

La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'Unione Europea¹

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'art. 30 della Carta. Origini e contesto normativo. - 3. La collocazione dell'art. 30 tra i diritti e i principi della Carta. L'importanza della sentenza della Corte di giustizia resa nella causa C-176/12. – 4. (segue) L'inquadramento del diritto dei lavoratori all'informazione e alle consultazioni nell'ambito dell'impresa tra i "principi" della Carta. I riflessi di questo inquadramento sull'art. 30. - 5. L'importanza dell'interpretazione conforme nell'applicazione dell'art. 30. I principi desumibili dalla sentenza Dominguez. – 6. Il passaggio dai principi ai diritti. Il diritto antidiscriminatorio. – 7. La "finalità legittima" come norma di direttiva. - 8. Il test di "proporzionalità". - 9. Il principio di effettività della sanzione. – 10. Il limite alla possibilità di deroghe. La dignità umana come diritto intangibile.

ROBERTO COSIO

¹ Il testo riprende, con l'aggiunta delle note, la relazione tenuta a Roma, il 27 aprile 2015, nell'ambito del Convegno organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura (struttura di formazione decentrata della Corte di appello di Roma) e dall'Associazione italiana giuristi europei sul tema: Rapporti tra le fonti e rapporti tra le Corti nel diritto europeo. I licenziamenti collettivi.

1. Premessa.

Il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali rappresenta, nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'ultimo biennio, un riferimento costante.²

Sentenze di portata storica come quella sui data retention o sul diritto all'oblio su internet sono state emesse nel corso del 2014 sulla base della Carta che costituisce ormai un condiviso parametro di legittimità delle norme dell'Unione e di quelle, connesse, degli ordinamenti nazionali³.

Si tratta di un processo che viene da lontano.

La tendenziale **centralità della persona** e della necessità della sua tutela giurisdizionale risalgono alla famosissima sentenza Van Gend En Loss (del 1963) che muovendo da un caso, sostanzialmente, insignificante (una questione di dazi) ha prospettato la costruzione di un rivoluzionario ordinamento sui generis in cui, progressivamente, la tutela della persona si pone al centro dell'ordinamento non solo degli Stati membri, ma della stessa Unione⁴.

L'integrazione attraverso i diritti, passa attraverso la centralità della persona che muove da Stauder e Costa – Enel per trovare una delle sue più compiute espressioni nella sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale sui crimini di guerra⁵.

In questo contesto, con riferimento al diritto del lavoro, assumono una importanza centrale alcune norme della Carta, accanto a principi di derivazione giurisprudenziale.

In particolare, verrà esaminato l'art. 30 della Carta attraverso l'esame delle sue origini (§2), la sua collocazione tra i principi o i diritti (§3-4), e la sua portata applicativa (§5).

Si passerà, poi, all'esame dell'art. 21 della Carta per valutarne la portata nell'ordinamento dell'Unione europea (§6) e le sue possibili deroghe (§7-8).

Si analizzerà, ancora, il principio di effettività della sanzione con riferimento alla recente riforma del mercato del lavoro (§9).

Infine, si esaminerà la portata (fondamentale) della norma della Carta sulla dignità umana come diritto intangibile (§10).

2. L'art. 30 della Carta. Origini e contesto normativo .

² Sono circa trecento le decisioni che ne fanno applicazione o richiamano i diritti della Carta.

³ Sul tema si veda BRONZINI, Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza, in *Il diritto europeo nel dialogo delle corti* (a cura di COSIO e FOGLIA), Milano, 2013, pag. 111 e seg.. Da ultimo, si veda BRONZINI, Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti fra le due Carte; in WPCS "Massimo D'Antona". INT-118/2015.

⁴ Sul tema si veda COSIO, I diritti fondamentali nell'Unione Europea, in *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, cit., pag. 47 e seg..

⁵ Sulla sentenza n. 238/2014 si vedano i contributi di LUPO, I contro limiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte Internazionale di giustizia, LAMARQUE, La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere, LUCIANI, I contro limiti e l'eterogenesi dei fini. Contributi editi sul trimestrale di *Questione Giustizia* n. 1 del marzo 2015.

La tutela *“in caso di licenziamento ingiustificato”*, all’interno della Carta dei diritti fondamentali⁶, trova la sua disciplina nell’art. 30 che recita:

“Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”.

La disposizione si *“ispira”*, come si legge nelle spiegazioni relative alla Carta⁷, *“all’art. 24 della Carta sociale riveduta”*⁸.

La disposizione prevede che:

“Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti si impegnano a riconoscere:

a. Il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell’impresa, dello stabilimento o del servizio.

b. Il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione.

A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale”.

L’ultimo comma della disposizione trova riscontro, all’interno della Carta, nell’art. 47 che assicura il diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale⁹.

La prima parte della disposizione¹⁰ *“ispira”*¹¹, viceversa, l’art. 30 della Carta.

⁶ Gli organi giurisdizionali dell’Unione europea fanno sempre più spesso riferimento alla Carta dei diritti fondamentali nelle loro decisioni. Il numero di decisioni degli organi giurisdizionali europei (Corte di giustizia, Tribunale e Tribunale della funzione pubblica) nella cui motivazione viene citata la Carta è passata da 43 nel 2011 a 87 nel 2012. Nel 2013 il numero di decisioni contenenti citazioni della Carta era di 114, quasi il triplo rispetto al 2011; cfr. Comunicato stampa della Commissione europea del 14 aprile 2014. Nel 2014, infine, la Carta è stata richiamata ben 210 volte. Peraltro, il riferimento alla categoria dei *“diritti fondamentali”* non ha un nucleo semantico comune. I tentativi effettuati in prospettiva di teoria generale (Cfr. FERRAJOLI, I diritti fondamentali nella teoria del diritto, Roma-Bari, 2001, pag. 121 e seg.) non sembrano riuscire a superare completamente la connotazione assiologia della nozione. Nella prospettiva della dogmatica giuridica (Cfr. ALEXY, Teoria dei diritti fondamentali, 1994, trad.it, Bologna, 2012), d’altro canto, non risulta affatto agevole la ricostruzione della categoria in esame. Per una ricostruzione dei vari orientamenti, in prospettiva dello Stato costituzionale, si veda MORELLI, I diritti senza legge, 26 gennaio 2015, in www.consulta on line, 2015, fasc. I, estratto.

⁷ Che non hanno, di per sé, *“status di legge, esse rappresentano un prezioso strumento d’interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta”*. Le spiegazioni offrono un’interpretazione autorevole delle disposizioni della Carta (per una ricostruzione delle diverse posizioni assunte dalla dottrina si v. LENAERTS, Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights in European Constitutional Law Review, “2012, 377 e seg.) limitando la discrezionalità dell’interprete. Sul tema si veda la sentenza della Corte di giustizia dell’8 maggio 2014, C- 483/12, punto 19.

⁸ Nonché alle direttive sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese e sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

⁹ Sul tema si veda D’AVINO e MARTONE, Il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale ex art. 47 della carta dei diritti fondamentali, in Spazio Europeo e diritti di giustizia (a cura di DI STASI), 2014, Padova, pag. 140-210.

¹⁰ I punti a) e b).

¹¹ Con particolare riferimento al contenuto della tutela laddove prescrive, nel caso di un licenziamento invalido *“un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione”*. Per un panorama, complessivo, della disciplina della tutela contro il

Norma di carattere generale (“*diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*”)¹², ma la cui applicazione concreta resta legata alle situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, e non al di fuori di esse¹³.

Articolo che, pur nella sua laconicità, fa compiere al testo di riferimento un vero e proprio salto di qualità¹⁴.

In primo luogo, perché la consacrazione della tutela del licenziamento nella Carta dei diritti fondamentali fa venir meno la sostanziale diversità tra diritti civili da un lato, e diritti economici-sociali dall’altro: I primi di natura pienamente giuridica e azionabili in giudizio, i secondi di natura meramente politico-programmatica e non giustiziabili¹⁵.

In secondo luogo, perché le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali sono invocabile attraverso quello straordinario strumento processuale che è costituito dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹⁶, mentre la Carta sociale prevede solo un meccanismo di controllo fondato su raccomandazioni rivolte agli Stati inadempienti dal Comitato europeo dei diritti sociali (CEDES), alla luce dei rapporti periodici dei governi e dei reclami collettivi avanzati dai sindacati e dalle organizzazioni non governative titolate.

licenziamento individuale in Europa si veda il Benchmarking sulla flessibilità in uscita in Europa in www.osservatorioinca.org.

¹² Sul contenuto ampio della tutela vedi BAYLOS-PEREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, 2009, pag. 76 e seg., nonché ORLANDINI, *Il licenziamento individuale in Europa*, in www.europeanrighs. (dello stesso Autore si veda *I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in www.europeanrighs). Per una lettura restrittiva della norma si veda, invece, CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo d’Antona”. INT-58/2008, pag. 28 e seg..

¹³ Come ribadito dalla Corte di giustizia nella sentenza 5 febbraio 2015, C- 117/14, in una domanda di pronuncia pregiudiziale, proveniente dalla Spagna, vertente sull’applicazione dell’art. 30 della Carta e della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

¹⁴ Per una ricostruzione del percorso di rilancio della Carta sociale europea si veda OLIVERI, *La Carta sociale europea come “strumento vivente”*, www.juragentium.org.

¹⁵ La supposta minorità dei diritti sociali alle classiche libertà liberali affonda le sue radici nel processo storico di formazione dello Stato sociale. Tra i contributi più recenti si veda SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile) Relazione tenuta al Convegno “I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema”*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011, in www.AIC n. 4/2012. Si veda, altresì, BOGDANDY, *I principi costituzionali dell’Unione europea*, in www.federalismi.it, n. 6/2005. Sul tema si veda, altresì, GUIGLIA, *La rilevanza della carta sociale europea nell’ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in www.federalismi.it n. 18/2013.

¹⁶ Il rinvio pregiudiziale davanti la Corte di giustizia è una procedura incidentale attraverso la quale il giudice nazionale ha la facoltà o, se di ultima istanza, l’obbligo, di sottoporre alla Corte di giustizia un quesito in ordine all’interpretazione o alla validità degli atti dell’Unione europea (Sul rinvio pregiudiziale si veda FRANCHI, *Commento all’art. 267*, in *Codice dell’Unione europea*, diretto da CULTI GIALDINO, Napoli, 2012, 1926 e seg.).

Il rinvio pregiudiziale assolve tre funzioni:

- a) Assicurare un’interpretazione del diritto dell’Unione uniforme in tutti gli Stati membri;
- b) Assicurare una forma di controllo sulla compatibilità degli atti interni rispetto al diritto dell’Unione;
- c) Completare il sistema di controllo giurisdizionale di legittimità degli atti UE.

(sul tema si veda NICASTRO, *La pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia: tecniche di redazione dell’ordinanza di remissione*, Relazione all’incontro organizzato dal CSM a Roma il 12-16 marzo 2012).

La prima funzione, che potremmo definire nomofilattica, è diventata, nel tempo, “*uno strumento fondamentale anche per la tutela dei diritti garantiti dalle norme dell’Unione ed in particolare per la tutela giudiziaria dei privati, sia nei confronti delle istituzioni europee, sia soprattutto nei confronti del proprio Stato membro*”(Cfr. ADAM-TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2010, pag. 350).

In terzo luogo, perché con la consacrazione della tutela del licenziamento nella Carta vengono meno le classiche obiezioni di scarsa precettività derivanti dalla natura internazionale degli obblighi contenuti nella Carta sociale¹⁷

Ma non basta.

L'art. 30 è collocato tra le disposizioni (artt. 27-32) che si ispirano al valore della solidarietà.

Si tratta di un principio che *“è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere formalmente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente configurata dal Costituente”*¹⁸.

Questa impostazione si ritrova nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dove si sottolinea *“l'indivisibilità dei diritti e si intitola alla solidarietà una delle sue parti, all'interno della quale l'art. 34 riconosce il diritto a un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti”*¹⁹.

Resta da chiarire se l'art. 30 esprima un diritto o un principio secondo le distinzioni che sono proprie del diritto dell'Unione europea.

3. La collocazione dell'art. 30 tra i diritti e i principi della Carta. L'importanza della sentenza della Corte di giustizia resa nella causa C-176/12.

Tra le novità introdotte dalla Carta²⁰ spicca, infatti, la distinzione tra “diritti” e “principi” introdotta nel 1° paragrafo dell'art. 51, enunciata nel titolo dell'art. 52 e i cui effetti sono precisati nel 5° paragrafo di quest'ultimo articolo.

Già la Convenzione incaricata di redigere la prima versione della Carta era consapevole dell'utilità di introdurre una distinzione tra “principi” e “diritti” sia al fine di conseguire un ampio consenso all'interno della prima Convenzione sia per facilitare l'applicazione pratica delle disposizioni della Carta²¹.

Dal testo della Carta si evince che i “principi”, a differenza dei “diritti”²² comportano un mandato ampio ai pubblici poteri²³, specie al legislatore. Il suo enunciato non definisce una situazione giuridica soggettiva, bensì talune materie generali e taluni risultati che condizionano l'attività di tutti i pubblici poteri.

¹⁷ La Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 50 del 2015, afferma, ad esempio, che *“a prescindere dalla natura di documento di mero indirizzo della Carta europea”, le sue disposizioni non sono idonee “ad attivare la violazione dell'art. 117, primo comma, della Cost.”*.

¹⁸ Cfr. Corte costituzionale, 28 febbraio 1992, n. 75. E' stato giustamente notato che l'art. 1 della carta costituzionale attribuisce una fortissima impronta lavoristica allo Stato sociale italiano. Il suo impianto complessivo deve essere ripensato *“in profondità, nella direzione che ci viene indicata dagli artt. 2 e 3, comma 2, della Costituzione, se si intende restituire un minimo di contenuto di effettività al principio di solidarietà”*; cfr. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, n. 4, dicembre 2012, pag. 542-543.

¹⁹ Cfr. RODOTA', *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Bari, 2014, pag. 73.

²⁰ Nella versione del 2007. Per la ricostruzione del dibattito si veda TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013. Da ultimo si veda GAMBINO, *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, 11 gennaio 2015, scritto destinato agli Studi in onore di GAETANO SILVESTRI.

²¹ L'importanza della distinzione tra “diritti” e “principi” al fine di conseguire un ampio consenso che conducesse a inserire nella Carta il capitolo sociale è sottolineato da BRAIBANT, nel suo contributo *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Parigi, 2001, pag. 44-46.

²² Il cui oggetto è la tutela di una situazione giuridica soggettiva già definita.

I “diritti” si rispettano mentre i “principi” si osservano (art. 51, paragrafo 1) si legge nella Carta.

In sostanza, i “principi” non danno adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell’Unione o delle autorità degli Stati membri.

E ciò è in linea, come rilevato in dottrina²⁴, sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia²⁵ sia con l’approccio ai “principi” negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale²⁶.

La Carta, tuttavia, non colloca i diritti fondamentali²⁷ nelle due categorie come avviene normalmente nel diritto comparato²⁸.

Da qui il problema dell’inquadramento dell’art. 30 della Carta in una di queste categorie.

Una guida sicura, per orientarsi sul tema, è offerta dalla sentenza resa dalla grande sezione della Corte di giustizia nella causa C-176/12.

La Cour de cassation chiedeva, in primo luogo, alla Corte di esprimersi sulla compatibilità con il diritto dell’Unione (nella fattispecie, l’art. 27 della Carta, come concretizzato nell’art. 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14) di un regime come quello di cui all’art. L. 1111-3 del codice del lavoro francese. Ai sensi di tale disposizione sono esclusi dal computo dell’organico dell’impresa, segnatamente per stabilire le soglie legali per la creazione delle istituzioni rappresentative del personale, i lavoratori titolari dei cosiddetti contratti “di iniziativa-impiego”, “di accompagnamento all’impiego” e “di professionalizzazione”.

La risposta, ampiamente prevedibile alla luce dei precedenti della Corte²⁹, era nel senso che la direttiva 2002/14 (in particolare, l’art. 3, paragrafo 1) *“osta ad una norma nazionale, come l’art. L. 1111-3 del code du travail, la quale esclude i lavoratori titolari di contratti agevolati dal calcolo degli effettivi dell’impresa nel contesto della determinazione delle soglie legali di istituzione degli organismi di rappresentanza del personale”* (punto 29).

Ma la questione veramente rilevante che la fattispecie sollevava era un’altra.

La Corte la enuncia chiaramente al punto 41 della motivazione.

²³ In altre parole, i pubblici poteri, e in particolare il legislatore, sono chiamati a promuovere e trasformare il “principio” in una realtà conoscibile, ma sempre nel rispetto dell’ambito oggettivo (la materia) e del carattere finalistico (i risultati) delineati dalla Carta che detto principio sancisce; in questi termini BOROWSKY, IN MAYER, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2010, pag. 697-699. Sul tema si veda SCIARABBA, *Le vicende dei diritti fondamentali nel quadro della Comunità europea e dell’Unione europea*, in Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali, Padova, 2008.

²⁴ Cfr. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, pag. 51.

²⁵ Richiamate nella nota 31 del saggio di VETTORI, *Diritti, Principi e tecnica rimediabile nel dialogo delle Corti*, in Europa e diritto privato, n. 1/2011, pag. 246.

²⁶ Nelle Spiegazioni si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25 (diritto degli anziani), 26 (inserimento dei disabili) e 37 (tutela dell’ambiente). Si ricorda, altresì, che in alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, come negli articoli 23 (parità fra uomini e donne), 33 (vita familiare e vita professionale) e 34 (sicurezza sociale e assistenza sociale).

²⁷ Sul tema si veda BOGDANDY, *I principi fondamentali dell’Unione europea*, 2011.

²⁸ Cfr. SEIFERT, *L’effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, pag. 804 e seg..

²⁹ Cfr. Sentenza del 18 gennaio 2007, *Confederation generale du travail e a.*, C-385/05. Sul tema si veda VIMERCATI, *Dimensioni delle imprese e diritti di partecipazione. Note a margine di un provvedimento in materia di occupazione giovanile*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, n. 1, parte II, pag. 85.

“Se la situazione oggetto del procedimento principale sia simile a quella esaminata nella causa conclusasi con la (...) sentenza Kucukdeveci, di modo che l’art. 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, possa essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare, se del caso, la norma nazionale non conforme alla citata direttiva”.

Questione che, a sua volta, richiedeva l’approfondimento di molti problemi quali: la portata della distinzione tra “diritti” e “principi”; le conseguenze della concretizzazione dei “principi” ad opera di una direttiva quando si verte in una controversia tra privati; la portata dell’orientamento Kucukdeveci.

4. (segue) L’inquadramento del diritto dei lavoratori all’informazione e alle consultazioni nell’ambito dell’impresa tra i “principi” della Carta. I riflessi di questo inquadramento sull’art. 30..

La Corte, ritenuta la propria competenza³⁰ sulla base dell’orientamento Akerberg Fransson³¹, si poneva, in primo luogo, il problema dell’inquadramento del diritto dei lavoratori all’informazione e alle consultazioni nell’ambito della Carta.

La Corte lo inquadra tra i “principi” per ragioni eminentemente strutturali.

La portata del diritto è circoscritta *“nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell’Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”*. Per produrre pienamente i suoi effetti l’art. 27 della Carta deve *“essere precisato mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale”*, precisa la Corte al punto 45 della motivazione.

La disposizione, in sostanza, rinuncia a definire una situazione giuridica soggettiva, lasciando al legislatore dell’Unione e a quello nazionale il compito di concretizzare il contenuto e gli scopi enunciati nel “principio”.

Da qui, la differenza con l’orientamento Kucukdeveci *“nella misura in cui il principio di non discriminazione in base all’età, in esame in quella causa, sancito dall’art. 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale”* (punto 47 della motivazione).

Pertanto, conclude la Corte (punto 48) *“l’art. 27 della Carta non può, **in quanto tale**, essere invocato in una controversia, come quella oggetto del procedimento principale al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata”*.

Conclusione, di per sé, ineccepibile che non trovava obiezioni nelle conclusioni dell’Avvocato generale.

L’argomentazione utilizzata dalla Corte (con riferimento all’art. 27) induce a ritenere che, anche, l’art. 30 **vada inquadrato tra i principi (e non fra i diritti)** per evidenti ragioni sistematiche.

Anche l’art. 30 (come l’art. 27) rinuncia, infatti, a definire una situazione giuridica soggettiva, lasciando al legislatore dell’Unione e a quello nazionale il compito di concretizzare il contenuto e gli scopi enunciati nel “principio”³².

³⁰ *“Occorre ricordare come risulti da una costante giurisprudenza che i diritti fondamentali garantiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione sono destinati ad essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione. Quindi, poiché la normativa nazionale oggetto del procedimento principale costituisce l’attuazione della direttiva 2002/14, l’art. 27 della Carta è destinato a trovare applicazione nel procedimento principale”* (punti 42 e 43).

³¹ Sentenza 26 febbraio 2013, C-617/10. Per un commento alla sentenza si veda COSIO, Il rinvio pregiudiziale: il ruolo dei diritti fondamentali, in Mass. giur. lav., 2013, fasc. 8/9, pag.556.

Ma cosa succede quando il diritto dei lavoratori alla tutela da un licenziamento illegittimo venga concretizzato all'interno di una direttiva (nel nostro caso, quella sui licenziamenti collettivi)?

E' su questo problema che (con riferimento al diritto all'informazione sindacale) il ragionamento della Corte si è differenziato rispetto a quello dell'Avvocato generale.

La questione che si pone è allora la seguente.

Se la limitata efficacia orizzontale della direttiva, considerata la natura di controversia fra privati del caso sottoposto alla Corte, possa rappresentare un ostacolo insormontabile alla richiesta di disapplicazione della normativa nazionale.

Secondo l'Avvocato generale sarebbe possibile fare valere il diritto in una controversia fra privati "con eventuale conseguente disapplicazione della normativa nazionale" (punto 80 delle conclusioni) sulla base di un percorso che la Corte avrebbe intrapreso "con le sentenze *CIA Security, Mangold o Kucukdeveci*" (punto 77 delle conclusioni).

Di parere opposto è, invece, la Corte laddove afferma, in modo (forse) eccessivamente laconico, che:

"Tale constatazione non può essere infirmata da una lettura dell'art. 27 della Carta in combinazione con le norme della direttiva 2002/14, posto che, non essendo detto articolo di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale, a diverso risultato non porterebbe neppure una sua lettura in combinato disposto con le norme della direttiva sopra citata" (punto 49).

La soluzione offerta dalla Corte, anche sotto questo profilo, appare preferibile perché l'invocazione dell'art. 30 della Carta in combinato disposto con la direttiva sui licenziamenti collettivi non cambia la natura della norma primaria (che resta un "principio") ma ne concretizza solo il contenuto (descrivendone gli scopi all'interno della direttiva di riferimento)³³.

Ciò non significa, peraltro, che i "principi" non possano giocare un ruolo di primo piano nella costruzione dell'ordinamento europeo.

Non bisogna trascurare, infatti, la rilevanza del "principio" **al fine di una interpretazione conforme**³⁴ delle norme nazionali.

Ed il riferimento, contenuto al punto 39 della sentenza resa nella causa C-176/12, alla sentenza Dominguez³⁵, è, a tal proposito, quanto mai illuminante.

³² Sul tema, si veda COSIO, La Corte di giustizia precisa i limiti dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati, Lav. giur., 2014, fasc.10, pag.871 e seg..

³³ Cfr. COSIO, I diritti fondamentali nell'Unione europea, cit., pag. 76 e seg..

³⁴ Sul tema si veda BERNARDI, Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi note di un penalista, in Forum di Quaderni costituzionali, 2013 e NOGLER, L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro, in Riv. it. dir. lav., 2014, I, pag. 115 e seg.. Da ultimo, si vedano gli atti, in corso di pubblicazione, del Convegno L'interpretazione conforme al diritto Ue. Profili e limiti di un vincolo problematico, tenutosi a Rovigo il 15 e 16 maggio 2014. In particolare, tra questi atti, si veda RUGGERI, L'interpretazione conforme e la ricerca del "Sistema di sistemi" come problema, in www.AIC, n. 2/2014, del 30 maggio 2014.

³⁵ L'impostazione della Dominguez risulta ribadita nella sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2015, C- 316/13.

5. L'importanza dell'interpretazione conforme nell'applicazione dell'art. 30. I principi desumibili dalla sentenza Dominguez.

In quel caso, veniva in rilievo il diritto alle ferie, ritenuto dalla Corte un "principio" *"particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione"*.

La Suprema Corte francese avanzava dubbi sia in ordine alla compatibilità delle disposizioni nazionali giuslavoristiche con la direttiva 2003/88 sia in merito all'obbligo del giudice nazionale di disapplicare le disposizioni di legge nazionale contrarie al diritto dell'Unione.

In sostanza, veniva chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla collocazione del diritto alle ferie annuali retribuite all'interno della gerarchia delle norme dell'ordinamento giuridico dell'Unione e sulla facoltà del lavoratore di invocare direttamente tale diritto anche nei confronti del datore di lavoro.

L'avvocato generale VERICA TRSTENJAK, nelle sue conclusioni dell'8 settembre 2011, esaminava, in particolare, due diversi approcci al tema.

In primo luogo, veniva esaminata la possibilità di applicare direttamente (o, meglio, in via interpretativa *ratio temporis*) l'art. 31, n. 2, della Carta.

In alternativa, veniva invocato l'orientamento Kucukdeveci.

Con riferimento alla natura di diritto fondamentale delle ferie l'avvocato generale non aveva perplessità.

Esprimeva, viceversa, dubbi sulla possibilità di applicare l'art. 31 della Corte (o altro principio generale rinvenibile nel diritto dell'Unione) nei rapporti tra privati³⁶.

La Corte, nella sentenza 24 gennaio 2012, causa 282/10, compie *"una summa del pensiero della Corte in materia di interpretazione conforme"*³⁷.

Com'è noto, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale (a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva) alla luce della lettera e dello scopo della direttiva³⁸.

Tale obbligo grava su tutti gli organi degli Stati membri, ivi comprese (ovviamente), le giurisdizioni nazionali.

Il giudice, infatti (nell'ipotesi in cui una direttiva non possa produrre effetti diretti nel giudizio principale), deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale mediante tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti, per conseguire il risultato conseguito dalla direttiva³⁹.

Pertanto, il giudice nazionale deve utilizzare l'intero spazio valutativo ad esso concesso dalla norma interna (specie in presenza di clausole generali o concetti giuridici indefiniti) in favore del diritto comunitario⁴⁰.

³⁶ Si vedano, in particolare, i punti 83 e 116 delle conclusioni.

³⁷ Cfr. PICCONE, L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, cit, pag. 296.

³⁸ C. giust. CE 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, I-4135.

³⁹ Sul tema si vedano le conclusioni dell'avvocato generale TIZZANO, presentate il 30 giugno 2005, relative alla causa C-144/04, *Mangold*, punto 113.

⁴⁰ Conclusioni presentate dall'avvocato generale KOKOTT, il 27 ottobre 2005, relative alla causa C-212/04, *Konstantinos Adeneler*, punto 43.

L'obbligo di un'interpretazione conforme alla direttiva sussiste a prescindere dalla attuazione della direttiva stessa⁴¹ e sorge⁴² anche prima del termine di attuazione dell'atto.

Di conseguenza, in pendenza del termine di trasposizione, *“anche i giudici devono fare tutto il possibile, nell'esercizio delle loro competenze, per evitare che il risultato voluto dalla direttiva possa essere compromesso. In altri termini, essi devono ugualmente sforzarsi di privilegiare l'interpretazione del diritto interno più aderente alla lettera e allo spirito della direttiva”*⁴³.

L'obbligo di interpretazione conforme, peraltro, vige indipendentemente dalla idoneità del singolo atto a produrre effetti diretti.

Tale principio, infatti, costituisce *“uno degli effetti strutturali”*⁴⁴ della norma comunitaria che consente, assieme allo strumento più invasivo dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario⁴⁵.

Proprio in ragione di detta natura, l'obbligo si impone con riguardo a tutte le fonti dell'ordinamento, che si traducano esse in norme primarie o di diritto derivato, in atti produttivi di effetti giuridici vincolanti o non. Perfino per le raccomandazioni, infatti, la Corte⁴⁶ ha affermato che *“i giudici nazionali sono tenuti a prenderle in considerazione ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio”*.

Una valorizzazione *“forte”* del canone dell'interpretazione conforme⁴⁷ che con la sentenza Pupino, addirittura, arriva a sancire l'estensione dell'obbligo di interpretazione *“conforme”* ad atti non comunitari, scaturiti da forme di cooperazione inter-istituzionale⁴⁸.

Nella sentenza Pfeiffer⁴⁹ la Corte ha, peraltro, precisato, con riferimento ad una controversia tra singoli, la procedura che il giudice nazionale deve seguire, riducendo ulteriormente la linea di confine tra l'invocabilità d'interpretazione conforme e l'invocabilità di una direttiva al fine di disapplicare il diritto nazionale incompatibile. La Corte ha, infatti, indicato che, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con

⁴¹ C. giust. CE 16 dicembre 1993, C-334/92, *Wagner Miret*, in *Racc.*, I-6811, par. 20.

⁴² Conclusioni dell'avv.to generale TIZZANO, *Mangold*, cit., punti 115 e 120.

⁴³ Conclusioni dell'avvocato generale TIZZANO, *Mangold*, cit., punto 120.

⁴⁴ Conclusioni dell'avvocato generale TIZZANO, *Mangold*, cit., punto 117.

⁴⁵ L'interpretazione conforme non opera sia in presenza di principi dell'ordinamento interno in conflitto con i contenuti della direttiva (Cfr. C. giust. CE 7 marzo 1996, C-192/94, in *Racc.*, 1996, I-1281) sia in mancanza di norme interne che possono essere interpretate alla luce della stessa (cfr. C. Giust. CE 16 dicembre 1993, C-334/92, in *Racc.*, 1993, I-691). La dottrina ha giustamente osservato che tali precisazioni non attenuano la portata dell'obbligo interpretativo, ma costituiscono solo dei limiti operativi (cfr. NIGLIA, *Ai confini tra diritto privato e legislazione comunitaria. La teoria dell'obbligo interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 76) utili a distinguere l'obbligo di interpretazione dalla teoria degli effetti delle direttive *“che può operare a prescindere dalla presenza di normative nazionali di attuazione o comunque pertinenti la materia oggetto della direttiva”* (cfr. SABATINI, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l'interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 1, pag. 131).

⁴⁶ C. giust. CE 13 dicembre 1989, C-322/88, *Grimaldi*, in *Racc.*, 4407, par. 18.

⁴⁷ Sul tema si veda PICCONE - SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme*, in *Foro it.*, 2006, IV, pag. 343.

⁴⁸ Sul tema si veda MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, 3, 564.

⁴⁹ C. giust. CE 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, in *Racc.*, I-8835, punto 116.

l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva⁵⁰.

Uno strumento, quindi, dalla portata straordinaria che, anche con riferimento ai "principi" contenuti nella Carta, verrà, certamente, utilizzato dalla Corte per rafforzare la costruzione della casa europea.

6. Il passaggio dai principi ai diritti. Il diritto antidiscriminatorio.

Ma il quadro normativo muta, profondamente, quando dai principi si passa alla tutela dei diritti.

Le discriminazioni per ragioni di età hanno assunto, in questo contesto, un ruolo sempre più importante nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁵¹.

Le origini del divieto di discriminazione non sono, però, così antiche.

Basti pensare che solo nel 1999 la Commissione affermava che: " *Negli stati membri esistono pochissime disposizioni legislative sulla discriminazione in base all'età*".

Malgrado ciò, il " *fattore cenerentola*"⁵² ha finito per conquistare il centro della scena europea offrendo alla Corte di giustizia la possibilità di chiarire il suo pensiero in una serie notevole di pronunce, molte delle quali assegnate alla grande sezione della Corte.

La riconduzione del divieto di discriminazione per età nel novero dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea risale alla fondamentale sentenza Mangold.

Il caso Mangold, al di là delle critiche a cui è stata sottoposta⁵³, ha aperto le porte ad una fitta serie di pronunce della Corte di giustizia.

La sentenza più importante, in questo contesto, è, certamente, la Kucukdeveci⁵⁴ del 2010, che confermando il " *messaggio costituzionale*" contenuto nella Mangold ha ribadito la natura di principio

⁵⁰ Sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea da parte della Corte di giustizia si veda JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2001, 4, 491 ss.; MONACO, *I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1963, 3 ss.; MENGOZZI PAOLO, *Il diritto della comunità europea*, Milano, 1990.

⁵¹ Per un panorama della giurisprudenza della Corte di giustizia e di quella di Strasburgo si veda TRIA, *Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne*, in www.unionediritiumani.it

⁵² IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, Il diritto discriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, pag. 388. ROCCELLA, IZZI, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Padova, 2010, 115. La Corte costituzionale, nell'importante sentenza n. 227 del 2010 (Foro it., 2010, I, pa. 2951) ci ricorda che il " *contrasto della norma con il principio di non discriminazione non è sempre di per sé sufficiente a consentire la non applicazione della confliggente norma interna da parte del giudice comune*". La ragione risiede, per la Corte costituzionale, nel fatto che il divieto di discriminazione " *pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia*" non è però assistito da " *una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti*". Ciò in quanto al legislatore nazionale è consentito di " *prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata*".

⁵³ Il punto focale delle critiche era che, in detta sentenza, la Corte avrebbe esteso la portata della direttiva, ritenendola efficace prima dello scadere del termine per il recepimento e attribuendole un'efficacia orizzontale. La sentenza era stata, inoltre, criticata per avere indotto una situazione di notevole incertezza giuridica (PICCONI - SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, cit.*, pag. 342). Anche quattro avvocati generali hanno commentato (e sotto certi aspetti criticato) la sentenza Mangold nelle cause Chacòn Navas (sentenza 11 luglio 2006, C-13/05), Lindorfer (sentenza 11 settembre 2007, C-227/04) Palacios de la Villa (sentenza 16 ottobre 2007, C-411/05) e Maruko (sentenza 17 febbraio 1998, C-249/96). Interessante notare che in nessuna di queste sentenze la Corte ha rivisto (o menzionato) la decisione assunta nella sentenza Mangold.

generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha carattere vincolante⁵⁵.

Alla sentenza Kucukdeveci hanno fatto seguito una serie di pronunce, tra le quali si segnalano le sentenze del 7 giugno 2012 (C-132/11) e del 5 luglio 2012 (C- 141/11)⁵⁶, che offrono, in questo contesto, una serie di spunti per approfondire il tema dei vincoli che incontra la Corte di giustizia nella "concretizzazione" delle clausole generali contenute nella normativa antidiscriminatoria⁵⁷.

In particolare, con riferimento alla clausola, contenuta nell'art. 6 della direttiva 2000/78⁵⁸, che consente deroghe alla tutela antidiscriminatoria per ragioni legale all'età.

L'art. 6 della direttiva 2000/78, al suo paragrafo 1, lettera a) dispone quanto segue.

*"Fatto salvo l'art. 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari"*⁵⁹.

Con questa formulazione, alquanto ridondante⁶⁰, la direttiva 2000/78 esige, in sostanza, che la relativa misura si fondi su "una finalità legittima e superi l'esame di proporzionalità"⁶¹.

La giustificazione viene analizzata dalla Corte in due fasi.

Nella prima vengono esaminati gli scopi del provvedimento.

Nella seconda fase viene valutata l'adeguatezza e la necessità dell'intervento⁶².

7.La "finalità legittima" come norma di direttiva.

La clausola generale (la "finalità legittima" che consente la deroga) non è da considerare una norma di rinvio, ma una norma di direttiva⁶³, con la conseguenza che la Corte non può limitarsi a recepire lo standard (di politica sociale) ma deve saper riconoscere in quest'ultimo l'involucro di un valore.

⁵⁴ Cfr. COSIO, *La sentenza Kucukdeveci: le nuove frontiere dell'Unione Europea, in Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, pag. 1079.

⁵⁵ Sul tema si veda COSIO, *I diritti fondamentali*, cit., pag. 47 e seg..

⁵⁶ Per un commento alle sentenze si veda. COSIO, *Discriminazioni per età: la Corte di giustizia UE in tema di giustificazione delle disparità di trattamento*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1/2013 pag. 75 e seg. Per una attenta analisi delle diverse fattispecie che entrano in gioco si veda la sentenza del 26 febbraio 2015, C- 515/13..

⁵⁷ Tra le più recenti si vedano le sentenze del 21 gennaio 2015, C-529/13 e del 28 gennaio 2015, C- 417/13.

⁵⁸ Sul tema si veda PAPA, *Il fattore new-comer di discriminazione e il suo temperamento con le politiche sociali nazionali – A proposito di tre recenti sentenze della Corte di giustizia*, in *WPCSDLE "Massimo d'Antona"*, INT 85/2010, 4, pag. 3.

⁵⁹ L'elenco non è esaustivo (sentenza 13 settembre 2011, C-447/09), ma la disposizione deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva (sentenza del 26 settembre 2013, C-546/11, punto 41). Esso comprende obiettivi di politica sociale, quali quelli connessi alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale (sentenza 18 giugno 2009, C-88/08, punto 41). Anche l'equilibrio finanziario di un sistema pensionistico rientra tra gli obiettivi di politica sociale (sentenza 12 gennaio 2010, C-341/08, punto 45).

⁶⁰ La valutazione è dell'Avvocato generale KOKOTT nelle conclusioni della causa 499/08.

⁶¹ Testualmente le conclusioni della causa 499/08, punto 47.

⁶² Cfr. Sentenza 5 luglio 2012, C- 141/11, punto 38.

In questa fase si intrecciano, pur rimanendo logicamente distinti, due processi⁶⁴.

Il primo di **specificazione del valore giuridico** che ne configura, sul piano normativo, più definite modalità (nel caso C-141/11, ad esempio, l'analisi della normativa dei vari Paesi membri che regola la cessazione automatica dei rapporti di lavoro dei lavoratori subordinati che soddisfano le condizioni per godere della pensione di vecchiaia).

Il secondo di **concretizzazione del valore giuridico** mediante eventi o comportamenti che evidenziano, nel contesto sociale, l'insorgere, storicamente circostanziato, del valore astrattamente prefigurato dalla norma (nei casi esaminati, ad esempio, vengono, spesso, richiamati gli esami delle politiche sociali dirette alla promozione delle assunzioni dei giovani).

Le sentenze C-141/11⁶⁵ e C-286/12 del 2012⁶⁶ offrono, sotto questo profilo, interessanti spunti di riflessione.

In entrambe le controversie veniva in rilievo l'art. 6 della direttiva 2000/78.

La Corte analizzava, in primo luogo, la finalità degli interventi ritenendole, in entrambi i casi, sussistenti.

La Corte, nella sentenza C-141/11, accoglieva la tesi del governo svedese affermando che: a) la cessazione automatica dei rapporti di lavoro dei lavoratori subordinati che soddisfano le condizioni contributive e di anzianità per beneficiare della liquidazione dei loro diritti pensionistici fa parte, da molto tempo, del **diritto del lavoro di numerosi Stati membri**; b) la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale o dell'occupazione degli Stati membri, in particolare quando si tratta **di favorire l'accesso dei giovani all'esercizio di una professione**⁶⁷.

La Corte, nella causa 286/12, richiamava, in particolare, il suo orientamento secondo cui integrano delle finalità legittime gli *"obiettivi di politica sociale, come quelli connessi alla politica del lavoro, del mercato del lavoro e della formazione del lavoro"*, confermando, con il richiamo alle sentenze Age Concern England⁶⁸, Hutter⁶⁹ e Prigge⁷⁰, la **valorizzazione della tecnica del precedente**⁷¹.

⁶³ Cfr. MENGONI, Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, pag. 5-19. Il saggio è inserito nel Volume MENGONI, Metodo e teoria giuridica, Milano, 2011, pag. 164 e seg.

⁶⁴ Sulla duplicazione dei percorsi si veda FALZEA Gli standards valutativi e la loro applicazione, pag. 385 e seg. (in FALZEA, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Milano, 1999) che, peraltro, riprende il terzo suggerimento di ROSCOE POUND contenuto nell'opera An Introduction to the Philosophy of Law (conferenze tenute all'Università di Yale nell'anno accademico 1921-22), apparsa in una seconda edizione revisionata e ampliata, a New Haven, 1954, trad. it., Firenze, 1963, pag. 70 e seg..

⁶⁵ Il giudice svedese, nella sentenza C-141/11, chiedeva alla Corte se l'art. 6, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2000/78 dovesse essere interpretato nel senso che esso osta ad un provvedimento nazionale, come quello svedese, che permette ad un datore di lavoro di porre fine al contratto di lavoro di un suo dipendente per il solo motivo che quest'ultimo ha raggiunto l'età di 67 anni, senza tenere conto del livello della pensione di vecchiaia che l'interessato percepirà.

⁶⁶ La Commissione europea, nella sentenza C-286/12, chiedeva, altresì, alla Corte di constatare che l'Ungheria, avendo adottato un regime nazionale che imponeva la cessazione dell'attività professionale di giudici, procuratori e notai che avevano compiuto 62 anni di età, aveva posto in essere una disparità di trattamento fondata sull'età non giustificata da finalità legittime e, comunque, non necessaria e appropriata rispetto alle finalità perseguite.

⁶⁷ Sul tema si vedano le sentenze del 18 novembre 2010, C-250/09 e C-268/09.

⁶⁸ Sentenza del 5 marzo 2009, C-388/07, punto 46.

⁶⁹ Sentenza 18 giugno 2009, C- 88/08, punto 41.

Dall'esame, congiunto, delle due sentenze si ricavano due indicazioni di fondo.

La prima indicazione, desumibile dalla sentenza C-141/11, attiene all'utilizzo del **metodo "comparato"** seguito dalla Corte nell'esame delle condizioni necessarie per produrre certi effetti giuridici (nella specie, la cessazione automatica dei rapporti).

E' merito di Peter Haberle avere avviato un coraggioso rinnovamento del metodo comparato. Secondo Haberle⁷², poiché il mutamento culturale "colora" l'interpretazione costituzionale l'approccio ad essa non può non tener conto del fatto che i testi acquistano nelle diverse culture giuridiche, nello spazio e nel tempo, contenuti e significati differenti.

Il pensiero haberliano trova pieno riscontro nelle sentenze della Corte che sembrano restituire alla comparazione un ruolo centrale nel processo di identificazione delle finalità legittime.

La seconda indicazione, desumibile da entrambe le sentenze, attiene all'utilizzo, costante, della tecnica del precedente.⁷³

In sostanza, la Corte, attraverso la **tecnica del precedente**, riconduce i casi futuri sussumibili sotto le medesime ipotesi interpretative *"apprestandogli un modello di decisione che la esonera dalla responsabilità di ripetere ogni volta le valutazioni e i bilanciamenti degli interessi in gioco"*⁷⁴.

L'adozione di questa tecnica evidenzia un progressivo accorciamento delle distanze tra gli ordinamenti di civil law e quelli di common law attraverso una convergenza grazie alla quale *"per un verso gli atti applicativi del diritto codificato acquistano una valenza creativa di diritto, mentre per altro verso l'adesione al precedente diritto di creazione giudiziale non ne preclude lo sviluppo ulteriore"*.⁷⁵

8. Il test di "proporzionalità".

Il **secondo passaggio** passa, nell'articolazione, costante seguito dalla Corte di giustizia, attraverso l'applicazione del parametro della "necessità" della deroga che garantisce che la soluzione adottata sia, tra quelle idonee, la meno invasiva dei diritti e delle libertà del privato.

In forza del **principio di proporzionalità**⁷⁶ *"la legittimità di un atto che impone obblighi o divieti, o lascia un margine di discrezionalità di derogarvi, è subordinata alla condizione che sia idoneo e necessario per il*

⁷⁰ Sentenza 13 settembre 2011, C- 447/09, punto 81.

⁷¹ Con una opportuna cernita dei precedenti analoghi ma diversi; sul tema si veda Corte di giustizia 26 febbraio 2015, C- 515/13.

⁷² Cfr. Haberle, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungslander*, Berlin, 1992, pag. 627 e seg..

⁷³ Tecnica che, in Italia, è stata approfondita, soprattutto negli scritti di GINO GORLA (si veda la sua voce *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia Giuridica* Treccani, XXIII, Roma, 1990, pag. 13 e seg.). Il principale protagonista della valorizzazione del precedente giudiziario rimane, comunque, MARTIN KRIELE che rilevava come ormai, anche nei sistemi di civil law è tale l'influenza di fatto dei precedenti nell'orientare l'interpretazione e la decisione giudiziale che si può parlare di una loro *"vincolatività presuntiva"*. Cfr. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1967, pag. 243 e seg.

⁷⁴ Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., pag. 178.

⁷⁵ ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, pag. 10

⁷⁶ Nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, il richiamo alla **ragionevolezza** *"non ha una sua autonomia, ma al più può essere di supporto al giudice, all'interno del test di proporzionalità, nel misurare la congruità della misura rispetto all'obiettivo della stessa"*; cfr. TESAURO, *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, pag. 9. Relazione tenuta nell'incontro delle Corti Costituzionali di Portogallo, Spagna e Italia, Roma 24.10.2013,

conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti, fermo restando che, tra più soluzioni appropriate, va privilegiata quella meno restrittiva e che gli oneri imposti non siano sproporzionati rispetto agli obiettivi”⁷⁷.

Il profilo della proporzionalità dell'intervento ha origini antiche, ma la sua articolazione è profondamente mutata nel tempo.

La proporzionalità, pur presente nel pensiero aristotelico⁷⁸, si afferma, nell'Europa continentale, soltanto nel XVIII secolo e limitatamente alla determinazione delle pene.

Dall'originario alveo del diritto penale, la “proporzionalità” estende la sua presenza (e rilevanza) ai vari rami dell'ordinamento (dal diritto civile⁷⁹ al diritto internazionale⁸⁰) trovando, infine, cittadinanza, nel diritto dell'Unione europea⁸¹.

Dalle origini tedesche del concetto⁸² la Corte si affranca, ben presto, definendo un'autonoma nozione di proporzionalità ed utilizzando uno schema binario⁸³, improntato a logiche proprie⁸⁴.

Le sentenze C-476/11 e 546/11 del 2013 e da C-501/12 a C-506/12 del 2014, offrono, in questo contesto, ulteriori spunti di riflessione.

Nella sentenza C-476/11 il giudice danese chiedeva alla Corte se il diritto dell'Unione “ostava” ad un regime pensionistico professionale in forza del quale un datore di lavoro versava, come parte della retribuzione, contributi pensionistici progressivi in funzione dell'età.

Nella sentenza C-546/11, la Corte veniva chiamata, per la prima volta, ad esaminare l'estensione della deroga al divieto di discriminazione, prevista all'art. 6, paragrafo 2, per i regimi professionali di sicurezza sociale⁸⁵.

Nella sentenza da C-501/12 a C-506/12 del 2014 (19 giugno), il giudice tedesco chiedeva, in sostanza, se gli artt. 2 e 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 dovevano essere interpretati nel senso che ostavano a una disposizione nazionale in forza della quale, nell'ambito di ciascuna categoria di funzioni, il livello dello

reperibile in www.cortecostituzionale.it. Per una analisi della giurisprudenza più recente della Corte di giustizia si veda PORCHIA, La proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea con particolare riferimento all'ordinamento italiano, in I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese, luglio 2013, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁷ Cfr. TESAURO, Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria, cit., pag. 1.

⁷⁸ Quale manifestazione concreta della giustizia; cfr. ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, cap. V, Milano, 1993, pag. 195.

⁷⁹ Cfr. BORTOLUZZI, Proporzionalità, in *Digesto disc. Priv.*, sez. civile, Aggiornamento, Torino, 2007, 1098 e seg..

⁸⁰ Cfr. CANNIZZARO, Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale, Milano, 2000, 429 e seg..

⁸¹ Cfr. CICIRIELLO, Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario, Napoli, 1999, pag. 69 e seg..

⁸² Messe in evidenza da GALLETTA, Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Milano, 1998, pag. 11 e seg..

⁸³ Diverso dal canonico triplice controllo di origine tedesca: idoneità, necessità e proporzionalità strictu sensu.

⁸⁴ Sul tema si veda GALLETTA, Principio di proporzionalità, cit..La dottrina (CICIRIELLO, Il principio di proporzionalità, cit., pag. 196) ha, peraltro, evidenziato un mutamento negli orientamenti della Corte che, progressivamente, ha utilizzato il criterio di proporzionalità quale obbligo positivo più che limite negativo.

⁸⁵ In Danimarca, infatti, i dipendenti pubblici licenziati a causa di soppressione del loro posto percepiscono per i successivi tre anni il loro stipendio originale. Tuttavia, il diritto a tale indennità di disponibilità non spetta ai dipendenti che hanno compiuto sessantacinque anni e che pertanto possono, ma non devono, andare in pensione.

stipendio di base di un dipendente pubblico fosse determinato, al momento dell'assunzione, in base all'età di quest'ultimo.

La Corte, nei casi esaminati, dopo aver rilevato la disparità di trattamento, l'inapplicabilità del secondo paragrafo dell'art. 6 della direttiva 2000/78 (nelle cause C-476/11 e C- 546/11) e la sussistenza di finalità legittime alla base degli interventi normativi valutava la "necessità" degli interventi.

Nella causa C-546/11, la Corte, **con una valutazione autonoma**, riteneva che la normativa travalicasse quanto necessario per conseguire le finalità perseguite, "*poiché esclude automaticamente dalla possibilità di fruire dell'indennità di disponibilità i dipendenti pubblici che hanno diritto ad una pensione di vecchiaia*".

Nella causa C-476/11, viceversa, ricordava che una "*normativa è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo adottato solo se risponde effettivamente all'intento perseguito in modo **coerente e sistematico**⁸⁶*".

Ciò posto, **rinvia la causa al giudice nazionale** per la verifica di tale requisito indicando una serie di parametri ai quali lo stesso doveva attenersi (punto 68 della motivazione).

Nella causa da C-501/12 a C-506/12 del 2014, la Corte riteneva che la direttiva 2000/78 ostava a una misura nazionale, come quella tedesca, in forza della quale il livello dello stipendio di base di un dipendente pubblico fosse determinato, al momento dell'assunzione, in base all'età di quest'ultimo demandando al giudice nazionale di verificare se fossero sussistenti tutti i presupposti affinché, ai sensi del diritto dell'Unione, potesse configurarsi una responsabilità della Repubblica federale di Germania.

Dall'insieme delle sentenze emerge che la Corte non utilizza un metodo univoco.

In alcuni casi (che non richiedono particolari approfondimenti in fatto) la Corte compie delle valutazioni autonome, senza demandare alcunché al giudice di rinvio.

In altre ipotesi (in cui entra in gioco, anche, una valutazione più approfondita del diritto nazionale) rinvia la causa al giudice nazionale indicando, però, una serie di parametri ai quali lo stesso deve attenersi.

In sostanza, in queste ultime ipotesi, attraverso l'uso combinato dei principi di cooperazione e proporzionalità, la Corte di giustizia ha faticosamente trovato un punto di equilibrio tra due interessi: quello di non interferire più di tanto nella sovranità nazionale e quello di assicurare una adeguata tutela ai singoli.

La prima esigenza viene salvaguardata lasciando al giudice nazionale il compito di risolvere il caso concreto.

La seconda esigenza viene soddisfatta indicando dettagliatamente al giudice nazionale i criteri da seguire nell'applicazione del principio di proporzionalità.

Una nuova tecnica di dialogo con le Corti nazionali, che si ispira ad una sorta di "cooperative federalism"⁸⁷, il cui consolidarsi dovrà essere verificato in futuro.

9. Il principio di effettività della sanzione.

⁸⁶ Cfr. sentenza 21 luglio 2011, C-159/10 e C-160/10, punto 85.

⁸⁷ La definizione è di MENGOZZI PIERALBERTO, *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, in *Quaderni della Rivista Il diritto dell'Unione europea* diretti da TIZZANO, 2011, 6, 108.

Accanto ai “principi” codificati nella Carta (come l’art. 30) operano nell’ordinamento dell’Unione europea anche principi di origine giurisprudenziale⁸⁸.

In particolare, nel nostro caso, viene il rilievo il principio secondo cui il legislatore nazionale è tenuto ad apprestare sanzioni, effettive, adeguate e dotate di efficacia deterrente atte a garantire l’efficacia del diritto comunitario⁸⁹.

In tema di licenziamento collettivo, in particolare, la Corte di giustizia, nella famosa sentenza C-383/92⁹⁰, ha precisato che: *“Qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione delle sue disposizioni o rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, l’art. 5 del trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l’efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni, essi devono vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva”*.

Dalle affermazioni della Corte si desumono una serie di regole.

La prima è quella che il principio giurisprudenziale opera in assenza di una disciplina comunitaria⁹¹ o un rinvio, espresso, alla disciplina nazionale.

La seconda è che la discrezionalità di cui godono i legislatori nazionali in materia di sanzioni per violazioni di disposizioni di diritto comunitario è, certamente, **vincolata**⁹².

Il vincolo opera in duplice direzione.

Per un verso, attraverso il criterio della “**comparazione**” con riferimento all’applicazione di sanzioni analoghe a quelle previste “*per la violazione del diritto interno simili per natura e importanza*”.

Sotto altro profilo, attraverso il criterio di “**effettività**”, con riferimento alla necessità che le sanzioni, in concreto applicate, abbiano carattere effettivo, siano adeguate all’infrazione commessa e siano dotate di una efficacia deterrente.

In sostanza, non si potrà parlare di sanzioni effettive, se esse non siano “*concepite in modo da costituire un risarcimento adeguato*” per il soggetto leso e, quanto all’autore dell’offesa, “*un mezzo di pressione da prendere in seria considerazione e che lo induca ad osservare*” i diritti di fonte comunitaria⁹³.

⁸⁸ Il tema è sconfinato. Tra i contributi più recenti si veda NINATTI, Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella giurisprudenza comunitaria, in D’ELIA–TIBERI–VIVIANI SCHLEIN (a cura di), scritti in memoria di Alessandra Concaro, Milano, 2012.

⁸⁹ Cfr. ARNULL, Sanctioning discrimination, European Law Review, 1984, 267 e seg..

⁹⁰ Corte di giustizia, sentenza 8 giugno 1994, C-383/92, punto 40. Per un commento si veda WEDDERBURN OF CHARLTON, Il diritto del lavoro inglese davanti alla Corte di giustizia. Un frammento, in Giorn. dir.lav. e relazioni ind., 1994, 4, pag. 691. Nello stesso numero della rivista si v. LYON-CAEN, Il Regno Unito: allievo indisciplinato o ribelle indomabile?, pag. 679.

⁹¹ Per rafforzare l’effettività della disciplina comunitaria, in tema di licenziamento collettivo, era stato suggerito, ad esempio, dalla Commissione europea, nella proposta di modifica della direttiva, un’esplicita misura sanzionatoria che avrebbe comportato l’annullamento del licenziamento collettivo in caso di violazione, da parte del datore di lavoro, dei vincoli procedurali previsti. Proposta bocciata per la tenace opposizione britannica.

⁹² Cfr. Le conclusioni dell’avvocato generale VAN GERVEN nella causa n. 326/88.

Peraltro, i criteri di effettività, adeguatezza e efficacia deterrente “non possono ritenersi di pari livello. Essi piuttosto devono considerarsi ordinati secondo una scala gerarchica, nella quale il secondo e il terzo appaiono funzionali al primo, che resta quello veramente determinante”.⁹⁴

Le modifiche apportate dal decreto legislativo n. 23 del 2015, in materia di licenziamenti collettivi con riferimento alle sanzioni per la violazione dei criteri di scelta, rispondono ai criteri indicati dalla Corte di giustizia?

L’art. 10 del decreto, con la sola eccezione dell’ipotesi (invero di scuola) del licenziamento privo di forma scritta, **prevede esclusivamente una tutela indennitaria**;⁹⁵ mentre la disciplina previgente (art. 1, comma 46, della legge n. 92/2012) distingueva l’ipotesi di violazione delle procedure di cui all’art. 4 della legge n. 223 del 1991 (per la quale era prevista solo la tutela indennitaria) dalla violazione dei criteri di scelta (per la quale era prevista la sanzione della reintegrazione).

La misura della sanzione indennitaria è commisurata a quanto previsto per il licenziamento individuale (per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa) in base al 1 comma dell’art. 3.

Il criterio della comparazione non sorregge tale scelta.

Nella prospettiva dei lavoratori, è certamente in gioco – come per ogni ipotesi di licenziamento – l’interesse individuale alla conservazione del rapporto di lavoro.

Ma l’elemento quantitativo dei recessi (il numero dei lavoratori coinvolti) e l’attinenza della vicenda alla complessiva organizzazione dell’impresa rendono immediatamente evidente la dimensione collettiva di quell’interesse (estranea alla dimensione del licenziamento individuale).

Ancora più evidente appare la lesione del **criterio di effettività della sanzione**.

Come può qualificarsi come effettiva una sanzione indennitaria pari a quattro mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto (è la misura minima della sanzione pecuniaria) nell’ipotesi di una plateale violazione dei criteri di scelta da parte di una multinazionale che operi su un mercato globale?

La violazione del criterio della “**congruità dell’indennizzo**”, prevista dall’art. 24 della Carta sociale e “comunitarizzata” nell’art. 30 della Carta, appare evidente.

La mancanza di effettività della sanzione (e l’**irragionevolezza della norma**) si coglie, peraltro, anche sotto altri profili.

In primo luogo, si consideri che in questo caso la sanzione pecuniaria sarebbe inferiore a quella (potenzialmente) inflitta ad un datore di lavoro di una “piccola impresa” che, ai sensi dell’art. 9 del decreto, venga condannato al pagamento di sei mensilità.

⁹³ I passi riportati si trovano nella famosa sentenza von Consol, sentenza della Corte di giustizia 10 aprile 1984, C-14/83.

⁹⁴ Cfr. ROCCELLA, Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario, Riv. it. dir. lav., 1994, I, pag 74.

⁹⁵ Malgrado la contrarietà delle opinioni espresse nei pareri di Camera e Senato. Vedi Bollettino ADAPT Speciale del 28 gennaio 2015, n. 3.

In secondo luogo, occorre considerare che la sanzione indennitaria prevista nel caso di un licenziamento illegittimo di un dirigente, nell'ambito di un licenziamento collettivo (in base alla legge del 30 ottobre 2014 n. 161), varia da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La nuova disciplina legislativa ha dato attuazione alla sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 2014 c- 596/12.

Sentenza che ha precisato che la nozione di "lavoratori", contenuta nella direttiva n. 98/59/CE, non è suscettibile di modifica e/o diversa interpretazione da parte degli Stati membri, ma deve avere una dimensione comunitaria ed essere definita in base a criteri oggettivi che caratterizzano il rapporto di lavoro.

Da qui una duplice differenza di trattamento, tra i dirigenti e le altre categorie di lavoratori, nell'ambito di un licenziamento collettivo (considerato illegittimo) consistente:

a) in una diversa quantificazione dell'indennizzo **nella sua misura minima** (dodici mensilità per il dirigente, quattro mensilità per gli altri);

b) nel vincolare il giudice ad una visione notarile della sanzione (in caso di licenziamento illegittimo dei lavoratori diversi dai dirigenti) ancorata ad un criterio unico ed invariabile (gli anni di servizio) a differenza della sanzione indennitaria prevista per il licenziamento (illegittimo) del dirigente che v'è, invece, commisurata in base "alla natura e alla gravità della violazione"⁹⁶ sulla base del principio di proporzionalità della sanzione che informa non solo l'ordinamento interno ma, anche, quello dell'Unione europea⁹⁷

Se si condivide tale impostazione (ritenendo non conforme al diritto dell'UE, l'attuale disciplina in tema di violazione dei criteri di scelta) si pone il problema di individuare gli strumenti di tutela da attivare.

In questo contesto, occorre tentare di dare risposta ad una serie di questioni.

La prima domanda è se la materia dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare rientri nell'ambito di applicazione della Carta, che secondo l'art. 51, par. 1, vincola gli "Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione".

La risposta negativa poggia sulla considerazione che la materia non è disciplinata dalla direttiva 98/59/CE del 20 luglio 1998.

E' preferibile, però, la risposta positiva alla luce della "comunitarizzazione" dell'art. 24 della Carta sociale europea, effettuata dall'art. 30 della Carta⁹⁸, nella parte in cui impone che l'indennizzo dovuto in caso di licenziamento illegittimo sia "congruo".

Occorre, poi, chiedersi se, nella specie, vi sia spazio per una disapplicazione (o, meglio, una non applicazione⁹⁹) della norma interna in contrasto con i principi (codificati dalla Carta o di origine giurisprudenziale) dell'ordinamento dell'Unione europea.

⁹⁶ Fatte salve le diverse previsioni sulla misura dell'indennità contenute nei contratti e negli accordi collettivi applicati al rapporto di lavoro. Sul tema si veda MISCIONE, Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro, in DPL, n. 12 del 2015, pag.758.

⁹⁷ Cfr. TORIELLO, I principi generali del diritto comunitario, Milano, 2000, pag. 264 e seg..

⁹⁸ Norma che, come già detto, ha un ambito di applicazione ampio, tale da ricomprendere, anche, i licenziamenti collettivi.

La risposta, in questo caso, dovrebbe essere negativa perché i “principi”, a differenza dei “diritti”, non godono di una efficacia diretta¹⁰⁰.

Occorre, altresì, chiedersi se la norma interna (che prevede la sanzione in caso di violazione dei criteri di scelta) sia suscettibile di una interpretazione conforme all’ordinamento dell’Unione europea.

La risposta non risulta agevole.

Su un piano generale, sul tema, occorre ricordare che la sentenza Granital del 1984¹⁰¹, di soli due mesi successiva alla Von Consol¹⁰², ha affermato che *“sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario: fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l’osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato”*.

In un altro caso, la Corte dichiara di dover respingere una certa interpretazione della legge per abbracciare invece *“un **criterio sistematico**, che tenga conto della ratio della disposizione, ed eviti di attribuirle un senso incongruo rispetto ad essa, e suscettibile di configurare con i **principi** costituzionali e **comunitari**”*¹⁰³

Sulla base di tali coordinate può ipotizzarsi una interpretazione “adeguatrice” dell’art. 10 del decreto legislativo n. 23 del 2015 che letto attraverso una interpretazione sistematica¹⁰⁴ con quanto previsto per il licenziamento collettivo dei dirigenti (con riguardo alle sanzioni previste) consenta al giudice adito di modulare la sanzione indennitaria in base *“alla natura e alla gravità della violazione”* sulla base del principio di proporzionalità della sanzione che informa non solo l’ordinamento interno ma, anche, quello dell’Unione europea.

Se non si condivide tale possibilità non resta che invocare un intervento della Corte di giustizia o chiedere la rimessione alla Corte costituzionale (anche sotto altri profili¹⁰⁵).

Un intervento della Corte di giustizia, pur nel rispetto della discrezionalità di cui gode il legislatore, potrebbe, infatti, consentire alla Corte di fornire preziose indicazioni *“dirette a guidare il giudice nazionale nella sua decisione”*, com’è accaduto nell’ordinanza Papalia.¹⁰⁶

Peraltro, la questione di compatibilità comunitaria sollevata dinanzi al giudice comune ha la precedenza logica (anche se non più giuridica) rispetto alla questione di costituzionalità¹⁰⁷ e consentirebbe alla Corte di giustizia di integrare il significato e le possibilità applicative della norma comunitaria, vincolando il giudice nazionale all’interpretazione da essa fornita¹⁰⁸.

⁹⁹ L’attività svolta dal giudice ordinario allorché disapplica una norma italiana incompatibile è attività volta non a un controllo di validità (operazione che compete solo al giudice delle leggi) ma a risolvere una antinomia (appunto un problema di *“non applicazione”*), come precisato nella sentenza n. 168/91 della Consulta.

¹⁰⁰ Sul tema si veda BARBERA, Corte costituzionale e giudici di fronte ai vincoli comunitari: una ridefinizione dei confini?, in www.forumcostituzionale.it, pag. 3.

¹⁰¹ Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170.

¹⁰² Corte Giust., sentenza 10 aprile 1984, Von Consol, C-14/83.

¹⁰³ Corte cost., sentenza n. 86 del 2004.

¹⁰⁴ Sul tema si veda COSIO, L’interpretazione conforme nell’ordinamento complesso, in www.europeanrights.org.

¹⁰⁵ Evocati, tra gli altri, dall’associazione giuristi democratici in una lettera al Presidente della Repubblica.

¹⁰⁶ Ordinanza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013, c- 50/13.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost. 13 luglio 2007, n. 284.

¹⁰⁸ Cfr. Corte cost. 11 luglio 1989, n. 168.

Si potrebbe, infine, richiedere l'intervento della Consulta utilizzando la previsione della Carta (l'art. 30), in combinato disposto con il principio di effettività della sanzione, come parametro interposto¹⁰⁹ di costituzionalità per la valutazione di conformità dell'art. 10 del decreto n. 23 del 2015 all'art. 117, comma 1, della Cost.

E la stessa Corte costituzionale potrebbe richiedere l'intervento della Corte di giustizia, come affermato nell'importante ordinanza n. 207 del 2013, con la possibilità di instaurare quel dialogo diretto (e non più per interposta persona) tra le Alte Corti che rappresenta una delle novità più significative, sul piano processuale, degli ultimi anni.

La possibilità di utilizzare le norme della Carta dei diritti fondamentali come norme interposte apre, peraltro, orizzonti giuridici, in parte, inesplorati.

C'è da chiedersi, in primo luogo, se una norma esterna al nostro ordinamento (tali sono i principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali) richieda una collocazione determinata nel sistema interno delle fonti e, in caso di risposta positiva, occorre interrogarsi sulla posizione gerarchica dei "principi" desumibili dall'ordinamento dell'Unione europea.

Se è vero, infatti, che anche le norme comunitarie provviste di effetto diretto (e che, quindi, trovano applicazione diretta ed immediata nel nostro ordinamento) erano considerate, nella famosa sentenza Granital, estranee al nostro sistema delle fonti occorre approfondire la questione alla luce dell'affermazione, contenuta nell'ordinanza della Consulta n. 103 del 2008, dove si legge che *"l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, **integrato** e coordinato con quello interno"*.

Occorre, altresì, approfondire l'idea incontestata che la norma (nella specie, il principio) integra, specificandolo, l'oggetto della norma costituzionale creando, nella sostanza, un *"parametro ibrido, con un involucro costituzionale ed un contenuto esterno all'ordinamento"*¹¹⁰

Più in generale occorre chiedersi se il principio codificato nella Carta dei diritti fondamentali, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, sarà oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni che il giudice delle leggi deve compiere in tutti i giudizi di sua competenza¹¹¹?

Ovvero se il controllo della Consulta dovrà limitarsi a verificare l'inesistenza di un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale.

Resta il fatto che sulla materia oggetto di rinvio la Corte di giustizia detta, per definizione, letture vincolanti delle norme europee¹¹² realizzando una sorta di nomofilachia europea¹¹³ al servizio dell'armonizzazione degli ordinamenti statali in vista di una loro sempre maggiore integrazione.

¹⁰⁹ La ricostruzione della norma (o del principio) come norma interposta che va ad integrare il contenuto dell'art. 117, primo comma, della Costituzione merita, ovviamente, un approfondimento. Sul tema si veda TESAURO, Costituzione e norme esterne, in *Il diritto dell'Unione europea*, fasc. 2, 2009, pag. 222 e seg.. Sulla classica ricostruzione del rinvio mobile alla norma esterna si veda BARILE, Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario diritto internazionale, Padova, 1987.

¹¹⁰ Cfr. TESAURO, Costituzione e norme esterne, cit., pag. 223.

¹¹¹ Con riferimento alla convenzione Cedu si veda la sentenza della Corte cost. n. 264 del 2012.

¹¹² Una vera e propria giurisdizione di interpretazione. Sul tema si veda ROMBOLI, I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli, in www.forumcostituzionale.it, 24.

10. Il limite alla possibilità di deroghe. La dignità umana come diritto intangibile.

Ma la possibilità di derogare il “diritto” conosce dei limiti.

Primo fra tutti, il rispetto della dignità umana.

La dignità della persona umana, si legge nelle spiegazioni della Carta, *“non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali”*.

Ne consegue, si legge ancora nelle spiegazioni, *“che nessuno dei diritti sanciti nella Carta può essere usato per recare pregiudizio alla dignità altrui e che la dignità della persona umana fa parte della sostanza stessa dei diritti sanciti dalla carta. Essa non può pertanto subire pregiudizio, neanche in caso di limitazione di un diritto”*.

La costituzione italiana, approvata nel 1947, fa' esplicito riferimento alla dignità umana negli artt. 3, 36 41¹¹⁴.

Ed è proprio sulla base della dignità umana che la Corte costituzionale italiana è giunta alla storica sentenza n. 238 del 2014; pronuncia che affacciandosi *“sul baratro della coscienza europea del Novecento”*¹¹⁵ ha esaminato la questione delicatissima della responsabilità per i crimini nazisti e della esclusione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione di paesi stranieri per gli atti lesivi dei diritti fondamentali della persona.

E' la dignità, infatti, che è presidiata dai parametri invocati dal remittente: gli artt. 2 e 24 Cost.. *“Il primo”, dice la Corte, “è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della carta costituzionale, a presidio dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità. Il secondo è anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile”*¹¹⁶.

Ma ancora più significativo è il richiamo contenuto nella legge fondamentale tedesca del 1949 che si apre con le parole:

“La dignità umana è intangibile. E' dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla”.

¹¹³ Cfr. LONGO, Alcune riflessioni sui rapporti tra interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte costituzionale, in www.Consultaonline, 2011 (12.12.2011), pag. 3.

¹¹⁴ Sul tema si veda RUGGERI, Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità umana, edito sulla Enciclopedia di Bioetica e Sessuologia, II ed., (a cura di RUSSO); nonché FERRONE, I diritti dell'uomo tra utopia e storia. Perché può essere utile riflettere sulla storia dei diritti dell'uomo?, edito su *Questione Giustizia*, Trimestrale n. 1 del marzo 2015.

¹¹⁵ Cfr. LUCIANI, I contro limiti e l'eterogenesi dei fini, cit., pag. 85.

¹¹⁶ Buona parte della dottrina (in particolare, SILVESTRI, Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona, in www.AIC, 14 marzo 2008) tende ad escludere la sua bilanciabilità, perché sembra davvero difficile identificare valori alternativi capaci di contrapporsi più o meno vittoriosamente all'esigenza di proteggerla. Secondo una diversa impostazione (LUCIANI, I contro limiti e l'eterogenesi dei fini, cit., pag. 91), viceversa, un bilanciamento è possibile; *“come giustificare, ad esempio, una realtà ben poco in armonia con l'umana dignità qual è il carcere?”*. Sul tema, si veda una recente sentenza della Corte costituzionale belga (del 29 gennaio 2014) che ha annullato alcune disposizioni della legge sull'amministrazione penitenziaria e lo statuto dei detenuti concernenti le perquisizioni corporali, ritenute non compatibili con la Convenzione europea dei diritti umani e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il vero lascito del costituzionalismo del dopoguerra dopo le oscurità portate dal secolo breve¹¹⁷.

L'affermazione dei diritti umani, scrive GUIDO ROSSI¹¹⁸, *“nucleo centrale della civiltà occidentale – deve prevalere sulla governance del capitalismo neoliberista e sul simulato riferimento scorretto al diritto di libertà, con cui è stato giustificato ogni tipo di sopraffazione, e quindi di violazione del diritto alla dignità dell'uomo”*.

Parole che riecheggiano, nell'area del diritto del lavoro, il monito di uno dei grandi Maestri del secolo scorso che, nel 1982, scriveva:

“Il modello antropologico dell'individualismo proprietario è stato corretto dal diritto del lavoro (...). In quanto presuppone l'uomo che lavora, e non semplicemente un proprietario di forza-lavoro che la offre sul mercato, il diritto del lavoro instaura l'antropologia definitiva del diritto moderno, fissata nell'art. 1 della Costituzione del 1947, che proclama essere il nostro ordinamento fondato sul lavoro¹¹⁹”.

¹¹⁷ Sul tema si veda RODOTA', *Il Diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

¹¹⁸ Si veda *Diritto certo, governance opaca*, in *Il Sole 24 Ore*, dell'11 gennaio 2015, pag. 20.

¹¹⁹ MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pag. 127.