

La nuova disciplina dei licenziamenti collettivi nello Jobs Act ed il diritto primario dell'UE. Il ruolo del rinvio alla Corte di giustizia¹.

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'art. 30 della Carta. Origini e collocazione tra i principi. – 3. I principi di origine giurisprudenziale. Il principio di proporzionalità e quello di effettività della sanzione. – 4. L'art. 10 del d.lgs n. 23/2015 è conforme ai principi sopra enunciati? – 5. Gli strumenti di tutela. – 6. Il rapporto tra il rinvio alla Consulta ed il rinvio alla Corte di giustizia.

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 nazionali.

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 Unione.

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 guerra³.

Il tema affrontato in questa riflessione, in questo contesto, è il rapporto tra la nuova disciplina dei licenziamenti collettivi prevista nello Jobs Act ed i

¹ Testo della relazione al Convegno sulla “*Tutela Multilivello dei diritti fondamentali*” organizzato a Firenze il 30 ottobre 2015 dall'AGI sezione Toscana (con il partenariato della Scuola Superiore di Magistratura, degli Osservatori della giustizia civile e sul Trattato di Lisbona (del cui direttivo AGI è componente), del COA di Firenze e di UNiFi).

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

³ 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'eterogeneità dei fini. Contributi editi sul trimestrale di *Questione Giustizia* n. 1 del marzo 2015.

principi (enunciati nella Carta o di elaborazione giurisprudenziale) che popolano il diritto dell'UE.

Esaminiamo, in primo luogo, l'art. 30 della Carta.

2. L'art. 30 della Carta. Origini e collocazione tra i principi.

La tutela "*in caso di licenziamento ingiustificato*", all'interno della Carta dei diritti fondamentali⁴, 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 Carta⁵, "all'art. 24 della Carta sociale riveduta⁶".

Disposizione che 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.

⁴ 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. 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](http://www.consulta.it) on line, 2015, fasc. I, estratto.

⁵ 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.

⁶ 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.

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 imparziale⁷.

La prima parte della disposizione⁸ “ispira”⁹, viceversa, l’art. 30 della Carta.

Norma di carattere generale (“*diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*”)¹⁰, ma la cui applicazione concreta resta legata alle situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, e non al di fuori di esse¹¹.

Articolo che, pur nella sua laconicità, fa compiere al testo di riferimento un vero e proprio salto di qualità¹².

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

⁷ 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.

⁸ I punti a) e b).

⁹ 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 licenziamento individuale in Europa si veda il Benchmarking sulla flessibilità in uscita in Europa in www.osservatorioinca.org.

¹⁰ 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.europeanrights. (dello stesso Autore si veda I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in www.europeanrights). 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..

¹¹ 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.

¹² Per una ricostruzione del percorso di rilancio della Carta sociale europea si veda OLIVERI, La carta sociale europea come “strumento vivente”, www.juragentium.org. In relazione all’art. 30 della carta si è sottolineato che la previsione di una indennità risarcitoria fortemente attenuata non garantirebbe il “contenuto essenziale” del diritto alla tutela contro il licenziamento, così come previsto dall’art. 52 della carta stessa (PERULLI, Il contratto a tutele crescenti e la Nاسpi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?, in FIORILLO, PERULLI a cura di, 2015, Torino, pag. 32). In verità, l’art. 30 ha una dizione così generica da rendere difficile un giudizio di adeguatezza tra risarcimento e protezione contro il recesso (in tal senso MARAZZA, Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act, in ADL, 2015, fasc. 2, pag. 327)

pienamente giuridica e azionabili in giudizio, i secondi di natura meramente politico-programmatica e non giustiziabili¹³.

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 giustizia¹⁴, 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.

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 sociale¹⁵

Ma non basta.

¹³ 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 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.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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.*”.

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”*¹⁶.

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”*¹⁷.

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

Tra le novità introdotte dalla Carta¹⁸ 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 Carta¹⁹.

Dal testo della Carta si evince che i “principi”, a differenza dei “diritti”²⁰ comportano un mandato ampio ai pubblici poteri²¹, specie al legislatore. Il suo

¹⁶ 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).

¹⁷ Cfr. RODOTA', *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Bari, 2014, Pag. 73.

¹⁸ Nella versione del 2007. Per la ricostruzione del dibattito si veda TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino, 2013.

¹⁹ 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.

²⁰ Il cui oggetto è la tutela di una situazione giuridica soggettiva già definita.

²¹ 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.

enunciato non definisce una situazione giuridica soggettiva, bensì talune materie generali e taluni risultati che condizionano l'attività di tutti i pubblici poteri.

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 dottrina²², sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia²³ sia con l'approccio ai "principi" negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale²⁴.

La Carta, tuttavia, non colloca i diritti fondamentali²⁵ nelle due categorie come avviene normalmente nel diritto comparato²⁶.

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

La risposta, argomentata in altro contributo²⁷, è nel senso di ricondurre l'art. 30 tra i "principi", anziché tra i "diritti".

L'art. 30 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".

Tale inquadramento, peraltro, non appare suscettibile di modifica ove l'art. 30 della Carta venga invocato in combinato disposto con la direttiva che regola i licenziamenti collettivi.

Tale invocazione (congiunta), infatti, 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).

3. I principi di origine giurisprudenziale. Il principio di proporzionalità e quello di effettività della sanzione.

²² Cfr. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, pag. 51.

²³ 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.

²⁴ 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).

²⁵ Sul tema si veda BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, 2011.

²⁶ Cfr. SEIFERT, *L'effet horizontal des droit fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, pag. 804 e seg.

²⁷ Cfr. R. Cosio, *La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'Unione europea*, in *Mass. Giur. lav.*, luglio 2015, n. 7, pag. 469-484.

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

In particolare, nel nostro caso, vengono in rilievo due principi: il principio di proporzionalità della sanzione ed il principio di effettività della sanzione.

Il profilo della **proporzionalità** della sanzione ha origini antiche.

La proporzionalità, pur presente nel pensiero aristotelico²⁸, 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 civile²⁹ al diritto internazionale³⁰) trovando, infine, cittadinanza, nel diritto dell’Unione europea³¹.

Dalle origini tedesche del concetto³² la Corte si affranca, ben presto, definendo un’autonoma nozione di proporzionalità ed utilizzando uno schema binario³³, improntato a logiche proprie³⁴.

Il **principio della effettività della sanzione** risale alla famosa sentenza Van Consool ed è costantemente ribadito nella giurisprudenza della Corte di giustizia (fino alla sentenza Mascolo).

In tema di licenziamento collettivo, in particolare, la Corte di giustizia, nella famosa sentenza C-383/92³⁵, 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*

²⁸ Quale manifestazione concreta della giustizia; cfr. ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, cap. V, Milano, 1993, pag. 195.

²⁹ Cfr. BORTOLUZZI, *Proporzionalità*, in *Digesto disc. Priv.*, sez. civile, Aggiornamento, Torino, 2007, 1098 e seg..

³⁰ Cfr. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, Milano, 2000, 429 e seg..

³¹ Cfr. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, pag. 69 e seg..

³² Messe in evidenza da GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, pag. 11 e seg..

³³ Diverso dal canonico triplice controllo di origine tedesca: idoneità, necessità e proporzionalità strictu sensu.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

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 comunitaria³⁶ 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**³⁷.

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 comunitaria³⁸.

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*”.³⁹

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 giustizia⁴⁰?

³⁶ 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.

³⁷ Cfr. Le conclusioni dell’avvocato generale VAN GERVEN nella causa n. 326/88.

³⁸ I passi riportati si trovano nella famosa sentenza von Consol, sentenza della Corte di giustizia 10 aprile 1984, C-14/83.

³⁹ Cfr. ROCCELLA, Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario, Riv. it. dir. lav., 1994, I, Pag 74.

⁴⁰ Ed al principio di “congruità della sanzione “comunitarizzata nell’art. 30 della Carta?

4. L'art. 10 del dlgs n. 23/2015 è conforme ai principi sopra enunciati?

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**;⁴¹ 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)⁴².

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 evidente⁴³.

⁴¹ Malgrado la contrarietà delle opinioni espresse nei pareri di Camera e Senato. Vedi Bollettino ADAPT Speciale del 28 gennaio 2015, n. 3.

⁴² "Il licenziamento collettivo costituisce un istituto autonomo che si distingue dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, essendo specificamente caratterizzato in base alle dimensioni occupazionali dell'impresa, al numero dei licenziamenti programmati, all'arco temporale entro cui gli stessi sono effettuati, ed essendo inderogabilmente collegato al controllo preventivo, sindacale pubblico, dell'operazione imprenditoriale di ridimensionamento dell'azienda"(Cfr. Cass. 22.11.2011, n. 24566, in Lav. giur., 2012, pag. 478, con nota di COSIO.

⁴³ Indicazioni di altro tipo rispetto all'art. 30 della Carta "pervengono, circa l'adeguatezza dell'indennizzo, dalla sentenza CJ Lyreco Belgium NV 2014, C-588/12, che ha affermato (...) che in caso di licenziamento illegittimo di un lavoratore durante la durata di un congedo parentale a tempo parziale, l'indennità forfettariamente prevista deve essere determinata sulla base della retribuzione piena e non su quella diminuita percepita dal lavoratore alla data del licenziamento" (cfr. PICCONE, Le nuove norme in materia di rapporto di lavoro e il

La mancanza di effettività della sanzione (e l'**irragionevolezza della norma**⁴⁴) 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.

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.

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** (12 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 va, invece, commisurata in base “*alla natura e alla gravità della violazione*”⁴⁵ sulla base del principio di proporzionalità della sanzione che informa non solo l’ordinamento interno ma, anche, quello dell’Unione europea.

Se si condivide tale impostazione (ritenendo non conforme al diritto dell’Unione europea, 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.

5. Gli strumenti di tutela.

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*”.

contesto europeo, relazione tenuta a Milano il 22 giugno 2015 nell’ambito del convegno, organizzato dalla Libera associazione forense, su “*Jobs Act: come cambia il lavoro in Italia*”. Conoscere ed interpretare per cogliere problemi e opportunità.

⁴⁴ Sul tema si veda GIUBBONI, Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.it-246/2015.

⁴⁵ Fatte salve le diverse previsioni sulla misura dell’indennità contenute nei contratti e negli accordi collettivi applicati al rapporto di lavoro.

La risposta negativa poggia sulla considerazione che la materia (dei criteri di scelta) 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 Carta⁴⁶, 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 applicazione⁴⁷) della norma interna in contrasto con i principi (codificati dalla Carta o di origine giurisprudenziale) dell'ordinamento dell'Unione europea.

La risposta, in questo caso, dovrebbe essere negativa perché i "principi", a differenza dei "diritti", non godono di una efficacia diretta⁴⁸.

Occorre, altresì, chiedersi se la norma interna sia suscettibile di una interpretazione conforme al diritto UE.

Per quanto riguarda **la misura dell'indennizzo (almeno, nella sua misura minima)** non sembra vi sia spazio per una interpretazione adeguatrice (posta la "chiarezza" della disposizione).

Diversa soluzione è ipotizzabile in ordine all'applicazione del criterio della "**proporzionalità della sanzione**" (che, peraltro, la norma non esclude, come nel caso del licenziamento disciplinare di cui all'art. 3, comma 2, del dlgs n. 23/2015).

Su un piano più generale occorre ricordare che la sentenza Granital⁴⁹ del 1984 ha affermato che "*sul piano ermeneutico, vige la presunzione di conformità della legge interna al regolamento comunitario*", mentre in un altro caso⁵⁰, la

⁴⁶ Norma che, come già detto, ha un ambito di applicazione ampio, tale da ricomprendere, anche, i licenziamenti collettivi.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Ovviamente, la risposta sarà diametralmente opposta per chi (M. DE LUCA, Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it-251/2015, pag. 7) ritiene che l'art. 30 sia norma dotata "di efficacia diretta, anche orizzontale". Tutte da scoprire, peraltro, sono le implicazioni derivanti dall'applicazione del **principio di eguaglianza previsto dall'art. 20 della Carta**. Si pensi alla questione di diversi dipendenti, coinvolti nell'ambito di uno stesso licenziamento collettivo, ma il cui licenziamento (dichiarato illegittimo) venga assoggettato ad una misura di tutela diversa in base alla data di assunzione (reintegratoria-risarcitoria se assunti prima del 7 marzo 2015,; meramente risarcitoria, se assunti dopo tale data). In tali casi sembra ipotizzabile lo strumento della "non applicazione" della norma in contrasto con il principio di uguaglianza "dotato, per effetto della giurisprudenza della Corte, di efficacia diretta ed orizzontale già prima del Trattato di Lisbona" (cfr. PICCONE, Le nuove norme in materia di rapporto di lavoro e il contesto europeo, cit.)

⁴⁹ Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170.

⁵⁰ Corte cost. n. 86 del 2004.

Consulta ha affermato la necessità di utilizzare “*un criterio sistematico*” che “*eviti di attribuire alla disposizione un senso in contrasto con i principi costituzionali e comunitari*”.

La stessa Corte di giustizia, nella sentenza 596/12 (sull'estensione della disciplina dei licenziamenti collettivi ai dirigenti), 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.

Sulla base di tali coordinate può ipotizzarsi una interpretazione adeguatrice dell'art. 10 del d.lgs n. 23/15 che letto attraverso una interpretazione sistematica con quanto previsto per il licenziamento collettivo dei dirigenti consenta al giudice di modulare la sanzione in base alla “*natura e alla gravità della violazione*”⁵¹.

Si potrebbe, inoltre, 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 interposto⁵² di costituzionalità per la valutazione di conformità dell'art. 10 del decreto n. 23 del 2015 all'art. 117, comma 1, della Cost⁵³.

Resta, infine, sempre possibile invocare un intervento della Corte di giustizia che chiarisca: a) l'efficacia dell'art. 30 della Carta⁵⁴; b) i limiti di applicazione

⁵¹ Cfr. COSIO, La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'Unione europea, cit., pag. 469-484.

⁵² La ricostruzione della norma (o del principio) come norma interposta che vada 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.

⁵³ Che, ovviamente, verrebbe dichiarato inammissibile in presenza della possibilità di una interpretazione conforme alla normativa UE o (secondo una impostazione che non si condivide) ritenendo che l'art. 30 della Carta sia dotato di efficacia diretta (sul tema si veda la nota ordinanza n. 207 del 2013 della Consulta).

⁵⁴ Secondo SPEZIALE (Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.it-260/2015, pag. 41) la violazione dell'art. 30 “*non potrebbe essere fatta valere dinanzi alla Corte di giustizia. E' vero, infatti, che la materia dei licenziamenti è tra quelle di competenza dell'Unione, ai sensi dell'art. 153 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione. Tuttavia, per giurisprudenza costante della CGE, la violazione delle norme del Trattato può essere fatta valere dinanzi alla Corte soltanto nel caso in cui vi sia la norma interposta, da intendersi come fonte normativa che espressamente disciplini la materia (ad es. regolamento o direttiva). Nel nostro caso, l'unica direttiva esistente riguarda i licenziamenti collettivi e non quelli individuali. Dunque solo per i primi sarebbe possibile una valutazione di congruità della indennità risarcitoria, ostacolata, però, dalla genericità del contenuto dell'art. 30*”. Genericità dell'art. 30 che, però, potrebbe trovare “compensazione” nel chiedere alla Corte, in combinato disposto con l'art. 30, chiarimenti sulla portata dell'indennità risarcitoria in relazione al “principio” di effettività della sanzione.

del principio di “proporzionalità” (in base alle finalità della normativa e nel rispetto dei limiti sanciti dalla stessa Corte di giustizia⁵⁵).

Un intervento della Corte di giustizia, pur nel rispetto della discrezionalità di cui gode il legislatore, potrebbe, peraltro, consentire alla Corte di fornire preziose indicazioni “*dirette a guidare il giudice nazionale nella sua decisione*”⁵⁶, com’è accaduto nell’ordinanza Papalia.⁵⁷

Peraltro, la questione di compatibilità comunitaria sollevata dinanzi al giudice comune ha la precedenza logica (anche se non più giuridica⁵⁸) rispetto alla questione di costituzionalità⁵⁹ 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 fornita⁶⁰.

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.

Ma qual’ è il rapporto tra queste due tecniche di “rinvio” ?

6. Il rapporto tra il rinvio alla Consulta ed il rinvio alla Corte di giustizia.

E’ stato, di recente, rilevato⁶¹ che “*la labilità della distinzione fra norme comunitarie “a efficacia diretta” e norme prive di essa, **specie nel caso di norme di principio**, e l’ampiezza con cui si utilizza - persino, oggi, da parte della Corte costituzionale – la questione pregiudiziale davanti la Corte di giustizia per avere non tanto una interpretazione astratta della norma comunitaria, quanto la puntuale soluzione del quesito circa la compatibilità con la medesima di una precisa norma interna, lasciano l’impressione che spesso il giudice comune possa scegliere quasi a suo arbitrio se investire l’una o l’altra Corte. E’ come se insomma, in qualche modo, oggi si fosse in presenza di una sorta di **doppio controllo accentrato** – alternativo e a scelta*

⁵⁵ Cfr. Cosio, La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell’Unione europea, in www.europeanrights, 2015, n. 51 (relazioni).

⁵⁶ Sull’uso di questa tecnica si veda D’ALESSANDRO, Il procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, Torino, 2012, pag. 30.

⁵⁷ Ordinanza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013, C- 50/13.

⁵⁸ Salvo quello che si dirà nell’ultimo paragrafo.

⁵⁹ Cfr. Corte cost. 13 luglio 2007, n. 284.

⁶⁰ Cfr. Corte cost. 11 luglio 1989, n. 168.

⁶¹ ONIDA, A cinquant’anni dalla sentenza “Costa/Enel”: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza, in Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto, cinquant’anni dopo (a cura di NASCIMBENE), Milano, 2015, pag. 49.

*del giudice – di costituzionalità-comunitarietà delle leggi, rispettivamente ad opera del Giudice comunitario e del Giudice nazionale delle leggi*⁶².

L'affermazione trova sostegno nella mutazione dell'oggetto del rinvio ex art. 267 TFUE.

Tale oggetto (inteso quale “*questione interpretativa*”) era stato, originariamente, immaginato per consentire al giudice nazionale di ricevere chiarimenti sul significato da attribuire alla norma europea che veniva in esame nell'ambito della controversia che doveva decidere.

Il contenuto fisiologico della “*questione interpretativa*” è, però, mutato, nel corso del tempo.

Sempre più spesso accade che i giudici nazionali domandino alla Corte di giustizia non già l'interpretazione di una norma europea da applicare al caso concreto ma soltanto se una determinata disposizione emanata dal legislatore nazionale sia compatibile con la normativa dell'Unione europea⁶³.

La Corte di giustizia, in linea di principio, accetta tale impostazione precisando che non spetta a lei, ma al giudice nazionale, pronunciarsi sulla compatibilità tra il diritto interno e quello europeo ma fornendo tutti in parametri per compiere la valutazione di compatibilità⁶⁴.

In tal modo la funzione della Corte di giustizia, che pure formalmente non si pronuncia sulla legge interna, diviene in sostanza del tutto assimilabile ad un sindacato accentrato di conformità delle leggi interne ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario “*strutturalmente non dissimile da quello della Corte costituzionale, con l'unica differenza che la pronuncia di quest'ultima, se riconosce l'illegittimità della legge, la dichiara con effetto erga omnes, di cessazione di efficacia della stessa, mentre la pronuncia della Corte di giustizia si limita ad imporre al giudice interno di non applicare la legge riconosciuta incompatibile con il diritto comunitario nel caso sottoposto al suo esame, anche se di fatto non potrà non essere seguita, con effetto di disapplicazione della stessa norma interna anche in altri casi simili, quando il giudice ritenga che non vi siano dubbi interpretativi sulla norma comunitaria: con un effetto equiparabile a quello di una pronuncia dell'organo di monofilachia, in un sistema però (diverso dal nostro) in cui le pronunce di tale organo debbano essere seguite da tutti i giudici*”⁶⁵.

⁶² Sull'art. 10-Ter del d.lgs 74/2000 (e sui tormentati rapporti tra il diritto al ne bis in idem di fonte europea ed il “*doppio binario*” sanzionatorio nazionale) pende, ad esempio, una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Bologna il 21 aprile 2015 e un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sollevata dal Tribunale di Bergamo il 16 settembre 2015.

⁶³ Cfr. EVERLING, *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Praxis und Rechtsprechung*, Baden Baden, 1986, pag. 27 e seg..

⁶⁴ Cfr. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale*, cit., pag. 30.

⁶⁵ Cfr. ONIDA, *A cinquant'anni dalla sentenza “Costa/Enel”*, cit., pag. 46.

Ciò non significa, però, che il giudice nazionale possa scegliere (sempre) a suo piacimento l'una o l'altra strada.

Ritengo, infatti, che, nel caso di specie, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sia la via che occorre percorrere preventivamente.

Perlomeno per due ragioni.

La prima consiste nel “pericolo” che la Consulta dichiari inammissibile la questione allorchè lo stesso giudice remittente sollevi, contemporaneamente, un dubbio di conformità comunitaria (ad es., con l'art. 30 della Carta).⁶⁶

In secondo luogo, perché, nel nostro caso, si ipotizza un contrasto tra la norma interna (art. 10 del d.lgs n. 23/2015) ed uno o più principi dell'ordinamento comunitario (declinati nella Carta o di origine giurisprudenziale).

In questo caso, la “concretizzazione” del principio (o dei principi) operata dalla Corte di giustizia farebbe acquistare alla norma primaria (sia pure appartenente a diverso ordinamento) un “peso” diverso nella controversia.

In primo luogo, sul piano dell'interpretazione “*adeguatrice*”⁶⁷, avallando le interpretazioni del giudice nazionale conformi al diritto europeo (nel nostro caso, ad esempio, fornendo autorevole supporto all'applicazione del criterio proporzionale nella commisurazione della sanzione concretamente applicabile nel caso di violazione dei criteri di scelta).

La Corte di giustizia, sempre su questo piano, potrebbe spingersi più in là indicando, in modo preciso, una serie di “parametri” ai quali il giudice nazionale dovrà attenersi per ritenere “congrua” la sanzione erogata nel caso di violazione dei criteri di scelta (o delle procedure di informazione e consultazione sindacale).

Ove, infine, la Corte di Giustizia fornisse delle precisazioni sulla portata dell'art. 30 della Carta si potrebbero aprire nuovi scenari applicativi.

In questo caso, infatti, il contrasto non sarebbe (più) con un principio indeterminato ma con una sentenza (della Corte di giustizia) che ne “concretizza” il contenuto.

La concretizzazione di un principio sancito in una Carta che ha lo stesso valore dei Trattati potrebbe allora consentire una non applicazione della norma (interna) in contrasto con la sentenza della Corte (che, in questo caso, avrebbe lo stesso valore del Trattato).

Scenario, quest'ultimo, che richiede, ovviamente, ulteriori approfondimenti.

Roberto Cosio

⁶⁶ In questo senso depongono alcuni passaggi contenuti nelle sentenze della Corte cost. n. 216 del 2014 e n. 75/ del 2012.

⁶⁷ Sull'uso dei principi nella interpretazione del diritto si veda GUASTINI, Interpretare e argomentare in Trattato di diritto civile e commerciale (a cura di SCHLESINGER), Milano, 2011, pag. 190-191. Sulla possibilità che l'interpretazione della Corte di giustizia possa riguardare, anche, i principi si veda CGUE 16 dicembre 2008, causa C-213/07.