbia dichiarato illegittime alcune misure incidenti sulle retribuzioni di pensionati e lavoratori⁵⁶. Dopo il clamore suscitato dalla sent. n. 70/2015 in materia di pensioni, la sent. n. 178/2015 in materia di contrattazione nel pubblico impiego, limitando gli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità, può aver fatto pensare a un "ripiegamento"; ma, a parte le differenze fra le norme esaminate, proprio in materia di pensioni è venuta consolidandosi una linea che pone enfasi sul principio di solidarietà e sull'esigenza

⁵⁴ Cfr. l'analisi per settori in M. Fraile Ortiz, *op. cit.*

⁵⁵ Non pochi vi hanno visto oscillazioni e incoerenze: di qui le perplessità espresse, ad es., in vari contributi nel n. 3/2015 di *Quad. cost.*

⁵⁶ Per un'analisi dettagliata, che spiega le apparenti incoerenze con riferimento alle peculiarità dei diversi casi esaminati, P. Masala, *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, in E. Ceccherini, *op. cit.*, 189-225; Id., *El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria*, in *An. iberoam. just. const.*, 20, 2016, 223-255.

di uno scrutinio «stretto» di ragionevolezza, coerente con una necessaria visione di sistema (cfr. sentt. nn. 173 e 174/2016)⁵⁷.

Anche per quanto riguarda il controllo dell’osservanza dei principi costituzionali in materia di fonti, la Corte ha mostrato di avere sufficiente indipendenza per contrastare alcuni dei più gravi abusi governativi: degna di nota è la nuova “svolta” in materia di decretazione d’urgenza, con sottolineatura dell’esigenza che sia assicurato un dibattito parlamentare congruo ed effettivo, specie in caso di innovazioni di sistema, che riguardano aspetti qualificanti della forma di Stato come diritti e autonomie territoriali (sentt. nn. 22/2012 e 32/2014, nonché 220/2013). Per cui non è da escludere, in futuro, un superamento della tradizionale prudenza nel sindacato sull’uso della delegazione legislativa, che si è caratterizzato per una significativa compressione del ruolo del Parlamento proprio in materia di lavoro, sul quale è «fondata» la «Repubblica democratica». Per le ragioni indicate, è ipotizzabile, oltre che auspicabile, l’estensione degli indirizzi ora ricordati, opportunamente adattati, ad ambiti quali le riforme del diritto del lavoro e la delegazione legislativa.

Infine, non è prevedibile ma sarà interessante osservare se e fino a che punto, oltre a un’interpretazione sistematica della Costituzione, troveranno spazio riferimenti agli atti internazionali e saranno valorizzate le potenzialità offerte dal dialogo con altre Corti in una prospettiva di tutela integrata e rafforzata (favorita da una *cross-fertilization* socialmente e democraticamente orientata) nel presente contesto europeo di pluralismo costituzionale; o se piuttosto, e in contraddizione con i principi del costituzionalismo democratico e sociale enunciati nella Costituzione italiana e propri della tradizione europea, si affermeranno logiche e schemi regressivi rinvenibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia e sopra riconosciuti anche nelle decisioni del TCE.

Per concludere: la parola definitiva sulle nuove misure flessibilizzatrici introdotte in Italia spetta indubbiamente alla Corte costituzionale; in attesa del suo giudizio, se non può prevedersene con certezza l’esito, sembra tuttavia sicuro, pensando alla prova che la attende, che «qui», ancor più che in recenti e clamorose occasioni, «si parrà la *sua nobilitate*».

⁵⁷ Hanno insistito sull’esigenza di una simile visione L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it* e (con riferimento anche alla dimensione europea) S. Rodotà, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.