

MASSIMO CAVINO

Il lavoro nella Costituzione repubblicana

SOMMARIO: 1. Un concetto unitario – 2. La concezione politica del lavoro – 3. Doveri inderogabili di solidarietà ed efficacia immediata del dovere costituzionale di lavorare – 4. Il dovere di lavorare come limite al godimento di diritti – 5. Doveri di lavorare e obbligo di lavorare. Ipotesi eccezionali e speciali – 6. Il diritto al lavoro – 7. L'effetto conformativo del dovere di lavorare sul diritto al lavoro: scelta del lavoro, disoccupazione involontaria e politiche attive – 8. Il lavoro degli stranieri

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

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

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

Com'era ovvio sono state proposte due soluzioni² fortemente influenzate dalla posizione pregiudiziale degli interpreti: se propensi ad affermare

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

² Estranea all'una e all'altra è la posizione di Giuseppe Ugo Rescigno che prende le mosse da una sua definizione di lavoratori ricomprendendo nella categoria quanti «patiscono col proprio corpo un dispendio di energie fisiche e nervose al fine di procacciare a se stessi i mezzi necessari per la propria vita ed eventualmente per la vita di coloro che sono a loro carico» (*Lavoro e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 34 ss.; *Costituzione come progetto apicale e generale, eguaglianza sostanziale, lavoro*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano 2012, p. 1062). Non si tratta di una concezione del lavoro e dei lavoratori necessariamente collegata alla condizione di soggetti economicamente deboli (Rescigno vi riconduce i dirigenti al vertice delle grandi imprese), ma piuttosto molto vicina a quella propria dei fisici che per lavoro intendono il dispiego di energia.

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

Così, tra i primi interpreti della Costituzione, Ugo Natoli prende le mosse dalla considerazione della natura del nuovo regime repubblicano⁴ per sostenere la prevalenza assiologica del «fatto lavoro» inteso come la situazione soggettiva del lavoratore subordinato. Ciò lo porta a concludere che «non può apparire dubbio che il significato del termine lavoro adoperato nell'art. 1, comma 1, sia da ricollegare piuttosto alla indicazione contenuta nell'art. 3, comma 2, anziché alla generica nozione di attività socialmente utile delineata nell'art. 4, comma 2. Esso indica, perciò, non tanto questa attività (la cui previsione ad oggetto di un dovere di carattere generale, a ben guardare, rappresenta una delimitazione, che incide immediatamente sulla posizione costituzionale delle altre forze componenti il regime, di quelle, cioè, solitamente note come forze del privilegio economico) quanto, invece, quella particolare specificazione di tale attività in cui si concreta, il fatto lavoro»⁵.

Sulla stessa posizione si colloca Luciano Micco: «Dire che è fondata sul lavoro, pur non smentendo che al lavoro in senso lato possa ridursi il contributo sociale di altre (rispetto agli *économiquement faibles*) fasce di soggetti, significa operare una scelta, acquisire, coerentemente con i fondamenti materiali del nostro assetto costituzionale, un determinato valore (che ha improntato peculiarmente di sé gli indirizzi direttivi, costituzionalmente fissati, dell'azione dello Stato) il quale appartiene ad una certa esperienza storica e non ad altre, e che anzi serve come valutazione della rilevanza costituzionale di queste ultime, a cui è storicamente estraneo, ma al quale esse sono normativamente ricondotte dalla nostra Carta»⁶. Sarebbe quindi l'emancipazione delle classi sociali economicamente svantaggiate e «la funzione assegnata al lavoro come centro motore di mobilità sociale» l'aspetto positivo

³ C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost., Artt. 1-12*, Bologna 1975, p. 11 e ss., spec. p. 13.

⁴ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano 1955, p. 62 e ss.

⁵ *Ibidem*, p. 64.

⁶ L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino 1966, p. 161 ss.

dell'articolo 1 della Costituzione, e in questo senso si potrebbe immaginare che l'attribuzione di significato proceda dall'art. 3, comma 2, all'art. 1 e poi conclusivamente all'art. 4 Cost.⁷: i valori emancipatori del lavoro subordinato (art. 3, comma 2) fondano la Repubblica (art. 1) e diventano l'unità di misura per valutare il rilievo costituzionale delle altre forme di lavoro (art. 4, comma 2)⁸.

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

Da subito Carlo Esposito chiarisce che la concezione del lavoro accolta dal primo articolo della Costituzione repubblicana è ampia: «Significa che l'ordinamento giuridico conosce (e riconosce) la importanza fondamentale che ha il lavoro in Italia e che perciò in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento. Essa, inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia, fa che il diritto al lavoro proclamato dall'art. 4 Cost. assuma una colorazione pubblicistica. Infine, la proclamazione che il lavoro (tutte le specie di lavoro di cui all'art. 4) è a base dell'esistenza della Repubblica giustifica che siano in particolare tutelate quelle forme di lavoro e quei lavoratori che ne hanno maggior bisogno; e che sia affermato che quei lavoratori manuali o in genere subordinati, che storicamente sono stati esclusi dalla direzione economica e politica del paese, abbiano diritto di parteciparvi»⁹.

È questa l'interpretazione che ha finito col prevalere. Fedele all'intenzione del Costituente, essa è coerente con l'impianto complessivo della Carta costituzionale di cui non contraddice il progetto di emancipazione sancito dall'art. 3, comma 2.

Questo, infatti, non afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese, stabilendo così una identità tra il concetto di lavoratore e quello di soggetto socialmente debole.

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

⁸ F. MANCINI, *Lavoro e sindacati nella Costituzione*, in *Mulino*, 1975, p. 166 e s., vede nel secondo comma dell'art. 4 la sintesi dell'accordo politico tra le «forze del lavoro e le forze del privilegio economico» (riprendendo la definizione di M. S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, I, p. 1 ss.).

⁹ C. ESPOSITO, *Commento all'art.1 della Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948 e in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, da cui traggio la citazione a p.12.

Il riferimento è agli ostacoli che impediscono la partecipazione di tutti i lavoratori, dal che si conclude che il concetto di lavoratore sia più ampio, comprensivo dei cittadini che già sono in grado di partecipare alla organizzazione del Paese e di quelli che invece abbisognano dell'intervento perequativo della Repubblica¹⁰.

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

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

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

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

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

Secondo Rescigno questi ultimi, la categoria dei *rentier*, sono esclusi dal diritto di partecipare alla organizzazione del Paese perché non producono beni o servizi per il mercato e la «loro disuguaglianza è pienamente gradita perché li rende ricchi senza necessità di dare nulla in cambio»¹¹.

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

L'immagine del capitalista col cilindro, l'idea per cui il godimento della rendita del capitale possa prescindere da qualsivoglia organizzazione e attività, non corrisponde alla realtà delle cose. Non è possibile che la rendita del capitale (ove il termine rendita e capitale paiono essere utilizzati da Rescigno più in una prospettiva ideologica che macroeconomica) si esaurisca

¹⁰ F. CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Bologna 1974, p. 68 ss.

¹¹ G. U. RESCIGNO, *Costituzione come progetto*, cit., p. 1064 ss.

nel mero consumo da parte del *rentier*, senza la produzione di effetti economici ulteriori, che ben possono, e quindi devono, essere orientati al progresso materiale e spirituale della società.

2. Il concetto unitario di lavoro come «attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia», attiva partecipazione di tutti i lavoratori, ha una evidente connotazione politica¹². Essa presuppone però una concezione etica del lavoro che deve essere precisata. Per coglierne pienamente le implicazioni non è sufficiente dire che essa non è limitata alla contrapposizione tra lavoro e capitale: occorre definirla.

Così è utile prendere le mosse dalla riflessione di Felice Battaglia che nel 1951 scriveva che «tra le due concezioni del lavoro che oggi si dividono il campo, quella idealistica e quella marxistica per cui il lavoro è attività compiuta dell'uomo in un mondo suscettivo di essere razionalizzato, e quella più problematica e critica, per cui il lavoro come l'uomo che lo esprime presenta tutte le antinomie e i contrasti di un'essenza duplice e ambigua, abbiamo mostrato di preferire quest'ultima»¹³.

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

Con il lavoro ciascuno manifesta la sua «individualità profonda ed etica»; indica il posto che desidera occupare nel mondo: «il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita». Muovendo da questa premessa possiamo pienamente comprendere il senso della concezione del lavoro come partecipazione, accolta dalla nostra Costituzione.

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

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

¹² F. SANTORO, PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli 1954, p. 16.

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

¹⁴ *Ibidem*, p. 173. Si vedano anche le riflessioni di V. POSSENTI, *Lavoro, "lavorismo", Otium*, in *Filosofia*, 1990, p. 140.

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

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

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

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

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

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

Una prima questione, che pure aveva suscitato dibattito, può dirsi superata: quella relativa alla natura giuridica dei doveri costituzionali¹⁵, e quindi del dovere di lavorare.

¹⁵ Per quanto concerne la definizione del concetto aderiamo alla posizione di G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano 2002, p. 360 ss. per cui devono essere intesi come doveri costituzionali in senso proprio solo quelli in capo agli individui, non invece quelli degli organi costituzionali che dovrebbero essere definiti come «competenze» o come *officia*. Lombardi riconduce ai doveri in senso proprio anche quelli in capo ai titolari degli organi costituzionali. Sul tema cfr. B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER, (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino 2007, p. 232 ss. che invece non distingue tra doveri degli organi costituzionali e dei titolari degli organi considerandoli unitariamente come doveri funzionali.

La giuridicità dei doveri costituzionali¹⁶ si può dire definitivamente riconosciuta nel momento in cui si afferma il valore normativo di tutte le disposizioni costituzionali, abbandonando la distinzione, sotto questo profilo, tra principi e regole, tra norme programmatiche e norme immediatamente efficaci¹⁷.

Più complesso e non del tutto risolto è il dibattito¹⁸ intorno al rapporto tra il dovere di lavorare, posto al secondo comma dell'art. 4, e i doveri inderogabili di solidarietà sanciti all'art. 2 Cost.

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

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

In tale prospettiva i doveri vengono rappresentati come un limite generale funzionale al godimento dei diritti¹⁹.

¹⁶ Contro la natura giuridica del dovere di lavorare G. D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano 1958, p. 24. Nel dibattito sulla giuridicità del dovere di lavorare ha assunto un peso rilevante il tema della sua sanzionabilità (G. F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cost., Principi fondamentali*, Bologna 1975, p. 257 ss.) Anche in Assemblea costituente: il testo dell'art. 4 proposto dalla Commissione dei settantacinque (art. 31 del progetto) prevedeva in effetti un terzo comma in forza del quale «L'adempimento di questo dovere è condizione per l'esercizio dei diritti politici». La stessa commissione non si dichiarò contraria alla soppressione, chiesta da più parti. Cfr. però P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953, p. 151 per il quale «l'interprete deve oggi ritenere che gli oziosi possano essere privati del diritto di voto, in quanto moralmente indegni, ai sensi dell'art. 48 Cost.». In argomento C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 63; G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., p. 361.

¹⁷ Cfr. da ultimo G. SILVESTRI, *L'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 23 ss.

¹⁸ Per una ricostruzione puntuale cfr. A. CERRUTI, *Il dovere di concorrere al progresso materiale o spirituale della società nello Stato costituzionale di diritto*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna 2013, p. 189 ss.; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli 2014, p. 52 ss.

¹⁹ Cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova 1966, p. 51 ss. Rispetto a questa posizione si ricordi l'invito alla cautela di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1962, p. 887: «Molta cautela deve mettersi quando ci si richiama al dovere di fedeltà

Giorgio Lombardi mostra però come questa proposta interpretativa nasconda un'insidia: sostenere che il catalogo dei doveri sia aperto quanto quello dei diritti rischia di compromettere il confine tra clausola di doverosità e clausola di libertà senza giungere «ad una sorta di funzionalizzazione immanente dei diritti, perché con questo ci si limiterebbe ad aprire uno spazio “conformativo” al legislatore, risolvendo la doverosità in una apertura tendenzialmente illimitata al potere discrezionale del detentore momentaneo della maggioranza. Da un'attribuzione di competenza si passerebbe insensibilmente ad una frustrazione dello spazio di garanzia che la costituzione, invece, dovrebbe rappresentare, e da un fondamento di legittimità collegato al modo d'essere dell'obbligo politico, ci si ridurrebbe a mera legalità. La clausola di doverosità renderebbe operanti a vuoto (*leerlaufende*) i diritti che la costituzione, enunciandoli, vorrebbe, invece, garantire»²⁰.

Secondo Lombardi l'impostazione criticata deve essere respinta «poiché il *proprium* dei doveri costituzionali, come del resto è caratteristica comune di tutte le situazioni limitative, è quello di una serie di precetti che la costituzione contiene per permettere la loro attuazione evitando il pericolo di una serie di interventi lasciati all'arbitrio del legislatore». E ciò lo porta a concludere per la posizione costituzionale «tendenzialmente illimitata» dei diritti e per la tipicità dei doveri²¹: la prestazione di doverosità descritta genericamente all'art. 2 Cost. «diviene determinabile soltanto in relazione alla puntuale individuazione di specifici e tassativi doveri [...]. La conseguenza è dunque che i doveri riconosciuti nella Costituzione sono quelli di cui agli artt. 4, 30, 48, 52, 54 e 53»²².

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

come fonte diretta di limitazioni alle situazioni di vantaggio dei cittadini; esso può piuttosto valere quale criterio di interpretazione di norme particolari onde poterne dedurre motivi circa la loro estensibilità in via di analogia».

²⁰ G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., p. 360.

²¹ Alla impostazione di Lombardi aderisce M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, in particolare p. 781. La tipicità dei doveri costituzionali è invece argomento che ha portato A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 1990, p. 14 ss., a sostenere la tesi, contraddetta dallo sviluppo della realtà costituzionale, della chiusura del catalogo dei diritti.

²² G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., p. 362 ss., *passim*. Con particolare riferimento al dovere di lavorare cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967, p. 457.

Se si deve respingere l'idea di una generale funzionalizzazione dei diritti come conseguenza di una lettura aperta del catalogo dei doveri, non si può d'altro canto negare la portata conformativa di quei doveri²³ che sono stati l'oggetto di una precisa scelta costituente.

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

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

Così l'intervento del legislatore, come prescritto dall'art. 23 Cost., occorre per definire, se necessario²⁴, contenuti obbligatori del dovere; quando cioè ai consociati sia positivamente richiesta una prestazione personale o patrimoniale.

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

4. L'immediata efficacia del dovere di lavorare si misura concretamente in relazione a specifiche fattispecie. Si consideri il diritto al mantenimento dei figli maggiorenni da parte dei genitori.

L'art. 337 septies, comma 1, c.c. stabilisce che «il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto»²⁵.

Questa disposizione, in relazione alla situazione dei figli di genitori separati, specifica un principio che la giurisprudenza ha affermato come diritto vivente in termini generali: l'obbligo di concorrere al mantenimento ex

²³ Che G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., (ma anche in *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, in *Temi Trib.*, 1964) riconduce al principio di solidarietà.

²⁴ La possibilità di imporre obblighi in applicazione del dovere di lavorare è limitata ad ipotesi eccezionali, o comunque speciali. Rispetto al dovere di lavorare riesce quindi difficile seguire qui il pensiero di G. LOMBARDI, *Obbligo scolastico e inderogabilità dei doveri costituzionali*, in *Giur. it.*, 1967, I, Sez. I, p. 14 dell'estratto, che rileva «a proposito della nota di *inderogabilità*, propria dei doveri costituzionali, come essa determini la necessità di attuazione del dovere, in modo completo e senza residui, attraverso *obblighi* stabiliti da leggi».

²⁵ La disposizione, introdotta dall'art. 55, comma 1, d.lg. 28 dicembre 2013, n. 154, riproduce il contenuto dell'art. 155 quinquies c.c., a sua volta introdotto dall'art. 1 l. 8 febbraio 2006, n. 54.

artt. 147 e 148 c.c., come adempimento del dovere imposto dall'art. 30, comma 1, Cost., non viene meno col raggiungimento della maggiore età dei figli, ma permane fino a quando essi non abbiano raggiunto l'indipendenza economica.

La giurisprudenza civile è però costante anche nell'affermare che il diritto al mantenimento viene meno quando il figlio, messo nelle condizioni di poter accedere alla indipendenza economica opponga un rifiuto ingiustificato; oppure quando il figlio manifesti una inerzia colpevole (protraendo senza profitto gli studi nel tempo)²⁶.

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

Particolare attenzione merita poi la disciplina introdotta, all'art. 18, comma 4, l. 20 maggio 1970, n. 300, dalla l. 28 giugno 2012, n. 92, per la quale, nel caso di licenziamento senza giustificato motivo o senza giusta causa, il giudice «annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, “dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione”».

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

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

Anche la deducibilità dell'*aliunde percipiendum* era stata elaborata dalla giurisprudenza del lavoro sulla base di una interpretazione degli artt. 1175 e 1227 c.c. Essa è stata però applicata con cautela²⁷ e, comunque, nella ricostruzione sistematica del quadro normativo, non è mai stato preso in considerazione l'art. 4, comma 2, Cost.

Anche la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della norma su cui stiamo riflettendo, non ha ritenuto di prendere in considerazione il dovere costituzionale di lavorare. Con la sent. 23 aprile

²⁶ Da ultimo cfr. Cass., sent. 5 marzo 2018, n. 5088.

²⁷ Cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 2013, n. 180, p. 19.

2018, n. 86, ha affermato – non considerando la differenza concettuale che distingue l'*aliunde perceptum* dall'*aliunde percipiendum* – «Ed è appunto (e solo) in tale prospettiva risarcitoria (ed in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*) che si spiega e si giustifica l'ulteriore previsione della detrazione, dall'indennità dovuta dal datore di lavoro a titolo di risarcimento del danno, di quanto il lavoratore abbia percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché di quanto il medesimo avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione».

Ciò dipende dal disagio che la dottrina e la giurisprudenza (comune e costituzionale) hanno sempre manifestato rispetto ad una interpretazione del dovere di lavorare che potesse condurre all'affermazione di un obbligo positivo²⁸.

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

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

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

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

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

Si può certamente immaginare che un obbligo di lavorare, spinto fino all'imposizione di una determinata mansione, possa essere imposto dalla deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere²⁹.

Come abbiamo detto il legislatore, nel rispetto dell'art. 23 Cost., può però stabilire un obbligo di lavoro anche in relazione a situazioni che si

²⁸ Cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi*, cit., p. 20.

²⁹ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna 2004, p. 231 ss.

presentano, non già eccezionali, ma speciali, nel quadro dei normali rapporti tra autorità e libertà.

Era questo il caso del lavoro dei detenuti.

«Con l'espressione "lavoro dei detenuti", "lavoro carcerario" e "lavoro penitenziario" si intende, tradizionalmente, l'attività – consistente nello svolgimento di compiti strumentali al funzionamento delle carceri o alla produzione di beni e/o servizi ulteriori – imposta con finalità rieducativa ai soggetti in stato di detenzione in istituti penitenziari per adulti, cioè i condannati e gli internati»³⁰.

Conformemente ai principi sanciti dall'art. 27 Cost.³¹, la l. 26 luglio 1975, n. 354, (c.d. ordinamento penitenziario) orienta il trattamento del condannato e dell'internato al suo reinserimento sociale. Così all'art. 15 dispone che «1) Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. 2) Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro».

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

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

Con la sent. 22 maggio 2001, n. 158, la Corte costituzionale ha affermato che la stessa obbligatorietà, che rappresentava evidentemente il carattere oggettivo di maggiore differenziazione rispetto al lavoro nella società libera, «si pone come uno dei mezzi al fine del recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo. La legge prevede, perciò, che al condannato sia assicurato un lavoro, nella forma consentita più idonea, ivi

³⁰ F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, in *WP CSDLE "Massimo D'antona".IT*, 2014, n. 234, p. 2.

³¹ Per una ricca ricostruzione del dibattito sulla evoluzione del modo di concepire il lavoro carcerario cfr. F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 4, nota 13. Sulla compatibilità della disciplina del lavoro carcerario con le norme di diritto internazionale cfr. le considerazioni critiche di G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori o lavoratori-detenuti?*, in *Costituzionalismo*, 2015, n. 2.

comprese quella dell'esercizio in proprio di attività intellettuali, artigianali ed artistiche (art. 49 d.P.R. 431 del 1976) o quella del tirocinio retribuito (art. 20, commi 14 e 15)».

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

L'art. 15, comma 2, dell'ordinamento penitenziario subordina l'assicurazione di un lavoro ai detenuti alle concrete possibilità dell'amministrazione penitenziaria; non sono poi previste sanzioni per il detenuto che rifiuti di adempiere all'obbligo di lavoro.

Per questo, a oggi, i detenuti lavoratori non superano il 25% della popolazione carceraria³².

Alla luce di queste criticità deve essere letta la nuova disciplina del lavoro carcerario introdotta con il d.l. 2 ottobre 2018, n. 124, in attuazione della l. 23 giugno 2017, n. 103. L'art. 2 del decreto riscrive l'art. 20 dell'ordinamento penitenziario confermando che il lavoro carcerario non ha carattere afflittivo, deve essere remunerato e organizzato in modo da riflettere l'organizzazione e i metodi del lavoro nella società libera.

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

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

L'istituto trova la sua disciplina nell'art. 54, comma 2, d.l. 28 agosto 2000, n. 274, che dispone «Il lavoro di pubblica utilità non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato».

Inizialmente limitato alle fattispecie di reato di competenza del giudice di pace, l'ambito applicativo del lavoro di pubblica utilità è stato esteso a diverse ipotesi³³.

³² Cfr. F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., p. 9.

³³ Nei casi di violazione del Codice della strada, previsti all'art. 186, comma 9 bis, e art. 187, comma 8 bis, d.lg. 30 aprile 1992, n. 285; nei casi di violazione della legge sugli stupefacenti, ai sensi dell'art. 73, comma 5 bis, d.P.R. 31 ottobre 1990, n. 309; come obbligo dell'imputato in stato di sospensione del processo e messa alla prova, ai sensi dell'art. 168 bis c.p., introdotto dalla l. 28 aprile 2014, n. 67; congiuntamente alla pena dell'arresto o della reclusione domiciliare, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. i) della l. n. 67 del 2014, ancora in attesa

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

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

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

L'efficacia di queste misure pare essere molto al di sotto delle aspettative³⁴.

6. Nella relazione al progetto di Costituzione Ruini sottolineava che «l'affermazione del diritto al lavoro, e cioè ad una occupazione piena per tutti, ha dato luogo a dubbi da un punto di vista strettamente giuridico, in quanto non si tratta di un diritto già assicurato e provvisto di azione giudiziaria; ma la commissione ha ritenuto, e anche giuristi rigorosi hanno ammesso, che, trattandosi di un "diritto potenziale", la Costituzione può indicarlo, come avviene in altri casi, perché il legislatore ne promuova l'attuazione, secondo l'impegno che la Repubblica nella Costituzione stessa si assume»³⁵.

della regolamentazione prevista dai decreti legislativi in corso di emanazione; come obbligo del condannato ammesso alla sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 165 c.p. e art. 18 bis delle «Disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale: modalità di attuazione del programma di trattamento del detenuto ammesso al lavoro all'esterno» ai sensi dell'art. 21, comma 4 ter, dell'ord. penit. introdotto dal d.l. n. 78 del 2013.

³⁴ Nel dossier del Servizio studi del Senato del giugno 2018, relativo allo schema del d.lg. n. 124 del 2018, reperibile al seguente link http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/gi0012.pdf?_1540874164316 (ultimo accesso il 30 ottobre 2018) si legge «il lavoro di pubblica utilità, come modalità di trattamento penitenziario sembra aver trovato fino ad oggi scarsa attuazione pratica. Come mostrano le statistiche, infatti, dal 2013 ad oggi i lavori pubblica utilità sono svolti a titolo di sanzione accessoria per i reati stradali».

³⁵ Per la ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente cfr. M. SALVATI, *Art. 4*, Roma 2017, p. 59 ss., e, ancora assai utilmente, V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma 1949, p. 26 ss.

Pertanto, che il diritto al lavoro, sancito dal primo comma dell'art. 4 Cost., non rappresenti il fondamento per positive pretese individuali ad ottenere un posto di lavoro è chiaro fin da subito³⁶. Contrastano con una lettura di questo tipo ragioni di carattere materiale ma, evidentemente, anche ragioni di carattere politico-costituzionale che discendono dal modello economico scelto dai costituenti.

Non possono quindi essere condivise quelle ricostruzioni che, recentemente, hanno tentato di affermare una «necessità costituzionale» del reddito di cittadinanza facendola discendere da un presunto inadempimento della Repubblica³⁷.

Non è compito della Repubblica creare lavoro, ma promuovere le condizioni che consentano uno sviluppo economico e sociale capace di rendere effettivo il diritto al lavoro per tutti³⁸.

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

³⁶ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in Camera dei Deputati, Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione, IV, Roma 1953, p. 81; G. F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, cit., p. 203 ss.

³⁷ Cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino 2013, in particolare p. 251 ss.; ID., *Reddito di cittadinanza come «risarcimento per mancato procurato lavoro». Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, n. 1; ID., *Ius existantiae e reddito minimo garantito: a che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione e Reddito di cittadinanza a confronto*, in *Cittadinanza europea*, 2018, n. 1, p. 40 ss.

³⁸ È questa la lettura che la giurisprudenza costituzionale fornisce fin da subito. Si veda la sent. 30 dicembre 1958, n. 78, della Corte costituzionale in tema di impossibile di mano d'opera nelle aziende agricole. Sul punto cfr. però L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano 1984, p. 75 ss. che sottolinea come «Le “condizioni” che rendono effettivo il diritto al lavoro sono infatti anzitutto di ordine economico, ma possono essere anche di ordine giuridico e di conseguenza tra esse vanno ricomprese le previsioni contenute non solo nelle norme che garantiscono o facilitano l'accesso al lavoro di particolari categorie protette, come quelle della l. 482/1968, ma anche nelle norme che vietano ogni discriminazione nell'accesso al lavoro, come l'art. 15 dello statuto dei lavoratori, o nelle norme che sono volte a promuovere un'equa ripartizione delle occasioni di lavoro, come quelle contenute nella l. 264/1949». In effetti la promozione delle condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro non può non esplicarsi che sul piano giuridico normativo. Particolarmente interessante è, da questo punto di vista, la sent. 7 febbraio 2000, n. 49, della Corte costituzionale con la quale essa ha dichiarato inammissibile un referendum abrogativo della l. 18 dicembre 1973, n. 877, recante la disciplina del lavoro a domicilio.

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

Nella interpretazione del primo comma dell'art. 4 Cost. sono così emersi, fin dalle prime letture, due temi: quali dovessero essere le politiche di favore alla piena occupazione, e in quale misura potessero limitare l'iniziativa privata³⁹; se accanto ad una pretesa alla creazione di condizioni favorevoli alla instaurazione di rapporti di lavoro fosse possibile ricavare dalla disposizione costituzionale il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro⁴⁰.

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

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

Nel corso della prima legislatura la disoccupazione rappresentava un problema drammatico. In tal senso deve essere letta l'istituzione della Commissione Parlamentare di Inchiesta sulla Disoccupazione presso la Camera dei Deputati dal 21 giugno 1952 al 24 giugno 1953. La dottrina costituzionalistica notava come l'attuazione del diritto al lavoro, di cui al primo comma dell'art. 4 Cost. e il corrispondente obbligo dello Stato a renderlo effettivo, non avessero senso se non in presenza di una pianificazione economica. Si sottolineava come l'art. 4 Cost. ponesse il lavoro tra le finalità preminenti dello Stato, e che pertanto la piena occupazione dovesse essere inclusa tra i «fini sociali» rispetto ai quali l'attività economica pubblica e privata avrebbe dovuto essere indirizzata e coordinata per mezzo dei programmi stabiliti dal legislatore, secondo quanto dispone l'art. 41, comma 3, Cost.⁴¹.

³⁹ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit.

⁴⁰ Cfr. C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema*, cit., p. 63 ss. Sul tema cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1967, p. 27 ss.

⁴¹ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., p. 75.

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

Ciò ha spostato l'interesse prevalentemente sull'altra questione, ovvero sul diritto alla tutela del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro, e quindi sul necessario⁴² superamento della disciplina codicistica del licenziamento individuale che consentiva il libero recesso unilaterale da parte del datore di lavoro; anzi, come avremo modo di vedere, il tema della conservazione del rapporto di lavoro finirà per assorbire quello delle politiche per la piena occupazione

Il primo tentativo di superare la disciplina codicistica si deve, come è noto, all'iniziativa dei sindacati che stipularono, il 7 agosto 1947, l'accordo confederale sulla disciplina dei licenziamenti nell'industria, seguito dagli accordi confederali del 21 aprile 1950 sui licenziamenti per riduzione del personale e del 18 ottobre 1950 sui licenziamenti individuali, recepiti dai d.l. 1011 e 1019 del 1960, ai sensi della l. 14 luglio 1959, n. 741, cosiddetta «Legge Vigorelli», e infine modificati con gli accordi del 5 maggio e del 29 aprile 1965.

Ma certamente in questo percorso riveste una importanza decisiva la sent. 9 giugno 1965, n. 45, della Corte costituzionale che ha chiarito (punti 3 e 4 del Considerato in diritto) come «dal complessivo contesto del primo comma dell'art. 4 Cost. [...] si ricava che il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino – l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento – fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di

⁴² Per il vero, il superamento della disciplina codicistica del licenziamento *ad nutum* non è stato considerato unanimemente necessario dalla nascente dottrina giuslavoristica. Così R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, Torino 1950, p. 145 ss., riteneva utile che tale superamento fosse assistito da importanti cautele per non «irrigidire eccessivamente la struttura economica delle imprese, togliendo la possibilità di mantener fermo il rapporto fra produzione e consumo». Si tratta di posizioni fortemente influenzate dal pensiero di L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 1901. Sul tema cfr. P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano 1985, in particolare p. 179 ss.

porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo – il cui adempimento è ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto – di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro. Da siffatta interpretazione deriva che l'art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto. Con ciò non si vuol dire che la disciplina dei licenziamenti si muova su un piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 Cost. Se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro».

Il legislatore ha seguito il monito della Corte costituzionale con la l. 15 luglio 1966, n. 604, accogliendo il principio della necessaria giustificazione del licenziamento e riconoscendo il diritto del lavoratore di adire il giudice avverso un licenziamento arbitrario. Ma anche la soluzione adottata con l'art. 8 l. n. 604 del 1966, l'alternativa tra la riassunzione o il risarcimento, non è stata ritenuta sufficiente e ha portato la dottrina giuslavoristica a sostenere che «la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto restava pur sempre assai scarsa»⁴³. Solo con l'art. 18 l. n. 300 del 1970, lo «Statuto dei lavoratori», con l'introduzione della tutela reale, si ritenne che tale interesse avesse trovato un effettivo riconoscimento.

Si faccia però molta attenzione: la Corte con la sent. 9 giugno 1965, n. 45, aveva definito l'adeguamento della disciplina dei licenziamenti come uno strumento per «assicurare a tutti la continuità del lavoro».

La necessità dell'intervento legislativo è quindi stata intesa dalla Corte costituzionale, non già come risposta ad una esigenza di tutela individuale, ma piuttosto come elemento di una politica della piena occupazione. E in

⁴³ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di Diritto del lavoro*, II, Padova 1971, p. 697.

effetti, a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, giungendo al culmine con l'approvazione dello Statuto, le politiche di piena occupazione si sono risolte nella tutela dei lavoratori occupati.

Ma «Come mai nell'alternativa tra una regolamentazione del mercato del lavoro basata sulla tutela dei lavoratori occupati (ostacolandone il licenziamento) e una basata sul sostegno dei lavoratori disoccupati (con sussidi di disoccupazione e agenzie per il *matching*) in Italia, nel 1970, si è scelto di tutelare gli occupati?»⁴⁴.

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

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

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

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

Con il superamento del contesto economico e sociale in cui era maturato, già a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, esso mostrò i suoi limiti strutturali che consistevano: «a) nella residualità del suo ambito di applicazione (limitato alle medie-grandi imprese); b) nelle resistenze giurisprudenziali e dottrinali alla effettività dell'ordine (il totem indistruttibile della incoercibilità dell'obbligo di *facere* specifico); c) nella trasformazione in via di fatto dell'ordine di reintegra in tutela indennitaria super-rafforzata, con la monetizzazione del diritto ad essere reintegrati (l. 11 maggio 1990, n. 108), per cui la trasformazione della tutela reale in variante assistenziale della tutela obbligatoria»⁴⁵.

L'art. 18 ha così finito per esaurirsi nella sua valenza meramente simbolica di strumento di reazione alla limitazione delle libertà dei lavoratori e

⁴⁴ Cfr. G. RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in www.pietroichino.it, 29 aprile 2015, p. 9 ss.

⁴⁵ S. B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, 2015, n. 265, p. 7 ss.; nello stesso senso v. P. ALBI, *La Costituzione come argomento. Giudici del lavoro e «interpretazione costituzionalmente orientata»*, in *Law. dir.*, 2014, p. 526 ss.

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

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

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

Il quesito referendario concerneva le norme relative all'ambito (volendolo ampliare) e ai limiti di operatività della tutela reale apprestata dall'art. 18 l. n. 300 del 1970 in favore del lavoratore illegittimamente licenziato. Esso ha rappresentato, con la partecipazione del solo 25,7% dell'elettorato, un clamoroso insuccesso⁴⁶.

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

Problema posto drammaticamente dalla inadeguatezza del sistema produttivo italiano a reggere la competizione su un mercato di cui il nuovo secolo aveva concluso la globalizzazione.

Il sistema produttivo italiano è costituito nella sua quasi totalità da microimprese e da piccole e medie imprese⁴⁷ che faticano a raggiungere la soglia della competitività⁴⁸. E certamente la rigidità del «modello articolo 18», inducendo le imprese a rimanere fuori dal suo ambito applicativo dimensionale, ha rappresentato uno degli ostacoli organizzativi più rilevanti al raggiungimento di quella soglia. L'effetto complessivo della rigidità del sistema era quello di rendere difficili le nuove assunzioni e di mettere a rischio – in ragione della scarsa competitività delle imprese – anche i posti di lavoro esistenti.

In questa prospettiva si devono leggere gli interventi legislativi della «riforma Fornero» (l. 28 giugno 2012, n. 92) e del «Jobs Act» (d.l. 4 marzo

⁴⁶ A. MORRONE, *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2003, n. 3, p. 597 ss.

⁴⁷ V. il report ISTAT *Struttura e competitività del sistema delle imprese industriali e dei servizi*, anno 2013.

⁴⁸ V. ISTAT, *Rapporto sulla competitività dei settori produttivi*, 2017, reperibile al link www.istat.it/storage/settori-produttivi/2017/Rapporto-competitivita-2017.pdf.

2015, n. 22, d.l. 4 marzo 2015, n. 23, d.l. 14 settembre 2015, n. 150, in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183)⁴⁹ quali misure⁵⁰ adottate per rendere effettivo il diritto al lavoro in relazione alle mutate esigenze di competitività del sistema produttivo⁵¹ tutelando la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro piuttosto che nel singolo rapporto di lavoro. Rispetto a queste ultime si manifestano però i limiti di quello che potrebbe essere definito come il peccato originale delle politiche del lavoro in Italia.

⁴⁹ Sul tema v. P. BOZZAO, *I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri*, in *Federalismi*, 8 aprile 2015.

⁵⁰ La Corte costituzionale, con la sent. 8 novembre 2018, n. 194, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lg. n. 23 del 2015 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti) limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio». La Corte ha ritenuto che il meccanismo di protezione a tutele crescenti sia illegittimo in ragione della disparità di trattamento realizzata dall'automatismo su cui si fondava. Tale automatismo rappresentava l'elemento qualificante della riforma (non a caso ad esso si è ispirato anche il legislatore francese con l'ord. 1387 del 2017, ratificata dalla l. 217 del 2018). Pare di poter affermare che la Corte abbia trascurato il profilo della effettività del meccanismo risarcitorio, sul piano della certezza, che il criterio delle tutele crescenti assicurava e che aveva visto precipitare il numero dei processi, con indubbio vantaggio per le imprese, ma anche per i lavoratori. Gli unici lavoratori che trarranno un beneficio dalla sent. 8 novembre 2018, n. 194, sono gli avvocati lavoristi. In argomento sulla ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma cfr. V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, p. 333 ss.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piove: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs act"*, in *ADL*, 2017, I, p. 1039 ss.; F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2017, p. 902 ss.; P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di Un'ordinanza ... annunciata*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2174 ss.; E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. relazioni industriali*, 2017, p. 1195 ss.; S. D'ASCOLA, *Appunti sulla questione di costituzionalità del licenziamento a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018, n. 2, p. 228 ss. Sulla sentenza sia consentito rinviare a M. CAVINO, *La illegittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti: una conclusione coerente a premesse sbagliate*, in *Studium iuris*, 2019, n. 7.

⁵¹ Sulla efficacia del Jobs Act sul piano dell'incremento della occupazione e della competitività delle imprese il dibattito è aperto. Trattandosi di una riforma strutturale pare ragionevole rinviare al medio periodo il giudizio sulla sua efficacia (v. I. FELLINI, *Jobs Act e contratto a tutele crescenti: alcuni effetti attesi sul mercato del lavoro*, in *Pol. Soc.*, 2015, p. 331 ss). Non mancano però elementi che permettono di formulare un giudizio positivo sulla riforma (G. CROCE, *Il Jobs Act due anni dopo: obiettivi, fatti, prospettive*, in *Econ. lav.*, 2017, n. 2, p. 23 ss.). Risulta di particolare interesse lo studio di T. BOERI, P. GARIBALDI, *Graded Security and Labor Market Mobility. Clean Evidence from the Italian Jobs Act*, pubblicato il 19 febbraio 2018 sul sito dell'INPS e reperibile al link seguente: https://www.inps.it/docallegatiNP/Mig/InpsComunica/WorkInps_Papers/10_WorkINPS_Papers_19febbraio_2018.pdf e sintetizzato dagli stessi autori nel breve articolo *Effetto Jobs Act: cosa dicono i dati*, ne *lavoce.info*, del 27 marzo 2018.

La disattenzione per le politiche attive, determinata, come abbiamo detto, dall'enfasi per la tutela dei lavoratori occupati, ha avuto conseguenze di lungo periodo che si traducono nella inadeguatezza delle strutture che dovrebbero assicurare l'incontro tra la domanda e l'offerta, rispetto alla quale anche gli ultimi interventi normativi paiono insufficienti⁵².

Ciò ha condotto il dibattito più recente sulle politiche del lavoro verso esiti paradossali. Anziché insistere sulla necessità di procedere ad un generale ripensamento delle strutture di gestione dell'entrata⁵³, si è tornati ad invocare la rigidità normativa dell'uscita: l'atteggiamento di chi, per non perdere tempo, decide di fermare le lancette dell'orologio.

7. L'art. 4, comma 2, Cost. stabilisce che ogni cittadino ha il dovere di svolgere una attività che contribuisca al progresso materiale o spirituale della società, secondo le proprie possibilità e la propria scelta.

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

Rispetto al primo il cittadino deve comprendere quali sono le sue attitudini e in base ad esse valutare la direzione del suo contributo al progresso della società; se agire nell'ambito materiale o spirituale trovando un proprio spazio di azione nell'uno o nell'altro⁵⁴.

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

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

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

⁵² Cfr. M. AIMO, *Contratto di lavoro «dominante» e flessibilità in entrata: qualche riflessione a margine della legge n. 92/2012*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO, *Lavoro e Costituzione*, cit., p. 219 ss.; A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel «welfare attivo» e nei «mercati del lavoro transizionali»*, in *RDSS*, 2012, in particolare p. 561 ss.; ID., *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, in *WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT*, 2015, n. 249.

⁵³ In tal senso è significativa la disciplina introdotta con il d.l. 12 luglio 2018, n. 87, cosiddetto «decreto dignità» che intervenendo sui contratti a termine e sulla somministrazione ha determinato una significativa perdita di posti di lavoro. In argomento cfr. L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT*, 2018, n. 377, in particolare p. 11 ss.

⁵⁴ P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., p. 149 ss.

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

In tale prospettiva deve essere letta la definizione dello stato di disoccupazione accolta dal legislatore, anche sulla base delle sollecitazioni ricevute sul piano internazionale⁵⁵ e sovranazionale.

L'art. 1 d.l. 21 aprile 2000, n. 181, definiva «c) “disoccupati di lunga durata”, coloro che, dopo aver perso un posto di lavoro o cessato un'attività di lavoro autonomo, siano alla ricerca di nuova occupazione da più di dodici mesi; » « d) “inoccupati di lunga durata”, coloro che, senza aver precedentemente svolto un'attività lavorativa, siano alla ricerca di un'occupazione da più di dodici mesi;» «f) “stato di disoccupazione”, la condizione del disoccupato o dell'inoccupato che sia immediatamente disponibile allo svolgimento di un'attività lavorativa»⁵⁶.

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

Essa ha il suo fondamento nel dovere di lavorare.

Ed è sempre nel dovere di lavorare che si giustifica il regime della condizionalità e della decadenza dei benefici di sostegno al reddito, predisposti dal legislatore in applicazione del secondo comma dell'art. 38 Cost., così come delle misure di politica attiva adottate per rendere effettivo il diritto al lavoro⁵⁷.

⁵⁵ Cfr., sui contributi forniti dall'ILO, E. VIVIANO, *Un'analisi critica delle definizioni di disoccupazione e partecipazione in Italia*, in *Pol. econ.*, 2003, p. 161 ss. Sugli *inputs* dell'Unione Europea cfr. A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione*, cit., p. 557 ss.

⁵⁶ L'art. 19 d.lg. n. 150 del 2015, nel fare salvi (comma 2) i riferimenti normativi allo stato di disoccupazione ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. c), del d.lg. n. 181 del 2000, fornisce una ulteriore definizione (comma 1, come modificato dal d.lg. 24 settembre 2016, n. 185) per la quale «Sono considerati disoccupati i soggetti privi di impiego che dichiarano, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'articolo 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego».

⁵⁷ Si veda l'art. 4 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, recante «Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni» che subordina il godimento delle misure di sostegno al reddito alla sottoscrizione di un «patto per il lavoro» e di un «patto per l'inclusione sociale»; nello stesso senso l'art. 7 d.lg. n. 22 del 2015, in relazione alla nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (NASpI) che ne condiziona l'erogazione alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professio-

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

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

La posizione del lavoratore straniero trova il suo fondamento costituzionale altrove: per il lavoratore extracomunitario all'art. 10, comma 2, come elemento della sua condizione giuridica rimessa alla disciplina del legislatore, in conformità delle norme e dei Trattati internazionali; per il lavoratore comunitario all'art. 117, comma 1, che impone all'attività legislativa dello Stato e delle regioni il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Per quanto concerne la posizione del lavoratore extracomunitario la giurisprudenza della Corte costituzionale ha distinto i due momenti, precedente e successivo all'ingresso dello straniero, affermando (sent. 24 febbraio 1994, n. 62, p.to 4 cons. dir.), rispetto al primo, che «la diversa posizione dello straniero, caratterizzata dall'assoggettamento, in via di principio, a discipline legislative e amministrative, che possono comportare, in casi pre-determinati, anche l'espulsione dallo Stato, ha una ragione nel rilievo, [...] secondo il quale la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (v. sentt. 26 giugno

nale; e l'art. 4, commi 41 e 42, l. 28 giugno 2012, n. 92, (riprendendo la disciplina già contenuta nel d.l. 5 ottobre 2004, n. 249) in relazione a indennità di mobilità o di indennità o di sussidi, la cui corresponsione è collegata allo stato di disoccupazione o di inoccupazione. In argomento cfr. P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2012, p. 479 ss.; F. LISO, *Il «nuovo» trattamento di disoccupazione*, *ivi*, 2013, p. 1 ss.; R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs act*, in *Law. dir.*, 2016, p. 287 ss.; F. SCUTO, «Reddito minimo», *contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra «Pilastrò» europeo dei diritti sociali ed evoluzioni dell'ordinamento italiano*, in *Federalismi*, 2018, n. 4, p. 167 ss.; F. POLACCHINI, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, *ivi*, 2019, n. 5, spec. p. 21 ss.

1969, n. 104, e 16 luglio 1970, n. 144)». Rispetto al secondo ha però riconosciuto (sent. 26 maggio 2006, n. 206, p.to. 6 cons. dir.) che «qualora “i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, godendo di un permesso rilasciato a tale scopo [...] e siano posti a tal fine in condizioni di parità con i cittadini italiani [...] essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani” (sent. 454/1998, relativa al caso di un extracomunitario aspirante al collocamento obbligatorio)».

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

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

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

Il d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, «Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche», ha operato una distinzione stabilendo (art. 1) che il possesso della cittadinanza italiana sia imprescindibile solo in relazione a: a) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo; b) i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni nonché delle regioni e della Banca d'Italia; c) i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché i posti degli avvocati e procuratori dello Stato; d) i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa e del Ministero delle finanze e del Corpo forestale dello Stato. Esso ha inoltre stabilito (art. 2) che le funzioni delle amministrazioni pubbliche per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana sono le seguenti: a) funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione,

l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; b) funzioni di controllo di legittimità e di merito.

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

Con la sent. 24 luglio 2017, n. 3666, la Sesta sezione del Consiglio di Stato, riprendendo l'orientamento già manifestato in sede consultiva (Cons. St., parere 20 giugno 1990, n. 234), ha stabilito che l'art. 51 Cost. non deve essere interpretato nel senso dell'esclusione dei cittadini stranieri dal conferimento di incarichi pubblici, ma piuttosto nel senso di assicurare a tutti i cittadini la possibilità di accedervi senza discriminazioni. Per quanto poi concerne l'eccezione di nazionalità, di cui all'art. 45, par. 4, TFUE, il giudice amministrativo ha affermato che il concetto di pubblica amministrazione al quale esso si riferisce non deve essere inteso in senso «strutturale e statico», ma piuttosto «funzionale e dinamico», considerando la natura e le caratteristiche delle attività effettivamente svolte.

E con sent. 25 giugno 2018, n. 9, l'Adunanza Plenaria, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia, ha affermato che nella valutazione delle funzioni attribuite con l'incarico dirigenziale deve essere considerata la prevalenza tra quelle, autoritative o gestionali: qualora le seconde prevalgano sulle prime l'esclusione dall'incarico dirigenziale non può essere giustificata.