



UNIVERSIDAD **É** CÓRDOBA

Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

Área de Derecho Constitucional

Departamento de Derecho Público y Económico

Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales

**IL DIRITTO ALLA TUTELA IN CASO DI LICENZIAMENTO
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO, NELLA
DOTTRINA DEL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI
E NELLA DOTTRINA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA**

THE RIGHT TO PROTECTION IN THE EVENT OF DISMISSAL IN THE LEGAL
SYSTEM ITALIAN LEGAL SYSTEM, IN THE DOCTRINE OF THE EUROPEAN
COMMITTEE OF RIGHTS SOCIAL AND IN THE DOCTRINE OF THE COURT
OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION.

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN EN CASO DE DESPIDO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO, EN LA DOCTRINA DEL COMITÉ
EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL E
JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

TESIS DOCTORAL

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR PRESENTADA POR

Avv. Santo Napoli

Dirigida por

Prof. Dr. Ciro Milone



Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales

Abril 2021

TITULO: *Il diritto alla tutela in caso di licenziamento nell'ordinamento giuridico italiano, nella dottrina del Comitato Europeo dei Diritti Sociali e nella dottrina della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*

AUTOR: *Santo Napoli*

© Edita: UCOPress. 2021
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

<https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/>
ucopress@uco.es

**IL DIRITTO ALLA TUTELA IN CASO DI
LICENZIAMENTO NELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO ITALIANO, NELLA DOTTRINA DEL
COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI E
NELLA DOTTRINA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA**



TÍTULO DE LA TESIS: IL DIRITTO ALLA TUTELA IN CASO DI LICENZIAMENTO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO, NELLA DOTTRINA DEL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI E NELLA DOTTRINA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

DOCTORANDO/A: SANTO NAPOLI

1 INFORME RAZONADO DEL/DE LOS DIRECTOR/ES DE LA TESIS

(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma).

El desarrollo de la tesis de D. Santo Napoli se ha ajustado plenamente a la planificación descrita en la memoria del plan de investigación presentada al acto de formalizar la matrícula en el programa de doctorado. Las memorias de seguimiento redactadas por el doctorando y por este director así lo han corroborado a lo largo del período de tiempo necesario para la realización de esta investigación.

Si bien, como acabamos de indicar, el estudio realizado se ha ceñido a la planificación originaria, también es cierto que determinadas temáticas y objetivos inicialmente previstos han ido concretándose y ajustándose conforme la investigación iba avanzando. Algo, por otra parte, absolutamente normal en las tesis doctorales desarrolladas en el ámbito de las ciencias jurídicas.

El doctorando ha examinado con atención todas las cuestiones indicadas en el plan de investigación, realizando una revisión bibliográfica, jurisprudencial y doctrinal que podemos considerar suficientemente completa.

En lo que atañe a las actividades contempladas en el plan de formación, cabe señalar que D. Santo Napoli las ha realizado con provecho y constancia a lo largo de su permanencia en el Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas.

Los resultados del estudio pueden considerarse sólidos y bien fundamentados.

Por último, corrobora la calidad de la tesis la publicación de algunos resultados en el artículo “L’ANIMA LAVORISTICA DELLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA” publicado en la prestigiosa revista “Boletín Mexicano de Derecho Comparado” (año LIII, núm. 158, mayo-agosto de 2020, pp. 821-857).

Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

Córdoba, 8 de abril de 2021

Firma del Director

Fdo.: Prof. Ciro Milione

INDICE

RIASSUNTO	13
ABSTRACT	14
RESUMEN	15
INTRODUZIONE	17
1 Motivazione dell'indagine di dottorato	17
2 Piano di ricerca	19
3 Sistema metodologico	23
PARTE I “LA NORMATIVA ITALIANA”	26
1. Lavoro e lavoratori nei principi fondamentali della Costituzione Italiana	26
1.1. Il lavoro “fondamento della Repubblica”	26
1.1.1. L’articolo 1 della Costituzione	26
1.1.2. Lavoro, libertà e dignità.....	27
1.2. Il lavoro come diritto e dovere	28
1.2.1. L’articolo 4 della Costituzione	28
1.2.2. La portata della norma	29
1.2.3. La promozione dell’occupazione.....	30
1.2.4. Il lavoro diritti di libertà	32
1.2.5. La disciplina limitativa dei licenziamenti.....	33
1.2.6. (segue) le pronunce della Corte costituzionale.....	34
1.2.7. Il dovere di lavorare.....	36
1.3. La tutela del lavoro	38
1.3.1. L’articolo 35 della Costituzione	38
1.3.2. La discrezionalità del legislatore	40
1.4. Il diritto alla giusta ed equa retribuzione	41
1.4.1. L’articolo 36 della Costituzione	41
1.4.2. L’immediata precettività.....	44
1.4.3. Operatività dell’articolo 36.....	46
1.5. La tutela del lavoro femminile	47
1.5.1. La donna lavoratrice	47

1.5.2.	L'articolo 37 della Costituzione	48
1.5.3.	La normativa di derivazione costituzionale.....	51
1.6.	La tutela del lavoro minorile	52
1.6.1.	La protezione dei minori.....	52
1.6.2.	Età di accesso al lavoro	53
1.6.3.	La capacità di agire.....	55
1.7.	Il diritto all'assistenza.....	57
1.7.1.	Assistenza e previdenza.....	57
1.7.2.	Profili previdenziali	59
1.7.3.	Ambito di applicazione.....	61
1.7.4.	Gli organi predisposti dallo Stato	63
1.8.	La libertà sindacale	64
1.8.1.	La libertà di organizzazione dei sindacati	64
1.8.2.	Il contratto collettivo	66
1.8.3.	Le clausole contrattuali.....	68
1.8.4.	I contratti aziendali	70
1.8.5.	Le recenti evoluzioni	71
1.8.6.	Gli interventi della Corte costituzionale.....	73
1.8.7.	Il rapporto fra legge e contratto	74
1.9.	Il diritto di sciopero	75
1.9.1.	L'astensione collettiva.....	75
1.9.2.	La legittimità dello sciopero politico.....	77
1.9.3.	Lo sciopero di solidarietà	78
1.9.4.	Diritto di sciopero e altri interessi	80
2.	Evoluzione legislativa, giurisprudenza e dottrinale in caso di licenziamento ...	82
2.1.	La disciplina codicistica	82
2.1.1.	Licenziamento e recesso.....	82
2.1.2.	Genesi dell'attuale Codice civile.....	83
2.1.3.	Il Libro V del Codice civile.....	85
2.1.4.	La nozione di giusta causa nell'art. 2119 c.c.....	86
2.1.5.	Elemento soggettivo e oggettivo	87
2.1.6.	L'efficacia reale del preavviso e.....	89
2.1.7.	...l'efficacia obbligatoria.....	90

2.2. Il giustificato motivo nella l. n. 604 del 1966.....	92
2.2.1. Le legge n. 604 del 1966	92
2.2.2. Le innovazioni della disciplina.....	93
2.2.3. Nozione di giustificato motivo	95
2.2.4. Il giustificato motivo oggettivo	96
2.2.5. Fattispecie di giustificato motivo oggettivo	99
2.2.6. Il giustificato motivo soggettivo.....	101
2.2.7. La tutela del lavoratore	102
2.3. Il mito dell'articolo 18 della l. n. 300 del 1970	104
2.3.1. Lo Statuto dei lavoratori.....	104
2.3.2. L'articolo 18	105
2.3.3. Campo di applicazione	106
2.3.4. Unità produttiva e requisiti numerici.....	108
2.3.5. La reintegrazione	109
2.3.6. Il diritto di opzione	111
2.3.7. Profili di rilevanza penale.....	112
2.3.8. Il licenziamento collettivo	113
2.3.9. La rilevanza dei mutamenti sociali.....	114
2.4. La rivoluzione della l. n. 92 del 2012	115
2.4.1. La legge 92 del 2012	115
2.4.2. Le principali novità.....	116
2.4.3. La tutela reale forte.....	116
2.4.4. (segue) La nullità	118
2.4.5. (segue) Ulteriori casi di tutela reale forte	119
2.4.6. La tutela reale attenuata	120
2.4.7. La tutela obbligatoria.....	121
2.4.8. Il nuovo rito c.d. Fornero.....	123
2.5. Il d.lgs. n. 23 del 2016, c.d. Jobs Act.....	124
2.5.1. Il contratto a tutele crescenti.....	124
2.5.2. Il licenziamento discriminatorio e nullo	126
2.5.3. (segue) Il licenziamento per disabilità.....	127
2.5.4. Il licenziamento disciplinare.....	128
2.5.5. Il giustificato motivo oggettivo e il licenziamento collettivo.....	129
2.5.6. La parabola delle tutele.....	130

PARTE II “I SISTEMI SOVRANAZIONALI”	133
3. La Carta Sociale Europea e la protezione in caso di licenziamento	133
3.1. La Carta Sociale Europea: origine e tutele	133
3.1.1. Il Consiglio d’Europa	133
3.1.2. Il Consiglio d’Europa e la Corte europea dei diritti dell’uomo.....	135
3.1.3. La CEDU all’origine della Carta Sociale Europea.....	136
3.1.4. L’evoluzione della Carta Sociale Europea	137
3.1.5. Le deboli tutele	139
3.1.6. La forza della Carta	141
3.1.7. La non adesione dell’Unione Europea	141
3.2. Obiettivi e settori operativi della Carta	143
3.2.1. Come interpretare la Carta Sociale Europea.....	143
3.2.2. La struttura della Carta Sociale Europea	145
3.2.3. Il lavoro nella Carta Sociale Europea	147
3.2.4. La parzialità della Carta.....	148
3.3. Il sistema dei reclami collettivi.....	150
3.3.1. I reclami collettivi.....	150
3.3.2. Condizioni di ammissibilità dei reclami.....	153
3.3.3. La genesi del sistema dei reclami collettivi.....	154
3.3.4. Il diritto di doglianza	155
3.3.5. Profili procedurali dei reclami.....	160
3.3.6. Condizioni di ricevibilità e fase di merito	163
3.3.7. Elementi di criticità sui reclami.....	165
3.4. Le pronunce del Comitato sull’art. 24 della Carta.....	166
3.4.1. La valida ragione di licenziamento.....	166
3.4.2. La decisione n. 107 del 2014... ..	168
3.4.3. ...e la decisione n. 106 del 2014.....	169
4. La portata dell’ordinamento eurounitario e la giurisprudenza Corte di	
Giustizia.....	171
4.1. L’Unione Europea	171
4.1.1. Sulla natura dell’Unione Europea.....	171
4.1.2. La democraticità eurounitaria.....	172
4.2. Il sistema giurisdizionale eurounitario	174

4.2.1. La Corte di Giustizia	174
4.2.2. Organizzazione e funzionamento della Corte.....	175
4.2.3. Il Tribunale	177
4.2.4. Organizzazione e funzionamento del Tribunale.....	178
4.2.5. Le competenze della Corte di Giustizia.....	179
4.2.6. Ulteriori competenze e pronunce.....	181
4.2.7. Le competenze del Tribunale	183
4.2.8. Ruolo del Parlamento europeo	183
4.3. Il riparto di competenza tra Corte di Giustizia e Tribunale.....	184
4.3.1. La mutabile ripartizione delle competenze.....	184
4.3.2. La competenza esclusiva della Corte di Giustizia.....	186
4.3.3. La procedura di infrazione.....	187
4.3.4. Ipotesi di modifica della giurisdizione	188
4.3.5. L'alternativa proposta.....	189
4.4. L'Europa Sociale: problemi e prospettive.....	191
4.4.1. L'incerta Europa Sociale	191
4.4.2. L'armonizzazione normativa.....	193
4.4.3. La contrattazione collettiva europea.....	194
4.4.4. Lo sviluppo diseguale della contrattazione collettiva.....	195
4.4.5. Le politiche dell'occupazione	196
4.4.6. Armonizzazione e integrazione	198
4.4.7. Convergenze e diversificazioni nel mercato e nelle politiche.	199
4.4.8. La tutela per il licenziamento nelle fonti dell'ordinamento dell'UE....	200
4.5. Uguaglianza e Carta di Nizza	203
4.5.1. L'uguaglianza	203
4.5.2. Parità nel contesto europeo.....	205
4.5.3. Il licenziamento discriminatorio.....	207
4.5.4. Il riferimento alla Carta Sociale.....	208
4.5.5. Tribunale della Funzione Pubblica.....	209
4.5.6. L'impatto dell'art. 30 della Carta di Nizza.....	210
4.5.7. Il nucleo duro del diritto	211
4.6. Il licenziamento nell'evoluzione economica europea	214
4.6.1. Il quadro europeo del licenziamento	214
4.6.2. Quale rigidità nella disciplina del licenziamento?.....	217

4.6.3. Il numero minimo	220
4.6.4. I processi di riforma.....	220
4.6.5. Il contratto unico.....	222
4.7. Il licenziamento discriminatorio.....	224
4.7.1. La disuguaglianza come problema	224
4.7.2. Discriminazione fra ILO e UE	226
4.7.3. Ambito di applicazione del divieto.....	227
4.7.4. Le condotte vietate.....	228
4.7.5. Il licenziamento discriminatorio in senso stretto	231
4.8. Il licenziamento collettivo	233
4.8.1. Il licenziamento collettivo in genere	233
4.8.2. La nozione di licenziamento collettivo.....	235
4.8.3. Informazione, consultazione e procedura.....	236

PARTE III “LA TUTELA INTEGRATA DEI DIRITTI DEL LAVORATORE”

.....**240**

5. La protezione in caso di licenziamento nella legislazione italiana alla luce delle risoluzioni della Corte e del Comitato	240
5.1. La protezione multilivello	240
5.1.1. Il sistema multilivello	240
5.1.2. Il ruolo del giudice.....	241
5.1.3. Le sentenze “gemelle” del 2007	243
5.1.4. Le due sentenze del 2009.....	244
5.1.5. Un nuovo stravolgimento	246
5.1.6. La sentenza costituzionale n. 49 del 2015	247
5.2. L’evoluzione del sistema	248
5.2.1. Tutela multilivello e trattato di Lisbona	248
5.2.2. La nozione funzionale dell’art. 51 del Trattato	249
5.3. La Corte di Giustizia contro il Jobs Act	251
5.3.1. La vicenda milanese	251
5.3.2. Uguaglianza e licenziamento illegittimo	252
5.3.3. L’anzianità di servizio	253
5.3.4. Il termine del contratto	255
5.3.5. Le ordinanze di Roma e Milano	256

5.4. Parametri interposti nella sentenza 120 del 2018	259
5.4.1. La Carta di Nizza	259
5.4.2. Il rilievo della Carta Sociale	260
5.4.3. Il valore costituzionale del Comitato	261
5.4.4. La nozione di effetto diretto	263
6. La tutela multilivello: European Social Charter	265
6.1. L'art. 24 della Carta di Sociale Europea e il diritto italiano	265
6.1.1. Adeguatezza e non standardizzazione	265
6.1.2. La validità delle pronunce del Comitato	266
6.1.3. L'orientamento del Giudice costituzionale	268
6.1.4. l'art. 24 come fonte di soft law	270
6.2. La Corte costituzionale e il Comitato Europeo	271
6.2.1. Il parametro interposto	271
6.2.2. Il dovere di "prendere in considerazione"	272
6.2.3. L'obbligo di motivazione	274
6.2.4. La sentenza costituzionale n. 120 del 2018 e la dottrina del Comitato	276
6.2.5. Diversi comitati, un unico modello	278
6.2.6. I procedimenti dinnanzi la Corte costituzionale	280
6.3. Il valore costituzionale della CSE	281
6.3.1. L'intreccio fra i giudici	281
6.3.2. Un paradosso interpretativo	284
6.3.3. Sulla Convezione di Vienna	285
6.3.4. La sentenza costituzionale n. 194 del 2018	286
6.3.5. Il Comitato ed il d.lgs. n. 23 del 2015	289
6.3.6. ...dichiarazione di una violazione	291
CONCLUSIONI	295
1 Il lavoratore nella Costituzione italiana	295
2 La fase ascendente dei livelli di garanzia per il lavoratore	296
3 La fase discendente dei livelli di garanzia per il lavoratore	297
4 La Carta Sociale Europea e l'art. 24	299
5 La non conformità della normativa italiana alla Carta Sociale	300
6 L'Unione europea e la Carta di Nizza	301

7	Livelli di garanzia in Europa	302
8	Il lavoro nelle Costituzioni europee.....	303
9	Il recupero dell'anima lavoristica italiana	306
10	Linee guida per una disciplina futura	308
BIBLIOGRAFIA		311

RIASSUNTO

La Costituzione italiana (Cost.) rappresenta un unicum dal punto di vista degli ordinamenti passati e vigenti, giacché è la sola a porre a suo fondamento il concetto di “lavoro”. Tale nozione, nell’ottica della Carta, assurge a diritto, dovere e principio di natura costituzionale. Va sottolineato che la relazione di impiego che soggiace a questa stessa nozione è quella che le norme civilistiche definiscono come subordinata. L’intenzione del Costituente era quella di conciliare la subordinazione del lavoratore con la libertà del cittadino. Per questo, la Cost. introduce dei “contrappesi” volti a tutelare quegli individui che, sprovvisti di mezzi di produzione, per vivere dignitosamente sono vincolati al potere direttivo di un datore di lavoro. Sebbene molte disposizioni costituzionali non siano state pienamente attuate, la Cost. ha comunque assolto la funzione di migliorare le condizioni dei lavoratori italiani. La globalizzazione e le cicliche recessioni del mercato internazionale hanno messo in crisi l’anima lavoristica della Cost., esigendo il sacrificio di numerose garanzie. Nonostante oggi si registrino alcune timide migliorie dei livelli occupazionali, è difficile sperare in una restaurazione completa di quelle stesse tutele di cui hanno goduto generazioni passate di lavoratori italiani.

Se da un lato la globalizzazione ha messo in crisi l’anima della Cost., dall’altro i trattati internazionali e l’Unione europea hanno fatto nascere nuove forme di tutela per i lavoratori. Si assiste sempre più spesso a garanzie definite multilivello tramite le quali è l’intreccio di diverse fonti normative e giurisprudenziali a costituire l’essenza del diritto stesso. Ciò si verifica in particolare considerando la disciplina del licenziamento illegittimo nell’ordinamento italiano: la competitività richiesta sul piano internazionale ed economico ha indebolito le garanzie per il lavoratore sul piano della legislazione statale. Di contro, gli organismi ed i giudici internazionali propendono per non ritenere adeguati i suddetti strumenti e chiedono che si torni ad instaurare maggiori tutele a favore dei lavoratori.

ABSTRACT

The Italian Constitution (Const.) represents a unicum from the point of view of the past and current regulations, since it is the only one to put the concept of "work" at its foundation. This notion rises as a right, a duty and principle of constitutional nature. It should be stressed that the employment relationship underlying this very concept is that which civil law defines as subordinate. The intention of the Constituent was to reconcile the subordination of the worker with the freedom of the citizen. For this reason, the Constitution introduces "counterbalances" aimed at protecting those individuals who, without means of production, in order to live in dignity are bound to the managerial power of an employer. Although many constitutional provisions have not been fully implemented, the Cost. has nevertheless fulfilled its function of improving the conditions of Italian workers. Globalization and the cyclical recessions of the international market have put the working spirit of the Cost. in crisis, requiring the sacrifice of numerous guarantees. Although today there are some timid improvements in employment levels, it is difficult to hope for a complete restoration of the same safeguards that past generations of Italian workers have enjoyed.

If on the one hand globalization has put the soul of the Constitution in crisis, on the other hand, international treaties and the European Union have given rise to new forms of protection for workers. We are witnessing more and more often defined multi-level guarantees through which the intertwining of different regulatory and jurisprudential sources constitutes the essence of the law itself. This occurs in particular considering the discipline of unlawful dismissal in the Italian system: the competitiveness required on an international and economic level has weakened the guarantees for the worker in terms of state legislation. On the other hand, the international bodies and judges are inclined not to consider the instruments adequate and ask that more protection be established in favor of workers.

RESUMEN

La Constitución Italiana (Const.) representa un *unicum* desde el punto de vista de la normativa pasada y actual, ya que es la única que pone el concepto de "trabajo" a su fundamento. Esta noción, desde el punto de vista de la Carta, se convierte en un derecho, un deber y un principio constitucional. Cabe destacar que la relación laboral que subyace a este mismo concepto es la que el derecho civil define como subordinada. La intención del Constituyente era conciliar la subordinación del trabajador con la libertad del ciudadano. Por esta razón, la Constitución introduce "contrapesos" destinados a proteger a los individuos que, sin medios de producción, para vivir dignamente están vinculados al poder de gestión de un empleador. Aunque muchas disposiciones constitucionales no se han aplicado plenamente, la Cost. ha cumplido con su función de mejorar las condiciones de los trabajadores subordinados. La globalización y las recesiones cíclicas del mercado internacional han puesto en crisis el espíritu laborista de la Cost., lo que ha exigido el sacrificio de numerosas garantías. Aunque hoy en día hay algunas tímidas mejoras en los niveles de empleo, es difícil esperar un restablecimiento completo de las mismas salvaguardias de las que han disfrutado generaciones pasadas de trabajadores italianos.

Si por un lado la globalización ha puesto en crisis el alma de la Const., por otro lado, los tratados internacionales y la Unión Europea han dado lugar a nuevas formas de protección para los trabajadores. Asistimos a garantías multinivel cada vez más definidas a través de las cuales el entrelazamiento de distintas fuentes normativas y jurisprudenciales constituye la esencia del propio derecho. Esto ocurre en particular considerando la disciplina del despido ilegal en el sistema italiano: la competitividad requerida a nivel internacional y económico ha debilitado las garantías para el trabajador en términos de la legislación estatal. Por otro lado, los órganos internacionales y los jueces se inclinan a no considerar adecuados los instrumentos y piden que se establezca una mayor protección a favor de los trabajadores.

INTRODUZIONE

1 Motivazione dell'indagine di dottorato

La costituzione italiana del 1948 rappresenta un *unicum* dal punto di vista degli ordinamenti passati e vigenti. È infatti la sola a porre come suo fondamento il lavoro. L'accezione con cui il testo intende il lavoro è sicuramente ampia ed è atta a ricomprendere le più disparate forme di impegno fisico e/o mentale in grado di assicurare un beneficio alla collettività. Certamente nell'ampia nozione assume un ruolo fondamentale quella fattispecie che nel sistema giuridico italiano è chiamata rapporto di lavoro subordinato e che trova il proprio statuto fondamentale nell'art. 2094 del Codice civile.

Nell'intenzione del costituente vi era quella di conciliare la subordinazione del lavoratore con la libertà del cittadino. A partire dalla dichiarazione di cui all'art. 1 per la quale solennemente si sancisce, al primo inciso, che "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro" e si pongono dei contrappesi volti a dare tutele e sicurezze a tutti quegli individui sprovvisti di mezzi di produzione che, per vivere dignitosamente, sono vincolati al potere direttivo di un datore di lavoro. Sebbene molte disposizioni costituzionale non siano ancora pienamente attuate (alcune addirittura non lo sono completamente quale ad esempio l'art. 39), esse hanno comunque assolto la loro funzione di migliorare le condizioni di operai, impiegati, quadri e dirigenti all'interno delle imprese italiane. Il picco massimo di tutele si è avuto con la legislazione degli anni '70.

Oggi l'anima lavoristica del testo è messa a dura prova dalla globalizzazione che, creando un libero mercato su vasta scala, consente che gli imprenditori possano accaparrarsi quei lavoratori che più svalutano la propria prestazione, a scapito della dignità sociale.

In questo senso è paradigmatico il caso della riforma del lavoro subordinato iniziata a cavallo fra il 2014 ed il 2015. Nel tentativo di garantire maggiore flessibilità in uscita alle imprese, si è dato un colpo di spugna alle leggi ipergarantiste degli anni '70 in favore di un nuovo modulo dei rapporti lavorativi. Quest'ultimo è improntato sulla calcolabilità a priori dell'indennità da licenziamento illegittimo a carico delle imprese. Il sistema italiano è passato da un modello in cui al licenziamento illegittimo corrispondeva una tutela reale, reintegratoria e piena nel posto di lavoro, ad un modello nel quale, salvo sparute eccezioni, il lavoratore ha meramente diritto ad una tutela indennitaria proporzionata all'anzianità di servizio ed agli altri criteri desumibili dall'ordinamento.

Il vaccino a questa deriva patologica dei rapporti di lavoro probabilmente risiede nelle

stesse opportunità date dalla globalizzazione. Gli organismi internazionali e sovranazionali, specialmente l'Unione europea ed il Comitato Europeo dei Diritti Sociali hanno, in potenza, gli strumenti giuridici per introdurre correttivi nel mercato del lavoro. Hanno il potere di rinvigorire su larga scala territoriale le garanzie insite nell'ordinamento italiano.

Desta particolare attenzione per l'interprete proprio il Comitato Europeo dei Diritti Sociali che nasce come organo di controllo della Carta Sociale Europea. A sua volta è nata in seno alla Convenzione Europeo dei Diritti dell'Uomo ed ha un impatto non solo in materia di tutela dei diritti del lavoratore ma anche e soprattutto in tema di gerarchia delle fonti del diritto. La Carta Sociale ed il Comitato impongono un ripensamento del sistema giuridico nazionale, come tradizionalmente inteso e superano gli ordinari livelli di tutela dei diritti di matrice nazionale a favore di un intreccio fra le situazioni giuridiche maggiormente garantista degli interessi dei singoli.

L'intreccio fra le tutele insite nella Costituzione italiana, nelle fonti eurounitarie e nella Carta Sociale Europea costituisce un dedalo complesso che si prefigge l'obiettivo di implementare quelli che sono i diritti in capo al lavoratore. Quest'ultimo potrà vedere soddisfatti i propri interessi attingendo a diversi sistemi di tutele invocando, di volta in volta, le diverse fonti così da prevenire una lesione della propria posizione per il tramite di una o di un'altra Carta. È intuitivo che la presenza di una pluralità di fonti abbia bisogno di una complessa struttura di raccordo affinché evitare che la complessità divenga anarchia e che ciò possa ledere il principio di certezza del diritto.

Il punto di raccordo in materia dell'ordinamento italiano è rappresentato certamente dall'operato della Corte costituzionale alla quale spetta nel concreto la valutazione sulla conformità o meno della legge alla stessa Costituzione, anche tramite le differenti fonti interposte di matrice europea e/o internazionale. Della recente riforma del lavoro in Italia deve esserne valutata la bontà dalla medesima Consulta, l'organo però non potrà prescindere dal far suoi sia i diritti tutelati dalle diverse Carte presenti nel panorama giuridico mondiale sia l'interpretazione che di questi è stata fatta dai rispettivi organi di controllo o giurisdizionali.

Il c.d. *Jobs act* è stato tacciato da più parti di essere lesivo in più punti dei diritti dei lavoratori e di aver vanificato anni di conquiste sindacali in nome di un paventato interesse dell'imprenditoria alla flessibilità in uscita. Alla luce di ciò, è stato attaccato su più versanti così da far pendere la bilancia della giustizia nuovamente a favore della parte

più debole del rapporto. Il decreto legislativo è stato rimesso al giudice costituzionale e sottoposto al vaglio del Comitato Europeo, se ne verificherà per un verso la legittimità costituzionale e per l'altro la rispondenza al nucleo minimo di tutela in caso di licenziamento sancito dalla Carta Sociale Europea. Il duplice meccanismo di controllo porta ad una costante e reciproca influenza fra gli organi preposti e questa influenza potrebbe oggi, nell'era della complessità, dare nuova linfa a quel fondamento lavoristico di cui all'art. 1 della Costituzione messo da parte in nome di un erroneo modo di intendere l'evoluzione della globalizzazione.

2 Piano di ricerca

Alla luce delle considerazioni che precedono, sembra essenziale compiere una sinossi del contenuto di ciascuna parte della ricerca e, all'interno di ognuna, dei vari capitoli in cui l'opera è strutturata.

Nella prima parte della tesi, l'attenzione si è focalizzata quasi esclusivamente sull'ordinamento italiano analizzando in particolare quelli che sono i precetti contenuti nella Carta costituzionale e l'evoluzione dell'ordinamento civilistico, dalle origini ai tempi più recenti.

Nel primo capitolo si è tracciato il profilo del lavoratore per come emerge dalle disposizioni costituzionali e dall'interpretazione che di queste ne fa, principalmente, la Corte costituzionale e la giurisprudenza. La Costituzione dà un ruolo ideale preminente al lavoratore tant'è che l'Italia è "una Repubblica fondata sul lavoro". Sebbene la portata della disposizione sia più ideologica che direttamente applicabile ha certamente una forza dirompente. Si è poi indagato se esista o meno un diritto a lavorare e se, spingendosi oltre, esista in Italia un obbligo di lavorare; si è anche cercato di cogliere il contenuto della tutela alla stabilità del posto di lavoro sondando fino a che punto si possa spingere. Fra i diritti vagliati, va menzionato quello ad una giusta ed equa retribuzione del lavoro che è una delle poche disposizioni precettive del testo e che è stato ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza per garantire una retribuzione a coloro che prestano la propria opera in assenza di regolare contratto. Nel capitolo in questione si è anche fatto il punto sulle tutele garantite ai soggetti deboli, quali donne e bambini, e ci si è soffermati sul ruolo dei sindacati nell'ordinamento. Questi ultimi hanno rilevanti poteri di contrattazione collettiva e sono l'elemento cardine su cui ruota la disciplina dell'astensione collettiva dal lavoro.

Nel secondo capitolo della prima parte la ricerca ha riguardato l'evoluzione del contratto di lavoro, e in particolare la disciplina del licenziamento, a partire dalle norme contenute nel Codice civile fino alle recenti riforme dell'istituto privatistico. Le norme in materia erano originariamente improntate alla considerazione che datore di lavoro e lavoratore si trovassero in una situazione di parità: entrambe le parti venivano considerate astrattamente, senza aver riguardo ad un realistico svolgimento della relazione sinallagmatica e sociale. La legislazione post-codicistica, in particolare quella a cavallo fra i '60 e i '70, si è evoluta in una differente direzione che ha mirato a conferire al lavoratore, ora considerato parte debole, diritti e facoltà per evitare che fosse in balia della sua controparte. Si è visto come in questa fase dell'ordinamento, grazie all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, il lavoratore indebitamente licenziato godeva di una tutela reintegratoria piena, aveva il diritto ad essere riammesso nel proprio posto di lavoro come se il licenziamento non fosse mai avvenuto. Nel capitolo si è infine trattato dei provvedimenti legislativi successivi alla crisi economica del 2008, la riforma dell'art. 18 dello Statuto avvenuta nel 2012 a firma del Ministro Elsa Fornero ha infatti ridotto l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria a favore di rimedi indennitari e risarcitori. Successivamente la materia è stata rivoluzionata dal governo Renzi che, per rendere più appetibile il Paese agli occhi degli investitori internazionali, ha reso più flessibile in uscita il contratto consentendo alla parte datoriale di recedere a fronte di un indennizzo facilmente determinabile, salvo tassative eccezioni come il caso del licenziamento discriminatorio.

La parte seconda della trattazione è suddivisa in due capitoli e si focalizza sull'impatto che le fonti di diritto internazionale pattizio e le fonti di diritto eurounitario hanno sull'ordinamento italiano e come si intrecciano con la recente disciplina del licenziamento.

Il primo capitolo è volto a collocare nel contesto attuale la Carta Sociale Europea, documento nato in seno al Consiglio d'Europa e che come tale attiene all'ordinamento internazionale. La genesi della Carta è legata alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed è caratterizzata dall'essere uno strumento di *soft law*. La sua forza sta però nell'autorevolezza dei membri del Comitato chiamati ad applicarla e per quanto non sia giuridicamente vincolante è dotata di ampia persuasività nei riguardi degli attori che agiscono nel sistema. La Carta prevede diverse disposizioni in tema di diritto del lavoro e, per quanto riguarda il licenziamento, l'articolo 24 prevede una vasta gamma di

soluzioni e tutele a favore della parte debole del rapporto. Aderendo gli Stati sono tenuti a riconoscere una serie di diritti ai lavoratori: quello 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; quello di ricevere un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione in caso di illegittimità del licenziamento. Gli Stati si impegnano a garantire che un lavoratore, che ritenga di essere stato vittima di una misura di licenziamento priva un valido motivo, abbia il diritto di ricorrere ad un giudice terzo ed imparziale. Per la tutela dei diritti garantiti dalla Carta è stata istituita una procedura di reclamo collettivo che consente alle parti sociali e alle organizzazioni non governative di rivolgersi direttamente al Comitato Europeo dei Diritti Sociali per verificare le possibili violazioni della Carta a carico dei Paesi coinvolti.

Il secondo capitolo della seconda parte riguarda l'ordinamento eurounitario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la vincolatività di entrambi per i Paesi membri. In modo da cogliere come il sistema europeo interagisce con gli Stati membri è stato opportuno ricostruire la natura dell'Unione e coglierne la matrice essenzialmente democratica. Compresane la natura ci si è rivolti a indagare sul sistema giurisdizionale, i cui organi principali sono la Corte di Giustizia e il Tribunale, e come si articola il complesso sistema di riparto delle competenze. Si è fatto il punto sullo stato dell'Europa sotto il profilo sociale. Si sono toccate le problematiche concernenti: l'armonizzazione normativa, la contrattazione collettiva europee, le politiche dell'occupazione e la tutela per il licenziamento nelle fonti dell'ordinamento dell'UE. Inoltre, nel capitolo si è fatta menzione alla Carta di Nizza, che risponde alla necessità di definire un gruppo di diritti e di libertà, di eccezionale rilevanza, che meritassero di essere garantiti a tutti i cittadini dell'Unione. Questo documento è lo strumento su cui si basano le garanzie contro il licenziamento discriminatorio. Si è infine fatto un cenno alla disciplina del licenziamento collettivo di derivazione eurounitaria che è diventato modello di diritto interno per tutti gli Stati dell'Unione.

Nella terza ed ultima parte della presente tesi di dottorato si è cercato di valutare l'impatto che le fonti di derivazione non nazionale abbiano avuto sulla conformazione dello statuto del licenziamento nell'ordinamento italiano. Si è tentato di vagliare come si articoli la tutela dei diritti multilivello sorta dalla mescolanza di ambito interno, ambito eurounitario e Carta Sociale Europea.

Il primo capitolo riguarda il sistema di tutela, come reso più maturo ed effettivo dal Trattato siglato a Lisbona nel 2009, e l'obbligatorietà della Carta di Nizza. Secondo

l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, il diritto europeo è prevalente rispetto quello interno, sia nel caso in cui il secondo costituisca applicazione diretta del primo, che nel caso in cui il rapporto fra i due piani sia indiretto. Si è fatta una disamina dei rapporti tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento convenzionale, a partire dalle sentenze Gemelle del 2007 della Corte costituzionale. Esse hanno qualificato le disposizioni della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali come "norme sub-costituzionali", fungenti da parametro interposto di costituzionalità. Si è analizzata la sentenza n. 120 del 2018 della Corte costituzionale con cui la Corte censura l'Ordinamento Militare nella parte che vieta ai militari la possibilità di costituire associazioni professionali a carattere sindacale, ritenendo però non fondata la questione di legittimità costituzionale in merito alla facoltà per i militari di aderire ad altre associazioni sindacali. Nella sentenza si è sancito che Carta Sociale non è dotata di effetto diretto e non può trovare immediata applicazione ad opera del giudice ordinario ma è richiesto che via sia un intervento Consulta, per violazione di norma interposta ex art. 117 della Costituzione.

Nel capitolo conclusivo della tesi si è ricercato con maggior dettaglio quale sia il valore per l'ordinamento italiano della Carta Sociale Europea e soprattutto dell'interpretazione che di essa ne fa il Comitato. L'analisi ha cercato di far luce se le norme in tema di tutele per l'ipotesi di licenziamento illegittimo, introdotte dal Jobs Act del Governo Renzi, siano conformi al sistema costituzionale multilivello. Il giudizio su tale conformità è dotato di profili di notevole complessità, la normativa interna è molto meno garantista del minimo di tutele richiesto non solo dalla Carta Sociale, in sé e per sé considerata, ma va anche in senso contrario all'interpretazione che il Comitato ne fa. Sul punto si è trattato della sentenza costituzionale n. 194 del 2018, con cui la Corte costituzionale, facendo propria la giurisprudenza del comitato, ha sancito l'illegittimità del criterio di calcolo dell'indennità dovuta al lavoratore illegittimamente licenziato perché basata sulla sola anzianità di assunzione.

Si è illustrato anche come la nuova normativa italiana sia difforme al paradigma previsto dalla Carta Sociale e a tal fine si preso le mosse dal reclamo fatto dalla CGIL (il più grosso sindacato italiano) al Comitato Europeo per i Diritti Sociali nel 2017. Sosteneva, il sindacato, che la legislazione italiana fosse in contrasto con quanto stabilito dall'art. 24 della Carta Sociale Europea. Il Comitato ha ritenuto che il tetto massimo del risarcimento previsto per il lavoratore in caso di licenziamento illegittimo fosse contrario alla Carta in

quanto inidoneo a scoraggiare i datori di lavoro dal far ricorso a forme di licenziamento non in linea col paradigma fissato dalle norme.

Il presente lavoro culmina con una serie di conclusioni che includono i risultati della presente ricerca e che sono il prodotto dell'analisi effettuata in tutti i capitoli che compongono questa tesi di dottorato. Nelle conclusioni si sottolinea come i meccanismi di protezione a tutela del lavoratore nell'ordinamento italiano escano rinforzati dall'apporto dell'ordinamento eurounitario e dalla presenza della Carta Sociale Europea.

3 Sistema metodologico

Il metodo di ricerca seguito in questa tesi di dottorato comprende diverse risorse metodologiche inerenti al diritto del lavoro, il diritto europeo ed il diritto internazionale. Nella ricerca si è provato a confrontare la Costituzione italiana con l'evoluzione dell'ordinamento sul piano interno e con l'avvento dell'Unione europea e le Carte dei diritti in genere.

Ciò è stato fatto trattando la natura delle fonti che conformano il diritto del lavoro in Italia e le pronunce intervenute in materia. È stato utilizzato il metodo analitico sintetico per mettere a sistema le norme interne, la giurisprudenza interna e comunitaria e le pronunce del Comitato dei diritti sociali, si è indagato come l'ampia gamma di fonti, anche esterne, crei un momento di sintesi.

Nella parte prima si è proceduto con due metodologie diverse in entrambi i capitoli. Nel primo si è utilizzato il metodo analitico: si sono trattate tutte le norme costituzionali in tema di diritto del lavoro e per ciascuna se n'è tracciato lo sviluppo. Si è partiti dalle dichiarazioni rese dall'Assemblea costituente in sede di redazione del testo e si è poi indagato degli sviluppi interpretativi più attuali ad opera della Corte costituzionale.

Nel capitolo successivo si è invece proceduto con una metodologia di ricerca più marcatamente storica, si è visto come fosse originariamente composto il contratto di lavoro e come la disciplina del licenziamento fosse normata. Nel prosieguo del medesimo si è assistito a come col mutare della realtà sociale siano anche cambiate le forme di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato: si è partiti da un momento in cui il recesso era lasciato alla libera libertà contrattuale, si è passati ad una fase ipergarantista a cui ha fatto seguito l'approdo attuale, sicuramente meno garantista.

Nella parte seconda si è lavorato con metodologia analoga in entrambi i capitoli, si è innanzitutto indagato sulla natura degli organi e degli organismi eurounitari e

internazionali aventi competenza in tema di licenziamento, in seguito si è cercato di far luce sulle loro regole, pronunce e statuizioni in tema di diritti sociali ed in particolare sull'impatto che causano negli ordinamenti interni. La ricerca ha riguardato in buona parte anche l'organizzazione ed il funzionamento del Comitato dei Diritti Sociali e della Corte di Giustizia dell'Unione europea ed a tal fine ci si è avvalsi delle fonti reperibili *online* nei siti *web* istituzionali che disciplinano nel dettaglio il funzionamento di tali enti.

Nell'ultima parte della tesi ci si è avvalsi della giurisprudenza costituzionale italiana, si è cercato di diramare l'intreccio fra fonti esterne e interne per come recepite dalle pronunce della Consulta. Questa ha infatti operato un delicato lavoro di bilanciamento fra le previsioni normative contenute nelle varie Carte e le pronunce degli organi preposti dalle stesse.

Le fonti che sono state utilizzate sono state quelle della scienza del diritto del lavoro, il diritto europeo ed il diritto internazionale: regolamenti, giurisprudenza, dottrina, sentenze, trattati, direttive, *soft law*, oltre a varie relazioni e pareri provenienti da diverse organizzazioni e istituzioni direttamente collegate al tema della nostra ricerca. Queste fonti sono debitamente elencate nella bibliografia e hanno contribuito a strutturare le mie conoscenze e a dare fluidità alla presente tesi in tema di tutela del lavoratore illegittimamente licenziato.

PARTE I “LA NORMATIVA ITALIANA”

Lavoro e lavoratori nei principi fondamentali della Costituzione Italiana

1.1. Il lavoro “fondamento della Repubblica”

1.1.1. *L’articolo 1 della Costituzione*

La tutela del diritto al lavoro e dei lavoratori costituisce in Italia un tema di estrema attualità a causa delle continue e repentine modifiche legislative che sono state introdotte nel corso degli ultimi anni. L’intento è quello di favorire l’occupazione e di semplificare il mercato del lavoro, ma che purtroppo si sono, quasi sempre, risolte per gli stessi lavoratori in una limitazione di diritti. Come anche una perdita di garanzie indelebilmente radicate nell’ordinamento, e considerate nella coscienza collettiva ormai pressoché intangibili.

Anche alla luce di tale situazione di precarietà normativa, la fonte primaria e più certa di tutela in materia lavoristica va ancora oggi rinvenuta nei principi e nei diritti fondamentali sanciti dalla Carta costituzionale che, nonostante la provocatoria proposta di qualche estroso politico di “ritoccarne” il contenuto eliminandone il riferimento, riconosce nell’art. 1 un ruolo di assoluta preminenza al lavoro tanto da farne addirittura il *fondamento della Repubblica*¹.

Come evidenziato da eminente dottrina, la formula utilizzata dai padri costituenti non si riduce ad una semplice espressione di stile a carattere meramente definitorio. Il principio lavorista, enunciato nel primo comma dell’art. 1 Cost., non ha il riduttivo significato che il lavoro debba essere considerato in modo aprioristico il “*valore supremo*”² tutelato a livello costituzionale. Ma evoca sicuramente una nozione più ampia di quella astratta che sembrerebbe emergere dal mero dato letterale, in quanto si propone di evidenziare il ruolo essenziale ed infungibile che deve essere riconosciuto alla libera determinazione di ogni soggetto, quale strumento di affermazione della personalità³.

¹ GIUGNI, G., *Fondata sul lavoro?* Ediesse, Bologna, 1994, pp.3 ss.

² ONIDA, V., *L’art. 1 della Costituzione*, online su <http://www.fondazioneetica.it> (consultato il 03/04/2018).

³ GIANNINI, M.S., “Rilevanza costituzionale del lavoro”, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1949-1950, pp.3 ss.; MORTATI, C., “Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (natura giuridica, efficacia, garanzie)”, in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, pp.141 ss.; OLIVETTI, M., *Art.1*, in *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006, pp. 6 ss.; DI GASPARE, G., *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Diritto. Pubblico.*, 2008, pp. 863 - 865.

1.1.2. Lavoro, libertà e dignità

L'essenza del fondamento "lavorista" della Costituzione va, quindi, ricercata nel fine di promuovere e rendere effettiva, attraverso la tutela del lavoro, la realizzazione della libertà e della dignità della persona, nonché, in un'ottica solidaristica, la partecipazione di ogni cittadino con la propria opera al soddisfacimento dei bisogni della collettività.

Come emerge dai lavori dell'Assemblea costituente, è stata questa l'idea ispiratrice che ha indotto i padri fondatori ad attribuire al lavoro un'importanza così preminente nel modello di società prefigurata dall'art. 1 della Costituzione: *"...la libertà e la dignità dell'uomo non saranno mai sicure se non si darà al lavoro la preminenza su ogni altro valore economico e se il lavoro non sarà il fondamento stesso della Repubblica."*⁴, *"Ed ecco anche il senso del lavoro, inteso come fondamento della Repubblica. Perché noi non facciamo, e non vogliamo fare, una Repubblica di individui, ma vogliamo fare non una Repubblica di individui astratti, una Repubblica di cittadini che abbiano solo una unità giuridica, vogliamo fare la Repubblica, lo Stato in cui ciascuno partecipi attivamente per la propria opera, per la propria partecipazione effettiva, alla vita di tutti. E questa partecipazione, questa attività, questa funzione collettiva, fatta nell'interesse della collettività, è appunto il lavoro; e in questo, penso, il lavoro è il fondamento e la base della Repubblica italiana.."*⁵, *"..Dicendo che la Repubblica è fondata sul lavoro, si esclude che essa possa fondarsi sul privilegio, sulla nobiltà ereditaria, sulla fatica altrui e si afferma invece che essa si fonda sul dovere, che è anche diritto ad un tempo per ogni uomo, di trovare nel suo sforzo libero la sua capacità di essere e di contribuire al bene della comunità nazionale.."*⁶.

Può affermarsi, pertanto, che il principio lavorista implica anche quello partecipativo: tutti con il proprio lavoro devono essere posti in condizione di partecipare e di contribuire allo sviluppo economico e alla crescita sociale del Paese. Ovviamente, il perseguimento di tale obiettivo resta affidato allo Stato, su cui grava il compito di creare le condizioni atte a favorire la piena occupazione. In tal senso si è espressa in modo inequivoco la Corte costituzionale, evidenziando che *"l'occupazione, concepita come bene collettivo in sé e*

⁴ TUPINI, U., Assemblea costituente seduta del 4.3.1947.

⁵ BASSO, L., Assemblea costituente seduta del 6.3.1947.

⁶ FANFANI, A., Assemblea costituente seduta del 22.3.1947.

come finalità comprensiva di ogni suo aspetto particolare, è affidata alla responsabilità finale e globale dello Stato” e che “si tratta di un obiettivo tale da caratterizzare primariamente la forma di Stato propria di una democrazia fondata sul lavoro”⁷.

1.2. Il lavoro come diritto e dovere

1.2.1. *L'articolo 4 della Costituzione*

L'inserimento del diritto al lavoro tra i principi fondamentali della Costituzione è formalmente sancito dal primo comma dell'art. 4, secondo cui “La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”. Secondo una prima corrente di pensiero, le previsioni contenute nella norma avrebbero come specifico punto di riferimento il lavoro subordinato e sarebbero funzionali allo scopo di configurare un principio di tutela privilegiata a favore di tale categoria di lavoratori, in considerazione della posizione di debolezza nella quale tradizionalmente si trovano nei confronti del datore⁸. “Per il fatto che il grandioso moto storico di emancipazione di cui sono stati promotori e sono protagonisti, e che reca in germe una nuova concezione dei rapporti sociali, è ancora in fase di svolgimento, sicché, permanendo tuttora il loro stato di parziale assoggettamento di fronte ad altre classi, viene reso necessario l'impiego di appositi, speciali mezzi di tutela, indirizzati a correggerlo”⁹.

Si è anche sostenuto che la nozione di lavoro cui allude tale primo comma comprenda, più genericamente, ogni attività relativa alla produzione e allo scambio di beni e servizi¹⁰, per cui il diritto al lavoro riguarderebbe sia l'attività di lavoro subordinato, sia l'attività di lavoro autonomo¹¹.

In base ad un'interpretazione ancora più estensiva, la nozione di lavoro utilizzata dai padri costituenti, oltre a trascendere da una dimensione propriamente giuridica, avrebbe invece “portata universale”. Andrebbe riferita ad ogni attività umana economicamente

⁷C. Cost. sent. n.998/1988.

⁸BALANDI, G.G., “Il lavoro e i suoi diritti nella Costituzione”, in AA.VV., *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, a cura di PUGIOTTO, A., Napoli, 2013, pp. 139 - 145.

⁹MORTATI C., “Principi fondamentali” in *Commentario della Costituzione* a cura di BRANCA. G., sub art. 1, Bologna-Roma, 1975, p. 13; GIANNINI, M.S., “Rilevanza costituzionale del lavoro”, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1948, p. 7.

¹⁰MAZZIOTTI DI CELSO, M., *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 60

¹¹BALDASSARRE, A. *Doveri sociali* in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, p. 15.

rilevante, includendo tutte “*le diverse forme della ‘vita activa’ (il lavoro subordinato, il lavoro autonomo, il lavoro imprenditoriale, ecc.)*”, mediante le quali “*si realizza quella saldatura tra realizzazione individuale e riconoscibilità sociale su cui si gioca la capacità di progresso di una comunità*”¹²: sicché non comprenderebbe il non –lavoro, il parassitismo sociale, la rendita improduttiva, la speculazione finanziaria¹³.

1.2.2. La portata della norma

Per quanto concerne, invece, l’effettiva portata della norma, la dottrina è concorde nel ritenere che l’art. 4, primo comma, della Costituzione abbia carattere meramente programmatico. Esso difatti non riconosce un diritto soggettivo perfetto, immediatamente azionabile, al conseguimento ed alla conservazione di un posto di lavoro¹⁴, ma assume solo una finalità politica e sociale, consistente nel favorire le condizioni perché ogni cittadino possa accedere al mondo del lavoro. Muovendo da tale univoca prospettiva, il diritto al lavoro è stato ricondotto, pressoché unanimemente, nella categoria dei diritti sociali, quindi nell’ambito di quei diritti fondamentali “*costituzionalizzati*”¹⁵, che fanno sorgere in capo al cittadino una pretesa a una prestazione positiva da parte dello Stato, rivolta essenzialmente verso il legislatore ordinario perché ne regolamenti gli obblighi e i modi di adempimento da parte dei pubblici poteri.

Si è affermato, pertanto, che dalla norma derivi un dovere di attivazione per lo Stato, finalizzato alla massima promozione dell’occupazione; sicché il precetto costituzionale si tradurrebbe in una pretesa a che vengano concretamente create dallo Stato le condizioni per cui ogni cittadino possa svolgere un’attività lavorativa¹⁶. In senso conforme si è espressa la giurisprudenza costituzionale, ribadendo costantemente che nell’art. 4 si deve

¹² Cfr. NANIA, R., *Riflessioni sulla “Costituzione economica” in Italia: il “lavoro” come “fondamento”, come “diritto”, come “dovere”*, in AA.VV., *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, 2009, p. 68; D’ANDREA, L., *I principi costituzionali in materia economica*, in *Consulta Online*, 2014, online su <http://www.giurcost.org/studi/dandreal.pdf>, p. 8, (consultato il 03/04/2018).

¹³ DI GASPARE, G., *op. cit.*, pp. 876 e 877.

¹⁴ CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 153; MAZZIOTTI DI CELSO, A., *op. cit.*, 1956, p. 2.

¹⁵ PALADIN, L., *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1991, p. 663

¹⁶ SIRCHIA, G., “Lavoro (diritto al)” in *Novissimo Digesto italiano*, IX, 1963, p. 524; BISCARETTI DI RUFFIA, P., “Diritti Sociali”, *Novissimo Digesto italiano*, Volume V, Torino, 1960, p. 759; SCOGNAMIGLIO, C., “Lavoro (disciplina costituzionale)” in *Enciclopedia giuridica*, Volume XVIII, 1990, passim; SANTUOSSO, A., *Essenziali valori sociali e tutela costituzionale*, GI, 1993, IV, p. 113

rinvenire “*un’affermazione sul piano costituzionale della importanza sociale del lavoro che, senza creare rapporti giuridici perfetti, costituisce un invito al legislatore a che sia favorito il massimo impiego delle attività libere nei rapporti economici*”¹⁷.

Pertanto, il diritto al lavoro contemplato nel primo comma dell’art. 4 Cost., deve essere visto come un interesse, costituzionalmente protetto, al raggiungimento della piena occupazione, di cui deve farsi portatore e garante lo Stato, promuovendo le condizioni di effettività per la sua realizzazione. Come evidenziato, ciò implica solo un dovere a carico di tutti i poteri dello Stato di creare le condizioni e le opportunità per favorire l’incontro tra la domanda e l’offerta di lavoro, in modo di dare impulso a nuove possibilità occupazionali.

1.2.3. La promozione dell’occupazione

In effetti, l’art. 4, comma 1, Cost. ha costituito il punto di riferimento normativo più significativo ed elevato a cui si è ispirata l’attività legislativa finalizzata alla promozione dell’occupazione. Più in particolare, la centralità dell’interesse dello Stato verso l’obiettivo dell’occupazione è riscontrabile nel sistema del collocamento al lavoro, anche obbligatorio (quest’ultimo riservato ai disabili). Questo consiste in un insieme di strutture pubbliche distribuite sul territorio nazionale con il compito di favorire il contatto tra l’offerta di lavoro e i soggetti che si trovano in cerca di un’occupazione, nonché nelle varie disposizioni in tema di addestramento e di formazione professionale. Più in generale riguarda i numerosi provvedimenti di promozione dell’attività imprenditoriale ai fini dell’assunzione di nuovi lavoratori, sotto la forma di sgravi previdenziali, di agevolazioni e di contributi economici in favore delle aziende.

In applicazione dell’art. 4, comma 1, Cost., costituiscono un mezzo di tutela del diritto al lavoro anche i meccanismi volti ad evitare che le crisi dell’impresa si risolvano nell’espulsione di lavoratori. Fra questi vi sono i c.d. contratti di solidarietà difensivi aventi ad oggetto la diminuzione dell’orario di lavoro al fine di mantenere l’occupazione in caso di crisi aziendale e quindi evitare la riduzione del personale.

Nella stessa ottica di promozione del lavoro si inseriscono inoltre gli istituti di tutela di reddito, tra cui la sospensione del rapporto con intervento di integrazione salariale (c.d.

¹⁷ C. Cost. sent. n. 3/1957.

ammortizzatori sociali), con la quale il legislatore ha voluto evitare che le crisi dell'impresa possano ripercuotersi sul lavoratore determinando la perdita della retribuzione, e la Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpI) con la funzione di fornire ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione una indennità mensile di disoccupazione .

A prescindere da tale elencazione meramente esemplificativa, va evidenziato che la tutela costituzionale del diritto al lavoro si è andata concretizzando con forme assai mutevoli nel corso degli anni. Ciò in ragione della crisi occupazionale che ha reso sempre più necessario un adattamento dei rimedi giuridici, che si sono sempre più evoluti nel senso di una maggiore flessibilità lavorativa mediante l'adozione di strumenti intesi a garantire una maggiore efficienza del mercato del lavoro e a migliorare le capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti sono in cerca di una prima occupazione.

Di conseguenza, si è assistito, da un lato, ad un progressivo svuotamento del ruolo e delle funzioni del sistema del collocamento pubblico. Con la legge n. 223/1991 il principio della chiamata numerica è stato sostituito con quello della chiamata nominativa; con la legge n. 608/1996 si è passati dal regime generale della chiamata numerica a quello della libera stipulazione del contratto, senza necessità di alcun nulla-osta e con una comunicazione solo successiva alle strutture pubbliche). Dall'altro, ad una sempre maggiore valorizzazione dell'attività di mediazione privata con l'istituzione di imprese preposte all'attività di collocamento al lavoro, è il caso delle c.d. società di lavoro interinale (previste dalla legge n. 196/1997), successivamente sostituite con il d.lgs. 276/2003, c.d. legge Biagi, dalle Agenzie per il lavoro, aventi come finalità quella di consentire alle aziende di stipulare un contratto di somministrazione di manodopera con agenzie specializzate in grado di fornire in tempo reale le professionalità richieste. Il lavoratore dipende giuridicamente dalle aziende fornitrici, e da queste viene retribuito, ma funzionalmente presta il suo lavoro presso altre aziende (c.d. utilizzatrici) per periodi di tempo limitato o a tempo indeterminato.

Nella stessa direzione si pongono le linee di intervento volte a liberalizzare il mercato del lavoro, tra le quali rientra senz'altro quella relativa all'introduzione di ulteriori elementi di flessibilità, attraverso l'ampliamento della possibilità di ricorrere a forme contrattuali diverse dal contratto a tempo pieno e indeterminato. Tale finalità è stata perseguita sia attraverso l'introduzione di nuovi tipi di contratto di lavoro flessibile (lavoro

intermittente, lavoro ripartito, lavoro occasionale, contratto di inserimento), sia attraverso modifiche normative tese ad agevolare e promuovere il ricorso a forme contrattuali già previste, quali il lavoro temporaneo, il contratto part-time e l'apprendistato.

1.2.4. Il lavoro diritti di libertà

Il diritto al lavoro è stato configurato anche come un diritto di libertà, cioè un diritto che si estrinseca nella possibilità di esercitare una libera attività a cui fa riscontro un obbligo di non interferenza da parte dello Stato. In particolare, si è ritenuto che l'art. 4, comma 1, sancisce il riconoscimento della piena libertà di scelta di un'attività lavorativa o di una professione da parte del lavoratore¹⁸ e, al contempo, il dovere dello Stato di astenersi da qualsiasi ingerenza nella scelta e nelle modalità di svolgimento di essa.

La Corte costituzionale si è espressa in tali termini in numerose pronunce, chiarendo che il diritto al lavoro “, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino – l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento – fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo – il cui adempimento è ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto – di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro”¹⁹.

Come precisato dalla stessa Consulta, non si tratta pertanto di un diritto assoluto ed incondizionato. Poiché la sua attuazione rientra sempre e comunque nella piena discrezionalità del legislatore. A quest'ultimo è riservata la facoltà di regolarne l'esercizio, anche con l'uso di poteri di controllo, e di imporre restrizioni a tutela di interessi pubblici e di valori primari, quali, ad esempio, l'ambiente, la salute dei cittadini,

¹⁸ Cfr. MAZZIOTTI DI CELSO, A., *op. cit.*, 1956, p. 57.; BALDASSARRE, A., *op. cit.*, p.15; PERA, G., *Professioni, libertà di*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXVI, p. 3.

¹⁹ Cfr. C. Cost. sent. n.3/1957, C. Cost. sent. n.30/1958, C. Cost. sent. n.2/1960, C. Cost. sent. n.105/1963; C. Cos. Ord. n.3/1961.

l'istruzione²⁰.

In senso conforme si è sostanzialmente pronunciata anche la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza delle Sezioni Unite 13 febbraio 1998, n. 1512, nella quale, recependo l'orientamento della Corte Cost., ha ribadito che l'art. 4 “*non stabilisce il diritto assoluto ad esercitare senza limiti qualsiasi lavoro e lascia al legislatore ordinario di stabilire le regole, non irragionevoli, per lo svolgimento delle attività lavorative*”²¹.

1.2.5. La disciplina limitativa dei licenziamenti

Per quanto concerne lo specifico tema d'indagine, va osservato che la corrente di pensiero volta a rinvenire nell'art. 4, primo comma, Cost. il fondamento di una disciplina limitativa dei licenziamenti illegittimi o arbitrari²², in origine minoritaria, ha finito per prevalere. La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 2118 c.c. (che originariamente consentiva il recesso *ad nutum*), con la citata sentenza n. 45 del 1965 ha chiarito che in una prospettiva di “*progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini*” il legislatore dovesse adeguare “*sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro*”, attraverso l'individuazione di “*doverose garanzie*” e di “*opportuni temperamenti*” per i casi in cui “*si renda necessario far luogo ai licenziamenti*”. Ciò pur escludendo che la norma censurata potesse ritenersi costituzionalmente illegittima, in quanto non più espressiva di un principio generale dell'ordinamento, stante la presenza di una contrattazione collettiva e di interventi legislativi settoriali che “*a tutela di particolari interessi dei lavoratori*” ne avevano già “*progressivamente ristretto*” la sfera di efficacia, introducendo limitazioni al potere datoriale di recesso *ad nutum*.

Altra parte della dottrina ha invece continuato a leggere l'assunto della Consulta in chiave di strumentalità del diritto al lavoro rispetto all'obiettivo del pieno impiego. La norma costituzionale deve essere “*intesa (...) nel senso di un indirizzo politico che vincola lo Stato a determinare comunque, con tutti gli strumenti che ha a disposizione, una*

²⁰ Ved. *Ex multis* C. Cost. sent. n.365/1993; C. Cost. sent. n.294/2010; C. Cost. sent. n.466/1997.

²¹ Cass. sent. n.1215/1998.

²² CRISAFULLI, V., *op. cit.*, p. 161; SMURAGLIA, C., *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 143.

situazione di pieno impiego di tutte le potenziali energie di lavoro: questo è l'obiettivo che non comporta, di per sé, la necessità di instaurare o no un determinato regime per quanto attiene alla risoluzione del contratto di lavoro. Quello che conta è una situazione di fatto di pieno impiego, situazione di fatto che può ben coesistere con un assetto di piena e libera recedibilità dal contratto di lavoro”²³ .

Pur tuttavia è prevalsa la tesi di chi ha ritenuto di dover valorizzare la parte della citata pronuncia della Corte costituzionale che ha evidenziato l'esigenza di circondare la facoltà datoriale di recesso da opportune cautele, idonee a garantire che il licenziamento sia adottato solo quando “*si renda necessario*”. Conseguentemente, è stato affermato che dall'art. 4 Cost. non discenda un vero e proprio diritto soggettivo del lavoratore alla conservazione del posto²⁴, ma solo la necessità per il legislatore di approntare una disciplina che consenta al datore di lavoro di recedere dal rapporto solo in presenza di validi e giustificati motivi e non per una sua scelta meramente arbitraria²⁵ .

In altri termini, la norma costituzionale non detta prescrizioni sulla forma di tutela da applicare al caso concreto, che resta nella discrezionalità del legislatore, ma impone solo che il lavoratore venga sempre e comunque garantito e tutelato qualora subisca un licenziamento arbitrario²⁶.

1.2.6. (segue) le pronunce della Corte costituzionale

L'orientamento appena riferito ha trovato conferma in altre importanti pronunce della Consulta, nelle quali è stata ribadita, da un lato, la discrezionalità del legislatore ordinario nella scelta del regime di tutela contro il licenziamento ingiustificato e, dall'altro, la legittimità delle ipotesi di libero recesso, purché giustificate da esigenze obiettive.

In particolare, con sentenza n. 194 del 1970 la Corte ha respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. n. 604/1966, ritenendo che la tutela c.d. obbligatoria, che consente in via alternativa la riassunzione del prestatore ingiustamente licenziato, ovvero il risarcimento del danno, non sia in contrasto con l'art. 4 Cost., perché

²³ PERA, G., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, A. Giuffrè, Milano, 1965, p. 86.

²⁴ C. Cost. sent. n. 81/1969.

²⁵ NOGLER, L., “La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali”, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, pp. 616-618.

²⁶ Ved. BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 106; BALDASSARRE, A., *op. cit.*, pp. 14 e 15; SCOGNAMIGLIO, C., *op. cit.*, p.6; SALAZAR, C., *Alcune riflessioni su un tema démodé: il diritto al lavoro*, 1995, pp. 16 e 17.

la regolazione dei limiti alla facoltà di recesso del datore di lavoro spetta esclusivamente al legislatore²⁷.

Successivamente, con sentenza n. 189 del 1980 la Consulta ha giudicato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2096, terzo comma, cod. civ. e dell'art. 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604, nella parte in cui non prevedono un obbligo per l'imprenditore di motivare il licenziamento del lavoratore in periodo di prova, sul presupposto che gli artt. 4 e 35 Cost. non impongono un'applicazione indiscriminata dei principi della giusta causa e del giustificato motivo nei licenziamenti, ma lasciano al legislatore ampia discrezionalità in materia²⁸.

Nello stesso termine si pongono le sentenze n. 15 del 1983 e n. 176 del 1986, con le quali la Corte, chiamata a pronunciarsi sull'art. 11, primo comma, della l. n. 604/1966, che prevedeva la possibilità di licenziamento *ad nutum* del lavoratore che avesse conseguito il diritto a pensione di vecchiaia, facendo leva proprio sull'art. 4 Cost., ha ritenuto che la garanzia minima rappresentata dalla pensione possa giustificare la minor tutela costituita dal licenziamento *ad nutum*, mentre, per converso, ha dichiarato illegittima la medesima previsione quando il lavoratore, benché ultrasessantacinquenne, non abbia diritto al trattamento pensionistico²⁹.

Sul punto, particolare rilievo assumono anche le sentenze n. 81 del 1992 e n. 830 del 1992, che hanno ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 5, della l. n. 300/1970, che, nel testo modificato dall'art. 1 della l. n. 108/90, prevedeva la possibilità per il lavoratore ingiustamente licenziato di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, in quanto, a dire della Consulta, il richiamo agli artt. 4 e 35 Cost. da parte del Giudice rimettente risultava palesemente inconferente, non comprendendosi *“come il diritto attribuito al lavoratore dalla norma denunciata di optare, secondo le sue convenienze, tra la reintegrazione nel posto di lavoro e un'indennità sostitutiva possa ritenersi offensivo del diritto dei cittadini al lavoro e contrario all'obbligo della Repubblica di tutelare il lavoro”*³⁰.

Da ultimo, meritano di essere richiamate, le sentenze n. 46 del 2000 e n. 41 del 2003, con

²⁷ C. Cost. sent. n. 194/1970.

²⁸ C. Cost. sent. n. 189/1980

²⁹ C. Cost. sent. n. 15/1983; C. Cost. sent. n. 176/1986.

³⁰ C. Cost. sent. n. 81/1992; C. Cost. sent. n. 830/1992.

le quali la Corte costituzionale ha dichiarato ammissibili i referendum abrogativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori nell'originario testo. Prevedeva la c.d. tutela reale contro il licenziamento, tutela il cui tratto fondamentale era rappresentato dal potere del giudice, nei casi di recesso inefficace, nullo ovvero ingiustificato, di ordinare al datore di lavoro di reintegrare il dipendente nel posto di lavoro e di corrispondergli una indennità dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione). La Corte osserva che *“la disposizione oggetto di quesito è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione (sentenze n. 194 del 1970, n. 129 del 1976 e n. 189 del 1980). In riferimento a tale discrezionalità, è da escludere, tuttavia, che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi. Pertanto, l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento. Né, una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta Sociale Europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata³¹”*.

1.2.7. Il dovere di lavorare

Nelle previsioni della Carta costituzionale il lavoro costituisce espressione, non solo di un diritto ma anche, e soprattutto, di un preciso dovere civico che ogni cittadino è tenuto a adempiere svolgendo *“secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o*

³¹ C. Cost. sent. n. 46/2000; C. Cost. sent. n. 41/2003.

una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società “così come sancito dal secondo comma dell’art. 4 Cost. Per quanto concerne l’esatta qualificazione dell’oggetto di tale dovere, alcuni autori hanno ritenuto che la norma si riferirebbe, non solo all’espletamento di attività di rilievo economico, ma anche a qualsiasi altra attività umana capace di contribuire al progresso sociale e civile³². Si dovrebbe comunque trattare di un’attività utile, quanto meno in senso economico o produttivo. Violerebbe la disposizione in questione chiunque, pur senza lavorare, non offra un contributo al progresso sociale³³.

Pertanto, rimarrebbero fuori dal delineato campo del dovere, esclusivamente quei comportamenti individuali socialmente negativi, che non si svolgano o si riflettano in alcuna attività rilevante nella e per la società civile³⁴.

Va ancora osservato che la dottrina più tradizionale si è orientata nel senso di riconoscere carattere di piena giuridicità al dovere di lavorare, sul presupposto che il nostro ordinamento appresterebbe comunque strumenti sanzionatori nei casi di violazione. I rimedi consistono nell’esclusione dell’inadempiente dalla titolarità di particolari *status* o dall’esercizio di diritti ad altri spettanti³⁵. Proprio la difficoltà di rinvenire una specifica disciplina repressiva ha invece indotto altri autori ed escludere che la disposizione del comma 2 dell’art. 4 Cost. possa assumere valore prettamente giuridico³⁶.

In ogni caso, l’esame dell’art. 4 Cost. lascia intravedere, più che una contrapposizione, una simmetria tra il primo e il secondo comma, in quanto la norma ha come unico centro di imputazione sempre il cittadino che, pur essendo titolare di un diritto al lavoro, in attesa di poterlo rendere effettivo, non deve porsi in una posizione di mera aspettativa, ma ha il dovere di attivarsi e di svolgere comunque un’attività socialmente utile nei limiti delle sue concrete possibilità. Ogni cittadino, dunque, è portatore di un dovere relazionale verso gli altri consociati, a cui deve far fronte, “*tenendo conto delle possibilità che gli si*

³² MANCINI, G. F., “sub. Art. 4”, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1975, p. 250.

³³ PERA, G., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2000, p. 64.

³⁴ DI GASPARE, G., “Il principio lavoristico nella Costituzione della Repubblica” in *nota per il Gruppo di studio Astrid su La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, Coord. da TREU, T., 2 settembre 2009, p.9.

³⁵ PERA, G., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 97e 98.

³⁶ CRISAFULLI, V., *op. cit.*, pp. 149-150; ABBAMONTE, G., Osservazioni sul diritto al lavoro” in *Rassegna di Diritto Pubblico*, Vol. I, 954, pp. 102 e 103; SMURAGLIA, C., *op.cit.*, pp. 62 e 63.

*presentino o che può procurarsi con i mezzi di cui dispone assecondando le sue propensioni personali e nei limiti in cui può concretamente scegliere*³⁷. In tale prospettiva il lavoro costituisce un dovere pubblico, in quanto correlato allo spirito solidaristico che anima la Costituzione e che impone ad ogni cittadino di partecipare e di contribuire al progresso e al benessere dell'intera collettività.

1.3. La tutela del lavoro

1.3.1. L'articolo 35 della Costituzione

Le previsioni dell'art. 4 Cost. trovano diretta ed immediata applicazione nel successivo art. 35, che introduce il titolo terzo della Costituzione dedicato ai c.d. "Rapporti economici", stabilendo che *"La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni"*.

Sebbene tale disposizione rappresenti una sorta di completamento e di concretizzazione dell'art. 4, in quanto volta a fissare mezzi e direttive a garanzia dell'effettività del diritto al lavoro³⁸, la Corte Costituzionale nelle proprie decisioni ha ritenuto pressoché unanimemente di non riconoscere situazioni giuridiche soggettive immediatamente tutelabili e che, tutt'al più possa assumere rilievo quale *"parametro di supporto"*, affiancato da altri e spesso in posizione di sostanziale subordinazione³⁹.

In particolare, secondo un orientamento ormai pacifico, l'art. 35, collocato in apertura del titolo III, ha solo una *"funzione introduttiva alle disposizioni che entrano a far parte di questo"*, sicché *"non vuole determinare i modi e le forme di tutela del lavoro, ma solo enunciare il criterio ispiratore comune alle disposizioni stesse, nelle quali ultime esclusivamente sono poi da ritrovare le specificazioni degli oggetti della tutela voluta accordare"*⁴⁰.

Muovendo da tale principio, la giurisprudenza Costituzionale ha affermato che tale norma presuppone un'attuazione della tutela da parte del legislatore ordinario, attraverso

³⁷ DI GASPARRE G., "Il lavoro quale fondamento della Repubblica", in *Amministrazione in Cammino*, 2008, p. 6.

³⁸ MORTATI, C., "Il lavoro nella Costituzione" in *Raccolta di scritti*, Giuffrè, Milano 1972, Vol. III, p. 237.

³⁹ CIRILLO, G. P., "sub Art. 35", in *Diritto del lavoro*, Coord. da AMOROSO, G., DI CERBO, V., MARESCA, A., Vol. I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 166.

⁴⁰ Cfr. C. Cost. sent. n.22/1967; C. Cost. n.87/1972; C. Cost. 1/2015.

un'attività di normazione che resta connotata da un carattere di discrezionalità⁴¹, nel senso che compete comunque al legislatore stesso scegliere e tipizzare le forme e le applicazioni del lavoro da tutelare. Infatti, *“se è vero che tutti i cittadini hanno diritto al lavoro e che quest'ultimo è oggetto, nel suo complesso, di apposita garanzia costituzionale, è vero altresì che proprio dall'art. 35, nel suo primo comma, si evince il potere del legislatore ordinario di attuare una distinta protezione delle svariate forme ed applicazioni del lavoro.”*⁴².

Ad ogni modo, deve trattarsi di una tutela non già generica ed indistinta, ma articolata e coerente con la specificità delle varie forme e applicazioni del lavoro⁴³, che deve rispondere ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, alla luce dei quali *“devono essere valutate tanto l'ampliamento della tipologia dei rapporti e la diversificazione delle relative discipline, quanto l'attrazione delle tutele riservate alle figure speciali in quella generale riconosciuta alla forma principale in difetto delle condizioni che giustificano il trattamento differenziato”*⁴⁴.

Un esempio tipico di ampliamento delle tipologie contrattuali si è avuto in Italia con il d.lgs. n. 276/2003, con cui sono state introdotte nuove figure di lavoro come il contratto di somministrazione, il contratto di lavoro ripartito, il contratto di lavoro intermittente, il contratto di inserimento, il contratto di lavoro a progetto e le prestazioni occasionali e di tipo accessorio. Esempi di attrazione delle tutele riservate alle figure speciali in quella riconosciuta per la forma principale in difetto delle condizioni che giustificano il trattamento differenziato possono essere individuate nelle stesse originarie disposizioni del d.lgs. n. 276/2003 che consideravano lavoro subordinato alcuni dei rapporti di nuova creazione, ove risultassero affetti da specifici vizi formali o sostanziali. Va ancora evidenziato che, di recente, con l'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015 è stato previsto che *“Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro”*.

⁴¹ C. Cost. sent. n. 49/2000.

⁴² C. Cost. sent. n. 165/1972.

⁴³ C. Cost. sent. n. 49/2000.

⁴⁴ DELL'OLIO, M., “I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma” in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2005, pp. 6-7.

1.3.2. *La discrezionalità del legislatore*

La tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni ha sollevato il problema dei limiti alla discrezionalità del legislatore, avuto riguardo in particolare a quelle disposizioni di legge che non consentono di qualificare in termini di lavoro subordinato rapporti che invece ne abbiano natura e caratteristiche, escludendo conseguentemente che gli stessi possano essere assoggettati alla relativa disciplina anche se suscettibili di essere svolti in regime di subordinazione ⁴⁵.

Ed invero, ad avviso della Corte costituzionale, *“non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l’inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall’ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”* ⁴⁶.

Secondo la stessa giurisprudenza costituzionale, *“A maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l’applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato. I principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia, infatti, sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il nomen juris enunciato - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest’ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile.”* ⁴⁷.

Tuttavia, il suddetto orientamento giurisprudenziale è stato criticato per *“aver elevato una nozione effettuale di subordinazione a nozione presupposta dal sistema dei diritti*

⁴⁵ Cfr. TREU, T., “Sub art.35, co.1”, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da G. BRANCA, Utet, Bologna, 1975, p. 5; SCOGNAMIGLIO, C., “Lavoro (disciplina costituzionale)” in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, 1990, p. 7.

⁴⁶ C. Cost. sent. n. 121/1993.

⁴⁷ C. Cost. sent. n. 115/1994.

costituzionali dei lavoratori” senza tener conto della “*progressiva sfasatura tra il modello storico del lavoro obiettivamente subordinato e le variegate forme postindustriali di integrazione del lavoro nell’attività economica, forme che proprio sul piano della tipicità sociale tendono ad incunearsi tra subordinazione e autonomia e tra mercato e non mercato*”⁴⁸.

A tal proposito è stato sostenuto che i principi costituzionali sanciti negli artt. 35-40 Cost. non sono riferibili esclusivamente al lavoro subordinato⁴⁹ e che, pertanto, non sarebbe immaginabile che la Corte costituzionale abbia inteso imporre una siffatta preclusione al legislatore. Va riconosciuta a quest’ultimo la facoltà di affermare la natura subordinata di un rapporto di lavoro, ridimensionandone eventualmente il regime di tutela, o, nello stesso tempo, di negarla, stabilendo specifiche garanzie per i lavoratori, senza che da ciò possano scaturire implicazioni di carattere giuridico⁵⁰. Del resto, la dottrina prevalente è stata concorde nell’affermare che la tutela accordata dall’art. 35, comma 1, Cost., si collega con una dimensione economica del lavoro, intesa come attività umana idonea alla produzione di ricchezza.

Sebbene la norma esprima un principio di generale favore per il lavoro subordinato, in relazione al quale maggiormente si manifestano le esigenze di tutela, la sua ampia formulazione deve far ritenere che la stessa ricomprenda le diverse forme di lavoro ivi incluse le attività lavorative autonome⁵¹ e, quindi, i lavoratori parasubordinati, i lavoratori in cooperazione, gli autonomi, gli artigiani, i lavoratori a domicilio, le libere professioni, il lavoro prestato nell’impresa familiare.

1.4. Il diritto alla giusta ed equa retribuzione

1.4.1. L’articolo 36 della Costituzione

La tutela del diritto al lavoro sancita dalla Carta costituzionale trova immediata e concreta attuazione nell’art. 36 Cost., che al primo comma riconosce il diritto del lavoratore “*ad*

⁴⁸ D’ANTONA, M., “Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro” in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1995, pp. 67-69.

⁴⁹ SANTORO PASSARELLI, G., *Diritto dei lavori*, G. Giappichelli, Torino, 2009, p. 50

⁵⁰ SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, pp. 118-120.

⁵¹ Cfr. TREU, T., *Sub art.35, co.1*, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1975, p. 5; SCOGNAMIGLIO, C., “Lavoro (disciplina costituzionale)” in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, 1990, p. 7.

una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa". La retribuzione passa ad essere, da mero elemento accessorio del sinallagma contrattuale (come era configurata dall'art. 2099 del c.c. del 1942), a diritto costituzionalmente garantito, con una valenza non solo economica ma anche e soprattutto di carattere sociale. La norma costituzionale, infatti, pur qualificando la retribuzione come corrispettivo da parametrare alla quantità e alla qualità della prestazione lavorativa, àncora l'istituto ad un concetto di sufficienza volto alla realizzazione della dignità del lavoratore e dei suoi diritti fondamentali. Configura tale obbligazione, oltre che come elemento necessario al soddisfacimento dei bisogni essenziali di vita del lavoratore e della sua famiglia, quale strumento di elevazione personale, sociale e culturale dello stesso.

La concezione costituzionale della retribuzione esula pertanto da una dimensione meramente scambistica tra le parti del rapporto e pone al centro della propria tutela la libertà e la dignità del lavoratore, non tanto e non solo come collaboratore dell'imprenditore, bensì quale persona appartenente alla collettività statale⁵². Il rapporto esistente tra i criteri della proporzionalità e della sufficienza che caratterizzano l'istituto della retribuzione come delineato dall'art. 36 Cost. ha dato origine a diverse e contrapposte tendenze interpretative.

Secondo l'orientamento assolutamente prevalente i due elementi della proporzionalità e della sufficienza devono essere considerati autonomi e distinti l'uno dall'altro, per cui sotto il profilo giuridico bisognerebbe distinguere tra retribuzione intesa come obbligazione-corrispettivo, richiamata dal principio della proporzionalità, e la retribuzione quale obbligazione-sociale, aderente a quello della sufficienza⁵³.

In tale prospettiva, per una parte della dottrina⁵⁴ assume rilevanza prioritaria il principio della proporzionalità della retribuzione, atto ad individuare il valore di mercato della corrispondente prestazione lavorativa. Mentre il principio della sufficienza avrebbe un

⁵² Cfr. NATOLI, U., *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 1955, pp. 68 e 69; SANTONI, F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979, pp. 227-230; TREU, T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Milano, 1968, pp. 340-344; MORTILLARO, F., *La retribuzione*, Bardi editore, Roma, 1979, p. 97.

⁵³ ZOPPOLI, L., "L'art.36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva", in *La retribuzione. Struttura e regime giuridico* Coord. da CARUSO, B., ZOLI, C., ZOPPOLI, L., Vol. I, Jovene, Napoli, 1994, pp. 91 e 92.

⁵⁴ DELL'OLIO, M., "Retribuzione, quantità e qualità del lavoro, qualità di vita" in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1995, p. 9.

ruolo meramente sussidiario e subalterno, fungendo solo da soglia minima di sussistenza. Tale visione, attualmente seguita da quella parte della giurisprudenza che privilegia l'ottica scambista⁵⁵, è stata criticata da quell'orientamento dottrinale che dando rilievo al principio della sufficienza, ritiene che la retribuzione sufficiente non debba essere identificata con il trattamento retributivo minimo atto a soddisfare solo le esigenze di mero sostentamento, bensì con quella in grado di garantire al lavoratore il conseguimento di quei beni funzionali alla realizzazione della sua personalità. La retribuzione deve garantire *“quel complesso di beni immateriali che garantiscano la libertà dal bisogno rimuovendo anche gli ostacoli che non permettono il pieno sviluppo della persona umana”*⁵⁶.

L'indirizzo più recente in dottrina propende invece per una nozione unitaria di giusta retribuzione che comprende entrambi i requisiti della proporzionalità e della sufficienza. Essi *“operano in maniera congiunte, contestuale e simultanea, cosicché la giusta retribuzione ex art. 36 non può non essere quella che contemporaneamente e in ogni caso soddisfi entrambi i requisiti”*⁵⁷.

Per altro verso, va evidenziato che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, a far data dalla risalente sentenza della Corte di Cassazione n. 461 del 21.02.1952 (alla quale hanno fatto seguito numerose altre pronunce di senso analogo, tra cui Cass. n. 12490/1992 e Cass. n. 928/1993), sono oggi concordi nell'affermare che l'art. 36 primo comma Cost. è una norma immediatamente precettiva, dotata di generale imperatività. Essa è pertanto incondizionatamente applicabile a tutti i rapporti di lavoro subordinato anche in mancanza di uno specifico intervento del legislatore ordinario in materia di minimi contrattuali⁵⁸.

Ciò contraddice quanto sostenuto dai fautori della tesi della natura programmatica, che

⁵⁵ Cass. sent. n.4088 e Cass. sent n.4895 del 1982.

⁵⁶ ROMA, G., “Sufficienza della retribuzione e differenziazioni territoriali”, in GAROFALO, D, RICCI, M., *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 428.

⁵⁷BELLOMO, S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 79. In tal senso, tra le tante, anche Cass. sent. n.10465/2000; Cass. sent. 3218/1998; Cass. sent. n.4200/1992; Cass. sent. n.2835/1990

⁵⁸ Vid. NATOLI, U, “Retribuzione sufficiente e libertà sindacale”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, Vol. I, 1952, p. 255; NICOLÒ, R., “L'art.36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, Vol. II ,1951, p. 5; PUGLIATTI, S., “La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, n°50, Vol. I, 1949, p. 187; SCOGNAMIGLIO, C., “Sull'applicabilità dell'art.36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore”, in *Scritti giuridici*, Vol. II, Padova, 1996, p. 1033.

propendono per la non diretta applicabilità della norma costituzionale. Secondo questo filone il diritto alla giusta retribuzione avrebbe potuto attuarsi solo con un intervento legislativo statale vincolante anche le parti collettive⁵⁹.

1.4.2. L'immediata precettività

In quanto immediatamente precettivo, l'art 36 della Costituzione assume carattere inderogabile, nel senso che attribuisce al lavoratore il diritto a vedersi riconosciuta *ope iudicis* la giusta retribuzione. Si legittima allo stesso tempo il potere del Giudice di determinarne l'importo in via giudiziale qualora non corrispondente ai parametri di adeguatezza.

Ad avviso della prevalente giurisprudenza infatti *“l'accettazione da parte del lavoratore subordinato, nel corso del rapporto, di una retribuzione priva dei requisiti di proporzionalità e sufficienza non può precludere al lavoratore medesimo - stante l'inderogabilità del precetto di cui all'art. 36 cost. - di domandare in giudizio l'adeguamento della sua retribuzione, anche nell'ipotesi in cui il salario percepito risulti conforme a quello previsto dalle clausole della contrattazione collettiva o dalla prassi aziendale, ove queste non siano rispondenti al precetto costituzionale citato”*⁶⁰.

L'intervento giudiziale è stato in origine giustificato facendo riferimento all'art. 2099 c.c., laddove stabilisce che, in mancanza di norme di contratti collettivi o di accordi individuali tra le parti, la retribuzione è determinata dal Giudice. Anche se più recentemente il richiamo a detta norma è andato sempre più scemando sulla base della considerazione che, nella quasi totalità dei casi, il decidente non si trova dinnanzi alla mancata determinazione contrattuale della retribuzione, bensì ad una determinazione inadeguata⁶¹. Pertanto, è più appropriato il richiamo al principio della conservazione del contratto collegato al combinato disposto degli artt. 1419, co. 2, e 1339 c.c.⁶², in conformità a quanto affermato dalla giurisprudenza, secondo cui *“ove la retribuzione prevista dal contratto di lavoro, individuale o collettivo, risulta inferiore alla soglia minima prevista*

⁵⁹ NAPOLETANO, D., “Natura ed efficacia della norma di cui all'art.36, 1° comma, della Costituzione e la sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro”, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1951, pag. 217 e ss.; PERA, G., “La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione”, in *Diritto del Lavoro*, 1953, fasc. 1, pp. 99 e ss.

⁶⁰ Tra le tante, Cass. sent n.4503/1987.

⁶¹ TREU, T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, pp.160-162.

⁶² CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., e TREU, T., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 1998, p. 260.

dall'art. 36 Cost., la clausola contrattuale è nulla e, in applicazione del principio di conservazione, espresso nell'art. 1419, comma 2 c.c., il giudice adegua la retribuzione secondo i criteri dell'art. 36 Cost.”⁶³.

Per quanto concerne, invece, il parametro da assumere quale riferimento dal Giudice per la verifica della congruità del trattamento retributivo e, in caso di riscontrata inadeguatezza, per la determinazione giudiziale della giusta retribuzione, si è ritenuto che l'elemento più attendibile sia costituito dal contratto collettivo. Ossia dalle clausole del contratto collettivo che quantificano i trattamenti retributivi minimi correlati ai diversi livelli o aree, in applicazione di un consolidato orientamento giurisprudenziale risalente agli anni Cinquanta⁶⁴ che lo qualifica come il più veritiero indicatore delle reali condizioni del mercato del lavoro. Ciò anche nei casi in cui si tratta di un contratto collettivo non direttamente applicabile al rapporto di lavoro preso in considerazione, non essendo le parti iscritte alle associazioni sindacali stipulanti e non avendovi fatto nemmeno consensuale adesione.

Sono insorte in giurisprudenza dispute circa la vincolatività o meno del parametro economico contrattuale e sul diverso grado di efficacia costringitiva dello stesso. Secondo un primo indirizzo vi sarebbe una sostanziale corrispondenza tra il trattamento retributivo costituzionalmente garantito e i minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva, tanto da potere essere quest'ultimi identificati con la giusta retribuzione ex art. 36 Cost., con la conseguente impossibilità per il Giudice di derogarvi e di intervenire in via correttiva⁶⁵. Tale tesi è stata sostenuta in dottrina da quanti hanno ritenuto le determinazioni retributive della contrattazione collettiva “*l'espressione del più equo contemperamento tra le esigenze dei lavoratori e dei datori di lavoro (...) tale da realizzare un'estensione in forma indiretta dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, sia pure limitatamente alle clausole retributive, anche in favore del lavoratore non iscritto all'organizzazione stipulante l'accordo collettivo*”.⁶⁶

Secondo un diverso e maggioritario indirizzo giurisprudenziale il parametro collettivo,

⁶³ Cass. sent. n. 2245/2006. In senso conforme, Cass. sent. n. 2672/2005; Cass. sent. n. 2144/2005; Cass. sent. n. 534/2004.

⁶⁴ Cass. sent. n. 1184/1951; Cass. sent. n. 461/1952.

⁶⁵ Cass. sent. n.2049/1982.

⁶⁶ DEL VECCHIO, L., “Retribuzione sufficiente e condizioni territoriali: gli orientamenti della giurisprudenza”, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2003, pp. 317 –320.

pur dovendo essere privilegiato nel processo di determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente *ex art. 36 Cost.*, non è vincolante, né tanto meno assume valore esclusivo. Il Giudice conserva il potere di discostarsi da esso e di operare in modo correttivo sulle clausole retributive del contratto collettivo, purché fornisca un'adeguata motivazione in merito agli altri parametri utilizzati ed alle ragioni che hanno determinato la propria decisione⁶⁷.

Dall'analisi dei più frequenti pronunciamenti giurisprudenziali emerge che tale potere di scostamento può concretizzarsi nella scelta quale parametro di riferimento di un contratto collettivo diverso da quello applicato dall'azienda; qualora questo non sia ritenuto rispondente alle reali condizioni del mercato di lavoro, ovvero sia necessario un intervento correttivo derogatorio che può realizzarsi attraverso una variazione in *melius* o in *peius*, avuto riguardo a specifici fattori oggettivi, quali le condizioni socio-economiche del territorio nel quale il lavoratore presta la propria attività, il numero dei dipendenti e il volume d'affari dell'impresa, il carico familiare, il minor costo della vita⁶⁸.

1.4.3. Operatività dell'articolo 36

Per quanto riguarda il contenuto e l'ambito oggettivo di operatività dell'art. 36 Cost., va comunque precisato che la garanzia apprestata dalla norma costituzionale riguarda esclusivamente il trattamento fondamentale o "minimo costituzionale", ovvero sia il *quantum* strettamente corrispondente ai connotati della proporzionalità e della sufficienza, con esclusione di ogni indennità o emolumento, nonché di ogni altro trattamento accessorio comunque riconducibile al rapporto sinallagmatico di lavoro che non rientri nella retribuzione minima, come ad es. i superminimi, i trattamenti *ad personam*, scatti di anzianità, mensilità supplementari oltre la tredicesima⁶⁹.

Inoltre, si è costantemente affermato in giurisprudenza che dall'art. 36, 1 co., Cost. non può desumersi un principio generale di parità di trattamento nei rapporti di lavoro, poiché tale norma fissa il criterio della proporzionalità e adeguatezza della retribuzione con esclusivo riferimento al singolo rapporto di lavoro ed a prescindere perciò da ogni

⁶⁷ Cfr. tra le tante, Cass. sent. n.6492/1979; Cass. sent. n. 6491/1981; Cass. sent. n.2245/2006; Cass. sent. n.3218/1998; Cass. sent. n.4147/1990.

⁶⁸ Cass sent. n.12490/1992; Cass. sent. n.10260/2001; Cass. sent. n.7383/1996.

⁶⁹ Cfr. In tal senso Cass. sent. n.5519/2004; Cass. sent. n.6878/2002; Cass. Sez. U. sent. n.6030/1993.

comparazione intersoggettiva e intercategoriale⁷⁰.

1.5. La tutela del lavoro femminile

1.5.1. La donna lavoratrice

La Carta costituzionale tutela il lavoro femminile, prevedendo all'art. 37, comma 1, che *“La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione”*. Si tratta di una disposizione complessa che contiene due fondamentali enunciati normativi tra loro complementari: il primo esprime il principio di parità normativa e salariale tra uomini e donne nel lavoro; il secondo garantisce alla lavoratrice condizioni di lavoro che le consentono di poter esercitare liberamente e adeguatamente la sua essenziale funzione familiare e il suo diritto alla maternità, funzionalizzato alla massima tutela dei figli.

La formulazione della norma è il risultato del compromesso raggiunto, in seno all'Assemblea costituente, fra due opposti orientamenti, volti a valorizzare, rispettivamente, l'uguaglianza giuridica delle lavoratrici e la tradizionale funzione familiare e materna delle donne⁷¹.

La scelta di ribadire la parità tra i due sessi e al contempo di specificare che le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della funzione materna e assicurare alla madre e al bambino un'adeguata protezione costituisce un'ulteriore estrinsecazione del principio di uguaglianza sostanziale fissato dall'art. 3 Cost. Vi si riconnette un dovere di intervento da parte del legislatore volto ad eliminare gli ostacoli esistenti al pieno inserimento della donna nel mercato del lavoro, così da rendere compatibili attività di lavoro e funzione familiare⁷².

In realtà, nel primo trentennio successivo all'entrata in vigore della norma costituzionale è prevalsa sul piano normativo una certa linea di continuità con la legislazione protettiva

⁷⁰ Cass. sent. n. 9643/2004; Cass. sent. n.12076/2003; Cass. sent n.7752/2003.

⁷¹ BALLESTRERO, M. V., *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 109-123.

⁷² TREU, T., *“Sub art.37”* in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1979, p. 146-157.

che aveva caratterizzato la fine del secolo scorso e l'epoca corporativa. Nel rapporto tra parità e tutela è stato dato rilievo al secondo aspetto sulla base della convinzione che il lavoro femminile fosse innanzitutto bisognoso di una tutela specifica in considerazione delle caratteristiche naturali e sociali della donna e delle esigenze connesse al suo ruolo familiare e di madre⁷³. Tale indirizzo ha trovato compimento e definitiva attuazione con la l. n. 1204/1971, recante come titolo "Tutela delle lavoratrici madri", la quale contiene delle norme protettive e di tutela del lavoro femminile in un'ottica di protezione del ruolo di madre rivestito dalla donna all'interno del nucleo familiare.

Una rivalutazione dell'obiettivo egualitario posto dalla prima parte del co. 1 dell'art. 37 emerge soltanto con la l. n. 903/1977, la c.d. legge sulla parità. È stata emanata con una finalità di promozione e di attuazione della parità sostanziale tra uomo e donna, tanto da configurare come mera eccezione la disciplina protettiva che aveva caratterizzato l'attività normativa previgente. In quest'ultima ipotesi rientra la previsione contenuta nell'art. 1, comma 4, l. n. 903/1977 che, nello stabilire che nessun lavoro può essere inibito alle donne, ha previsto una potenziale eccezione, attribuendo alla contrattazione collettiva la possibilità di vietare che le donne siano adibite a "*mansioni particolarmente pesanti*".

Un altro caso di eccezionale deroga alla parità era contenuto nell'art. 5 della stessa l. n. 903/1977: si prevedeva che nelle aziende manifatturiere vi fosse il divieto di adibire le donne al lavoro notturno poteva anche essere limitato o rimosso dalla contrattazione collettiva, anche aziendale. Il divieto di lavoro notturno è stato poi definitivamente eliminato dall'art. 17 della l. n. 25/1999, che abrogando i primi due commi dell'art. 5 della l. n. 903/1977, ha previsto un'ipotesi residuale di divieto di adibizione della donna al lavoro notturno per le lavoratrici madri e alcune ipotesi di "*non obbligo*" valide *per tutti i lavoratori e le lavoratrici con responsabilità familiari*".

1.5.2. *L'articolo 37 della Costituzione*

Il principio espresso dalla prima parte del primo comma dell'art. 37 Cost. ha una portata immediatamente precettiva ed è fonte di diritti soggettivi immediatamente azionabili, con la conseguenza che qualsiasi eccezione o deroga dalla regola generale fissata dalla norma

⁷³ TREU, T., *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Milano, 1968, p. 158.

è stata ritenuta ammissibile solo ed in quanto giustificata dal perseguimento delle finalità indicate nella seconda parte dello stesso comma.

La giurisprudenza di legittimità⁷⁴, ancor prima della legge n. 903/1977, ha consentito di superare il dibattito sul significato da attribuirsi all'espressione "parità di lavoro", chiarendo che la parità di lavoro deve essere intesa come parità di qualifica e di mansioni e non come parità di rendimento⁷⁵. L'art. 37 è norma di immediata applicazione che spiega i suoi effetti non soltanto rispetto ai singoli contratti individuali di lavoro, ma anche nei confronti di quei contratti collettivi che contengano clausole contrastanti con il precetto costituzionale. Nella valutazione della parità retributiva deve essere preso in considerazione l'intero trattamento retributivo e non soltanto il trattamento minimo di cui all'art. 36 Cost., ossia il trattamento economico complessivo che compete per legge o per altre fonti normative⁷⁶.

A tutela dell'effettività del principio di parità salariale, l'art. 2 della l. n. 903/1977 (come successivamente modificato e integrato dall'art. 28 del d.lgs. n. 198/06), ha stabilito che "i sistemi di classificazione professionale" ai fini della determinazione delle retribuzioni devono adottare "criteri comuni per uomini e donne", introducendo una serie di divieti di discriminazione operanti in tutte le fasi dello svolgimento del rapporto di lavoro.

La disciplina è stata successivamente arricchita dalle previsioni contenute nell'art. 4 della l. n. 125/1991 (come riformulato dal d.lgs. n. 196/2000 e poi modificato dal d.lgs. n. 145/2005), che ha ricompreso nella nozione di discriminazione (oltre a quella c.d. diretta normalmente integrata da episodi di molestie, anche di natura sessuale, nonché dai trattamenti sfavorevoli dovuti alla maternità e paternità) anche la c.d. discriminazione indiretta, a cui si ricollegano importanti decisioni della Corte Costituzionale come quella adottata con sentenza n. 163/1993, con la quale è stato dichiarato illegittimo per violazione dell'art. 3 Cost. l'inserimento nei bandi di concorso pubblico di requisiti indirettamente discriminatori, quali la previsione di una statura minima indifferenziata per uomini e donne, che comporta effetti proporzionalmente più svantaggiosi per i candidati di sesso femminile.

La previsione che le condizioni di lavoro della donna devono consentire l'adempimento

⁷⁴Cass. sent. n. 2538/1968.

⁷⁵ BALLESTRERO, M.V., *Donne (lavoro delle)*, Utet, Torino, 1990.

⁷⁶ Cass. sent. n. 672/1974.

della funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino un'adeguata protezione, indirizza il legislatore a rimuovere gli ostacoli esistenti al pieno e paritario inserimento della donna nel mercato del lavoro rendendosi compatibile l'attività di lavoro e la funzione familiare, con la l. n. 1204/1971, successivamente integrata dagli artt. 5, 6, 7 e 8 della l. n. 903/1977⁷⁷. Tale disciplina protettiva si è inizialmente realizzata con l'adozione della tecnica del divieto e più specificatamente con l'astensione obbligatoria dal lavoro nei due mesi precedenti e nei tre mesi successivi al parto, accompagnata dall'erogazione di un'indennità economica di maternità, ovvero con il divieto di lavori pericolosi, faticosi e insalubri o a turni di lavoro notturni, nonché con misure di prevenzione e protezione da specifici rischi delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

Il quadro legislativo di attuazione dell'art. 37 Cost. è progressivamente mutato già a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 903/1977, ma soprattutto per effetto dei ripetuti interventi in materia da parte della Corte costituzionale e del recepimento da parte dello Stato italiano di importanti direttive comunitarie. Tra queste vi è la direttiva UE 92/82 in tema di miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento e la direttiva UE n. 96/34 di recepimento dell'accordo quadro del 14.12.1995 sui congedi parentali.

Conseguentemente, l'oggetto della tutela si è ben presto spostato dalla protezione della madre, alla tutela della famiglia, e soprattutto dell'interesse del minore ad un'adeguata assistenza da parte di entrambi i genitori⁷⁸. Si è proceduto ad una ridefinizione dei ruoli e delle responsabilità familiari in un'ottica unitaria ed un ampliamento della sfera dei diritti riconosciuti al padre lavoratore subordinato in alternativa alla madre lavoratrice. Tra questi vi è in primo luogo il diritto all'astensione dal lavoro nei primi tre mesi di vita del bambino e il godimento dei riposi giornalieri entro l'anno dalla nascita, ove l'assistenza della madre sia divenuta impossibile per decesso e grave infermità⁷⁹.

In tale contesto si collocano anche la sentenza n. 341/1991, la Corte costituzionale ha attribuito al padre lavoratore, affidatario del minore insieme alla moglie lavoratrice, il diritto all'astensione al lavoro durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del

⁷⁷ TREU, T., "Sub art.37" in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1979., 167-172.

⁷⁸ C. Cost. sent. n.341/1991.

⁷⁹ C. Cost. sent. n.1/1987.

bambino nella famiglia, in alternativa alla moglie, ed anche la sentenza della Corte Cost. n. 179/1993 ricognitiva del diritto del padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice e secondo una scelta affidata all'accordo degli stessi coniugi, a riposi giornalieri per l'assistenza al figlio nel primo anno di vita. Le suddette decisioni muovono tutte dal presupposto della necessità di garantire la tutela dell'interesse del minore, attraverso la piena realizzazione dei principi di uguaglianza sostanziale dei coniugi e la loro paritaria partecipazione alla cura e assistenza del figlio.

1.5.3. *La normativa di derivazione costituzionale*

L'impianto della disciplina è fortemente mutato con l'attuazione della normativa comunitaria, in particolare a seguito della direttiva 96/34, poi abrogata dalla dir. 2010/18/UE, che mirava *“ad attuare l'accordo quadro sul congedo parentale”* concluso nel dicembre 1995 tra UNICE, CEEP e CES. L'obiettivo primario perseguito dall'intervento comunitario è stato quello di *“agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano”*.

A tal fine la direttiva attribuisce ai lavoratori, di ambo i sessi il diritto individuale, in linea di principio non trasferibile, al congedo parentale distinto dal congedo di maternità, per la nascita o l'adozione di un bambino, affinché possano averne cura, per un periodo minimo di tre mesi fino a un'età non superiore a otto anni determinato dagli Stati membri e/o dalle parti sociali.

I principi contenuti nella direttiva sui congedi parentali hanno trovato attuazione nella legge n. 53 dell'8 marzo 2000 *“Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città”*, che ha riconosciuto, per la prima volta, la titolarità diretta in capo al padre dei diritti di paternità. Si è consentito così di superare l'originario limite della fruizione subordinata alla titolarità in capo alla madre e in alternativa a quest'ultima, secondo l'orientamento fino a quel momento prospettato dalla stessa Corte costituzionale nelle statuizioni sopra richiamate.

In attuazione della delega contenuta nell'art. 15 della l. n. 53/2000 è stato successivamente emanato il d.lgs. n. 151/2001 *“Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità”*, che, attraverso l'introduzione e la disciplina di importanti istituti, tra i quali *“i congedi, i riposi, i*

permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessi alla maternità e alla paternità di figli naturali, adottivi e in affidamento”, ha delineato una nuova regolamentazione sull’organizzazione dei tempi di vita e di lavoro dei genitori, volta a favorire l’affermazione di condizioni di sostanziale parità tra lavoratori e lavoratrici nell’adozione delle proprie scelte personali e professionali.

Conseguentemente, si è affermato che il testo unico debba essere considerato come uno strumento di attuazione di entrambi i principi cardine espressi dal primo comma dell’art. 37 Cost., in quanto volto a creare condizioni di lavoro che consentano l’adempimento della funzione familiare della madre e allo stesso tempo a consentire alle donne di esercitare effettivamente, in condizioni di parità, tutti i diritti connessi allo status di lavoratrici. Il percorso evolutivo della tutela della genitorialità è proseguito con la l. n. 92/2012 (di riforma del mercato del lavoro) che, oltre a rendere più rigorosa la disciplina delle dimissioni della lavoratrice, ha introdotto due nuove misure dirette a sostenere, in via sperimentale, la *“genitorialità, promuovendo una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all’interno della coppia e per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”*.

Si tratta del riconoscimento di un periodo complessivo di tre giorni di congedo di paternità obbligatorio (che è stato elevato a cinque giorni dalla recente legge n. 145/2018) da fruire nei primi cinque mesi di vita del bambino e della possibilità di concedere alla madre la corresponsione di voucher per l’acquisto di servizi di baby-sitting. Nell’ambito dello stesso contesto normativo, volto a favorire e ad agevolare la *“conciliazione tra vita professionale e vita privata”* meritano, da ultimo, menzione anche il d.lgs. n. 80/2015, che detta *“Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro.”*, e la l. n. 81/2017, con la quale è stata ridisegnata la disciplina del lavoro agile allo scopo di *“incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”*.

1.6. La tutela del lavoro minorile

1.6.1. La protezione dei minori

L’articolo 37 della Costituzione detta importanti principi di tutela anche in materia di lavoro minorile, ispirati dalla necessità, di garantire una tutela differenziata per il lavoro dei minori rispetto a quello femminile e di introdurre una parità di trattamento retributivo rispetto ai lavoratori adulti. La norma costituzionale demanda innanzitutto al legislatore

ordinario il compito di determinare “...il limite minimo di età per il lavoro salariato” (comma 2), stabilendo una riserva di legge chiaramente funzionale allo scopo di conciliare l’ingresso dei minori nel mondo del lavoro con le esigenze di tutela della loro integrità psico-fisica e della loro formazione culturale.

All’art. 37 Cost. è stata data specifica attuazione con la legge n. 977/1967, intitolata “*Tutela del lavoro dei fanciulli e degli adolescenti*”, con la quale per la prima volta il legislatore ha affrontato la tematica della tutela del lavoro minorile separatamente rispetto a quello femminile, abbandonando il principio di assimilazione giuridica dei minori alle donne.

In effetti, si è stabilito che la legge debba trovare applicazione limitatamente ai minori degli anni diciotto titolari di un contratto o di un rapporto di lavoro (art. 1). A tal fine è stata operata una distinzione tra due categorie di minori: il bambino, definito come “*il minore che non ha ancora compiuto 15 anni di età o che è ancora soggetto all’obbligo scolastico*”, e l’adolescente, cioè “*il minore di età compresa tra i 15 e i 18 anni di età e che non è più soggetto all’obbligo scolastico*” (art. 1). Nel contempo, è stata fissata l’età minima per l’ammissione al lavoro, facendola coincidere con il “*momento in cui il minore ha concluso il periodo di istruzione obbligatoria*”, con l’ulteriore precisazione che *comunque non può essere inferiore ai 15 anni compiuti* (art. 3).

1.6.2. Età di accesso al lavoro

La dottrina è stata pressoché concorde nel ritenere che la scelta di far coincidere l’età minima di accesso al lavoro con l’assolvimento dell’obbligo di istruzione vada interpretata come una sorta di adeguamento automatico *per relationem* della prefata normativa rispetto a quanto sancito dal legislatore in materia di obbligo scolastico e formativo⁸⁰. L’assolvimento di quest’ultimo obbligo avrebbe effetto anche sull’acquisizione da parte del minore dell’idoneità ad essere titolare di un rapporto di lavoro una c.d. capacità giuridica speciale. In tal senso, va evidenziato che in materia di obbligo scolastico si è assistito negli anni a numerosi interventi di riforma, partendo dalla l. n. 9/1999 che lo aveva elevato da otto a dieci anni, limitandolo poi in concreto a nove,

⁸⁰ GAROFALO, D., “Minori e formazione professionale”, in *Il lavoro dei minori* Coord. DA MISCIONE, M., Ipsoa, Milano, 2002, pp. 39-43; PASQUALETTO, E., *La capacità di lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Coord. da CESTER, C, Milano, 2007, 336-339.

successivamente superata dalla l. n. 53/2003 (c.d. legge Moratti) che ha ridotto detto obbligo da nove a otto anni, confermando la validità del limite dei 15 anni come età minima di ammissione al lavoro. Da ultimo, con la legge finanziaria per il 2007 (art. 1, co. 622, l. n. 296/2006) è stato stabilito che l'istruzione è obbligatoria per almeno dieci anni con la conseguenza che l'età di accesso al lavoro è stata a sua volta elevata da quindici a sedici anni.

Nonostante abbia avuto una portata indiscutibilmente innovativa, la legge n. 977/1967 è stata comunque oggetto di non poche critiche, tanto da essere giudicata non in grado di dare attuazione al dettato costituzionale. Si è ritenuto che la norma abbia perseguito finalità prevalentemente protettive attraverso, ad esempio, la prescrizione di visite mediche preventive e periodiche e l'introduzione di svariati divieti e limitazioni al lavoro. È previsto: il divieto di adibire al lavoro i bambini salvo che per attività di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, solo previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro e previo assenso scritto dei genitori titolari della potestà genitoriale: è previsto inoltre il divieto di adibire gli adolescenti a mansioni che comportino l'esposizione a particolari agenti fisici, biologici e chimici, fatta eccezione per il caso in cui tali attività vengano svolte per motivi didattici e di formazione professionale e dietro preventiva autorizzazione della D.t.l.. Si rischia però di trascurare e per non valorizzare adeguatamente l'obiettivo di un'efficace formazione professionale⁸¹.

Le disposizioni contenute nella suddetta legge sono state in gran parte, modificate, abrogate o sostituite, dal d.lgs. n. 345/1999, attuativo della direttiva 94/33 CE, a sua volta successivamente integrato e modificato dal d.lgs. correttivo n. 262/2000, con cui si è cercato di porre rimedio alle lacune contenute nella normativa previgente, ponendo come priorità l'obiettivo di promuovere e garantire anche l'aspetto formativo e professionale. In effetti, come si evince dalla circolare del Ministero del lavoro e della Prev. Soc. n. 1/2000, *“detto provvedimento (il d.lgs. n. 345/1999), pur mantenendo l'impianto generale della normativa contenuta nella legge 17 ottobre 1967, n. 977, ha carattere profondamente innovativo, proponendosi di adeguare gradualmente la realtà lavorativa dei giovani di età inferiore ai diciotto anni agli standards europei. Privilegiare*

⁸¹ TREU, T., *Sub art.37*, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Bologna, 1979, p. 208.

l'istruzione, assicurare l'inserimento professionale mediante la formazione, considerando che un'esperienza di lavoro appropriata può contribuire all'obiettivo di preparare i giovani alla vita professionale e sociale di adulti, promuovere il miglioramento dell'ambiente di lavoro per garantire un livello più elevato di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori minorenni, trattandosi di gruppi a rischio particolarmente sensibili: queste, in sintesi, le priorità cui si ispira la nuova normativa". Anche tutta la successiva normativa intervenuta a disciplinare la materia, tra cui il d.lgs. n. 216/2003 di attuazione della direttiva CE 00/78, poi novellato dal d.l. n. 59/2008, convertito dalla l. n. 101/2008, è stata finalizzata al conseguimento di tali obiettivi. Ha introdotto tutta una serie di disposizioni volte a favorire le possibilità di accesso all'occupazione ed a promuovere per tutti i giovani lavoratori l'istruzione e la formazione, assicurando, oltre alla salute ed alla sicurezza, la parità di opportunità nella effettiva partecipazione al lavoro.

1.6.3. *La capacità di agire*

Un altro importante aspetto che riguarda la tutela del lavoro minorile attiene sicuramente alla capacità di agire, cioè a dire alla capacità di stipulare il contratto di lavoro e di esercitare tutti i diritti e le azioni che ne conseguono. La materia è attualmente regolata dalla l. n. 39/1975 che, sul punto all'art. 2, co. 2, si limita a prevedere che *"Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore (ai 18 anni fissati dal co. 1) in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro"*, senza disporre alcunché in merito alla capacità del minore di stipulare autonomamente il contratto di lavoro.

Tale lacuna normativa ha portato una parte della dottrina a ritenere che il minore di 18 anni non abbia la capacità di stipulare il contratto di lavoro, ma solo quella secondaria di esercitare i diritti e le azioni che da esso ne derivano, e che, pertanto, per il compimento di tale atto debba essere necessariamente sostituito dal proprio rappresentante legale⁸² e nello specifico dai genitori o dal tutore che ai sensi di quanto previsto dagli artt. 320 e 357 c.c. lo rappresentano in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni⁸³.

⁸²SUPPIEJ, G., *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1982, pp. 206-208.

⁸³ SMURAGLIA, C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 212-216.

Ad avviso di una diversa scuola di pensiero⁸⁴, invece, la circostanza che nella l. n. 39/1975 non sia stato fatto esplicito riferimento alla capacità del minore di stipulare il contratto di lavoro, costituirebbe espressione della volontà del legislatore di realizzare una piena coincidenza tra capacità giuridica speciale (ossia, l'idoneità ad essere titolare di un rapporto di lavoro) e la capacità di agire del lavoratore minorenne. Appare in perfetta sintonia con la logica di una riforma che con la riduzione dei limiti di età per l'accesso al lavoro ha inteso valorizzare l'autonomia e la dignità⁸⁵ dei soggetti, non residuando conseguentemente alcun margine per l'intervento dei genitori nella stipulazione del contratto.

Altri autori, tuttavia, richiamandosi alla regolamentazione fissata per il lavoro marittimo e aereo, hanno avanzato una tesi intermedia tra le due soluzioni contrapposte sopra evidenziate, sostenendo che debba essere comunque salvaguardata la libertà del minore di scegliere l'occupazione preferita e che il consenso del minore costituisce un requisito di validità del contratto, non essendo ammesso il lavoro forzato o obbligatorio in virtù del divieto contenuto nell'art. 3, lett. a) della Conv. OIL n. 182/1999⁸⁶. Sicché un intervento dei genitori in sede di stipula del contratto di lavoro sarebbe ammissibile semmai in un'ottica *“di assistenza, e/o di integrazione del consenso, se non si vuole profilare, più realisticamente, una fattispecie autorizzatoria”*⁸⁷, trovando, peraltro, giustificazione nella loro funzione educativa e di protezione dei figli.

Per quanto concerne gli effetti della mancanza di capacità di agire, è prevalsa l'idea che in siffatta ipotesi il contratto di lavoro deve ritenersi annullabile ai sensi dell'art. 1425 c.c. con conseguente applicazione delle previsioni contenute nell'art. 2126 c.c., secondo cui l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione e il prestatore di lavoro conserva il diritto alla retribuzione, mentre si è escluso che il vizio possa implicare la nullità non riflettendosi sulla liceità dell'oggetto del contratto⁸⁸.

Allo stesso tempo, l'art. 37 Cost. al co. 3, sancisce il diritto dei minori alla parità di

⁸⁴ DE CRISTOFARO, A., “Minore età e contratto di lavoro”, in *Rivista di Diritto Civile*, 1979, II, pp. 359-370 passim.

⁸⁵ MAZZOTTA, O., *Manuale di Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, pp. 322 e 323.

⁸⁶ MISCIONE, M., “I minori verso il lavoro”, in *Il lavoro dei minori*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 23.

⁸⁷ SCOGNAMIGLIO, R., “La tutela giuridica del lavoro giovanile” in *Dir. Lav.*, 1979, p. 115.

⁸⁸ DE CRISTOFARO, *Minore età e contratto di lavoro*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1979, II, pp. 359-370 passim.

retribuzione a parità di lavoro rispetto agli altri lavoratori. A seguito degli influssi interpretativi che si sono diffusi in materia di lavoro femminile, anche con riguardo al lavoro dei minori si è affermato il principio che la nozione di parità di lavoro debba essere intesa come “parità di funzioni lavorative affidate al lavoratore”⁸⁹. Sicché in caso di assegnazione di una stessa qualifica e di analoghe mansioni da svolgere, la parità di trattamento retributivo tra il minore e il lavoratore maggiorenne deve realizzarsi in concreto, indipendentemente dalla valutazione del rispettivo rendimento⁹⁰.

1.7. Il diritto all’assistenza

1.7.1. *Assistenza e previdenza*

La Carta Costituzionale fissa importanti principi a garanzia dei lavoratori anche nel caso in cui, per cause indipendenti dalla loro volontà, si trovino nell’impossibilità, temporanea o definitiva, di prestare attività lavorativa con conseguente privazione della retribuzione, prevedendo al comma 2 dell’art. 38 che *“I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”*. Accanto alla superiore tutela a carattere previdenziale riferita ai soli lavoratori, lo stesso articolo, al comma 1, in una prospettiva meramente assistenziale, statuisce che *“Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all’assistenza sociale”*.

Sulla portata della norma sono insorte vivaci dispute teoriche sfociate in due principali correnti di pensiero: secondo la prima l’art. 38 Cost. avrebbe segnato il passaggio da un modello mutualistico-assicurativo proprio della previdenza corporativa ad un sistema monistico ispirato ad un principio di sicurezza sociale per il quale sarebbe compito dello Stato garantire con il proprio intervento ad ogni cittadino condizioni di vita dignitose ed il libero sviluppo della sua personalità. Costi è stato sottolineato durante i lavori dell’Assemblea costituente *“è necessario rimettere l’uomo nella dignità, ridargli nella*

⁸⁹ Cass. sent. n. 5773/1982.

⁹⁰ TREU, T., “La tutela del minore nel diritto del lavoro”, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, COORD. DA DE CRISTOFARO, A., E BELVEDERE, M., Giuffrè, Milano, 1980, p. 453; “I commi 2° e 3° dell’art. 37 Cost.”, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1979, p. 224; MAZZOTTA, O., “La retribuzione per il lavoro minorile: un caso di parità di trattamento nel diritto privato?”, in *Giustizia Italiana*, 1976, I, 78-80.

dignità la libertà, e la libertà nell'ordine; [...] ognuno collabori a far sorgere il senso della solidarietà umana, della carità, della assistenza da tutte le parti...Il dovere è quello di aiutare, di favorire, di venire incontro, di guidare, di promuovere. Anche lo Stato organizzerà la sua opera fondamentale di assistenza e di previdenza; e dall'altro verrà incontro a tutte quelle iniziative sane, corrette, oneste che cercano di raccogliere dalle mani di chi più ha quel bene in eccesso, quel superest che sia dato a coloro che ne abbiano meno"⁹¹. In tale prospettiva, i fautori di questa tesi hanno ritenuto che l'art. 38 Cost. superi la classica visione dicotomica tra assistenza e previdenza, delineando un sistema previdenziale unitario volto a tutelare tutti i cittadini, siano essi o no lavoratori. Essi si liberano dal bisogno con un finanziamento, attuato dallo Stato direttamente e mediante Enti pubblici a ciò deputati, ispirato al principio di solidarietà generale, fissato dall'art. 2 Cost.⁹².

Secondo una diversa lettura interpretativa, i primi due commi della norma costituzionale riguarderebbero due distinte componenti del sistema di sicurezza sociale, aventi diversa natura: l'assistenza che è una forma di intervento rivolto a tutta la collettività, basato sul presupposto *"..che ogni cittadino, pel fatto stesso che esiste e vive, ha diritto di essere messo in condizioni di poter far fronte alle minime esigenze della vita"*⁹³; la previdenza che, invece, si pone in stretta correlazione con il lavoro e costituisce uno strumento di tutela per il lavoratore che involontariamente si trovi nell'impossibilità di svolgere la propria attività e quindi di provvedere a sé e alla sua famiglia *"all'affermazione del diritto e del dovere da parte del cittadino di svolgere un'attività, segue quella che garantisce a chi lavora una retribuzione che gli assicuri un'esistenza libera e dignitosa; quindi si tiene conto dell'ipotesi di chi, per cause indipendenti dalla sua volontà, si trova ad un certo momento nell'impossibilità di lavorare e quindi di provvedere a sé e alla famiglia"*⁹⁴.

Inoltre, mentre nel primo caso l'art. 38 assicura a tutti i cittadini il minimo esistenziale per vivere con prestazioni uniformi e di pura sussistenza finanziate dall'intera collettività, nel secondo garantisce non soltanto la soddisfazione dei bisogni alimentari essenziali, bensì i mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori sovvenzionati dagli stessi

⁹¹ Seduta Assemblea costituente del 6 maggio 1947, relatore MEDI, E.

⁹²PERSIANI, M., "I commi 2° e 3° dell'art. 37 Cost.", in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1979, p. 237.

⁹³ Terza Sottocommissione, seduta Assemblea costituente dell'11.09.1946.

⁹⁴ Prima Sottocommissione, seduta Assemblea costituente del 9.10.1946.

interessati con il concorso dei datori di lavoro attraverso i contributi assicurativi versati durante l'attività lavorativa e l'intervento integrativo dello Stato.

Si è ritenuto, comunque, anche in seno alla Corte costituzionale, tra le tante sent. n. 31/1986 che *“Vale concludere l'esame delle ipotesi tipiche individuate dall'art. 38 Cost. ricordando che l'idea di sicurezza sociale, a parte ogni precisazione sulla medesima (non possibile in questa sede) ispira tutto l'articolo in esame. Pur essendo unico il fondamento, l'anima ispiratrice delle ipotesi in discorso, esse sono, come s'è visto strutturalmente e qualitativamente distinte in quanto realizzano, in modo diverso, uno stesso scopo; apprestando cioè ai cittadini, in generale, in occasione di alcuni eventi e d'accertata situazione di bisogno, alcune garanzie attraverso il concorso della collettività ed offrendo ai lavoratori, in situazioni particolarmente significative, altre, più elevate garanzie attraverso il concorso degli stessi lavoratori e dei datori di lavoro⁹⁵”*. Tale impostazione dualistica non si contrappone all'idea di un sistema basato sulla sicurezza sociale, in quanto il principio di solidarietà trova attuazione tanto nel sistema mutualistico-previdenziale che in quello dell'assistenza sociale, essendo entrambi diretti alla tutela della persona umana ed alla soddisfazione dei suoi bisogni essenziali, pur restando differenziati i criteri e gli strumenti di sicurezza sociale, accordati, rispettivamente, ai cittadini in genere ed ai lavoratori in specie.

1.7.2. Profili previdenziali

Passando ad esaminare più in dettaglio l'aspetto previdenziale, maggiormente correlato al tema lavoristico della presente trattazione, va ancora evidenziato che, come chiarito dalla Corte di Cassazione con sentenza a Sez. Un. n. 10455/2015, dall'art. 38 Cost. discende *“una tutela effettiva, costituzionalmente vincolata, del diritto alla previdenza, considerato alla stregua di un diritto fondamentale, imprescrittibile e irrinunciabile, tanto che la Corte costituzionale, in molteplici pronunce, ha sancito l'irripetibilità (cfr. C. Cost. n. 383/1990, 431/1993), l'imprescrittibilità (cfr. C. Cost. 206/1988), l'indisponibilità (cfr. C. Cost. n. 22/1969) e, infine, la parziale impignorabilità della prestazione (cfr. C. Cost. n. 468/2002, 506/2002⁹⁶”*.

⁹⁵ C. Cost. sent. n. 31/1986.

⁹⁶ Cass. sent. n. 10455/2015.

Sebbene si tratti di un diritto fondamentale, la sua piena attuazione resta condizionata, soprattutto oggi, dalle disponibilità economiche dello Stato e dalle esigenze di equilibrio di bilancio fissate dall'art. 81 Cost., restando fermo il principio informatore *“di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate. E ciò anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, quarto comma della Costituzione”*⁹⁷.

Ad ogni modo, i precetti fissati dall'art. 38, comma 2, Cost. assumono valore giuridicamente imperativo e sono immediatamente operanti nel nostro ordinamento, attribuendo valore di principio fondamentale al diritto dei lavoratori a che siano previsti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. In tal senso, Corte Cost. n. 71/1980, secondo cui *“l'art. 38, comma secondo, della Costituzione, che è immediatamente operante nell'ordinamento giuridico e rilevante, in particolare, ai fini del sindacato di costituzionalità sulle leggi ordinarie [...], impone che in caso di eventi, i quali incidono sfavorevolmente sull'attività lavorativa, siano ai lavoratori assicurate provvidenze atte a garantire la soddisfazione delle loro esigenze di vita (sent. n. 22 del 1969)”*⁹⁸.

I diritti sociali previdenziali pertanto assolvono una funzione di tutela e di garanzia delle necessità di vita del lavoratore e della sua famiglia⁹⁹, al verificarsi di eventi specifici idonei ad incidere sulla sua capacità lavorativa e sulla possibilità di produrre reddito.

A tal proposito va ancora evidenziato che l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione riguarda tutti i lavoratori, sia subordinati, che autonomi, comprendendo anche coloro che vengono assunti senza regolare contratto, per i quali funge da garanzia il principio di *“automaticità delle prestazioni”* sancito dall'art. 2116 c.c. Per il quale le prestazioni previdenziali *sono dovute al prestatore di lavoro, anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti alle istituzioni di previdenza e di assistenza, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali.*

Possono fruire delle prestazioni i lavoratori stranieri extracomunitari adibiti ad attività lavorativa, anche quelli privi di permesso di soggiorno, e ciò su presupposto che il lavoro, anche da un punto di vista previdenziale è degno di tutela in tutte le sue forme e

⁹⁷ C. Cost. sent. n. 172/2008.

⁹⁸ C. Cost. sent. n. 71/1980.

⁹⁹ C. Cost. sent. n. 926/1988.

applicazioni. ” *Il contratto di lavoro stipulato dal cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno non è affetto da nullità per illiceità della causa o dell'oggetto, pertanto il lavoratore ha diritto alla tutela giurisdizionale con riferimento ai diritti garantiti dall'art. 2126 c.c. Accertato il diritto alla retribuzione, consegue l'obbligo del datore di lavoro di versare i contributi all'Inps in relazione alle retribuzioni dovute.*”¹⁰⁰

1.7.3. Ambito di applicazione

Un'altra fondamentale questione interpretativa attiene alla categoria degli accadimenti ai quali deve riconnettersi la tutela apprestata dalla norma. Si sono contrapposte a tal proposito due diverse linee di pensiero: la prima che ritiene l'elenco riportato dal secondo comma dell'art. 38 Cost. meramente esemplificativo¹⁰¹; l'altra, che si basa sui lavori della Costituente, che ritiene l'elenco tassativo e non ampliabile¹⁰².

La Corte costituzionale, più volte investita della questione, ha statuito che *“la specifica tutela costituzionale dei lavoratori non si estende a qualsiasi situazione di bisogno, ma è limitata agli stati di bisogno oggettivamente provocati da determinati eventi”*¹⁰³.

Si è discostata dal diverso orientamento assunto dalla Corte di Cassazione secondo la quale l'elenco dei rischi indicati nel secondo comma dell'art. 38 costituirebbe una serie aperta. Più precisamente *“un elenco non tassativo di eventi, tutti peraltro riferibili lato sensu alla categoria degli "ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana" di cui all'art. 3 Cost., comma 2”*¹⁰⁴. Tale soluzione interpretativa ha portato a ritenere alcuni eventi non ricompresi nella norma privi della relativa copertura costituzionale, con la conseguenza che non sono mancate occasioni in cui il legislatore ha riformato o abrogato prestazioni previdenziali precedentemente riconosciute, senza incorrere in vizi di legittimità costituzionale. È il caso della pensione di anzianità abrogata con la c.d. riforma Fornero-Monti (l. n. 214/2011) per essere sostituita dalla pensione anticipata, riconosciuta al lavoratore sulla base della contribuzione maturata al

¹⁰⁰ Cass. sent. n. 7380/2010.

¹⁰¹ PERSIANI, M., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012, passim.

¹⁰² ANDREONI, A., *Assistenza, mutualità e terza via*, g. Cost., 1986.

¹⁰³ C. Cost. sent. n. 100/1991.

¹⁰⁴ Cass. Sez. U. sent. n. 10455/2015.

raggiungimento di un requisito anagrafico più favorevole di quello stabilito per la pensione di vecchiaia.

Per quanto concerne, invece, la misura delle prestazioni, nella giurisprudenza della Corte costituzionale è ormai radicato il principio secondo cui l'art. 38 non comporta una loro necessaria corrispondenza con i contributi versati dal lavoratore¹⁰⁵ e che detta norma, assorba, per alcuni profili, sia l'art. 35 Cost. che l'art. 36 Cost., che esprimono un criterio generale di adeguatezza e di sufficienza della retribuzione in genere¹⁰⁶. In particolare, si è ritenuto che l'espressione *“mezzi adeguati alle loro esigenze di vita”* contenuta nel secondo comma dell'art. 38 abbia ad oggetto non solo quelli che garantiscono la soddisfazione dei bisogni elementari e vitali del lavoratore, *“ma anche quelli che siano idonei a realizzare le esigenze relative al tenore di vita conseguito dallo stesso lavoratore in rapporto al reddito ed alla posizione sociale raggiunta in seno alla categoria di appartenenza per effetto dell'attività lavorativa svolta, con conseguente possibile determinazione di prestazioni previdenziali diversificate”*¹⁰⁷. I trattamenti previdenziali, nel caso affrontato dalla succitata sentenza il trattamento di quiescenza, devono risultare sempre proporzionati alla quantità e qualità del lavoro prestato e, in ogni caso, devono essere adeguati, nel senso che devono assicurare al lavoratore e alla sua famiglia mezzi idonei alle loro esigenze di vita per un'esistenza libera e dignitosa.

La valutazione di dette esigenze e la predisposizione dei mezzi adeguati sono affidate alla discrezionalità del legislatore cui compete la scelta relativa al tempo ed alle modalità di attuazione, con l'effetto che *“il legislatore, entro i confini della ragionevolezza, ha il potere di fissare discrezionalmente le misure ed i limiti anche in maniera differenziata per le diverse categorie rapportandoli al concreto momento storico ed economico; di determinare in concreto l'ammontare delle prestazioni e la variazione delle stesse sulla base di un contemperamento delle esigenze di tutti i lavoratori, che ne sono i beneficiari, e delle disponibilità finanziarie”*¹⁰⁸.

In merito a tale ambito di discrezionalità, sono stati giudicati ammissibili interventi del legislatore che hanno riguardato prestazioni previdenziali di lunga durata, motivati nella stragrande maggioranza dei casi da esigenze di bilancio e di contenimento della spesa

¹⁰⁵ C. Cost. n.390/1995; C. Cost. n.307/1989; C. Cost. n.439/2005.

¹⁰⁶ C. Cost., sent. n. 213/1972.

¹⁰⁷ C. Cost., sent. n. 173/1986.

¹⁰⁸ C. Cost., sent. n.173/1986

pubblica¹⁰⁹, che hanno finito per intaccare diritti già entrati a far parte del patrimonio del lavoratore (c.d. diritti quesiti).

In generale, la giurisprudenza costituzionale è stata esplicita nell'affermare che *“nel nostro sistema costituzionale non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti (salvo, ovviamente, in caso di norme retroattive, il limite imposto in materia penale dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione)”*, avendo nel contempo cura di puntualizzare che *“Unica condizione essenziale è che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello stato di diritto”*¹¹⁰.

In altri termini, *“il diritto ad una pensione legittimamente attribuita (in concreto e non potenzialmente) – se non può essere eliminato del tutto da una regolamentazione retroattiva che renda indebitata l'erogazione della prestazione – ben può subire gli effetti di discipline più restrittive introdotte non irragionevolmente da leggi sopravvenute”*¹¹¹.

Deve, pertanto, concludersi che modifiche peggiorative dei trattamenti previdenziali da parte del legislatore, anche per quanto concerne eventuali diritti quesiti, non siano lesive dei principi di tutela sanciti dall'art. 38, comma 2, Cost., purché attuate in modo dilazionato nel tempo, correlate a finalità di salvaguardia del bilancio e rispondenti a criteri di ragionevolezza, non potendo comunque determinare l'eliminazione con effetti retroattivi di una prestazione già conseguita¹¹².

1.7.4. *Gli organi predisposti dallo Stato*

Come previsto al comma 4 dell'art. 38 Cost., il compito di realizzare le finalità perseguite dalla norma spetta ad *“organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato”*. In attuazione di tale principio, il sistema previdenziale italiano è imperniato su una articolata

¹⁰⁹C. Cost., sent. n. 228/2010; C. Cost., sent. n. 45/2016; C. Cost. sent. n. 57/2017.

¹¹⁰C. Cost. sent. n.390/1995. In senso conforme C. Cost., sent. n. 573 del 1990; C. Cost., sent. n. 822 del 1988 e C. Cost., sent. n. 349 del 1985.

¹¹¹ C. Cost. sent. n. 446/2002.

¹¹² ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino, 2006.

organizzazione costituita da Enti pubblici, tra i quali l'INPS e l'INAIL, e da Istituti di previdenza privata a iscrizione obbligatoria (quali a titolo esemplificativo, le casse di previdenza dei liberi professionisti), la quale risulta funzionale all'esigenza di far sì che le prestazioni non siano oggetto di attività lucrativa e che la loro fruizione venga garantita in posizione di uguaglianza alla generalità dei lavoratori e degli aventi diritto "La Costituzione, dunque, esige che vi sia una specifica organizzazione per le prestazioni previdenziali - sostanziali e strumentali - cioè gli "organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato" di cui all'art. 38 e che le prestazioni offerte da tali strutture non siano oggetto di attività lucrativa e siano disponibili dalla generalità dei lavoratori. Questo è il nucleo costituzionale irrinunciabile, un nucleo che lascia largo spazio alla discrezionalità legislativa, nella disciplina degli aspetti organizzativi, finanziari e funzionali della materia"¹¹³.

Tale modello organizzativo di tipo pluralistico si fonda sul presupposto che l'art. 38, co. 4, Cost., con l'uso del termine "integrati" esclude che lo Stato abbia una competenza esclusiva in materia, per cui rende legittimo un possibile concorso di iniziative anche private in esplicazione del principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., che identifica le formazioni sociali quale mezzo attraverso cui il singolo può affermare la propria personalità, coordinato con l'art. 3, co. 2, Cost., che attribuisce centralità ai valori della persona umana e del suo sviluppo, anch'essi implicanti la partecipazione del titolare del diritto alla tutela alla gestione della stessa.

1.8. La libertà sindacale

1.8.1. *La libertà di organizzazione dei sindacati*

La Costituzione italiana sancisce il diritto dei lavoratori all'autotutela in forma collettiva dei propri interessi professionali, prevedendo al comma 1 dell'art. 39 che "L'organizzazione sindacale è libera". Secondo quanto affermato in dottrina il principio di libertà di organizzazione sindacale assume per un verso contenuto positivo, in quanto attribuisce ai lavoratori la possibilità di organizzarsi sindacalmente costituendo anche più sindacati per la medesima categoria professionale (c.d. pluralismo sindacale)¹¹⁴ e di

¹¹³C. Cost. sent. n.42/2000.

¹¹⁴ SANTORO PASSARELLI, F., *Diritto Sindacale*, Laterza, Bari, 2007, pp. 28 e 29; RUINI, M., *L'organizzazione sindacale e il diritto di sciopero della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1953, passim.

scegliere in base alle proprie preferenze quello a cui iscriversi, ma al contempo presenta anche una connotazione negativa che trova esplicazione nella facoltà di decidere di non aderire ad alcuna associazione sindacale¹¹⁵.

Oltre alla libertà di associarsi e/o di organizzarsi, la libertà sindacale ricomprende come ulteriore fondamentale corollario anche la libertà di agire sindacalmente, ovvero sia la prerogativa per i sindacati di operare in modo autonomo, senza poter essere assoggettati a condizionamenti datoriali, né tanto meno ad ingerenze da parte dello Stato, sia per quel che attiene la loro organizzazione interna, quanto per la loro attività esterna.

A tal proposito, si è osservato che la libertà sindacale assume il carattere non già della libertà politica, bensì di libertà civile, nel senso che i soggetti privati vi rivendicano e vi esercitano una sfera di autonomia rispetto alla quale lo Stato deve astenersi, consentendo l'autoregolamentazione degli interessi nel quadro dell'ordinamento.

Sotto altro profilo, va ancora evidenziato che per una parte della dottrina, la libertà sindacale andrebbe configurata come espressione della libertà di associazione prevista dall'art. 18 Cost. per cui *“I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente”*¹¹⁶.

Secondo altro orientamento, invece, la fattispecie sindacale differisce dal fenomeno meramente associativo e può realizzarsi attraverso qualsiasi forma di organizzazione purché idonea a perseguire e a rendere effettiva l'autotutela degli interessi collettivi dei lavoratori. Infatti, l'esigenza di effettività dell'autotutela prevale *“sulla forma legale nel senso che l'ordinamento non precostituisce o predetermina forme legali di organizzazione, ma richiede soltanto che l'autotutela sia effettiva”* per cui le *“organizzazioni sindacali non potrebbero essere concepite come species del genus delle associazioni”*¹¹⁷.

Di fatto, l'esercizio dell'attività sindacale presuppone l'esistenza di una struttura organizzativa, atteso che la libertà tutelata dalla Costituzione *“si esprime in forma*

¹¹⁵ TREU, T., “Il Sindacato fuori della Costituzione: riconoscimento e rappresentatività”, in *Jus*, 1975, p. 205.

¹¹⁶ Cfr. BARILE, P., *Libertà nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1966, p. 212; SMURAGLIA, C., *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 149 e 150. In tal senso anche MAZZONI, G., *I rapporti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967 e BOGNETTI, G., *Costituzione, legislazione, sindacati*, Franco Angeli, Milano, 1988.

¹¹⁶ PROSPERETTI, U., “La libertà sindacale”, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, p. 15;

FLAMMIA, R., *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 7-10.

¹¹⁷ FLAMMIA, R., *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 62.

organizzata” coinvolgendo “una pluralità di soggetti: vale a dire, una coalizione”¹¹⁸.

Un ulteriore corollario della libertà di organizzazione sindacale è dato dalla possibilità di stabilire il tipo di interessi collettivi da tutelare e, quindi, la categoria professionale da organizzare sindacalmente. In merito si è affermato che la categoria non può identificarsi come una realtà ontologica¹¹⁹, cioè a dire come una formazione sociale già esistente, bensì *“deve essere tenuto fermo che l’individuazione della categoria è frutto di una scelta compiuta... dal gruppo stesso nel momento in cui si organizza”*¹²⁰. Sicché, l’individuazione della categoria di appartenenza del Sindacato avviene secondo la libera scelta degli stessi interessati compiuta con la costituzione dell’organizzazione sindacale (c.d. categoria sindacale).

Come evidenziato, lo scopo primario dei sindacati è quello di difendere gli interessi professionali della categoria che rappresentano. Tale obiettivo viene realizzato attraverso l’attività di negoziazione e la stipula dei contratti collettivi di lavoro, la cui finalità essenziale è costituita dalla disciplina dei rapporti di lavoro nel settore di appartenenza.

La capacità negoziale del Sindacato implica un potere di rappresentanza, che secondo la formulazione più risalente deve trovare fondamento in un’investitura volontaria da parte del lavoratore mediante il conferimento di un esplicito mandato rappresentativo¹²¹.

Tuttavia, le più recenti teorizzazioni tendono a riconoscere efficacia *“anche ad accordi stipulati ad esempio da rappresentanze sindacali anche quando non esista un conferimento esplicito di poteri rappresentativi o quando sia addirittura difficile rinvenire negli statuti sindacali regole precise sulla competenza negoziale”*¹²², ritenendo che il potere contrattuale del Sindacato discenda direttamente dal primo comma dell’art. 39 Cost. e che, pertanto, abbia origine normativa, nel senso che si tratterebbe di un potere assegnato *iure proprio* all’organizzazione¹²³.

1.8.2. Il contratto collettivo

La forma tipica e in qualche modo privilegiata di disciplina dei rapporti di lavoro è

¹¹⁸ GIUGNI, G., *Libertà Sindacale*, D. COM., IX, Torino, 1993, p. 24.

¹¹⁹ KELSEN, H., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, passim.

¹²⁰ GIUGNI, G., *Libertà Sindacale*, D. COM., IX, Torino, 1993, p. 28.

¹²¹ GRANDI, M., “Rappresentanza e rappresentatività sindacale”, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Coord. da SANSEVERINO, R., MAZZONI, L., PADOVA, G., 1971, p. 102.

¹²² GRANDI, M., *Giornale di Diritto del lavoro*, 1981, p. 378.

¹²³ FERRARO, G., *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, pp. 278-411 passim.

costituita dal c.d. contratto collettivo di diritto comune, che nell'ordinamento italiano trova unica fonte di regolamentazione nella medesima disciplina dettata dall'art. 1322, comma 2, c.c. per i contratti in generale, tanto da essere considerato alla stregua di un "atto giuridico di natura prettamente civilistica, inquadrabile nell'ambito degli atti negoziali e riferibile alla nozione dell'autonomia privata di carattere collettivo"¹²⁴. In quanto espressione di autonomia negoziale, i contratti collettivi di diritto comune non hanno efficacia *erga omnes*, ma sono applicabili esclusivamente agli iscritti alle associazioni stipulanti, in virtù del mandato a contrarre in proprio nome conferito al momento dell'iscrizione¹²⁵.

Tuttavia, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il contratto collettivo sia vincolante anche per i soggetti non iscritti ad alcuna organizzazione sindacale, che abbiano fatto esplicita adesione alle pattuizioni contrattuali (obbligandosi pattiziamente ad applicare il contratto collettivo, anche se non affiliati all'associazione stipulante) o che li abbiano recepiti implicitamente attraverso un comportamento concludente desumibile da una costante e prolungata applicazione delle relative clausole ai singoli rapporti¹²⁶.

Sul punto va altresì osservato che, secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, il trattamento economico previsto dal CCNL di settore costituisce l'unico valido parametro ai fini della determinazione della giusta ed equa retribuzione ex art. 36 Cost., cosicché il lavoratore è sempre legittimato a rivendicare giudizialmente l'adeguamento della propria retribuzione ai minimi retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva, anche qualora il datore di lavoro non aderisca ad alcuna delle organizzazioni sindacali stipulanti¹²⁷.

Sulla base di tale presupposto si è ritenuto di poter riconoscere ai contratti collettivi efficacia applicativa generalizzata quanto meno per quanto attiene alla parte economica. Il contratto collettivo riveste innanzitutto una funzione normativa consistente nell'introduzione di "clausole tendenti a definire i minimi di trattamento economico e

¹²⁴ BORTONE, R., CURZIO, P., *Il contratto collettivo*, Utet, Torino, 1984, p.48.

¹²⁵ SANSEVERINO, R., *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, 55-56; SANTORO PASSARELLI, F., "Autonomia collettiva" in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IV, 369.

¹²⁶ Cass. sent. n. 5596/2001; Cass. sent. n. 5122/1985; Cass. sent. n. 6435/1984; Cass. sent. n.4303/1986; Cass. sent. n.2664/1992; Cass. sent. n. 10654/1990; Cass. sent. n.829/1986; Cass. sent. n.3440/1984.

¹²⁷ Cass. sent. n.2532/09; Cass. sent. n.12271/05; Cass. sent. n. 2144/05.

*normativo per i contratti di lavoro in corso o da stipularsi*¹²⁸.

In altri termini, la parte normativa del contratto collettivo non assume valore negoziale ed ha la finalità di dettare la disciplina dei contratti individuali di lavoro, predeterminando le norme di comportamento e le condizioni contrattuali a cui dovranno attenersi le parti nel regolare i vari aspetti giuridici sottesi allo svolgimento del rapporto, come l'assunzione, la classificazione del personale, l'orario di lavoro, il trattamento economico, i doveri e le misure disciplinari, il recesso.

1.8.3. *Le clausole contrattuali*

Oltre che della parte normativa, il contratto collettivo si compone anche di una parte obbligatoria, la quale comprende l'insieme delle pattuizioni destinate ad instaurare rapporti obbligatori in capo ai soggetti collettivi¹²⁹, tra cui rientrano, ad esempio, le clausole di rinvio tra diversi livelli contrattuali, le disposizioni sulle procedure di conciliazione e di arbitrato, quelle in materia di informazione o di consultazione.

Nel tentativo di precisare la linea di confine tra le suddette componenti del contratto collettivo, si è osservato che *“i problemi concernenti le clausole normative si risolvono fondamentalmente in quelli (...) inerenti al rapporto tra autonomia collettiva ed autonomia negoziale dei singoli. I problemi posti dalle clausole obbligatorie attengono invece ai vari doveri ed obblighi e alle responsabilità che da esse discendono per i soggetti collettivi”*¹³⁰.

I contratti collettivi di diritto comune hanno una durata prestabilita e una volta sopraggiunto il termine di scadenza perdono automaticamente efficacia, essendosi escluso che possa trovare applicazione nei loro confronti il principio di ultrattività sancito dall'art. 2074 c.c., secondo cui *“Il contratto collettivo [...], continua a produrre i suoi effetti dopo la scadenza, fino a che sia intervenuto un nuovo regolamento collettivo”*, stante l'implicita abrogazione della norma a seguito della soppressione dell'ordinamento corporativo.

Conseguentemente, costituendo manifestazione dell'autonomia negoziale privata, le

¹²⁸ GIUGNI, G., *Contratti collettivi di lavoro*, E.G.I., Roma, 1988, pp. 7 e 8.; GRANDI, M., *Rivista di Diritto de Lavoro*, 65, II, pp. 53-55.; PERA, G., “Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune”, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Vol. V, Cedam, Padova, 1958, pp. 15-20.

¹²⁹ GIUGNI, G., *op. cit.*, p. 8.

¹³⁰ *Idem.* Cfr. PERSIANI, M., *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, p. 189.

disposizioni del contratto collettivo possono avere effetto oltre l'ambito temporale concordato solo se ciò sia stato voluto e stabilito dalle parti con un'apposita clausola contrattuale. In altri termini, il perdurare degli effetti del contratto collettivo dipende solo dalla volontà delle parti, alle quali soltanto spetta stabilire se l'efficacia di un accordo debba sopravvivere alla sua scadenza¹³¹. Lo stesso principio vale per quel che concerne i rapporti di successione temporale tra contratti collettivi di uno stesso settore, per cui è possibile che il nuovo contratto introduca deroghe anche in senso peggiorativo rispetto alla previgente normativa, non essendo previsto che debba necessariamente essere garantita la conservazione del trattamento più favorevole al lavoratore. Ogni decisione in tal senso, infatti, viene affidata all'autonomia contrattuale delle parti collettive stipulanti, che restano libere di mantenere l'efficacia delle disposizioni più favorevoli del precedente CCNL, inserendo a tal fine nel nuovo contratto collettivo apposite clausole di salvaguardia, come pure di derogarvi negativamente.

In ogni caso, non sono passibili di modifiche peggiorative le previsioni contrattuali che attengono ai c.d. diritti quesiti, ovvero a quei diritti che sono già entrati a far parte del patrimonio individuale del lavoratore, per i quali opera un principio di assoluta intangibilità¹³².

Un ulteriore limite alla facoltà di deroga *in pejus* riguarda le condizioni di miglior favore derivanti dai c.d. usi aziendali, cioè a dire da quei comportamenti reiterati e prolungati adottati spontaneamente dal datore di lavoro per prassi generalizzata che determinino un trattamento più favorevole per i lavoratori rispetto a quello previsto dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, *“Le condizioni di miglior favore derivanti dai suddetti usi aziendali non possono essere derogate "in pejus" per i lavoratori dalla contrattazione collettiva, atteso che gli usi si inseriscono nei singoli contratti individuali e non già nei contratti collettivi nazionali o aziendali, e che l'esclusione di tale inserzione può avvenire soltanto in base alla concorde volontà delle parti”*¹³³.

¹³¹ Cass. sent. n.7818/1996; Cass. sent. n. 668/2004.

¹³² Cass. sent. n. 22126/2015; Cass. sent. n.16635/03.

¹³³ Cass, sent. n. 22927/2012.

1.8.4. I contratti aziendali

Oltre che su scala nazionale, l'attività di contrattazione collettiva si svolge su base territoriale, attraverso la stipula di contratti collettivi a livello aziendale. Secondo l'indirizzo prevalente in dottrina, i contratti aziendali non hanno natura normativa, nel senso che non producono effetti sui rapporti di lavoro individuali, ma esplicano una funzione di condizionamento nei confronti dei poteri datoriali, obbligandoli ad un'applicazione generalizzata della disciplina contrattuale nei confronti di tutti i dipendenti, onde evitare qualsiasi disparità di trattamento tra lavoratori di una stessa azienda, a seconda della loro iscrizione o meno alle organizzazioni sindacali stipulanti¹³⁴. Su tale base si è espressa la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 268/94, giudicando legittimo l'art. 4 della l. n. 223/1991, nella parte in cui rinvia agli accordi collettivi aziendali per un'eventuale definizione dei criteri di scelta dei licenziamenti per riduzione di personale, conferendo implicitamente a tali accordi efficacia vincolante anche per i lavoratori non aderenti ai sindacati stipulanti.

Sempre sotto il profilo soggettivo, nonostante i pronunciamenti non univoci e le decisioni di senso contrario¹³⁵, negli anni è prevalso in giurisprudenza l'orientamento secondo cui i contratti aziendali assumono efficacia *erga omnes* anche riguardo ai lavoratori, risultando vincolanti per tutti i dipendenti del complesso aziendale, compresi quelli non iscritti ai sindacati firmatari, con l'unico limite rappresentato dalla non applicabilità ai lavoratori espressamente dissenzienti¹³⁶.

Per quanto attiene alla problematica dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, a fronte di un indirizzo dottrinario meno recente propenso per la tesi dell'inderogabilità *in peius* del contratto nazionale da parte di quello aziendale¹³⁷, a partire dagli anni 80 si sono via via affermate scuole di pensiero più aperte che hanno ritenuto ammissibile la deroga peggiorativa. Si esclude che ciò possa tradursi in un'invalidità negoziale, purché si tratti di un accordo aziendale successivo stipulato da organizzazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative e a condizione che venga garantita la

¹³⁴ LISO, F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, pp. 113-116.

¹³⁵ Cass. sent. n.1403/1990, FI, 1991, I, 877, con nota di ROMEI; GC, 1990, I, 2071, con nota di LAMBERTUCCI.

¹³⁶ Cass. sent. n.1438/1993, MGL, 1993, 162, con nota di INGLESE, e R IT. D.L., 1994, II, 61, con nota di NOGLER; Cass. sent. n.10353/2004, R. IT. D.L., 2005, II, 312, con nota di BOLLANI.

¹³⁷ SANTORO PASSARELLI, F., in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, pp. 253 e 254.

facoltà di impugnativa dei singoli lavoratori “*tutte le volte in cui vengano trasgrediti quei criteri di democraticità che hanno raggiunto un sufficiente grado di assestamento e che siano codificati negli statuti e negli atti costitutivi delle associazioni*”¹³⁸.

Quest’ultima linea di pensiero ha trovato seguito nella più recente produzione giurisprudenziale, dove si è affermato che “*In caso di successione nel tempo di contratti collettivi di diverso livello, l'eventuale conflitto tra le varie clausole contrattuali va risolto ricostruendo nel caso concreto l'effettiva volontà delle parti contraenti, e non già secondo i principi di gerarchia e di specialità, propri delle fonti normative*”¹³⁹ e che gli accordi aziendali possono derogare anche *in peius* al trattamento previsto dal precedente contratto nazionale, in quanto essendo espressione di autonomia collettiva, non sono soggetti alla disciplina dell’art. 2077 c.c., che regola esclusivamente i rapporti tra CCNL e contratto individuale di lavoro¹⁴⁰.

1.8.5. *Le recenti evoluzioni*

Il quadro giuridico – normativo sopra delineato ha subito una sostanziale evoluzione nel corso dell’ultimo decennio. In un primo momento, infatti, sulla spinta del clima di conflittualità venutosi a creare tra le principali Organizzazioni sindacali, si è affermata la prassi di concludere sia a livello nazionale che aziendale accordi separati sottoscritti soltanto da alcuni sindacati.

In merito a tali accordi, la prevalente giurisprudenza ha ritenuto che non possano vincolare in alcun modo gli iscritti al sindacato dissenziente e neanche i non iscritti ad alcuna associazione sindacale che non abbiano manifestato una volontà di adesione. Il datore di lavoro per non essere tacciato di condotta antisindacale ex art. 28 Stat. Lav., deve garantire l’applicazione del contratto unitario, fino alla naturale scadenza.

Un ulteriore aspetto di novità in materia è stato introdotto dall’art. 8 del decreto legge n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011, relativo alla disciplina della c.d. contrattazione collettiva di prossimità e della contrattazione aziendale. È prevista la possibilità di stipulare contratti collettivi di lavoro a livello aziendale o territoriale da parte delle

¹³⁸FERRARO, G., *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981, pp. 361-363.

¹³⁹ Cass. sent. n.7847/2003.

¹⁴⁰ Cass. sent. n.3419/1985; Cass. sent. n.6695/1988; Cass. sent. n.1227/1986; Cass. sent. n.4269/1987.

associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda. Il al fine è quello di realizzare specifiche intese finalizzate *“...alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all’avvio di nuove attività”*.

Tali intese possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l’organizzazione del lavoro e della produzione, tra le quali rientrano, oltre alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale, alla disciplina dell’orario di lavoro e alle modalità di assunzione anche, per quel che qui maggiormente interessa, quelle inerenti alle conseguenze del recesso, *“fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall’inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione di congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice e del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento”*.

Secondo quanto stabilito dalla stessa norma la peculiare caratteristica di tali intese è costituita dall’essere vincolanti nei confronti di tutti i lavoratori interessati, *“..a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”* (secondo un principio già affermato dal precedente Accordo del 28 giugno 2011), e dalla capacità di operare anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le stesse materie oggetto di intesa ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro *“Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali..”*

In tal senso, si è espressa anche la giurisprudenza di merito nelle poche decisioni pronunciate in materia, affermando, per l’appunto, che *“Con l’art. 8 l. n. 148 del 2011 si è esclusa la possibilità della coesistenza di più contratti collettivi operanti presso lo stesso comparto aziendale, di gruppo o territoriale, apprezzato come unitario dai rappresentanti dei lavoratori interessati. Il nuovo contratto, sottoscritto dalle*

organizzazioni aventi una rappresentanza sindacale maggioritaria, sostituisce quindi il contratto previamente applicabile, ancorché non scaduto, con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, compresi quelli iscritti a organizzazioni non firmatarie del nuovo contratto.”¹⁴¹. Ovviamente per la sua portata innovativa e per i suoi effetti complessivi, questa disposizione è stata accolta in modo assai controverso e dibattuto e, anche in questo caso, come ormai sempre più di frequente accade, il Giudice delle leggi è stato il primo ad essere chiamato a pronunciarsi in ordine alle nuove disposizioni.

1.8.6. *Gli interventi della Corte costituzionale*

Investita del problema, infatti, la Corte Cost. con sentenza n. 221 del 4.10.2012, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 8, commi 1, 2 e 2 bis del decreto legge n. 138/2011, convertito, con modifiche, in l. n. 148/2011, censurato in riferimento agli articoli 39, 117, comma 3, e 118 Cost., nonché al principio di leale collaborazione “nella parte in cui prevede la realizzazione di specifiche intese a livello aziendale e/o territoriale che possono operare in deroga alle leggi statali e regionali nonché ai contratti collettivi nazionali” sulla base del presupposto “che le specifiche intese previste dal comma 1 non hanno un ambito illimitato, ma possono riguardare soltanto la regolazione delle materie inerenti l’organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento ad ambiti specifici ivi indicati, in una elencazione da considerare tassativa¹⁴²”.

Sotto altro non meno rilevante profilo, risulta ormai pacificamente acclarata l’inderogabilità *in peius* del contratto collettivo da parte di quello individuale di lavoro, precisandosi che la stessa debba essere intesa come la sua immodificabilità “in senso peggiorativo per i lavoratori (inderogabilità, quindi, relativa) dai contratti individuali e (...) nderogabilità reale, perché in caso di deroga si determina un fenomeno di caducazione della clausola difforme e di sostituzione della stessa con la disciplina collettiva “¹⁴³.

Tale impossibilità di deroga *in peius* è stata sancita sulla base delle previsioni dell’art. 2077 c.c., laddove viene, infatti, stabilito che “I contratti individuali di lavoro tra gli

¹⁴¹ Tribunale di Torino, decreto del 23.01.2012.

¹⁴² C. Cost. sent. n. 221/2012.

¹⁴³ BORTONE, R., CURZIO, P., *op. cit.*, pp. 81-83.

appartenenti alle categorie alle quali si riferisce il contratto collettivo devono uniformarsi alle disposizioni di questo” e che “le clausole difformi dei contratti individuali, preesistenti o successivi al contratto collettivo, sono sostituite di diritto da quelle del contratto collettivo, salvo che contengano speciali condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro”.

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che, in caso di contrasto tra la disciplina collettiva e quella risultante dal contratto individuale, vanno messe a confronto non le singole clausole fra loro in contrapposizione, ma i trattamenti complessivi desumibili dalle due discipline in conflitto. Ciò onde individuare il trattamento più favorevole nel suo complesso spettante al lavoratore in forza del disposto del comma 2 dell’art. 2077 c.c., mentre restano in esso assorbiti gli specifici benefici propri del trattamento meno favorevole¹⁴⁴. In altri termini, è stato sancito che la comparazione fra il trattamento dell’accordo individuale e di quello risultante dai contratti collettivi deve avere luogo sulla base di parametri oggettivi e non di valutazioni soggettive e deve essere finalizzato a garantire al lavoratore sempre e comunque l’applicazione del trattamento a lui più favorevole¹⁴⁵.

1.8.7. Il rapporto fra legge e contratto

Le stesse regole valgono riguardo ai rapporti tra legge e contratto collettivo, in quanto anche le situazioni di conflitto tra queste due fonti sono regolamentate dal principio della prevalenza del trattamento più favorevole al lavoratore, pur restando comunque ferma la posizione di superiorità gerarchica e l’inderogabilità *in peius* della fonte legale rispetto alle altre fonti, in quanto volta alla tutela di un interesse generale¹⁴⁶. Pur non potendosi mettere in discussione il primato della legge, in caso di conflitto tra norma imperativa di legge e norma collettiva deve essere la prima a prevalere, sempre che la deroga collettiva non sia più favorevole per il lavoratore¹⁴⁷.

Non può comunque non annotarsi che, a causa dell’andamento recessivo che negli ultimi anni ha interessato l’economia, si è sempre più andata diffondendo una diversa disciplina

¹⁴⁴Cass. sent n. 2042/1986.

¹⁴⁵ Cass. sent. n.5259/1987; Cass. sent. n.188/1986; Cass. sent. n.1674/1984; Cass. sent. n.2042/1986.

¹⁴⁶ DE LUCA TAMAJO, R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, pp.137-139.

¹⁴⁷ Cass. sent. n. 4759/1994; Cass. sent. n. 3092/1996.

dei rapporti tra legge e contratto collettivo (c.d. legislazione dell'emergenza), caratterizzata dall'attribuzione al sindacato di veri e propri poteri di deroga *in peius* a norme inderogabili di legge¹⁴⁸ anche in materia di licenziamenti collettivi, di integrazione salariale straordinaria, di orario di lavoro, di contratti di solidarietà, di trasferimento di azienda.

Il fenomeno si è affermato sulla spinta dell'esigenza di assicurare un sostegno all'interesse collettivo, soprattutto a quello relativo al mantenimento della produttività dell'impresa ed all'impedimento dei licenziamenti, concretizzandosi in una forma di contrattazione c.d. "difensivo – ablativa" alla quale possono essere ricondotti sia i c.d. accordi di "gestione della crisi", consistenti più che in accordi abdicativi di diritti in soluzioni negoziali funzionali al conseguimento di un vantaggio per i lavoratori, sia le c.d. "transazioni collettive", caratterizzate dalla definizione in sede conciliativa contrattuale di controversie giuridiche collettive¹⁴⁹.

1.9. Il diritto di sciopero

1.9.1. L'astensione collettiva

Oltre alla libertà sindacale, un altro fondamentale strumento di autotutela degli interessi dei lavoratori è costituito dal diritto di sciopero sancito dall'art. 40 della Cost., in cui è previsto che *"Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano"*.

Per definizione, lo sciopero consiste in un'astensione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse collettivo¹⁵⁰, che, in quanto espressione di un diritto costituzionalmente garantito, riveste carattere di assoluta legittimità, non esponendo il lavoratore alle conseguenze di natura disciplinare solitamente connesse ad un eventuale inadempimento contrattuale.

In particolare, per una parte della dottrina e della giurisprudenza, *"Lo sciopero non è una ipotesi di assenza giustificata dal lavoro assimilabile a malattia, infortunio etc., ma l'esercizio di un diritto costituzionale individuale ma ad esercizio collettivo a non svolgere l'attività lavorativa per la tutela di interessi e finalità costituzionalmente"*

¹⁴⁸ Cass. sent. n. 1462/1997.

¹⁴⁹ CARUSO, R., *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli, Milano, 1992, p. 347.

¹⁵⁰ C. Cost. sent. n. 123/1962; C. Cost. sent. n. 1/1974.

protetti. Si tratta, notoriamente, di una delle pochissime ipotesi di "autotutela" di bisogni e pretese individuali e collettive di rilievo primario che determina la sospensione degli obblighi contrattuali tra le parti, tra i quali anche l'obbligo contributivo per il datore di lavoro" ¹⁵¹.

In senso contrario, si è opinato che la legittimità dell'astensione dal lavoro da parte del singolo lavoratore può essere comunque valutata solo in momento successivo rispetto al suo concreto materializzarsi, per cui sarebbe più plausibile identificare lo sciopero come un diritto a titolarità collettiva, anziché individuale¹⁵².

In tale ottica si colloca quel filone giurisprudenziale secondo cui il rifiuto, da parte del lavoratore, dell'esecuzione di un ordine del datore di lavoro costituisce inadempimento contrattuale e non può considerarsi posto in essere in costanza di sciopero (e quindi giustificato da questo) *"... né quando l'inadempienza sia stata anteriore alla proclamazione dello sciopero, la quale ne precede (di regola) l'attuazione senza peraltro condizionarne la legittimità, né quando la stessa inadempienza sia stata successiva a tale proclamazione, ma anteriore all'inizio della concreta attuazione dello sciopero, con l'astensione collettiva dei lavoratori dipendenti dell'azienda"*.¹⁵³

Sull'argomento la Corte Costituzionale ha altresì chiarito che *"..lo sciopero è legittimo non solo quando sia volto a finalità retributive ma anche quando, più in generale, esso venga proclamato "in funzione di tutte le rivendicazioni riguardanti il complesso degli interessi dei lavoratori che trovano disciplina nelle norme sotto il titolo terzo della parte prima della Costituzione" (sentenza n. 123 del 1962 e n. 141 del 1967), restando escluso dalla tutela costituzionale quello sciopero che, senza alcun collegamento con i suddetti interessi, venga effettuato allo scopo di incidere "sull'indirizzo generale del Governo"*.¹⁵⁴

Sicché il diritto di sciopero può essere legittimamente esercitato, oltre che per far valere rivendicazioni contrattuali dirette a modificare in senso migliorativo le condizioni di lavoro esistenti e, quindi, quale strumento di risoluzione dei conflitti di interessi di lavoro

¹⁵¹ Cass. sent. n. 18195/2016. Cfr. GIUGNI, G., *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, p. 221; GHEZZI, G., e ROMAGNOLI, U., *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1992, p. 199; CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., TREU, T., *Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2002, p. 430.

¹⁵² ZOPPOLI, A., *La titolarità sindacale*, Jovene, Napoli, 2006, p. 79; Pascucci, *La titolarità del diritto di sciopero*, 2007, p. 27.

¹⁵³ Cass. sent. n.8021/1990.

¹⁵⁴ C. Cost. sent. n. 1/1974.

(c.d. sciopero economico a fini contrattuali), anche “..in funzione dell’interesse dei lavoratori alla realizzazione di quel vario complesso di beni che trovino riconoscimento e tutela nella disciplina costituzionale dei “rapporti economici (c.d. sciopero economico – politico)”¹⁵⁵. Si è conseguentemente affermato che il datore di lavoro è costretto a subire lo sciopero anche quando nulla può fare per evitarlo, essendo rivolto al perseguimento di interessi di rango costituzionale che esulano dalla propria disponibilità¹⁵⁶.

1.9.2. La legittimità dello sciopero politico

Oltre che per ragioni di carattere economico – contrattuale, le astensioni dal lavoro possono essere proclamate anche in funzione meramente politica (c.d. sciopero politico). In merito a tale forma di sciopero si è assistito ad una progressiva evoluzione giurisprudenziale che ha segnato il passaggio da un indirizzo restrittivo, con cui è stata fatta salva la possibilità di perseguire penalmente lo sciopero effettuato “allo scopo di ottenere provvedimenti che attengano all’indirizzo generale del governo”, non avendo “alcun collegamento con l’ipotesi dell’art. 40”¹⁵⁷, ad un orientamento che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice (art. 503 c.p.) in quanto lesiva non del diritto di sciopero garantito dall’art. 40 Cost., bensì della libertà di sciopero considerata quale strumento “idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al comma 2, dell’art. 3, Cost.”¹⁵⁸, ossia come “strumento tipicamente democratico” per rendere possibile “al lavoratore una attiva partecipazione alla vita nazionale”¹⁵⁹.

Riguardo alla distinzione tra diritto e libertà di sciopero imposta dal rinnovato quadro interpretativo, la stessa Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che solo lo sciopero diritto, tutelato dall’art. 40 Cost., non produce conseguenze sul piano civilistico, non potendo essere addotto come “legittima causa giustificatrice di licenziamento o di altre misure previste dalla disciplina del rapporto di lavoro”, mentre la semplice libertà di sciopero, anche se “non può essere penalmente compressa se non a tutela di interessi

¹⁵⁵ C. Cost. sent. n. 1/1974.

¹⁵⁶ GHEZZI, G., e ROMAGNOLI, U., *op. cit.*, pp. 219 e 220; GIUGNI, G., *op. cit.*, pp. 233 e 234; CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., e TREU, T., *op. cit.*, pp. 455-460.

¹⁵⁷ C. Cost. sent. n. 123/1962; C. Cost. sent. n. 1/1974; C. Cost. sent. n. 2283/1963.

¹⁵⁸ C. Cost. sent. n. 290/1974.

¹⁵⁹ C. Cost. sent. n. 165/1983.

*che abbiano rilievo costituzionale”, resta comunque un inadempimento contrattuale “conservando ogni rilevanza nell’ambito della disciplina del rapporto di lavoro”*¹⁶⁰, così da rendere il lavoratore passibile di sanzioni disciplinari.

Pur tenendo conto dei principi fissati dalla Corte costituzionale, la prevalente dottrina¹⁶¹, si è dimostrata esitante sulla possibilità di escludere lo sciopero politico dall’alveo applicativo dell’art. 40 Cost. Secondo alcuni autori, infatti, anche lo sciopero politico viene tutelato come diritto a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 2, comma 7, della legge n. 146/1990 (sull’esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati) atteso che tale norma, esentando dall’obbligo del preavviso solo gli scioperi in difesa dell’ordine costituzionale, *“pone lo sciopero politico sul medesimo piano sul quale si svolgono tutti gli altri tipi di sciopero anche per quel che riguarda la dinamica del rapporto di lavoro”*¹⁶².

Da ultimo anche la Corte di Cassazione si è espressa nel senso della liceità civile dello sciopero politico, osservando che *“Lo sciopero per fini non contrattuali consistenti nel contrasto e nell’opposizione all’invio di un contingente militare dello Stato italiano in territorio estero è legittimo e lecito sul piano non solo penale, ma anche civile, (v. Corte cost. n. 290 del 1974). Ne consegue che comportamenti del datore di lavoro diretti a contrastare l’iniziativa del sindacato che tale sciopero abbia proclamato, quale la valutazione come assenza ingiustificata dal lavoro della partecipazione dei dipendenti allo sciopero, possono costituire condotta antisindacale assoggettabile, nel concorso degli altri requisiti prescritti, al procedimento di repressione di cui all’art. 28 l. 20 maggio 1970 n. 300.”*¹⁶³

1.9.3. *Lo sciopero di solidarietà*

Non sono sorte, invece, particolari questioni esegetiche con riferimento al c.d. sciopero di solidarietà, ovverosia l’astensione dal lavoro attuata con il solo scopo di sostenere le rivendicazioni di altri lavoratori. La Corte costituzionale, infatti, è stata propensa a fare rientrare tale forma di lotta sindacale nella sfera di tutela prevista dall’art. 40 Cost.

¹⁶⁰ C. Cost. sent. n. 290/1974.

¹⁶¹ GHEZZI, G., e ROMAGNOLI, U., *op. cit.*, pp. 222-224; CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., e TREU, T., *op. cit.*, pp. 460 e 461.; PERA, G., *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986, fasc. 1, 460.

¹⁶² GHEZZI, G., e ROMAGNOLI, U., *op. cit.*, p. 215.

¹⁶³ Cass. sent. n. 16515/2004.

ogniquale volta “sia accertata l’affinità delle esigenze che motivano l’agitazione degli uni e degli altri, tale da fare fondatamente ritenere che senza l’associazione di tutti in uno sforzo comune esse rischiano di rimanere insoddisfatte”, e a condizione che vi sia “uno sciopero già in via di svolgimento” e che si tratti di “di lavoratori appartenenti alla stessa categoria dei primi scioperanti”¹⁶⁴.

L’unico motivo di dibattito è stato costituito dal fatto che l’originaria disposizione incriminatrice di tale forma di sciopero (art. 505 c.p.) non è stata oggetto di pronuncia di incostituzionalità, in quanto con la citata sentenza la Consulta si è espressa in via interpretativa, rimettendo al Giudice ordinario di verificare la sussistenza, nei singoli casi concreti, dei presupposti per la tutela dello sciopero, avuto riguardo alla specie e al grado del collegamento “tra gli interessi economici di cui si invoca la soddisfazione”.

La dottrina, in particolare, ha giudicato tale decisione in contrapposizione con il principio dell’autodeterminazione dell’interesse collettivo¹⁶⁵, ritenendo che anche lo sciopero di solidarietà riveste una funzione di strumento di partecipazione democratica¹⁶⁶ e che, pertanto, non possa andare incontro alle limitazioni imposte dalla Corte costituzionale nella suddetta pronuncia, in quanto tutti hanno interesse ad eque condizioni per tutti.

Come le altre norme costituzionali già esaminate, anche l’art. 40 Cost. è dotato di immediata precettività, per cui “...il diritto di sciopero è operante nell’ordinamento indipendentemente dalla emanazione di quelle norme legislative che, in base al disposto dell’art. 40 Cost. valgono a segnare legittimamente limiti e modalità”¹⁶⁷.

La mancata emanazione da parte del legislatore delle norme che avrebbero dovuto segnare i limiti e le modalità di esercizio del diritto di sciopero ha determinato tuttavia un vuoto normativo a cui, fino all’emanazione della sopra richiamata legge n. 146/1990, ha supplito la Corte Costituzionale spinta dall’esigenza di dover garantire tutela di fronte allo sciopero agli “..interessi fondamentali dello Stato previsti e protetti dalla Costituzione”, evitando “l’assurdo di un diritto suscettibile di svolgersi per un tempo indeterminato all’infuori di ogni limite”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ C. Cost. sent. n. 123/1962.

¹⁶⁵ GIUGNI, G., *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, p. 237; GHEZZI, G., e ROMAGNOLI, U., *op. cit.*, p. 221.

¹⁶⁶ PERA, G., “Lo sciopero di solidarietà nelle più recenti concezioni” in *Dir. Lav. RGL*, 1964, p. 3.

¹⁶⁷ C. Cost. sent. n.1/1974; C. Cost. sent. n.123/1962.

¹⁶⁸ C. Cost. sent. n. 31/1969.

Pur precisando di disporre “*di un potere più ristretto di quello proprio dell'organo legislativo*”, la Consulta ha infatti ritenuto di poter comunque fissare quelle limitazioni (dette “*coessenziali*”) desumibili “*o dal concetto stesso dello sciopero (qual è derivato dalla tradizione accolta dal costituente, e che si concreta nell'astensione totale dal lavoro da parte di più lavoratori subordinati, al fine della difesa dei loro interessi economici), oppure dalla necessità di contemperare le esigenze dell'autotutela di categoria con le altre discendenti da interessi generali i quali trovano diretta protezione in principi consacrati nella stessa Costituzione*”¹⁶⁹ .

A tal fine, la Corte costituzionale si è avvalsa della tecnica delle sentenze interpretative, a seconda dei casi di rigetto o di accoglimento, procedendo ad un'attenta selezione tra le disposizioni penali da abrogare in quanto ancora strettamente collegate al regime repressivo dell'ordinamento corporativo e quelle da preservare, seppure con l'apporto di opportune modifiche, in quanto finalizzate alla tutela di interessi ancora preminenti nell'attuale ordinamento¹⁷⁰ .

1.9.4. Diritto di sciopero e altri interessi

Conseguentemente, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 146/1990 (successivamente integrata e modificata dalla l. n. 83/2000) la Consulta ha considerato meritevoli di tutela di fronte ad un esercizio indiscriminato del diritto di sciopero tutta una serie di beni e gli interessi di preminente rilievo costituzionale, tra i quali la conservazione “*dell'integrità fisica e della vita delle persone*”¹⁷¹, la “*libertà di lavoro di chi non aderisce allo sciopero*”¹⁷², l'esclusione di “*ogni violenza*”¹⁷³, la “*sicurezza pubblica*”¹⁷⁴ e la “*sicurezza verso l'esterno*”¹⁷⁵ .

La stessa Corte Costituzionale ha sancito l'irrelevanza dell' “*entità del pregiudizio economico che il fatto puro e semplice della sospensione del lavoro infligge al datore di lavoro*”¹⁷⁶, ponendo come unico limite, perché lo sciopero possa essere attuato

¹⁶⁹ C. Cost. sent. n. 123/1962.

¹⁷⁰ PERONE, G., “La Giurisprudenza costituzionale in materia di sciopero e serrata” in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 364.

¹⁷¹ C. Cost. sent. n. 124/1962.

¹⁷² C. Cost. sent. n. 31/1969; C. Cost. sent. n. 290/1974.

¹⁷³ C. Cost. sent. n. 290/1974.

¹⁷⁴ C. Cost. sent. n. 4/1977.

¹⁷⁵ C. Cost. sent. n. 31/1969.

¹⁷⁶ C. Cost. sent. n. 124/1962.

legittimamente, l'adozione di *“tutte quelle cautele le quali si palesino necessarie ad evitare il pericolo o della distruzione degli impianti (essendo inammissibile, e contrario allo stesso interesse cui tende l'autotutela di categoria, che lo sciopero abbia per effetto di compromettere la futura ripresa del lavoro), oppure della produzione di danni alle persone o ai beni dello stesso datore, o, a più forte ragione, dei terzi”*¹⁷⁷. In buona sostanza, mentre è irrilevante il danno alla produzione, è illegittimo lo sciopero che impedendo una ripresa dell'attività aziendale, arrechi un pregiudizio alla produttività dell'impresa¹⁷⁸.

In attuazione del principio sinallagmatico di corresponsività delle prestazioni che sta alla base del rapporto di lavoro, lo sciopero ha come effetto la perdita della retribuzione per il lavoratore¹⁷⁹, anche per le corrispondenti quote di tredicesima mensilità¹⁸⁰, di ferie¹⁸¹, di festività e di riposi settimanali¹⁸², mentre al datore di lavoro è data facoltà di far fronte all'assenza dei lavoratori scioperanti con quelli non aderenti all'astensione (c.d. *crumiraggio*), senza che tale iniziativa possa considerarsi comportamento illegittimo o antisindacale¹⁸³, con il solo limite di non poterli adibire a mansioni inferiori o diverse¹⁸⁴.

¹⁷⁷ C. Cost. sent. n. 124/1962; C. Cost. sent. n. 317/1992.

¹⁷⁸ Cass. sent. n. 24653/2015; Cass. sent. n. 23552/2004 Cass. sent. n. 3303/1987; Cass. sent. n. 7443/1986; GHEZZI, G., e ROMAGNOLI, U., *op. cit.*, p. 228 – 230; CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., e TREU, T., *op. cit.*, p. 450.

¹⁷⁹ Cass. sent. n. 1628/1992.

¹⁸⁰ Cass. sent. n. 7196/2001.

¹⁸¹ Cass. sent. n. 1315/1985.

¹⁸² Cass. sent. n. 18195/2016.

¹⁸³ Cass. sent. n. 15572/2011; Cass. sent. n. 16368/2009; Cass. sent. n. 10164/2007.

¹⁸⁴ Cass. sent. n.14157/2012; Cass. sent. n.12811/2009.

Evoluzione legislativa, giurisprudenza e dottrinale in caso di licenziamento

2.1. La disciplina codicistica

2.1.1. Licenziamento e recesso

Il licenziamento, probabilmente più di ogni altro istituto di diritto del lavoro degli ordinamenti contemporanei, risulta essere figlio della rivoluzione industriale. Nell'area continentale europea infatti, il contratto di lavoro è una fattispecie in cui è insito il potere di una delle parti di recedere¹⁸⁵.

Per quanto attiene l'ordinamento italiano va fatta una precisazione preliminare, è solo il recesso unilaterale del datore di lavoro ad assumere la denominazione di "licenziamento", il recesso del lavoratore prende il nome di "dimissioni". Per inciso va rilevato che secondo il Codice civile, il recesso di parte datoriale, come quello del lavoratore, pur avendo base volontaria può essere sia *ad nutum* che per giusta causa¹⁸⁶. L'originaria disposizione di queste due modalità di cessazione del rapporto è contenuta negli articoli 2118 e 2119 del Codice civile del 1942 tutt'ora vigente. L'articolo 2118 stabilisce che ciascuna parte può porre fine alla relazione lavorativa a tempo indeterminato dandone comunicazione preventiva con le modalità indicate nello stesso articolo: il c.d. periodo di preavviso. Testualmente infatti "*Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità. In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro*".

Dal canto suo l'art. 2119 stabilisce che ciascuna parte può risolvere un contratto a tempo determinato, prima dello spirare del termine, o un contratto a tempo indeterminato, senza preavviso, per giusta causa. Questa è un fatto che impedisce il proseguimento, anche temporaneamente, del rapporto di lavoro tal che non ne consente la vigenza neanche durante il breve periodo necessario al preavviso di cui all'articolo precedente¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ZANGARI, G., "Licenziamento (voce)", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, Giuffrè, Varese, 1974, p. 638.

¹⁸⁶ BALLESTRERO, M., V., "Licenziamento individuale (voce)", in *Enciclopedia del diritto*, Annali V, Giuffrè, Milano, 2012, p. 791.

¹⁸⁷ TREU, T., *Labour law in Italy*, Wolters Kluwer, 2016, Milano, pp. 122 e 123.

L'articolo nella sua interezza specifica infatti che “*ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente.*” Al comma secondo sulla scorta legislazione speciale e della disciplina corporativa di epoca fascista si segnala come “*non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda*”.

Il recesso costituisce lo strumento principe e prevalente per porre fine ad un rapporto di lavoro *sine die*. Secondo l'opinione prevalente il recesso è un negozio giuridico tramite cui ci si svincola da un rapporto contrattuale. Vi sono opinioni secondo cui si tratterebbe di un diritto potestativo, mentre secondo altre non sarebbe nulla se non un atto di autonomia privata esorbitante dallo schema del negozio giuridico. Di regola il recesso è libero, irretroattivo, stragiudiziale e recettizio per cui non produce effetti fino a che non entra nella sfera di conoscibilità del soggetto verso cui è rivolto.

Va operata una distinzione fra recesso ordinario e recesso straordinario, il primo sarebbe la normale causa estintiva del rapporto di lavoro a tempo indeterminato *ex art. 2118* Codice civile vigente, il secondo anticipa la cessazione del rapporto a seguito di difformità e anomalie¹⁸⁸. Lo spirare del termine costituisce la modalità comune di cessazione del contratto di lavoro a tempo determinato. Parte della dottrina ritiene che il recesso sostituisca completamente la risoluzione giudiziale per inadempimento, in virtù della natura peculiare del contratto da cui deriva. Tuttavia, differenti modalità di estinzione del rapporto di diritto comune, come la risoluzione per mutuo consenso, sono da ritenere ammissibili nell'ordinamento¹⁸⁹.

2.1.2. *Genesi dell'attuale Codice civile*

L'ordinamento giuridico italiano nella vigenza del Codice civile del 1865 si è conformato al principio della intangibilità del vincolo contrattuale ed alla logica conseguenza della

¹⁸⁸ DIAMANTI, R., “Art. 2118” in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Coord. da GRANDI, M., e PERA, G., Cedam, Padova, 2005, p. 542.

¹⁸⁹ BALLESTRERO, M. V., *op.cit.*, p. 791.

irrisolubilità dei contratti durevoli, se muniti di un termine¹⁹⁰. Muovendo da questa fase dell'ordinamento, la dottrina e la giurisprudenza, anche probivirale (maggiormente propense a cercare soluzioni innovative) hanno cercato ugualmente di allargare le strette maglie del diritto civile, ritenendo che il licenziamento fosse un diritto nettamente in deroga o speciale rispetto allo *ius privatorum*. Che essendo composto da geometrie giuridiche vorrebbe che i contratti cessino di esistere per opera della stessa forza che li costituì, cioè mediante il comune dissenso dell'art. 1123 del Codice civile ottocentesco¹⁹¹. Merito del Barassi, eminente studioso della materia, è quello di aver portato alla luce l'esistenza dell'"*elemento fiduciare*", che compenetrerebbe tutto il rapporto di lavoro (locazione delle opere nella terminologia codicistica risalente). L'elemento fiduciario sembra essere un elemento tipico del contratto di lavoro in genere e particolarmente in quello di locazione delle opere. Si può asserire che la fiducia è una delle prime caratteristiche che si a mostra a chi si appropinqui ad esaminare questo rapporto, il quale ha per oggetto il dispendio di energia di una persona in favore della controparte. Il rapporto di reciproca fiducia non può mai mancare, pur graduandosi a seconda delle diverse attitudini richieste al lavoratore¹⁹². Dalle esatte parole di Ludovico Barassi "*Aggiungo per ultimo che nella nostra legislazione è espressamente riconosciuta l'importanza, di questo elemento fiduciario nella locazione di opere specialmente: in quanto, ad es., l'abuso di cotesta fiducia a scopi antiggiuridici la legge colpisce con maggior violenza*"¹⁹³.

La legge sul contratto d'impiego privato, regio decreto-legge 1825 del 1924 ed il Libro V del Codice civile del 1942 hanno recepito interamente l'orientamento culturale riassunto nell'opera di Barassi. La prima ha accolto per il rapporto impiegatizio, i due fondamentali tipi di licenziamento emersi nella prassi e nella giurisprudenza. Ad un recesso volontario, nel rapporto *sine die*, con la sola cautela del preavviso o dell'indennità, si contrapponeva un recesso giustificato per una grave mancanza, in grado di comportare l'immediata risoluzione del rapporto. Rispetto le indicazioni emerse dalla cultura giuridica, l'unica deviazione risiede nella definizione della causa giustificante del licenziamento in tronco.

¹⁹⁰ ZANGARI, G., *op.cit.*, p. 639.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² BARASSI, L., *Il contratto di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, Vol. I, Libreria, Roma, pp. 639-642.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 643.

È positivizzata in una mancanza: si rievoca così il concetto più ristretto dell'inadempimento o dell'inadempienza contrattuale¹⁹⁴.

2.1.3. Il Libro V del Codice civile

Per quanto riguarda il Libro V, basta guardare la relazione al Codice civile per vedere come vi siano norme poste a tutela degli interessi delle parti e in particolare a favore del prestatore di lavoro. L'art. 2118, in continuità con i principi generali, ha infatti sancito come ciascuna delle parti possa recedere incondizionatamente, salvo il termine o l'indennità sostitutiva. D'altro canto, nella parte della relazione dedicata all'art. 2119 viene specificato che quanto alla della giusta causa non è sembrato necessario discostarsi dalla nozione generalmente accettata dalla legislazione speciale e nella disciplina corporativa. Pertanto, la giusta causa si risolve in un fatto o in una situazione tali che il rapporto non possa proseguirsi, nemmeno provvisoriamente. La nozione, come emerge dalle parole dei relatori, è volutamente ampia ed elastica, cosicché possa essere omnicomprensiva di tutte quelle ipotesi che consentano l'omissione del preavviso e la risoluzione in tronco. Nella relazione si legge che visto che il comma 2 dell'art. 2119 è mirato ad eliminare questioni insorte nella pratica, è parso opportuno specificare che il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa non costituiscono giusta causa¹⁹⁵.

Gli artt. 2118 e 2119 c.c. consolidano i principi profusi nella legge impiegatizia, compiendo un'operazione di generalizzazione alla massa dei lavoratori subordinati, ivi comprendendo anche gli operai. L'art. 2119, in particolare, per definire la giusta causa di recesso unilaterale, trae spunto dal concetto accolto nel codice di commercio e nelle altre codificazioni europee nell'introdurre il concetto di "causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto". Prima degli interventi legislativi che hanno eroso il potere, il recesso *ad nutum* era la regola generale in materia, oggi vi è un ribaltamento per cui la facoltà necessita di giustificativi legali¹⁹⁶.

Si denota un certo *favor* verso il contratto *sine die*: è avvenuto un ribaltamento prospettico rispetto quanto statuito nel precedente codice. La preferenza verso il tempo indeterminato era mossa dal bisogno di evitare che, apponendo un termine al contratto, gli imprenditori

¹⁹⁴ ZANGARI, G., *op.cit.*, pp. 646-648.

¹⁹⁵ GRANDI, D., *Relazione al Codice civile*, 1943, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, pp. 194 e 195.

¹⁹⁶ DIAMANTI, R., *op. cit.*, p. 542.

potessero fraudolentemente privare i prestatori di lavoro subordinato del loro riconosciuto diritto al trattamento di fine rapporto.

Il licenziamento per giusta causa, quando il motivo giustificante faccia difetto o non abbia le caratteristiche indicate nell'art. 2119, è atto nullo. Nel sistema originario del codice non trovava spazio la stabilità reale perché nel sistema nessun principio e nessuna norma avevano disposto con riguardo alle conseguenze del licenziamento privo di giustificazione, tranne quanto statuito sull'indennità di mancato preavviso e sull'indennità di anzianità. Non era infatti previsto che dalla declaratoria di nullità del licenziamento dovesse l'effetto giuridico della reintegra del lavoratore senza soluzione di continuità¹⁹⁷.

2.1.4. *La nozione di giusta causa nell'art. 2119 c.c.*

Il concetto di giusta causa fin dalla sua introduzione ha destato per l'interprete il problema se ricondurla a fatti che ineriscono la violazione di obblighi strettamente contrattuali o se far rientrare nella nozione anche taluni fatti ulteriori rispetto il mero adempimento del rapporto obbligatorio.

La soluzione della questione attiene in particolar modo all'incidenza che vuole darsi alla fiducia di barassiana memoria. È sin dalla prima dottrina che si giustifica la cessazione del rapporto di lavoro attraverso lo strumento del recesso per fatti ulteriori ed esterni all'adempimento della prestazione “...Il lavoratore subordinato deve adempiere coscienziosamente la sua prestazione; la delicatezza del rapporto personale può essere intensificata sino alla creazione di un obbligo di fedeltà. Ma l'elemento fiduciale non può mai mancare, pur variando la sua importanza a seconda del grado speciale di attitudini di lavoro richiesto nel lavoratore: rientra qui l'importanza giuridica della distinzione sopra accennata tra lavoro qualificato e non qualificato. E cioè: la persona del debitore del lavoro ha sempre qualche rilevanza, anche quando l'opera sua sia determinata nel genere, e ammetta quindi la sostituibilità con altro lavoratore. [...] Come si vede, qui la sussistenza del rapporto di subordinazione ha la sua importanza, in quanto necessaria condizione perché si possa discorrere di un affidamento del lavoratore nel creditore del lavoro in base a qualità e attitudini personali di quest'ultimo, che hanno importanza laddove il contatto tra le parti fa risaltare al lavoratore la rilevanza di queste attitudini.

¹⁹⁷ ZANGARI, G., *op.cit.*, pp. 646-648.

La subordinazione è rapporto di autorità, checché se ne dica, e vuol essere temperata e resa sopportabile dalla equitativa (art. 1124) sua attuazione per parte dell'industriale, del principale, ecc. Vedremo quanto la sensibilità dei dipendenti sia acuta per ciò che riguarda le attitudini personali di chi interviene col proprio criterio direttivo a disciplinare il lavoro... ”¹⁹⁸.

Lo stretto legame fra imprenditore e lavoratore è tale che il timore di mancanze nei futuri adempimenti di quest'ultimo è idoneo a giustificare il recesso in tronco. Da contraltare a questa teoria vi è quella c.d. contrattuale, che ricerca fra i giustificativi del licenziamento in tronco un inadempimento contrattuale colpevole¹⁹⁹.

La definizione di giusta causa più comune nella giurisprudenza è quella di grave lesione della fiducia del datore di lavoro nel proprio dipendente, tale da non consentire la prosecuzione, neppure temporanea del rapporto, tenuto conto altresì della natura di quest'ultimo e del grado di fiducia che esso postula. La “giusta causa” è una clausola generale dell'ordinamento e richiede necessariamente una specificazione giurisprudenziale, ed è pertanto sottoponibile a giudizio di Cassazione sotto il profilo della violazione di legge²⁰⁰.

2.1.5. Elemento soggettivo e oggettivo

Ai fini della giusta causa non si può prescindere dall'elemento soggettivo della condotta del dipendente in particolare deve tenersi conto delle circostanze e condizioni della condotta, dei modi e degli effetti ed anche dell'intensità dell'elemento psicologico. Sul punto è illuminante la sentenza della Cassazione n. 13354 del 29 novembre 1999, afferma che non è sufficiente l'irregolarità oggettiva della condotta per fondare il giudizio di proporzionalità tra atto e licenziamento, giacché non deve guardarsi al fatto astrattamente considerato ma lo si deve calare in una dimensione concreta²⁰¹.

Corollario di questa impostazione della giusta causa è la rilevanza del comportamento antecedente la condotta rilevante ai fini della giusta causa al solo scopo di valutare la

¹⁹⁸ BARASSI, L., *op. cit.*, pp. 641 e 642.

¹⁹⁹ DIAMANTI, R., “Art. 2119” in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Coord. da GRANDI, M., e PERA, G., Cedam, Padova, 2005, p. 546.

²⁰⁰ GRATTAGLIANO, A. N., “La giusta causa” in *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, Coord. da RICCI, R., Vol. II, Utet, Torino, 2004, p. 2166.

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 2178- 2180.

situazione nel complesso. *“Ma, se si tiene conto che i pregressi comportamenti del lavoratore possono venire in considerazione, in materia di licenziamento disciplinare, non come ulteriori fatti o cause autonome di recesso datoriale, ma come circostanze confermatrici del comportamento contestato al lavoratore, in quanto la valutazione dei fatti pregressi contribuisce ad una più adeguata ricostruzione - sotto il profilo psicologico e con riguardo alla personalità del lavoratore - del fatto contestato al fine di apprezzarne la gravità ed il rapporto di proporzionalità con il provvedimento sanzionatorio (sent. 4336 del 1985), appare di tutta evidenza che la omessa valorizzazione delle circostanze che avevano caratterizzato il comportamento aziendale del Ferrò ha portato il Tribunale a formulare un erroneo giudizio sull'atteggiamento assunto a manifestato da esso Ferrò in occasione delle vicende che avevano determinato il suo licenziamento”*²⁰².

Andando all'elemento oggettivo della giusta causa, è maggioritaria quella concezione giurisprudenziale che non dà alcuna rilevanza alla tenuità del fatto dannoso gravante su parte datoriale²⁰³. Il punto di partenza da cui muove la giurisprudenza è sempre quello di valutare se sussiste una causa che possa portare ad una grave irreparabile compromissione della fiducia del datore di lavoro nei confronti del lavoratore. La non gravità del comportamento può essere stimata non con il parametro della tenuità del danno patrimoniale, ma più coerentemente in relazione al parametro della tenuità del fatto oggettivo. Assenza ed esiguità del danno non sono altro che fattori sulla cui base valutare l'impatto del fatto o dell'omissione sul legame di fiducia fra le parti del contratto ex 2094 c.c.²⁰⁴.

Va a questo punto fatta un'opportuna precisazione, le disposizioni analizzate, ed in particolare quelle di cui all'art. 2118, operano oggi in via residuale, in quanto a partire

²⁰² Cass sent. n. 7042/1987

²⁰³ Cfr. ex multis Cass. sent. 24014/2017 *“...la modesta entità del fatto può essere ritenuta non tanto con riferimento alla tenuità del danno patrimoniale, quanto in relazione all'eventuale tenuità del fatto oggettivo, sotto il profilo del valore sintomatico che lo stesso può assumere rispetto ai futuri comportamenti del lavoratore e, quindi, alla fiducia che nello stesso può nutrire l'azienda, essendo necessario al riguardo che i fatti addebitati rivestano il carattere di grave negazione degli elementi del rapporto di lavoro e, specialmente, dell'elemento essenziale della fiducia, cosicché la condotta del dipendente sia idonea a porre in dubbio la futura correttezza del suo adempimento. Alla luce di tali principi deve, quindi, essere condiviso il giudizio valoriale di gravità della condotta contestata e di proporzionalità della sanzione espulsiva, formulato dalla Corte territoriale in corretta applicazione dei principi innanzi richiamati.”*

²⁰⁴ GRATTAGLIANO, A. N., *op. cit.*, p. 2197.

dalla l. n. 604/1966 il legislatore ha profondamente innovato la materia introducendo le nozioni di giustificato motivo oggettivo e soggettivo del licenziamento comminato dal datore di lavoro.

2.1.6. *L'efficacia reale del preavviso e...*

L'inadempimento dell'obbligo del preavviso non ha alcuna incidenza sulla validità del licenziamento. L'ordinamento appronta unicamente dei rimedi monetari, come dispone il comma 2 dell'articolo in esame. È prassi che va consolidandosi che il datore di lavoro, contestualmente al recesso, paghi al proprio dipendente l'indennità di mancato preavviso. Questa interruzione del rapporto, secondo chi propende per la tesi della c.d. l'efficacia reale del preavviso, non interrompe immediatamente il rapporto che rimarrà così in vita fino all'effettivo decorso del termine di legge²⁰⁵. L'unico effetto di questa modalità di licenziamento, in pendenza del termine, è solo quello che il lavoratore non sarà più tenuto ad eseguire la propria prestazione (salvo diverso accordo fra le parti)²⁰⁶.

Sin dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 11094 del 15.05.2007, emerge come la giurisprudenza della Corte di Cassazione si trovi divisa in due orientamenti. La tesi prevalente ritiene che il preavviso abbia efficacia reale, quindi ciascuno dei contraenti può recedere dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato previo preavviso, il diritto a lavorare durante il preavviso necessita però il consenso di parte datoriale. L'orientamento opposto citato dalla Corte nella medesima sentenza ritiene che in caso di recesso *ad nutum*, il contraente che non recede non debba prestare il proprio consenso per giungere all'immediata conclusione del rapporto, in questo caso infatti il rapporto si risolve istantaneamente. Nella fattispecie la parte recedente dovrà soltanto corrispondere l'indennità sostitutiva. Questa tesi richiama il tenore letterale dell'art. 2118 che non accenna al consenso di chi non recede. *“L'orientamento che afferma l'efficacia obbligatoria del preavviso appare avere maggior fondamento testuale (ove si consideri altresì che la stessa indennità è dovuta in caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro: art. 2118 c.c., comma 3); ma anche esso, individuando, con*

²⁰⁵ PICCARI, M., “L'ambito di residua applicazione del licenziamento ad nutum” in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milano, 2017, pp. 1348 e 1349.

²⁰⁶Cfr. Cass. sent. n. 8717/1990.

l'articolo 2118 c.c., comma 2, il contenuto dell'obbligazione nel pagamento della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, collega il contenuto dell'obbligazione al tempo del preavviso, e deve assegnare così rilevanza alle modifiche retributive intervenute nel periodo di preavviso, così pervenendo ai medesimi risultati dell'orientamento che parla di efficacia reale”²⁰⁷. In questo senso la differenza tra il recesso in tronco consentito dall'articolo 2119 c.c., per giusta causa e il recesso con preavviso consentito dall'articolo 2118 c.c., non può essere limitata al pagamento dell'indennità di preavviso ma dovrà comportare la conservazione dei diritti retributivi che sarebbero maturati durante la pendenza del preavviso. In ragione di questa affermazione si è ritenuto che siano rilevanti gli aumenti retributivo intervenuti nel corso del preavviso.

Il quadro tradizionale si è così arricchito di elementi di complessità prima sconosciuti. Mentre questa pronuncia continua a propendere per la tesi maggioritaria il 21.05.2007, solo qualche giorno dopo, la medesima Corte con la sentenza n. 11740 sancisce che molteplici ragioni sia di orine letterale che logico-sistematiche portano ad accogliere la tesi dell'efficacia obbligatoria del preavviso.

2.1.7. ...l'efficacia obbligatoria

Secondo la sentenza n. 11740, l'art. 2118 ha una formulazione tale che riconosce inequivocabilmente ad entrambe le parti del rapporto ex 2094 c.c. il diritto di recedere dal contratto dando il preavviso e che regola esaustivamente le conseguenze del preavviso. Secondo la suddetta impostazione la formula normativa impedisce che l'interprete possa dedurre che il rapporto continui durante il periodo di preavviso. *“Alla stregua delle considerazioni svolte questa Corte ritiene che non occorre il consenso di entrambe le parti per impedire la prosecuzione del rapporto sino alla scadenza del termine di preavviso, potendosi pervenire a tale risultato anche unilateralmente, e cioè da parte del solo recedente [...] E che la soluzione seguita si lasci preferire perché risponde oltre che, come visto, all'assetto ordinamentale dell'epoca in cui la norma codicistica è stata emanata, anche a quello attuale, risulta con chiarezza solo che si consideri che, ogni volta che il legislatore ha inteso rendere operativo un rapporto lavorativo (non più*

²⁰⁷ Cass. sent. n. 11094/2007.

assistito dalla comune volontà delle parti ed in cui venga conseguentemente a cessare la corrispettività tra prestazione lavorativa e retribuzione) sino in qualche misura ad assimilarlo sul piano meramente fattuale ad un rapporto valido ed efficace, ha perseguito tale finalità, in caso di illegittimità della condotta, sanzionando il datore di lavoro attraverso il riconoscimento della nullità assoluta [...] del rapporto lavorativo, e nel caso in cui non si riscontri, invece, alcuna condotta addebitabile, recuperando - in un'ottica di bilanciamento di interessi contrapposti ma ugualmente protetti a livello costituzionale - in termini di efficacia un rapporto che risulta sospeso in ragione del venir meno della corrispettività tra retribuzione e prestazione lavorativa...²⁰⁸".

In questo modo si consente l'ingresso nel diritto vivente di quella tesi minoritaria che riconosceva al preavviso efficacia meramente obbligatoria. La Corte riconosce quindi unilateralmente alla parte recedente la potestà di interrompere il rapporto lavorativo in tronco semplicemente previo pagamento dell'indennità di cui al comma 2 dell'art. 2118. L'orientamento fin qui definito minoritario a seguito del *revirement* giurisprudenziale del 2007, facendo autorevoli proseliti è ora quello maggioritario come provato peraltro da recentissime sentenze "... Quanto al principio dell'efficacia (reale o obbligatoria) del preavviso, si premette che la Corte non ha esaminato la portata delle relative previsioni della contrattazione collettiva, sicché trattasi di questioni nuove che come tali non possono essere esaminate nel giudizio di legittimità, neppure esplicitandosi se ed in che modo esse sarebbero state poste nel giudizio di merito. Sotto l'altro profilo posto, il motivo è infondato, in quanto la Corte territoriale si è attenuta al principio reiteratamente affermato da questa Corte, cui occorre dare continuità, secondo il quale alla stregua di una interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art. 2118 c.c., nel contratto di lavoro a tempo indeterminato il preavviso non ha efficacia reale - che comporta, in mancanza di accordo tra le parti circa la cessazione immediata del rapporto, il diritto alla prosecuzione del rapporto stesso e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine ma efficacia obbligatoria²⁰⁹". Se una delle parti recederà con effetto immediato, altrettanto rapidamente si avrà la risoluzione del rapporto. Continua a permanere soltanto l'obbligo di parte recedente di corrispondere

²⁰⁸ Cass. sent. n. 11740/2007.

²⁰⁹ Cass. sent. n. 12204/2016.

l'indennità di mancato preavviso, da questo momento non hanno alcuna influenza gli eventuali avvenimenti posteriori. La parte recedente può comunque, in piena legalità, acconsentire alla prosecuzione del rapporto di lavoro, prolungandone così l'efficacia fino allo spirare del termine di preavviso.

2.2. Il giustificato motivo nella l. n. 604 del 1966

2.2.1. Le legge n. 604 del 1966

Alle norme del Codice civile sono succedute diverse leggi speciali, sicuramente in linea con lo spirito innovatore della Costituzione del 1948, la più importante delle quali, ai fini di un'indagine sul licenziamento nell'ordinamento italiano, è senz'altro la legge 604 del 1966. Questa è stata preceduta nei suoi contenuti fondamentali dagli accordi interconfederali per l'industria del 1950 e del 1965 in materia di licenziamenti individuali e collettivi²¹⁰.

Il 29 aprile 1965 viene stipulato l'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali, che ha segnato l'inesorabile fine del principio puramente civilistico e liberale del recesso *ad nutum*. Nell'accordo si legge il tentativo in *extrema ratio* di CISL e Confindustria di fermare sul nascere un possibile intervento del legislatore nella delicatissima materia, però i primi governi repubblicani di centro-sinistra pongono sin da subito in agenda come prioritaria la questione del licenziamento²¹¹.

I più evidenti e principali risultati della legge 604 del 1966 sono l'aver soppresso la regola della libera recedibilità con preavviso dal rapporto di lavoro, l'aver introdotto il principio della giustificatezza del licenziamento individuale con il giustificato motivo di licenziamento con preavviso. La legge ha introdotto infatti il concetto di giustificato motivo di licenziamento a carattere soggettivo, che consiste in un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, e quello a carattere oggettivo consistente in ragioni inerenti alla attività produttiva alla organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, si è introdotta la condanna del datore inadempiente al pagamento di un'indennità in denaro al lavoratore²¹².

²¹⁰ SCOGNAMIGLIO, R., "Intorno alla storicità del diritto del lavoro" in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 4, 2006, p. 375.

²¹¹ ICHINO, P., "I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla metà degli anni '50 alla legge sui licenziamenti individuali" in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 3, 2007, p. 249.

²¹² SCOGNAMIGLIO, R., *op. cit.*, p. 375.

Fu Gino Giugni, uno dei più grandi giuslavoristi italiani, a scrivere quello che verrà considerato l'architrave della legge, ovverosia la definizione legislativa del giustificato motivo oggettivo: "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa". La scelta terminologica non fu affatto casuale e fu adoperata per impedire che si utilizzasse, come parametro di legalità nell'esercizio del potere di recesso, la temuta nozione di "interesse dell'impresa" la quale avrebbe potuto essere interpretata come un'apertura da parte del legislatore alle teorie istituzionalistiche o organicistiche.

Senza celarsi dietro facili ipocrisie, non va sottaciuto che la locuzione usata dal legislatore è essenzialmente sovrapponibile a quella dall'aria istituzionalistica. L'obiettivo seguito è in ogni caso quello ancorare le motivazioni che sottostanno al licenziamento ad un ordinario e regolare funzionamento dell'impresa; questo interesse, distinto da altri possibili in capo all'imprenditore, diventa scriminante.

La scelta lessicale compiuta dal nel 1966 ha contribuito ad evitare che tornassero in auge teorie istituzionaliste-organiciste, l'effetto concreto della norma però consiste nel delegare al giudice l'individuazione di un "interesse oggettivo dell'impresa" meritevole di tutela. La norma presuppone pertanto una distinzione tra l'interesse oggettivo in capo all'impresa e quello soggettivo in capo all'imprenditore²¹³.

2.2.2. *Le innovazioni della disciplina*

La legge n. 604/1966 probabilmente non avrà rivoluzionato l'ordinamento nelle sue fondamenta, anche perché ha semplicemente recepito quanto statuito dall'accordo interconfederale del 1965; va però riconosciuta una certa evoluzione verso una maggiore protezione del lavoratore. È essenziale comprendere quali siano le innovazioni introdotte dalla legge anche perché esse hanno costituito il terreno fertile su cui nascerà la legge 20 maggio 1970 n. 300. Parte della dottrina giudicò negativamente il nuovo impianto normativo, è da supporre che essa abbia accentrato la propria attenzione sull'art. 8 della legge: quello che ha accolto l'alternatività tra riassunzione e semplice pagamento di un'indennità nel caso in cui non ricorressero gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo.

²¹³ ICHINO, P., *op. cit.*, p. 249.

La legge contiene delle innovazioni a cominciare dall'art. 1 che ha stabilito la regola generale secondo cui, nell'ambito del contratto a tempo indeterminato “*il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. o per giustificato motivo*”. Il principio del recesso *ad nutum* è tramontato, fatte salve le riconosciute eccezioni al campo operativo della legge. Da ora in poi sarà onere dell'imprenditore addurre le giustificazioni del licenziamento all'atto della sua comunicazione.

Per taluni aspetti la giustificazione del licenziamento modifica parzialmente la situazione previgente: empiricamente può dirsi che è difficile che l'imprenditore che licenzia, lo fa senza alcun motivo giustificante, i dati di esperienza dicono che la ragione giustificativa allegata la maggior parte delle volte altro non era se non uno specchietto per le allodole che celava l'illimitata libertà del licenziamento oppure dissimulava il motivo reale a base della decisione. Quindi la novità legislativa non è tanto il principio della giustificazione, quanto il giustificato motivo *ex art. 3*. Peraltro, all'art. 1 va il merito di aver segnato il momento di transizione dal licenziamento quale atto libero al licenziamento come atto discrezionale.

Con la nuova disciplina l'interesse alla risoluzione prevale su quello del lavoratore alla conservazione del posto soltanto laddove manchi il motivo tipicamente individuato dalla legge quale fondamento dello stesso potere di licenziamento, mentre nel caso opposto l'interesse prevalente è quello di cui è titolare il soggetto debole. Avviene un cambiamento copernicano rispetto a quanto stabilito dall'art. 2118 e assume un nuovo senso anche l'art. 2119, la cui giusta causa perde il monopolio giuridico. Il legislatore, bilanciando così gli interessi in gioco, rinuncia al paleo-liberalismo della *par condicio* delle due parti e configura un meccanismo a tutela della parte più incisa nella propria sfera giuridica a seguito del recesso. L'ampia portata del criterio del giustificato motivo di licenziamento e le scarse conseguenze riferibili al licenziamento ingiustificato però consente la vigenza del classico *imperium* dell'imprenditore datore di lavoro.

Se in precedenza eventuali limiti del potere di licenziamento dell'imprenditore potevano esser individuati tramite sindacato successivo ora il legislatore, avendo introdotto una qualificazione *ex ante* del licenziamento per mezzo della quale l'illiceità del motivo non è più rilevabile con somma difficoltà ma discende dai motivi in concreto adottati dal datore

di lavoro confrontati coi motivi descritti dalla norma, rende più agevole per il lavoratore tutelarsi dinnanzi l'autorità giudiziaria.

Il licenziamento per giustificato motivo diventa l'unico modo in cui è possibile risolvere il rapporto in quanto il sistema, salve rare eccezioni, non riconosce più il licenziamento *ad nutum* o privo di giustificazione. Intanto l'art. 2119 è stato mantenuto in vigore dalla legge 604 del 1966, così l'art. 3 nel riconoscere il diritto al preavviso parte dal presupposto che il fatto addotto come giustificato motivo sia meno grave o meno rilevante della giusta causa talché per la durata del preavviso è accettabile la temporanea permanenza del lavoratore nell'organico dell'impresa. Va ribadito che la principale novità della legge rispetto agli autorevoli principi dello *ius commune* è individuabile nel un nuovo assetto di interessi per cui va limitato dall'esterno l'esercizio del potere di licenziamento²¹⁴.

Infine, quanto stabilito dall'art. 8 denota un salto di qualità rispetto al precedente ordinamento nel punto in cui ammette una opzione tra l'obbligo della riassunzione e quello del pagamento della penale. Il potere di licenziamento, per effetto del nuovo sistema, è illegittimo ogniqualvolta sia assente il motivo dell'art. 1: è chiaro che non ottemperando all'ordine giudiziale della riassunzione entro i prescritti tre giorni, il datore di lavoro dovrà risarcire il danno in misura di legge²¹⁵.

2.2.3. Nozione di giustificato motivo

Conviene ora soffermarsi sulla nozione di giustificato motivo nelle sue due accezioni oggettiva e soggettiva. Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 604 del 1966 “*nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. o per giustificato motivo*”. Accanto ai motivi giustificati di licenziamento con preavviso, definiti dall'art. 3 della legge 604, la stessa mantiene in auge la nozione di giusta causa in caso di licenziamento senza preavviso, rinviando per ciò all'art. 2119 c.c. Gli artt. 1 e 3, non hanno subito

²¹⁴ ZANGARI, G., *op.cit.*, pp. 652-655.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 656.

modificazioni essenziali ad opera della successiva legge n. 108 del 1990, tranne alcuni ritocchi in ordine all'ampliamento del loro ambito di applicazione²¹⁶.

Il giustificato motivo oggettivo, dopo il Jobs Act del 2015, si era temuto potesse diventare un mero esercizio accademico o poco più. Questo perché la totale monetizzazione del licenziamento economico privo di giustificazioni avrebbe potuto rendere vano il principio introdotto nel 1966, i timori però non appaiono così radicali nella pratica. La giurisprudenza in materia è in evoluzione costante e la dottrina più autorevole si è dedicata alla sistematizzazione del giustificato motivo oggettivo nella mutata realtà. Va detto però *en passant* che i timori erano anche fondati sulla forte compressione della discrezionalità del giudice nel definire le sanzioni del caso concreto. sempre ad opera della normativa del 2015²¹⁷.

Il principio del giustificato motivo è da ritenere pienamente valido nella sua formulazione primigenia ancora oggi, per tutti i lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del c.d. Jobs Act (decreto legislativo 23/2015). Il fatto che la stragrande maggioranza delle innovazioni presenti nel dettato della 604/1966 è sostanzialmente trasfusa nelle disposizioni del suddetto decreto legislativo lo rende valido anche per gli assunti successivamente alla sua entrata in vigore. La nozione di giustificato motivo non è messa in discussione dalle novità degli ultimi convulsi anni²¹⁸.

2.2.4. *Il giustificato motivo oggettivo*

L'art. 3 individua due ambiti ai quali può riferirsi il giustificato motivo oggettivo legittimante il licenziamento. Da un lato vi sono motivi che ineriscono all'attività produttiva, dall'altro vi sono ragioni che attengono più propriamente all'organizzazione del lavoro. I primi riguardano le cause di soppressione del posto di lavoro, mentre il secondo profilo, quello delle ragioni organizzative, attiene le altre ipotesi che, pur riguardanti la persona del lavoratore, non possono essere considerate inadempimento²¹⁹. In molteplici sentenze la Suprema Corte di Cassazione ha riempito di significato la nozione di giustificato motivo oggettivo, "*in tema di licenziamento, sulla base di una corretta*

²¹⁶ BALLESTRERO, M. V., *op. cit.*, pp. 800-801.

²¹⁷ MARCO FERRARESI, M., "Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento" in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 2, 2018, p. 531.

²¹⁸ *Idem*.

²¹⁹ GRATTAGLIANO, A. N., "Il giustificato motivo" in *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, Coord. da RICCI, R., Vol. II, Utet, Torino, 2004, pp. 2166. 2274.

interpretazione dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, il giustificato motivo oggettivo deve identificarsi nelle vicende e/o negli eventi che, per l'incidenza immediata sulla realtà aziendale in cui il lavoratore è inserito, cagionano l'effettiva esigenza del datore di porre fine al rapporto di lavoro²²⁰”.

In questi casi la Corte fa rientrare tanto i licenziamenti intimati a causa del sopravvenire di peculiari esigenze aziendali che impongono che il posto di lavoro sia soppresso, quanto i licenziamenti che siano originati da atti o situazioni che facciano capo al lavoratore, a patto che non siano riconducibili ad una forma di inadempimento. “*[...] Tali ultimi licenziamenti rappresentano il contenuto della fattispecie dei licenziamenti per ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, nelle quali è da ricomprendere la sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa, disciplinata dal combinato disposto degli art. 1464 c.c. e l legge. n. 604 del 1966, secondo cui la legittimità del licenziamento presuppone la dimostrazione, da parte del datore di lavoro, sia delle ragioni tecnico - produttive che rendevano impossibile di attendere la rimozione del temporaneo impedimento alle normali funzioni del lavoratore, sia delle analoghe ragioni ostative a un impiego del medesimo, con mansioni almeno equivalenti, in luoghi diversi; entrambi tali tipi di ragioni devono, poi, essere valutati dal giudice di merito tenendo conto delle oggettive esigenze dell'impresa, delle dimensioni della stessa, de tipo di organizzazione tecnico - produttiva ivi attuato, del periodo di assenza (e/o impedimento), della ragionevolmente prevedibile, secondo un giudizio "ex ante", protrazione della medesima (e/o del medesimo) e della natura delle mansioni espletate dal lavoratore... ”²²¹.*

Le situazioni che riguardano la persona del lavoratore non sono unanimemente ricondotte all'art. 3 della legge 604/1966 come testimonia, tra le tante, a la sentenza della Corte di Cassazione n. 7755 del 1998 che tratta il tema del lavoratore inabile²²². In ogni caso il

²²⁰ Cass. sent. n. 7904/1998.

²²¹ Cass. sent. n. 7904/1998.

²²² Secondo Cass. sent. n. 7755/1998 *"La sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (artt.1 e 3 l. n. 604 del 1966 e 1463, 1464 cod. civ.), non è ravvisabile nella sola ineseguibilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore, ma può essere esclusa dalla possibilità di altra attività riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 cod. civ.) o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori, purché essa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore".*

giustificato motivo oggettivo per ragioni di impresa o economiche è prevalentemente ricondotto all'art. 3 appena menzionato, quest'ultima accezione viene indentificata con le modificazioni dell'organizzazione aziendale che rendono necessarie per il datore di lavoro la soppressione del posto. Il giustificato motivo oggettivo, come precedentemente accennato, ha sin da subito richiesto un intervento giurisprudenziale per la sua specificazione.²²³

Nella interpretazione della norma in esame un punto cardine è quello della insindacabilità delle scelte di merito compiute da parte datoriale. Al giudice è consentito esclusivamente un mero controllo di legittimità sulle scelte del datore di lavoro le quali hanno copertura costituzionale: ai sensi dell'art. 41 della Costituzione *“l’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*. Al contrario, se il potere giudiziario si inserisse nella materia in questione vagliando il merito della procedura di licenziamento, si avrebbe una violazione di una norma di rango superiore.

Le ragioni organizzativo-produttive di cui all'art. 3 della legge 604 del 1966, sebbene scomponibili in due profili, ai fini applicativi vengono considerate quali endiadi. È sufficiente che la triplice ragione che costituisce la fattispecie legislativa di giustificato motivo oggettivo sia effettiva e veritiera, senza che sia necessario scendere in distinzioni bizantine.

Quello che la giurisprudenza impone è una rigorosa valutazione del nesso fra la ragione posta alla base del licenziamento e l'atto di espulsione del lavoratore. La ricerca di causalità fra i due momenti è pertanto necessaria per valutare se il licenziamento sia stato fatto in *extrema ratio* o meno²²⁴, infatti *“affinché possa configurarsi la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non è sufficiente accertare la sussistenza delle ragioni addotte dal datore di lavoro a sostegno della modifica organizzativa da lui attuata, essendo sempre necessario che dette ragioni incidano, in*

²²³ CAIROLI, S., “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015” in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017, pp. 1421-1424.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 1424-1426

termini di causa efficiente, sulla posizione lavorativa ricoperta dal lavoratore licenziato, solo così potendosi verificare la non pretestuosità del recesso²²⁵.”

2.2.5. *Fattispecie di giustificato motivo oggettivo*

Secondo le continue interpretazioni giurisprudenziali, sussistono varie ipotesi comunemente ricondotte alla nozione analizzanda. In primo luogo, vengono in luce le ragioni inerenti all'attività produttiva²²⁶, queste sono innanzitutto connesse alla soppressione del posto di lavoro o del reparto a cui è addetto il lavoratore. La fattispecie non richiede che siano sopresse in toto le mansioni a cui il lavoratore era addetto²²⁷, è sufficiente che vengano meno le mansioni svolte in modo prevalente. Nella fattispecie va fatta rientrare anche l'ipotesi di licenziamento connesso al riassetto dell'organizzazione aziendale²²⁸.

Sotto un'altra prospettiva si è ritenuto che la soppressione del posto di lavoro possa essere cagionata da una scelta dell'imprenditore di esternalizzare²²⁹ ovvero dalla decisione di impiegare macchinari anziché lavoratori²³⁰. In secondo luogo, vanno sottolineate le ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro²³¹. In questa categoria si raccolgono tutte quelle ipotesi che sono caratterizzate dal fatto che il lavoratore ha perso la propria capacità ad espletare correttamente la prestazione connessa al rapporto contrattuale con il datore, incapacità che però non può essere ricondotta al notevole inadempimento degli obblighi *ex contractu*.

Dopo una prima fase di incertezza, il licenziamento per superamento del periodo di comporto ora viene riconosciuto come una specificazione del giustificato motivo oggettivo. Il superamento del periodo di comporto è condizione sufficiente a legittimare il recesso, e pertanto non è necessaria, nel caso, la prova del giustificato motivo oggettivo né quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa né ancora quella

²²⁵ Cass. sent. n. 8661/2019.

²²⁶ DI CERBO, V., “sub Art. 3 Legge 15 luglio 1966 n. 604”, in *Diritto del lavoro*, Coord. da AMOROSO, G., DI CERBO, V., MARESCA, A., Vol. II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1461-1465.

²²⁷ Cfr. Cass. sent. n. 12764/1997.

²²⁸ Cfr. Cass. sent. n. 21282/2006 e Cass. sent. n. 12514/2004.

²²⁹ Cass. sent. n. 6222/1998.

²³⁰ Cass. sent. n. 4164/1991.

²³¹ DI CERBO, V., *op. cit.*, pp. 1490-1491.

della correlativa impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse²³². L'inidoneità fisica del prestatore²³³ indica una situazione di fatto legittimante il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si ritiene²³⁴ che essa sia una specificazione dell'art. 1464 c.c. il quale indica la possibilità di recesso di una parte nei contratti sinallagmatici se la prestazione di controparte sia parzialmente impossibile e non abbia un apprezzabile interesse all'adempimento parziale. *“Nel caso di sopravvenuta inidoneità psico-fisica del prestatore alle mansioni assegnategli, il datore di lavoro può legittimamente procedere al licenziamento del dipendente per giustificato motivo obiettivo, ai sensi dell'art. 3 l. 15 luglio 1966 n. 604, soltanto ove dimostri l'assoluta impossibilità di utilizzare il medesimo, proficuamente per l'azienda e compatibilmente con il suo accertato stato di salute, in altra posizione o in altre mansioni dell'attuale contesto organizzativo aziendale”*²³⁵, il riferimento all'attuale contesto aziendale esclude che il datore di lavoro abbia l'onere o l'obbligo di stravolgere la propria organizzazione aziendale per reimpiegare il lavoratore inabile²³⁶.

Il fatto che la soppressione del posto conduca ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo non può dedursi a priori ma va fatto in ragione delle cause mediate della stessa soppressione: altrimenti, dato che il licenziamento è per definizione, un ridimensionamento, la soppressione del posto potrebbe sempre essere addotta a copertura causando una distorsione nel sistema²³⁷.

Fra le ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione, va menzionato infine il c.d. provvedimento dell'autorità²³⁸. Il *factum principis* può dar luogo sia ad una impossibilità della prestazione definitiva, ad esempio nel caso del condannato alla pena dell'ergastolo (in questo caso la sussistenza del giustificato motivo è pacifica in giurisprudenza); sia ad una impossibilità temporanea della prestazione. Questo secondo

²³² Cass. sent. n. 1404/2012.

²³³ DI CERBO, V., *op. cit.*, pp. 1491-1500.

²³⁴ Cfr. Cass. sent. n. 4012/1998 e Cass. sent. n. 8/1988.

²³⁵ Cass. sent. n. 10914/2005.

²³⁶ Cfr. la recentissima sentenza del Tribunale Teramo sez. lav., 08/01/2019, n.417 che recependo Cassazione costante stabilisce che *“può ritenersi legittimo il recesso del datore di lavoro solo quando sia provata l'impossibilità di adibire il lavoratore, la cui prestazione sia divenuta parzialmente impossibile, a mansioni equivalenti e compatibili con le sue residue capacità lavorative, senza che ciò comporti una modifica dell'assetto aziendale”*.

²³⁷ MARCELLO PEDRAZZOLI, M., “Licenziamenti: vecchi paradigmi e nuove prospettive di regolazione Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie” in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 4, 2018, p. 993.

²³⁸ DI CERBO, *op. cit.*, pp. 1501-1502.

caso ha dato luogo ad un ampio contenzioso, ormai si ritiene che essa sia una giustificazione idonea per intimare il licenziamento. Si veda ad esempio il caso di un dipendente di società appaltatrice di un comune commissariato che trovandosi in una situazione di “incompatibilità ambientale” è stato legittimamente licenziato²³⁹.

2.2.6. *Il giustificato motivo soggettivo*

Il giustificato motivo soggettivo è sempre ontologicamente disciplinare, resta ora da ricostruire la nozione di “notevole inadempimento” degli obblighi contrattuali che, ai sensi dell’art. 3 l. n. 604 del 1966, integra un tale giustificativo di licenziamento con preavviso.

Il dibattito dottrinale, oggi in gran parte superato per merito della riconduzione anche di questa ipotesi nell'ambito della figura del licenziamento disciplinare, si è incentrato sul raffronto tra il criterio lavoristico del “notevole inadempimento” di cui al citato art. 3 e il criterio civilistico dell'inadempimento “di non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte” di cui all’art. 1455 c.c. sulla risoluzione per inadempimento. Nella definizione del giustificato motivo soggettivo, dottrina e giurisprudenza prevalenti escludono che rilevino fatti ultronei al rapporto, principio diverso opera nella giusta causa²⁴⁰. Gli obblighi contrattuali la cui violazione può dar luogo a un legittimo licenziamento sono quelli derivanti dagli artt. 2104, 2105, 2106 c.c. Va posta attenzione alla questione relativa allo scarso rendimento del lavoratore, *“il datore di lavoro - che intenda far valere tale scarso rendimento come notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro- non può limitarsi a provare solo il mancato raggiungimento del risultato atteso o l'oggettiva sua esigibilità, avuto riguardo alla normale capacità ed operosità della maggioranza dei lavoratori di pari qualificazione professionale ed addetti alle medesime mansioni, ma deve altresì provare che la causa dello scarso rendimento deriva da negligenza nell'espletamento della prestazione lavorativa. Pertanto, in mancanza di prova di un difetto di attività da parte*

²³⁹ Cass. Sent. n. 7904/1998.

²⁴⁰ Da ultimo cfr. Cass. Sent. n 15168/2019 *“Deve, invero, ribadirsi come la giusta causa costituisca una nozione che la legge configura con una disposizione, ascrivibile alla tipologia delle cosiddette clausole generali, che richiede di essere specificata in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni, relativi alla coscienza generale, sia di principi che la disposizione codicistica tacitamente richiama.”*

del lavoratore, il solo dato del mancato raggiungimento degli obiettivi programmati dal datore di lavoro non legittima la risoluzione del rapporto per scarso rendimento²⁴¹”. Va quindi precisato che lo scarso rendimento può dipendere sia da colpa del lavoratore (negligenza, imperizia, incapacità professionale), ma anche da altri fattori o circostanze che, pur essendo riferibili alla persona del lavoratore, non sono a lui imputabili. La qualificazione in termini di notevole inadempimento dipende solo ed esclusivamente dall'imputabilità dello scarso rendimento, negligenza o imperizia del lavoratore, la cui prestazione risulti inferiore al risultato atteso ed esigibile dal creditore²⁴².

2.2.7. La tutela del lavoratore

La chiave di volta del sistema istituito dalla legge 604 del 1966 è sicuramente l'art. 8. Il primo comma nella formulazione originaria statuiva che *“quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versando una indennità da un minimo di cinque ad un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione, avuto riguardo alla dimensione dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro ed al comportamento delle parti”*. A seguito della legge 108 del 1990 l'articolo è stato riformato nella sua formulazione e consta di un solo e unico comma il cui primo periodo recita che *“quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti.”*. La differenza fra le due disposizioni è piuttosto sottile.

La maggiore difficoltà nell'interpretare la norma è stata individuare se il rapporto tra la riassunzione ed il risarcimento del danno fosse di alternative pura o se vi fosse un

²⁴¹ Cass. Sent. n. 26676/2017.

²⁴² BALLESTRERO, M. V., *op. cit.*, pp. 804-806.

rapporto di prevalenza fra un rimedio e l'altro²⁴³. In quest'ottica va menzionata la sentenza 194 del 20.12.1970 della Corte Costituzionale con cui dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale sul comma 1 dell'articolo si è rilevato che “*si ritenga - come deve ritenersi perché la norma conservi la riconosciuta conformità ai principi costituzionali - che il pagamento della indennità, qualora il rapporto non si ripristini, sia sempre dovuto e lo sia per il solo fatto del mancato ripristino di esso, senza che a nulla rilevi quale sia il soggetto e quale la ragione per cui ciò abbia a verificarsi*”²⁴⁴. Muovendosi così nel solco di quella dottrina e di quella giurisprudenza che ritenevano i due rimedi alternativi.

Il legislatore del 1966, consentendo al datore di lavoro l'alternativa del risarcimento del danno, aveva finito con il riconoscere l'interesse dell'imprenditore quale preminente e aveva posposto l'interesse del lavoratore al mantenimento dell'occupazione. La legge 604/1966, come emerge anche dai lavori preparatori, non si è prefissa di dar luogo ad un regime di stabilità reale del posto di lavoro. La legge ha solo inteso garantire l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, che assurge ad interesse giuridicamente protetto. E la conseguenza di questo tipo di tutela è coerentemente tradotta, dallo stesso art. 8, nel porre a capo dell'imprenditore il risarcimento dei danni allorché questi non abbia rispettato i limiti nei quali si estrinseca la protezione dell'interesse del lavoratore. La tecnica seguita dal legislatore sembrava congrua e proporzionata a realizzare il massimo della tutela possibile in questo campo²⁴⁵.

Infine, sebbene vi siano state svariate pronunce della Consulta²⁴⁶ ed alcune modifiche legislative²⁴⁷ e la legislazione della crisi abbia stravolto in più modi il diritto del lavoro italiano, la legge 604 del 1966 è stata ed è la normativa di riferimento in materia di licenziamento, quantomeno per i lavoratori assunti prima del 07 marzo 2015. Solo l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, per la dirompente portata ideologica del sistema rimediale,

²⁴³ MAZZOTTA O., “Articolo 8 – Le sanzioni per il licenziamento illegittimo nell'ambito della tutela obbligatoria” in *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 511 e 512.

²⁴⁴ C. Cost. sent. n. 194/1970.

²⁴⁵ ZANGARI, G., *op. cit.*, pp. 656-659.

²⁴⁶ C. Cost. sent. n. 14/1970; C. Cost. sent. n. 174/1971; C. Cost. sent. n. 169/1973; C. Cost. sent. n. 189/1980; C. Cost. sent. n. 137/1986; C. Cost. sent. n. 176/1986; C. Cost. sent. n. 96/1987; C. Cost. sent. n. 41/1991.

²⁴⁷ Legge 11 maggio 1990, n. 108; legge 4 novembre 2010, n. 183; decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10; legge 28 giugno 2012, n. 92; decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 99.

è stato in grado di velare l'importanza dell'aver introdotto dei giustificativi valutabili dal giudice. I principi costruiti dalla giurisprudenza sui motivi oggettivi e soggettivi fissati dal legislatore continuano ad avere un'efficacia di primo piano nell'ordinamento italiano.

2.3. Il mito dell'articolo 18 della l. n. 300 del 1970

2.3.1. *Lo Statuto dei lavoratori*

L'ordinamento italiano per come si è evoluto dalla promulgazione del Codice civile fino alla fine degli anni '60, ha introdotto diversi meccanismi di tutela a favore del lavoratore che consentissero di sindacare *ex post* la giustificatezza del licenziamento comminato dal datore di lavoro, ma era comunque carente sul fronte delle tutele in difesa dei lavoratori. Il *favor* che l'ordinamento riservava al contraente debole ha avuto una rapida accelerata con la legge 20 maggio 1970, n. 300 della Repubblica Italiana (meglio conosciuta come Statuto dei Lavoratori). Un'analisi generale dello statuto dei lavoratori non può svolgersi come si trattasse di un qualunque commento a un testo legislativo, non può infatti prescindere dal ruolo chiave che la norma può vantare nell'impianto giuslavoristico italiano

La connessione dello statuto con i vari aspetti del diritto del lavoro e con lo svolgimento dei rapporti individuali e collettivi impongono di integrare l'analisi senza trascurare la *law in action*: si deve cioè comprendere come lo statuto è stato effettivamente applicato ad opera dei diversi soggetti coinvolti, comprese le parti sociali. Lo statuto è idealmente scindibile in due differenti anime. La prima ha un carattere garantistico e va conformare i rapporti individuali di lavoro; la seconda anima, che potrebbe definirsi squisitamente sindacale assume, un carattere quasi "promozionale" in quanto si basa sul riconoscimento ai sindacati più forti di una serie di diritti di libertà e di attività all'interno dei luoghi di lavoro. Durante l'*iter* formativo dello statuto è stato sottovaluto il rapporto di connessione fra le differenti parti della legge, certamente animate da grosse differenze ideologiche di base ma altrettanto sicuramente in grado di influenzarsi e di integrarsi vicendevolmente. Un'anima infatti era figlia del costituzionalismo italiano ed era voluta dall'area comunista fin dagli anni '50, la seconda era senza' altro più recente e traeva ispirazione da dottrine nate negli USA e la Svezia. Le situazioni soggettive fondamentali sancite nel titolo I e II della legge quali: sciopero, libertà sindacale, di opinione, attività sindacale, si presentano legate innanzitutto alla sfera individuale dei lavoratori. Sono a tutti gli effetti "libertà di"

che certamente però si muovono in un quadro complesso di interessi e diritti anche collettivi e sociali. Sin dalle prime osservazioni si è notato come l'entrata in vigore dello statuto abbia favorito l'istaurarsi di azioni individuali dei lavoratori nei confronti di parte datoriale per tutelarsi dinanzi ad alcune manifestazioni del potere unilaterale del datore, quali ad esempio sanzioni disciplinari e licenziamento²⁴⁸.

2.3.2. L'articolo 18

Non può non notarsi che portata abbia l'articolo 18 dello statuto: la disposizione nel suo primo comma, nella dizione originale, sanciva che *“Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'art. 2 della legge predetta o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro”*.

Viene introdotto un nuovo principio, quello della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed il precedente ordinamento viene ad essere radicalmente innovato. La nuova norma chiude il lungo lavoro giuridico del legislatore che aveva mosso i propri passi fra la tutela della libertà imprenditoriale e le istanze di protezione nei confronti dei lavoratori. Secondo la dottrina maggioritaria immediatamente successiva all'emanazione dello statuto dei lavoratori, l'ordinamento aveva fatto una scelta definitiva volta al mantenimento del posto di lavoro. La stabilità del posto di lavoro non ha rappresentato soltanto un principio giuridico di tutela alla conservazione dell'impiego, ma ha costituito un alto ideale da preservare. Nella maggior parte degli Stati occidentali, il conflitto fra le parti sociali è immanente e fisiologico ed il bisogno che sia garantita una certa mobilità fra i lavoratori sollecita il potere legislativo a dar vita ad un regime di c.d. *job security*. L'art. 18 dello statuto dei lavoratori rese l'ordinamento italiano apripista in tema di protezione del posto di lavoro. La norma ha introdotto il principio della reintegrazione del posto di lavoro, è sancito il superamento della legge 604 del 1966, la quale lasciava all'imprenditore la facoltà di scegliere tra la riassunzione e il pagamento dell'indennità.

²⁴⁸ TREU, T., “Statuto dei lavoratori (voce)”, in *Enciclopedia del diritto*, Annali XLIII, Giuffrè, Milano, 1990.

Ed anche nei casi in cui sanzionava l'inefficacia e nullità del licenziamento non ne rendeva espliciti gli effetti giuridici.

Il trattamento riservato dalla legge 300 del 1970 alle ipotesi di licenziamento inefficace, nullo o ingiustificato era sinteticamente statuito negli originari commi 1 e 2 dell'articolo²⁴⁹. Mentre il primo comma si occupava di fissare l'ordine di reintegra del lavoratore al datore di lavoro, il secondo stabiliva che *“il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata la inefficacia o l'invalidità”* e commisurava il risarcimento ai criteri dell'art. 2121 c.c. stabilendo che non potesse essere inferiore a cinque mensilità. La disposizione continuava dicendo che se il datore di lavoro non ottemperava *“alla sentenza di cui al comma precedente è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza stessa fino a quella della reintegrazione”*. Introduceva un ulteriore elemento sanzionatorio nei confronti del datore di lavoro inadempiente rispetto l'ordine dell'autorità giudiziaria. Poiché il sistema giuridico non può rimanere impassibile dinnanzi all'inerzia dei propri soggetti, il secondo comma si chiude sancendo che *“se il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, il rapporto si intende risolto”*. Pertanto, se anche il datore di lavoro abbia invitato il proprio dipendente a riprendere il proprio posto, quest'ultimo non è vincolato a dover accettare.

2.3.3. Campo di applicazione

Sin dall'emanazione dello statuto dei lavoratori si è posto il problema di individuare il campo di applicazione della disciplina ivi contenuta. L'*actio finium regundorum* ha toccato prevalentemente il rapporto tra l'art. 35²⁵⁰ della neonata legge 300 del 1970 e

²⁴⁹ ZANGARI, G., *op. cit.*, p. 660.

²⁵⁰ Più precisamente l'articolo 35 dello statuto dispone: *“Per le imprese industriali e commerciali, le disposizioni del titolo III, ad eccezione del primo comma dell'articolo 27, della presente legge si applicano a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di quindici dipendenti. Le stesse disposizioni si applicano alle imprese agricole che occupano più di cinque dipendenti.*

Le norme suddette si applicano, altresì, alle imprese industriali e commerciali che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti.

Ferme restando le norme di cui agli articoli 1, 8, 9, 14, 15, 16 e 17, i contratti collettivi di lavoro provvedono ad applicare i principi di cui alla presente legge alle imprese di navigazione per il personale navigante.”

l'art. 11²⁵¹ della legge 604 del 1966 (nella sua versione precedente alla legge 108 del 1990)²⁵². Diverse tesi dottrinali e giurisprudenziali hanno analizzato, approfondito e sviscerato la relazione fra le due disposizioni. Due interpretazioni però si sono imposte come maggioritarie, entrambe le tesi sono di origine giurisprudenziale e corrispondono a due orientamenti di Cassazione ancora forti negli anni '80.²⁵³

Il primo orientamento è quello chiamato “della doppia chiave” che prende vita sin dai primi anni '70. Il filone giurisprudenziale in questione riteneva che i due articoli in esame dovessero integrarsi a vicenda. Per giungere alla reintegrazione nel posto di lavoro l'interprete avrebbe dovuto compiere un doppio scrutinio: in prima battuta verificare che l'impresa avesse i requisiti di cui all'art. 11, che impiegasse cioè almeno 35 dipendenti, e solo in un secondo momento avrebbe dovuto verificare che la medesima impresa, ai sensi dell'articolo 35 dello statuto, avesse almeno 15 lavoratori impiegati nell'unità produttiva. L'indirizzo in questione facendo passare la tutela reale tra le forche caudine del doppio passaggio ermeneutico ne riduceva fortemente la portata.²⁵⁴

La seconda tesi, avendo avuto l'avallo da parte della Consulta con la sentenza 55 del 1974, infine ha prevalso sulla prima. L'orientamento in questione è quello c.d. delle “tutele parallele”. “...*Orbene realizzandosi in un'impresa commerciale o industriale le già indicate condizioni ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 35. ai dipendenti dell'unità [...] o delle unità produttive da prendersi in considerazione ai sensi dei due commi dell'art. 35, si applicherà l'art. 18. La normativa della legge del 1966 [...] rimane a sua volta applicabile ai dipendenti estranei all'unità o alle unità produttive, quando, il numero complessivo dei dipendenti dell'impresa superi comunque il limite dei 35*²⁵⁵...”. Si vennero a creare tre regimi differenziati di tutela: a) unità produttive con meno di 16 dipendenti facenti parte di imprese con meno di 36 dipendenze, soggette al regime

²⁵¹ Più precisamente l'articolo 11 della legge 604 del 1966 nella formulazione originaria disponeva che: “Le disposizioni della presente legge non si applicano ai datori di lavoro che occupano fino a trentacinque dipendenti e nei riguardi dei prestatori di lavoro che siano in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia o che abbiano comunque superato il 65° anno di età, fatte salve le disposizioni degli articoli 4 e 9.

La materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale è esclusa dalle disposizioni della presente legge.”

²⁵² MAZZOTTA, O., “L'art. 18 dello statuto dei lavoratori” in *I licenziamenti (commentario)* seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1999, p.706.

²⁵³ *Ibidem*, p. 712

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 712 - 713

²⁵⁵ C. Cost. sent. 55/1974.

civilistico dell'art. 2118; b) unità produttive con meno di 16 dipendenti facenti parte di imprese con più di 35 dipendenti, soggette al regime della legge 604 del 1966; c) unità produttive con più di 15 dipendenti i cui si applica il regime della stabilità reale²⁵⁶.

Il ginepraio delle diatribe ermeneutiche e dell'avvitarsi fra i "binari" ha reso necessario un ulteriore intervento del legislatore che con la legge 108 del 1990 ridefinì il campo di applicazione di tutto il sistema dei licenziamenti nell'ordinamento italiano. La legge, rimasta pienamente efficace, per oltre vent'anni ha costituito il punto di arrivo della disciplina dei licenziamenti individuali in Italia giacché ha assolto l'arduo compito di armonizzare e sintetizzare i due pilastri normativi in materia.

La normativa in questione ha sostanzialmente rimosso la possibilità per il datore di lavoro di recedere dal contratto con il proprio dipendente ed inoltre ha esteso a qualsiasi datore di lavoro, prescindendo dal numero di lavoratori impiegati, il controllo giurisdizionale sui motivi del licenziamento. Il regime dell'art. 9 della 604 del 1966 di tutela obbligatoria diviene la regola per tutti. Il recesso *ad nutum* e la tutela reale (o tutela forte) avvengono in deroga e necessitano di precisi e ulteriori requisiti di applicabilità. La legge 108 estende quindi l'ambito della tutela reale in un duplice modo: la estende ai datori di lavoro che occupano complessivamente più di sessanta dipendenti ed elimina la distinzione fra imprenditori e non imprenditori (salvo le deroghe per le organizzazioni di tendenza). Dai tre già indicati regimi di tutela di passa ad un regime duale: da una parte la tutela forte, c.d. reale basata sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori, mentre dall'altro la tutela debole, c.d. obbligatoria, che ha la sua disciplina nella legge 604 del 1966 per come modificata²⁵⁷.

2.3.4. *Unità produttiva e requisiti numerici*

Ai fini dell'applicazione dell'articolo 18 è necessario chiarificare il concetto di unità produttiva e soprattutto comprendere le modalità di computazione dei lavoratori. Per unità produttiva si intende un'articolazione autonoma dell'impresa che abbia una sua ragion d'essere a livello funzionale e finalistico. L'unità deve essere idonea ad attuare una frazione dell'attività aziendale, vanno escluse pertanto dalla nozione quelle entità imprenditoriali connotate da un mero rapporto di strumentalità rispetto l'apparato

²⁵⁶ MAZZOTTA, O., *op. cit.*, pp. 715 - 716

²⁵⁷ AMOROSO, G., "sub Art. 18 Statuto dei Lavoratori" in *Diritto del lavoro*, Coord. da AMOROSO, G., DI CERBO, V., MARESCA, A., Vol. II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 730 -731.

organizzato dall'imprenditore. La nozione in esame perde di rilevanza nel caso in cui i dipendenti dell'impresa siano più di quindici nel territorio comunale (o cinque nel medesimo ambito territoriale nel caso delle aziende agricole) o sessanta in totale, in questi ultimi casi infatti trova comunque applicazione la tutela reale²⁵⁸.

Per quanto attiene alle modalità di calcolo dei dipendenti la base normativa è il comma 2 dello stesso art. 18 per come aggiunto dal legislatore del 1990 perciò *“ai fini del computo del numero dei prestatori di lavoro[...] si tiene conto anche dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro, dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale, per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge ed i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale...”*. Oltre la dizione della norma, vi sono stati cospicui interventi giurisprudenziali volti a chiarire chi siano i soggetti computabili²⁵⁹ e coloro che non lo sono²⁶⁰ ai fini della tutela reale²⁶¹.

L'art. 3 della legge 108 del 1990 tratta del licenziamento c.d. discriminatorio, *“...è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dalla presente legge...”*. In questa fattispecie l'indagine dell'interprete non dovrà essere indirizzata verso un'analisi del campo di applicazione o dei requisiti numerici, di cui si è già detto, bensì dovrà concentrarsi sulla *“ragione discriminatoria”*²⁶².

2.3.5. La reintegrazione

²⁵⁸ TATARELLI, M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 1998, pp. 8 e 9.

²⁵⁹ Ad esempio, vengono contati ai fini del requisito numerico: dirigenti, lavoratori con diritto alla pensione, lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, lavoratori che pur svolgendo la loro prestazione fuori dai locali aziendali ricevono le direttive dall'unità produttiva, lavoratori a domicilio. (Cfr. Cass. sent. n. 4579/1989; Cass. sent. n. 6165/1983; Cass. sent. n. 3922/1980; Cass. sent. n. 1570/1981)

²⁶⁰ Fra gli altri, sono esclusi dalla conta necessaria per l'applicazione della tutela reale: lavoratori a tempo determinato assunti in sostituzione di coloro che sono assenti con diritto alla conservazione del posto, gli apprendisti, i dipendenti delle società collegate, i soci di cooperativa, i lavoratori parasubordinati. (Cfr. Cass. sent. n. 6165/1983; Cass. sent. n. 3922/1980; C. Cost sent. n. 181 del 1989; Cass. sent. n. 2008/1996; Cass. sent. n. 3068 del 1983).

²⁶¹ TATARELLI, M., *op. cit.*, pp. 10-18.

²⁶² MARIANI, M., *“Art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108”* in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Coord. da GRANDI, M., e PERA, G., Cedam, Padova, 2005, pp. 1009-1010.

La formulazione dell'art. 18 dopo la parziale riforma della legge 108 del 1990, lascia fermo l'obbligo di reintegrazione da parte del datore di lavoro e questi deve corrispondere un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, indennità che non inferiore alle cinque mensilità. Rispetto la precedente formulazione si veda come le conseguenze del licenziamento illegittimo siano state portate a sintesi.

Vista l'incoercibilità della reintegra, nella nuova dizione dell'articolo compare la possibilità per il lavoratore di optare, entro trenta giorni dal deposito della sentenza, per un risarcimento ammontante a quindici mensilità.²⁶³ Lo schema civilistico che appare sovrapponibile alla situazione paventata dall'art. 18 è quello della mora del creditore: il creditore (datore di lavoro) rifiuta di ricevere la prestazione del debitore (prestatore di lavoro) ed è quindi tenuto a corrispondere in ogni caso la controprestazione o, in mancanza, il risarcimento del danno. Lo schema, seppur con gli opportuni adattamenti motivati dalla disciplina speciale in questione, consente di ricondurre il fenomeno di licenziamento e reintegrazione ad un unico momento. La sentenza che appronta la tutela reale non ha natura costitutiva, ma rafforza una situazione giuridica affievolita a causa del comportamento non cooperativo di parte datoriale²⁶⁴.

La sentenza di reintegrazione ripristina la continuità del rapporto di lavoro ed in questo sta la profonda diversità con l'art. 8 della legge 604 del 1966, quest'ultima infatti prevedeva una nuova assunzione ed il costituirsi di un rapporto radicalmente diverso ed autonomo dal precedente. La sentenza di reintegra dispiega efficacia *ex tunc* ed il rapporto continua a decorrere come se il licenziamento fosse stato esclusivamente un accidente. Vale ricordare che il periodo fra l'estromissione del lavoratore e la riammissione effettiva sul posto di lavoro viene computato ai fini dell'anzianità di servizio come calcolati per la determinazione del trattamento di fine rapporto. La *ratio* della norma sta nel cancellare i possibili pregiudizi che potrebbero derivare al lavoratore a causa dell'illegittimo licenziamento.²⁶⁵

²⁶³ VINCENZO, V., "Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento", in *I licenziamenti individuali e collettivi* a cura di PELLICANI, G, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 424-425.

²⁶⁴ *Ibidem*, pp. 425-426.

²⁶⁵ GRATTAGLIANO, A. N., "La reintegrazione" in *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, Coord. da RICCI, R., Vol. II, Utet, Torino, 2004, pp. 2348 e 2349.

2.3.6. Il diritto di opzione

La principale modifica della legge 108 del 1990 alla previgente disposizione dell'art. 18 è stata l'aver introdotto la possibilità per il lavoratore licenziato di usufruire di un'indennità equivalente a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto anziché essere reintegrato nella propria precedente posizione. Il timore mal celato dei primi interpreti è stato rivolto ai potenziali effetti distorsivi dell'opzione, non si sono sottaciute nemmeno le problematiche attinenti al coordinamento della disposizione in esame con la tradizionale impostazione dell'art. 18 che aveva abituato gli operatori giuridici. Dietro l'alternativa neonata si celava l'arrendersi del legislatore dinnanzi la criticità di rendere effettivo la reintegrazione. A prescindere da giudizi positivi o negativi sull'innovazione, è chiaro come la norma abbia voluto ridurre il contenzioso nei casi in cui il lavoratore non abbia un reale interesse a riprendere il proprio servizio, certo è però che in questa fase la preminenza della reintegrazione in favore della monetizzazione sta inesorabilmente iniziando a vacillare²⁶⁶.

Il nuovo testo ha dato adito a sospetti di illegittimità costituzionale e la Consulta è dovuta intervenire più volte per sedare le questioni via via prospettate sotto svariati profili. In nessuna delle sue pronunce però la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità costituzionale della norma ed anzi esse sono valse a offrire soluzioni necessarie ai quesiti prospettati dalla dottrina coeva²⁶⁷.

La sentenza n. 81 della Corte costituzionale datata 4 marzo 1992, disquisendo sulla dibattuta natura dell'opzione fra reintegra e le 15 mensilità ha ritenuto che ci si trovasse al cospetto di un'obbligazione facoltativa, per cui l'impossibilità sopravvenuta della reintegrazione fa venir meno anche l'indennità prevista²⁶⁸. Segnatamente la Corte ritenne trovarsi dinnanzi “...un'obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore. Anziché la prestazione dovuta in via principale, cioè la reintegrazione nel posto di lavoro, il creditore ha facoltà di pretendere una prestazione diversa di natura pecuniaria, che è dovuta solo in quanto dichiarati di preferirla, e il cui adempimento

²⁶⁶ MAZZOTTA, O., *op. cit.*, pp. 834-836.

²⁶⁷ *Ex multis* cfr. C. Cost sent. n. 81/1992; C. Cost sent. n. 160/1992; C. Cost sent. n. 426/1992; C. Cost sent. n. 291/1996; C. Cost sent. n. 77/1996.

²⁶⁸ MAZZOTTA, O., *op. cit.*, pp. 839-840.

*produce, insieme con l'estinzione dell'obbligazione di reintegrare il lavoratore nel posto, la cessazione del rapporto di lavoro per sopravvenuta mancanza dello scopo*²⁶⁹ ...”.

2.3.7. Profili di rilevanza penale

Si è discusso ampiamente se la mancata reintegra da parte del lavoratore potesse costituire un fatto penalmente rilevante. Ci si è chiesto se l'omessa reintegra possa essere sanzionata sulla base dell'art. 509 comma 2 c.p., l'articolo appare però obsoleto ed è inapplicabile essendo legato a doppio filo con il regime corporativo di stampo fascista. La norma, parlando di controversie relative alla “*disciplina dei rapporti collettivi di lavoro*” non può non apparire incompatibile con il moderno sistema di relazioni industriali²⁷⁰.

Un secondo tentativo di sanzionare penalmente la mancata reintegra è stato fatto poggiandosi sull'art. 650 c.p., “*Chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro*”, questa tesi ha però avuto poco seguito fra gli interpreti²⁷¹.

L'ultimo tentativo di sanzionare penalmente il mancato ottemperamento all'ordine di reintegra è passato per l'articolo 388 c.p., si è cercato di farlo in prima battuta tramite il primo comma. Il tentativo si è rivelato fallimentare perché la norma ha un angusto campo di applicazione, è infatti individuato nei comportamenti precedenti all'ordine di reintegrazione, a nulla rilevando il comportamento susseguente tenuto²⁷².

In seconda battuta parte della giurisprudenza ha ritenuto che ricadrebbe nella sfera di operatività dell'art. 388 comma 2 c.p. il comportamento del datore di lavoro che si sia rifiutato illegittimamente di reinserire il lavoratore nel proprio posto di lavoro. Si riteneva quindi che fosse applicabile la pena della reclusione fino a tre anni o con la multa da 103 euro a 1.032 euro perché il datore di lavoro avrebbe eluso “*...l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile [...], che concerne l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso*”.

²⁶⁹ C. cost sent. n. 81/1992.

²⁷⁰ MAZZOTTA, O., *op. cit.*, pp. 898-900.

²⁷¹ NICCOLAI, A., “Art. 18 Statuto dei lavoratori” in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Coord. da GRANDI, M., e PERA, G., Cedam, Padova, 2005, p. 734.

²⁷² MAZZOTTA, O., *op. cit.*, pp. 907-916.

o del credito...”²⁷³. Di contrario avviso parte della giurisprudenza anche di merito, ha infatti ritenuto che l'abuso dell'iniziativa privata, esercitata tramite la mancata esecuzione dell'obbligo di reintegra disposto con sentenza, è pienamente in grado di ledere la dignità del lavoratore e la sua professionalità. Assume anche valore patrimoniale e quindi è economicamente misurabile. Secondo questo filone giurisprudenziale l'inottemperanza all'ordine di reintegrazione, trattandosi di statuizione non di condanna, esclude la configurabilità del delitto contemplato dall'art. 388 c.p.²⁷⁴.

2.3.8. Il licenziamento collettivo

Va ora fatto un breve accenno sull'intreccio venutosi a creare fra l'art. 18 dello statuto dei lavoratori ed i tentativi della giurisprudenza di dare effettiva tutela alla posizione dei lavoratori dinnanzi i licenziamenti collettivi. Dall'introduzione della legge 604 del 1966, fra le ipotesi di esclusione dal suo campo di applicazione vi era la materia dei licenziamenti collettivi, senza dubbio ciò è parso agli operatori giuridici come un *vulnus* dell'ordinamento da riempire. L'unica fonte in materia continuava a essere l'accordo interconfederale del 20 dicembre 1950, il quale era stato recepito dal d.P.R. 1019 del 1960, insieme al ridondante accordo interconfederale del maggio 1965²⁷⁵.

Neanche l'art. 18 dello statuto ha preso posizione sulla tematica del licenziamento collettivo. Si è affacciata l'ipotesi che l'art. 18 della legge del 1970 avrebbe fatto cadere definitivamente la differenziazione tra licenziamenti collettivi e individuali. L'aver escluso i licenziamenti in questione dai limiti del 1966 aveva una sua ragion d'essere, il sistema in qualche modo infatti allora privilegiava l'interesse alla risoluzione del rapporto. L'art. 11 della legge 604 del 1966 sarebbe stato abrogato e la sua abrogazione sarebbe stata la conseguenza della stabilità introdotta nel 1970. Sarebbe però contraddittorio sostenere che l'abrogazione dell'art. 11 possa sottoporre i licenziamenti collettivi al regime di stabilità introdotto dallo statuto. Il problema di sanare un'antinomia esiste, l'interprete però non è tenuto a sostituirsi al legislatore. L'art. 18 non fa altro che regolare

²⁷³ NICCOLAI, A., *op. cit.*, p. 733.

²⁷⁴ Trib. Firenze 15 aprile 1998, in *Lav. giur.*, 1998, n. 7, 580; Cass. sent. 17/12/2007, n.26561

²⁷⁵ MARETTI S., “I licenziamenti collettivi” in *I licenziamenti individuali e collettivi* a cura di PELLICANI, G, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 707-716.

differentemente le conseguenze del licenziamento nullo o ingiustificato; non può interferire con i tipi dei licenziamenti che restano immutati per come tipizzati nel 1966.²⁷⁶ L'ordinamento italiano in seguito ha ricevuto due sentenze di condanna da parte della Corte di Giustizia delle allora Comunità Europee: le sentenze 8 giugno 1982 e 6 novembre 1985, per non aver applicato la direttiva comunitaria 129 del 1975. Inizia così il passaggio verso la legge 223 del 1991 che avrà il merito di spazzare il costruito barocco che dottrina e giurisprudenza avevano edificato per rafforzare le tutele dei lavoratori dinanzi al licenziamento collettivo. In questo modo le nuove disposizioni in materia riescono a colmare il vuoto lasciato dall'art. 11 della 604 del 1966 inserendo un sistema basato su garanzie procedurali che riescono a contemperare le esigenze di trasparenza richieste dal lavoratore con la necessità per l'impresa di innovarsi e adattarsi ad un sistema produttivo dinamico²⁷⁷.

2.3.9. *La rilevanza dei mutamenti sociali*

Diversi aspetti della normativa dello statuto dei lavoratori, ed in particolare le norme sul licenziamento, hanno presentato crescenti difficoltà applicative ed hanno risentito dei cambiamenti nelle condizioni del sistema sociale ed economico. Sono stati due gli ambiti in cui la normativa dello statuto ha rivelato le maggiori difficoltà applicative: le piccole unità produttive ed il pubblico impiego. Passati anni dall'emanazione dello statuto deve però rilevarsi che la protezione del singolo nei confronti del sempre mutevole contesto economico non poteva basarsi esclusivamente sulle posizioni giuridiche antagonistiche di lavoratore e datore di lavoro o su norme generali rigide, ma abbisognava di effettive procedure di partecipazione dei lavoratori nel tessuto aziendali²⁷⁸.

Le esigenze su esposte sono state disattese e, sebbene negli anni a venire le regole del gioco siano cambiate più volte (anche repentinamente), il modello italiano di relazioni industriali è rimasto fortemente ancorato all'antagonismo fra le parti. La disciplina dei licenziamenti ha così fortemente risentito di questo clima di contrasto e in questo contesto la tutela della stabilità del posto di lavoro è andata via via affievolendosi.

²⁷⁶ ZANGARI, G., *op. cit.*, 661.

²⁷⁷ MAZZOTTA, O., "L'art. 11 della legge 604 del 1966" in *I licenziamenti (commentario)*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 635 -640.

²⁷⁸ TREU, T., "Statuto dei lavoratori (voce)", in *Enciclopedia del diritto*, Annali XLIII, Giuffrè, Milano, 1990.

2.4. La rivoluzione della l. n. 92 del 2012

2.4.1. La legge 92 del 2012

Il Governo Monti, Ministro Elsa Fornero, si è posto l'obiettivo di intervenire sul mercato del lavoro in modo tale da ammortizzare gli effetti che la crisi economica del 2008 ha provocato in Italia

Il disegno di legge sulla riforma del diritto del lavoro è stato approvato dal Parlamento il 23 marzo 2012 ed è divenuto legge sotto il n. 92 del 2012. La riforma Monti-Fornero non è stata esente da critiche (tutt'altro), *in primis* le organizzazioni sindacali si sono viste relegate ad un ruolo di secondo piano, non essendo neanche state consultate durante la fase preparatoria della riforma. Senza ombra di dubbio la più copiosa modifica introdotta dalla legge 92 del 2012 ha toccato la materia del licenziamento individuale: la norma sopprime l'art. 18 della legge n. 300/1970 che garantiva al lavoratore la tutela reale del proprio posto di lavoro oltre al risarcimento dei danni retributivi, previdenziali ed assistenziali che ne erano derivati. La norma per oltre quarant'anni era stata considerata come la migliore possibile per soddisfare gli interessi della parte debole del rapporto di lavoro. Il comma 42 della nuova legge introduce un variegato e diversificato sistema di sanzioni operanti in base alla gravità dei vizi di illegittimità del licenziamento²⁷⁹.

Guardando la legge n. 92 del 2012 solo sulla riscrittura dell'art. 18 St. lav. ed i suoi effetti, imporrebbe un ingeneroso giudizio sulla riforma del lavoro e costringerebbe ad affermare che la suddetta legge rappresenta tassello verso la costruzione di un diritto incerto e, in qualche modo, anarchico. Il mutamento apportato nella legislazione "della crisi" deforma l'art. 18 portando a chiedersi quale sia il punto di equilibrio fra i diritti dei lavoratori e le libertà dell'imprenditore.

Le norme dello statuto dei lavoratori sono sempre state campo di battaglia fra due forze contrapposte: vi è sempre stato chi avrebbe voluto che nelle piccole imprese si applicasse la reintegra nel posto di lavoro contrapporsi apertamente a chi, all'opposto, è sempre stato un accanito sostenitore della mera tutela obbligatoria nella convinzione

²⁷⁹ SCOGNAMIGLIO, R., "Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro" in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.4, 2013, p. 783.

che la reintegrazione prospetti un sistema eccessivamente rigido che danneggia l'occupazione²⁸⁰.

2.4.2. *Le principali novità*

L'art. 1, comma 37, della legge n. 92 del 28 giugno 2012 (c.d. legge Fornero) introduce l'obbligo che i motivi del licenziamento debbano essere specificati contestualmente alla comunicazione dello stesso. Nella medesima lettera con cui si intima il licenziamento vi si troverà ora la motivazione dello stesso, senza che sia necessaria una previa richiesta del lavoratore. Viene così emendato il comma 2 dell'articolo 2 della legge n. 604/1966 la cui formulazione attuale è la seguente: “*La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato*”. La specificazione immediata dei motivi del licenziamento permette di cristallizzare il *thema decidendum* così che sia noto alla controparte. Ciò fa da *pendant* alla riduzione del termine di decadenza per proporre ricorso che da 270 giorni scende fino a 180 giorni a causa della modifica introdotta dal comma 38 della legge n. 92 del 2012 all'art. 6 della legge n. 604/996²⁸¹.

L'articolo 18 riformato contiene quattro regimi differenziati di tutela del lavoratore a seconda di quali siano i vizi da cui è affetto il licenziamento comminato da parte datoriale. Le quattro tutele possono così sinteticamente denominarsi: tutela reale forte, tutela reale attenuata, tutela obbligatoria piena e tutela obbligatoria ridotta.

2.4.3. *La tutela reale forte*

La prima forma di tutela, quella della tutela reintegratoria piena è disciplinata ai commi da uno a tre del riformato testo. Nonostante l'integrale riscrittura dell'art. 18, il legislatore ha preso la netta decisione di sanzionare rigorosamente quei comportamenti che assumono tratti patologici e creano forti distorsioni in quello che dovrebbe essere il normale svolgimento dei rapporti di lavoro, in poche parole si tratta di tutti quei casi che possono definirsi discriminatori. La casistica è difatti analiticamente individuata e ristretta al “...*licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11*

²⁸⁰ VIDIRI, G., “La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo” in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.*, fasc. 4, 2012, p. 617.

²⁸¹ *Ibidem.*

maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile...”.

La rigorosa disciplina è pienamente conforme con la scala valoriale presente in Costituzione ed è rispondente a quello che potrebbe essere definito come il comune senso di giustizia. La tutela reale piena si applica ai licenziamenti elencati al primo comma che vengono così considerati radicalmente nulli, la stessa disciplina si applica anche al licenziamento inefficace perché intimato in forma orale²⁸².

“Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento [...] ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto è quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro...”, anche la nuova versione dell’art. 18, per i casi di licenziamento nullo, prevede che il rimedio della reintegrazione debba essere accompagnato dall’integrale risarcimento per il periodo fra licenziamento e reintegrazione effettiva. Al lavoratore è comunque garantita la possibilità di scegliere unilateralmente di optare per il pagamento di un’indennità pari a quindici mensilità di retribuzione in alternativa alla reintegra.

Il nucleo duro del sistema rimediale in questione è costituito dalla reintegrazione nel posto di lavoro e, come nel sistema previgente, se il lavoratore entro 30 giorni dall’invito del datore di lavoro non riprenda il servizio o chieda l’indennità, il rapporto si considererà risolto allo spirare del termine, infatti a mente del terzo periodo del comma 1, *“a seguito dell’ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall’invito del datore di lavoro”*²⁸³ ...”.

²⁸² BELLOCCHI, P., “Il licenziamento discriminatorio nullo e orale” in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017, pp. 1357-1359.

²⁸³ MAZZOTTA, O., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 738 e 739.

2.4.4. (segue) La nullità

La formulazione dell'art. 18 riesce finalmente a superare una problematica che aveva creato accesi dibattiti nella precedente dottrina. Inefficacia, annullabilità e nullità erano tutte ricondotte al regime della nullità, pertanto veniva affermata la continuità giuridica del rapporto nel caso di licenziamento. La nuova formulazione, similmente alla precedente, ritiene che per il periodo anteriore alla reintegrazione il lavoratore abbia diritto ad un “...risarcimento del danno [...] per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, [...], dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali...” all'apparenza si trattava di un ristoro per equivalente e dava adito al sospetto che non permanesse l'obbligo della retribuzione.

In realtà la posizione del datore di lavoro è in qualche modo duplice e pertanto l'indennità posta a suo carico ha doppia natura: se da un lato vi è l'inadempimento dell'obbligazione nascente dal rapporto di lavoro con la condanna alla reintegra (avente valore *ex tunc*), dall'altro lato vi è il risarcimento del danno, comunque non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, che assume valore di penale. La natura di quest'ultima è ben più evidente ove il processo, essendo durato meno di cinque mesi, fa sorgere in capo al lavoratore vittorioso oltre al diritto alla retribuzione, il diritto all'indennità da commisurarsi nella differenza fra le cinque mensilità e la minore retribuzione maturata effettivamente nel minor periodo. Il licenziamento di cui al primo comma dell'art. 18 pertanto è nullo ed il rapporto continua senza soluzione di continuità, come se l'atto interruttivo non fosse mai avvenuto.

Quanto al licenziamento annullabile, gli effetti non ricadono più nella disciplina dei primi tre commi in quanto il legislatore ha creato un regime differenziato per la mancanza di giustificazione. In ogni caso, questa fattispecie potrebbe costituire un'apertura per portare avanti la tesi di chi ritiene che in questo caso il licenziamento possa essere considerato

davvero un atto interruttivo, e di conseguenza la sentenza di annullamento in questo caso ricostituirebbe il rapporto *ex nunc*²⁸⁴.

2.4.5. (segue) Ulteriori casi di tutela reale forte

Con formula aperta, l'art. 18 estende la propria disciplina agli "altri casi di nullità previsti dalla legge..." Il riferimento sotteso alla norma è alle ipotesi previamente tipizzate dal legislatore. Il tipo normativo potrebbe essere tanto esplicito²⁸⁵ quanto implicito, per quest'ultimo caso si vedano tutte quelle norme che prevedono la conservazione del posto di lavoro che *a contrariis* escludono il licenziamento²⁸⁶.

Il licenziamento "...determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del Codice civile..." costituisce l'ultima delle fattispecie dell'art. 18 comma 1 che viene ricondotta ai licenziamenti nulli per ragioni sostanziali²⁸⁷. In giurisprudenza viene ricondotto al licenziamento per motivo illecito il recesso c.d. "ritorsivo", cioè quell'arbitraria reazione in risposta a condotte pienamente lecite del lavoratore o di altri soggetti a questo connessi. Di solito la ritorsione è fatta in reazione a rivendicazioni che hanno le proprie scaturigini nel rapporto di lavoro, si tratta di capire perché, oltre che a quali condizioni, il motivo di un licenziamento "ritorsivo" sia connotato da illiceità e non sia altrimenti viziato. L'accertamento dell'illiceità del motivo ritorsivo potrebbe basarsi sul contrasto con l'ordine pubblico, quale complesso di disposizioni a salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento. L'ordine pubblico protegge i valori e la struttura sociale, acquisendo maggiore rilevanza ove rilevino libertà personali e collettive di derivazione costituzionale. Guardando all'espressa menzione del motivo illecito determinante tra i casi di nullità del recesso *ex art.* 18, si tratterebbe di una clausola generale che opera in maniera gradata sulla base dei vizi di cui è affetto il licenziamento²⁸⁸.

²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 740 e 743.

²⁸⁵ Fra le nullità espresse possono annoverarsi: il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione dei congedi della legge 53 del 2000; il licenziamento connesso allo stato di sieropositività; il licenziamento causato dal rifiuto di sottoscrivere clausole elastiche e/o flessibili; il licenziamento comminato per aver partecipato ad uno sciopero nei servizi pubblici essenziali; il licenziamento occasionato dal trasferimento d'azienda.

²⁸⁶ BELLOCCHI, P., *op. cit.*, pp. 1369-1371.

²⁸⁷ BELLOCCHI, P., *op. cit.*, p. 1371.

²⁸⁸ BIASI, M., "Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza" in *Lavoro, diritti, Europa*, 2018, I, pp.4- 20.

In chiusura del comma 1 dell'art. 18 viene sancito che “...il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale...” Ciò significa che il licenziamento orale è assolutamente inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro, la forma scritta del recesso datoriale è infatti prevista *ad substantiam*. Ai fini della forma è sufficiente che risulti in modo inequivocabile che il datore di lavoro abbia intenzione di recedere dal rapporto, non va comunque sottovalutata la necessità che la paternità dell'atto sia riconducibile a chi aveva i poteri per emanarlo. La riforma c.d. Fornero non ha innovato il prevalente orientamento della giurisprudenza precedente che riteneva fosse il datore di lavoro a dover provare il requisito della forma scritta del licenziamento²⁸⁹.

2.4.6. La tutela reale attenuata

La seconda forma di tutela reale, che è definita anche reintegrazione “depotenziata”, è regolata dall'art. 18 comma 4. Nella fattispecie in esame, oltre alla reintegrazione si aggiunge un risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate dal licenziamento fino all'effettiva reintegrazione. In questo caso il tetto massimo del rimedio indennitario è costituito da dodici mensilità e verso il basso non sussiste più il limite delle cinque mensilità.

La norma precisa che la misura del risarcimento può subire delle variazioni non solo sulla base di quanto percepito il c.d. *aliunde perceptum* per l'aver svolto attività differenti nel frangente, ma anche sulla base di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire se si fosse dedicato diligentemente a trovare un nuovo impiego, in questo caso ci si riferisce all'*aliunde percipiendum*. Ovviamente al lavoratore indebitamente licenziato spetta l'integrale versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, anche se questa avviene dopo dodici mesi.

Sulla commisurazione dell'indennità risarcitoria il comma quarto precisa che è “...commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione[...]in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità...”, *ictu oculi* potrebbe apparire che il limite

²⁸⁹ BELLOCCHI, P., *op. cit.*, pp. 1377-1380.

massimo sia operativo anche nel tempo successivo a quello in cui è intervenuta la sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro, in tal caso infatti non si realizzerebbe un'integrazione effettiva, quella cioè indicata dal legislatore come termine finale. Questa possibile interpretazione è però debole e fallace, non considera che la reintegrazione del lavoratore discende in maniera automatica e diretta dalla statuizione con cui il giudice ripristina il rapporto. La cooperazione del datore di lavoro è sì necessaria per essere attivamente immesso attivamente nel servizio, ma questo è un concetto ben distinto dalla reintegrazione: il tetto delle dodici mensilità va riferito pertanto solo al periodo che dal licenziamento arriva alla sentenza di reintegrazione. Questa seconda forma di reintegrazione opera “...nelle ipotesi in cui [...] non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili...”

La tutela di cui al comma 4 è estesa dal legislatore anche ad altre forme di licenziamento illegittimo: si applica al licenziamento per giustificato motivo oggettivo se il lavoratore dimostri che tale licenziamento è stato determinato esclusivamente da ragioni disciplinari o se il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, secondo quanto sancisce il comma 7 dell'art. 18 riformato; al licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore ex legge 68/1999, anche nei casi di inidoneità di cui all'art. 42, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81; a quello intimato in violazione dell'articolo 2110 comma 2 c.c.; al licenziamento dichiarato illegittimo per vizi procedurali se, su domanda del lavoratore è stato accertato il difetto di giustificazione (art. 18, comma); ed infine la disciplina trova applicazione nella fattispecie di licenziamento collettivo per riduzione di personale nel caso di violazione dei criteri di scelta, in tal senso infatti è l'art. 5 della legge 223 del 1991 come modificato dall'art. 1, comma 46 della legge n. 92 del 2012²⁹⁰.

2.4.7. La tutela obbligatoria

²⁹⁰ MARESCA, A., “Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori” in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 2, 2012, p. 415.

In caso di licenziamento illegittimo, se non ricorrono giusta causa o giustificato motivo oggettivo e se la fattispecie non ricada nel precedente regime di tutela, il datore di lavoro è tenuto unicamente a corrispondere un'indennità risarcitoria “...*onnicomprendiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti...*”, la disciplina è contenuta nel comma 5 del novello art. 18. In questo caso, a differenza che nel comma precedente, il fatto addebitato al lavoratore sussiste nei suoi elementi materiali però, tenuto conto delle circostanze in cui ha avuto svolgimento, non può essere ascrivibile a giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Il comportamento tenuto dal lavoratore, ad esempio, è scriminato da una causa di giustificazione non idonea a fondare in concreto ragione idonea perché il datore di lavoro receda²⁹¹.

La formulazione della norma grada l'indennità “...*in relazione all'anzianità di servizio e tenuto conto...*” degli altri ulteriori elementi indicati, il legislatore ha stabilito pertanto che quando il giudice determina l'indennità deve dare maggior peso all'anzianità di servizio di quanto non ne dia agli altri elementi. La sentenza che accerta l'illegittimità del licenziamento “...*dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento...*”. Nel caso in esame non è sancito nessun versamento contributivo, l'indennità è onnicomprensiva ed ha duplice funzione: risarcitoria e sanzionatoria. Questo secondo aspetto è prevalente su quello risarcitorio. Il dipendente illegittimamente licenziato che sia stato assunto da un nuovo datore di lavoro avrà infatti comunque diritto all'indennità. L'indennità risarcitoria, oltre il caso indicato dal comma 5, trova applicazione anche nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo fuori dai casi in cui è sancita le reintegra, in tal senso dispone l'art. 18, comma 7, oltretutto “...*il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto [...] delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604...*”. La disciplina trova anche applicazione nel caso del licenziamento collettivo per riduzione di personale nell'ipotesi di violazione delle

²⁹¹AMOROSO G, “Il licenziamento disciplinare” in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017, p.1385.

procedure di informazione e consultazione sindacale e di comunicazione di cui all'art. 4 comma 12 della legge 223 del 1991²⁹².

Il comma 6 dell'articolo 18 introduce un'indennità risarcitoria onnicomprensiva in misura ridotta. L'indennità onnicomprensiva è stabilita con obbligo di specifica motivazione dal giudice tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità, tenendo conto oltre che dei criteri dell'art. 18 comma. 5, ma anche “...in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro...”. I casi in cui trova applicazione questa forma di tutela sono il licenziamento viziato da errori procedurali per violazione: del requisito di motivazione di cui all'art. 2 comma 2 della legge 604 del 1966; della procedura disciplinare dell'art. 7 legge 300 del 1970; della neonata procedura di cui all'art. 7 della legge 604. Tale tutela non opera però se: “...il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo...”²⁹³.

2.4.8. Il nuovo rito c.d. Fornero

La legge 92 del 2012, così come modificata dal decreto-legge 83 del 2012, convertito in legge 134 del 2012, ha dato vita ad un rito differenziato volto a definire in maniera più celere le controversie nascenti dall'impugnazione del licenziamento. Il rito si applica a tutte le controversie incardinate dopo il 18 luglio del 2012 e, a seguito del c.d. Jobs Act, a quelle prima del 7 marzo 2015. Il c.d. Rito Fornero prevede due fasi, la prima è necessaria e preliminare, mentre la seconda ha per presupposto un'impugnazione che introduce un giudizio ex art. 414 c.p.c, ovvero sia il corrente giudizio di merito di primo grado²⁹⁴.

L'ipotesi di raccordo tra fase sommaria e fase a cognizione piena del primo grado costituisce una soluzione praticabile nel caso in cui si voglia impedire una doppia valutazione di merito in tema di licenziamenti. Il rito Fornero ha consentito di

²⁹² MARESCA, A, *op. cit.*, p. 416.

²⁹³ MARESCA, A, *op. cit.*, p. 417.

²⁹⁴ SANDULLI P, “L'ambito di applicazione del rito del lavoro”, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017, pp. 3128-3130.

sperimentare nuove forme di tutela, idonee a surrogare il processo a cognizione. Il tentativo del legislatore del 2012 è stato fallimentare giacché a distanza di tre anni il procedimento è stato totalmente espunto dall'ordinamento. L'ascesa e discesa del rito deve però far riflettere dottrina, giurisprudenza e legislatore sull'opportunità di introdurre mutamenti normativi, questi infatti hanno il gravoso compito di comporre gli interessi emergenti nella collettività e non quello di alimentare le aporie e le incertezze²⁹⁵.

2.5. Il d.lgs. n. 23 del 2016, c.d. Jobs Act

2.5.1. Il contratto a tutele crescenti

Nel 2015 la riforma del mercato del lavoro comunemente nota come *Jobs Act* ha totalmente ridisegnato la disciplina dei licenziamenti illegittimi e ingiustificati, ha abbassato le tutele dei lavoratori ancor di più di quanto avesse fatto in precedenza la riforma Fornero, fra gli interessi delle parti in gioco, il legislatore torna a prediligere nettamente quello del datore. La nuova disciplina, introduttiva del contratto a tutele crescenti, ha il proprio ambito di applicazione temporalmente circoscritto secondo il disposto dall'art. 1 comma 1 del decreto legislativo 23 del 2015. Il nuovo regime per la totalità dei lavoratori si applica “...a decorrere dalla data di entrata in vigore del precedente decreto...”, cioè dal 7 marzo 2015.

Il Jobs Act si applica a tutti i datori, si prescinde quanti dipendenti abbiano e non si ha alcun riguardo per la tipologia di attività esercitata, si applica anche ai datori c.d. di tendenza. Ai sensi dell'art. 9 del decreto legislativo 23 del 2015 la nuova disciplina trova applicazione anche per i datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, i quali erano da sempre rimasti fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 18 della legge 300 del 1970²⁹⁶. Per quanto riguarda le imprese di scarse dimensioni, ad esse non si

²⁹⁵ LAI, P., “Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero” in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc. 4, dicembre 2018, p. 679.

²⁹⁶ GAMBERI, G., LORENZO MARIA PELUSI, L. M., MICHELE TIRABOSCHI, M., “Contratto a tutele crescenti” in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act* a cura di TIRABOSCHI, M., Giuffrè, Milano, 2016, pp. 31-32.

applica l'art. 3 comma 2²⁹⁷, infatti è esclusa la reintegrazione e le indennità sono dimezzate.

La disciplina ha la caratteristica di non essere applicabile in base al tempo del licenziamento, ma va applicata o meno a seconda di quale sia la data dell'assunzione del lavoratore. I destinatari della norma sono “...i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato...” e quelli il cui rapporto è oggetto di “...conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato...”. L'ultimo inciso ha destato non poche perplessità in quanto crea distorsioni e rilevanti problemi di coordinamento temporale fra le stratificazioni della normativa.

Il riferimento alla conversione del contratto, dà l'idea di come il legislatore abbia ricondotto in maniera forzata alla disciplina del 2015 fattispecie che avrebbero meritato di ricadere nell'alveo della previgente disciplina. La conversione del contratto a tempo determinato avviene *ex tunc* e pertanto a rigor di logica non dovrebbe cadere nella normativa più recente ma in quella in vigore quando fu stipulato. Secondo quanto statuito dal comma 3 della art. 1, nel caso in cui l'impresa superi il requisito dimensionale di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 18 della legge 300 del 1970 successivamente all'entrata in vigore del Jobs Act si applica la disciplina riformata: in tal modo il legislatore intende perseguire il fine incentivare la crescita degli organici aziendali delle imprese “sotto soglia”²⁹⁸.

²⁹⁷ Art 3 comma 2 d.lgs. 23/2015 “Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3”

²⁹⁸ PICCARI M, “Il regime del licenziamento nel contratto a tutele crescenti” in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017, pp. 1561-1568.

2.5.2. *Il licenziamento discriminatorio e nullo*

Per i nuovi assunti, i vizi che danno luogo alla reintegrazione sono essenzialmente due: licenziamento discriminatorio e licenziamento nullo (nella cui nozione rientra quello orale). La disciplina in materia è contenuta all'art. 2 del decreto legislativo 23 del 2015. *“Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio [...] ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto...”*, pertanto non è chi non veda che rispetto alla disciplina anteriore la fattispecie sia rimasta pressoché immutata. La norma fa riferimento all'art. 15 dello statuto dei lavoratori che elenca analiticamente i fattori di discriminazione: ragioni sindacali, politiche, religiose, razziali, di lingua, sesso, handicap, età, orientamento sessuale, convinzioni personali²⁹⁹.

Fuori dai casi del licenziamento discriminatorio, il diritto alla reintegrazione permane nel caso del licenziamento nullo a cui è equiparato quello inefficace perché orale. La dizione *“...casi di nullità espressamente previsti dalla legge...”* ha dato adito a interpretazioni diverse financo diametralmente divergenti. Il punto dolente è rappresentato proprio dall'avverbio “espressamente”, il quale costituisce la vera novità rispetto quanto statuito dalla riforma Fornero sulla materia. Una prima tesi sostiene che l'avverbio in causa si riferisca alle nullità testuali, che si contrappongono a quelle virtuali, i casi di nullità a cui la norma si riferisce sarebbero solo ed esclusivamente quelli che il legislatore ha inserito esplicitamente all'interno del tessuto normativo. Una seconda tesi però appare preferibile per la risoluzione della *querelle*, questa interpretazione muove dal fatto che l'art. 1418 c.c. prevede al comma 1 che *“...il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente...”*, ergo tutti i licenziamenti in contrasto con norme imperative non diversamente sanzionati darebbero luogo alla suddetta nullità. La parola “espressamente” non dovrebbe portare ad interpretazioni che si discostino da quanto sancisce il novellato art. 18 dello statuto dei lavoratori, per cui è sufficiente che le condizioni che impediscono il licenziamento siano tipizzate anteriormente, anche con la riforma del 2015 pertanto le fattispecie di nullità possono

²⁹⁹ BELLOCCHI, P., *op. cit.*, pp. 1573-1575.

ricavarsi *a contrariis* da quelle disposizioni che garantiscono la conservazione del posto di lavoro.

In alcuni casi l'aver introdotto la nuova dizione ha portato ad un cambiamento della disciplina, basti pensare al licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 2110 c.c. Con la riforma del 2012 ricadeva sotto la disciplina reintegratoria più blanda, oggi invece il licenziamento in pendenza di periodo di comportamento deve considerarsi nullo ai sensi dell'art. 2 del decreto legislativo 23 del 2015. Nella nuova normativa non compare più alcun riferimento al licenziamento per motivo illecito, per il quale dovrà ora applicarsi il regime di diritto comune³⁰⁰.

Questa è la principale differenza di contenuto tra il vigente articolo 18 e l'articolo 2. Il legislatore ha tipizzato un gran numero di ipotesi di licenziamento per motivo illecito. Ai sensi dell'articolo 2, è sufficiente per la dichiarazione di nullità del licenziamento che esso sia riconducibile agli altri casi di nullità. Fuori dai casi delle leggi speciali, l'illiceità di diritto comune resta la previsione di chiusura per sanzionare vizi gravissimi del licenziamento, in forza dell'art. 1418. Al diritto comune pertanto sono soggetti, tutti i lavoratori, con l'esclusione dei dirigenti, i presupposti di rilevanza del vizio e la sanzione del licenziamento illecito, senza che ciò comporti rilevanti diminuzioni di tutela. Avviene dunque una traslazione: dalla reintegrazione giuslavoristica a quella regolata dalle norme di diritto comune³⁰¹.

2.5.3. (segue) Il licenziamento per disabilità

L'“...ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore...” è forse la vera novità in tema di nullità del licenziamento introdotta dal *Jobs Act*. Al termine “inidoneità” della previgente disciplina è subentrato quello di “disabilità”, ed è venuto meno qualsiasi riferimento al motivo oggettivo. È sorto il dubbio se debba operarsi una distinzione fra mera inidoneità alle mansioni che attiene al giustificato motivo oggettivo, connesso alla tutela indennitaria, e recesso per disabilità del prestatore di lavoro, che ha come rimedio la reintegrazione. È discusso se la fattispecie ex articolo 2, comma 4, sia equiparata al

³⁰⁰ BELLOCCHI, P., *op. cit.*, pp. 1575-157.

³⁰¹ BELLOCCHI, P., in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 1 MARZO 2018, p. 145.

recesso discriminatorio solo nella sanzione o se, diversamente, abbia anche la medesima natura. La soluzione da prediligere pare quella che riconduce all'articolo 2, comma 4, ogni licenziamento per paventata inidoneità fisico-psichica alle mansioni. La nozione di disabilità fatta propria dalle fonti sovranazionali è molto ampia ed include qualsiasi menomazione permanente tale da precludere il mantenimento della posizione di lavoro, la disposizione richiama anche i casi di cui alla legge n. 68/1999 sul lavoro dei disabili. Il riferimento ad una situazione di disabilità del lavoratore fa sì che il recesso sia oggettivamente discriminatorio, senza riguardo per l'intenzione del datore³⁰². “...Nel caso del disabile il licenziamento o è giustificato oppure è discriminatorio”³⁰³.

2.5.4. Il licenziamento disciplinare

Andando ad analizzare la normativa sul licenziamento disciplinare come regolato dal d.lgs. n. 23/2015, si deve evidenziare che è stato qui eliminato ogni riferimento alle previsioni della contrattazione collettiva. Ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato dopo il 7 marzo 2015, la reintegra viene applicata “*esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*” (Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015). La mera tutela economica residua per qualsiasi violazione del canone di proporzionalità, comprendendo anche quelle ipotesi in cui il licenziamento sia stato irrogato a fronte di illeciti che il contratto collettivo o il codice disciplinare sanzionano con un provvedimento conservativo.

La circostanza che la fonte collettiva preveda una sanzione conservativa per l'illecito commesso continuerà ad incidere sulla qualificazione della sanzione irrogabile e sulla quantificazione del risarcimento dovuto, a condizione che tali previsioni siano espressamente e specificamente richiamate dalle parti in sede di sottoscrizione del contratto di lavoro. Se mancasse anche solo uno degli elementi che integrano la fattispecie di illecito disciplinare, vi sarebbe quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore

³⁰² FERRARESI, M., “Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento” in *Diritto delle Relazioni Industriali* N. 2/XXVIII, 2018, Giuffrè, pp. 552-554.

³⁰³ La citazione salomonica è di BELLOCCHI, P., “*Il licenziamento discriminatorio nullo e orale*” in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017 p. 1581.

idonea a fondare il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro. L'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 specifica che deve essere provata in giudizio "l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", per superare il controverso dispositivo della norma, è d'obbligo intendere il fatto oggetto di contestazione quale fatto giuridico, giacché si richiede che ai fini della sua sussistenza vi siano tutti gli elementi essenziali della relativa fattispecie disciplinare. Questa operazione interpretativa sembra preferibile perché il fatto che viene contestato al lavoratore non è affatto un qualsiasi comportamento umano, è una condotta astrattamente idonea a fondare un'ipotesi di inadempimento contrattuale. Tramite le argomentazioni esposte si ritiene ammissibile la reintegrazione del lavoratore nei casi in cui, pur sussistendo una condotta illecita quale fatto storicizzato, non vi sia quel disvalore al quale le parti ricollegano l'espulsione dal rapporto³⁰⁴.

Fuori dal caso di reintegra il datore che abbia licenziato indebitamente il proprio dipendente sarà condannato al pagamento di un'indennità onnicomprensiva. Entrato in vigore il Jobs Act, questa era commisurata alla sola anzianità di servizio del lavoratore ed andava da un minimo di due ad un massimo di ventiquattro mensilità³⁰⁵.

L'8 novembre 2018 con la sentenza n. 194 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 - sia nel testo originario sia come modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese) limitatamente alle parole "*di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio*". In questo modo la norma non prevede più un automatismo fra anzianità del lavoratore e indennità. Si assiste ad una nuova espansione della discrezionalità del giudice a scapito della prevedibilità del risarcimento³⁰⁶.

2.5.5. *Il giustificato motivo oggettivo e il licenziamento collettivo*

³⁰⁴ PELUSI, L. M., "Il licenziamento disciplinare in violazione del CCNL applicabile: Statuto dei lavoratori e tutele crescenti a confronto" in *Diritto delle Relazioni Industriali* 2/XXVI, Giuffrè, 2016, pp. 556-559.

³⁰⁵ SANTORO-PASSARELLI, G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 351-352.

³⁰⁶ C. Cost sent. n. 194/2018.

Spente le iniziali paure sull'integrale (ed esigua) monetizzazione come rimedio al licenziamento economico ingiustificato che avrebbe reso sproporzionato ogni sforzo di razionalizzazione a confronto delle ricadute pratiche, gli interpreti hanno dovuto comunque fare i conti con una mutata disciplina³⁰⁷. A quanto espressamente sancisce la norma contenuta nel comma 1 dell'art. 3 del decreto legislativo 23 del 2015, "*nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo [...], il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità*". Non è pertanto difficile arguire come la regola generale in caso di licenziamento erroneamente comminato per motivi oggettivi sarà una mera tutela indennitaria. Essa si assesta tra le sei e le trentasei mensilità, fatto salvo quanto stabilito dall'art. 4 che in relazione ai vizi formali e procedurali prevede che l'indennità debba essere circoscritta fra le due e le dodici mensilità.

Il decreto legislativo 23 del 2015 è intervenuto anche in materia di licenziamenti collettivi, ha stabilito che la tutela reintegratoria trovi applicazione solo nelle ipotesi nelle quali non viene applicata la forma scritta, invece nei casi di violazione delle procedure ex art. 4 legge 223 del 1991 e nei casi di violazione dei criteri di scelta ex art. 5 della stessa legge la sanzione approntata dall'ordinamento sarà quella della tutela indennitaria³⁰⁸.

2.5.6. *La parabola delle tutele*

La tutela del lavoratore nell'ordinamento italiano ha seguito un percorso inizialmente ascendente, verso una maggiore tutela della parte debole del rapporto, per poi proseguire in maniera discendente verso la graduale perdita di tutele a cui si è assistito dagli anni 2000 in poi. All'inizio la disciplina del licenziamento era stata ricondotta alle comuni regole privatistiche di derivazione romanista, l'avvento della Costituzione del 1948 in seguito, come analiticamente visto sopra, ha fatto maturare le istanze egualitarie e di tutela nei confronti dei lavoratori che sono esplose negli anni '60 e '70.

La centralità del testo costituzionale nella sua portata sociale ha però successivamente dovuto fare i conti con un mutato contesto economico e sociale a cui inevitabilmente le

³⁰⁷ FERRARESI, M., *Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dall'apparato sanzionatorio alla fattispecie*, Working Paper n. 12 pp. 4-17.

³⁰⁸ GAMBERI, G., LORENZO MARIA PELUSI, L. M., MICHELE TIRABOSCHI, M., *op. cit.*, pp. 50-52.

disposizioni di fonte primaria hanno dovuto adattarsi. In particolare, la crisi economica del 2008 ha portato a una radicale revisione delle tutele ed infatti con i due interventi legislativi del 2012 e del 2015 l'asse del legislatore si è spostato via via verso una maggiore flessibilità in uscita dei rapporti *ex art. 2094 c.c.* e dalla tutela reale del 1970 si è capitolato fino alla tutela meramente indennitaria e anticipatamente calcolabile del 2015.

PARTE II “I SISTEMI SOVRANAZIONALI”

La Carta Sociale Europea e la protezione in caso di licenziamento

3.1. La Carta Sociale Europea: origine e tutele

3.1.1. *Il Consiglio d'Europa*

Negli ultimi tempi il sistema giuridico nazionale interno vive sempre più in simbiosi con l'ambito internazionale, il vecchio Stato moderno appare ormai indebolito e non più idoneo ad assicurare di per sé tutela in materia di diritti dell'uomo e libertà fondamentali, talché necessita di un affiancamento a realtà internazionali o sovranazionali. Il nuovo costituendo sistema multilivello sta vedendo una fioritura costante di carte dei diritti, statali come internazionali, che stanno portando ad una sorta di omogeneizzazione dei diritti. In gruppi di stati affini per storia o cultura è più agevole la creazione di ordinamenti internazionali a base regionale, vedasi ad esempio la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali la cui stretta coincidenza con una “regione” è pressoché pacifica³⁰⁹. Si tratta quindi del fenomeno della regionalizzazione dei diritti umani, regione più culturale che geografica sovente. Nel quadro europeo, un compiuto sistema assiologico è rappresentato dalla CEDU che rappresenta la più significativa espressione di carta regionale dei diritti³¹⁰. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o CEDU, è una Convenzione internazionale adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa. La Convenzione è considerata il testo centrale in materia di protezione dei diritti fondamentali dell'uomo in quanto è l'unica Carta dotata di un sistema giurisdizionale permanente che consente ad ogni persona di richiedere la tutela dei diritti statutivi, tramite il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo avente sede a Strasburgo.

I rappresentanti dei cinque Stati che avevano aderito al Trattato di Bruxelles (la c.d. Unione occidentale) del 17 marzo 1948, ovverosia Belgio, Francia, Gran Bretagna, Lussemburgo e Olanda, il 26 ottobre 1948 stabilirono di istituire un Comitato permanente per lo studio e lo sviluppo della Federazione europea. Nel gennaio 1949 il Consiglio dei ministri dell'Unione occidentale, si pronunciò in favore di un Consiglio dell'Europa che

³⁰⁹ DI STASI, A., *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2018, pp. 1-3.

³¹⁰ *Ibidem*, pp. 6 e 7.

fosse formato da un comitato ministeriale e da un corpo consultivo, e ne affidò lo studio della realizzazione ad una conferenza, alla quale si aggiungessero oltre ai cinque firmatari del Trattato di Bruxelles, anche la Danimarca, l'Islanda, l'Italia, la Norvegia e la Svezia. La conferenza ebbe luogo a Londra tra il mese di marzo e quello di aprile del 1949, il 5 maggio seguente i rappresentanti dei dieci Stati sottoscrissero a Londra l'accordo istitutivo del Consiglio d'Europa³¹¹.

Successivamente il numero degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa è andato implementandosi, ed oggi conta 47 membri, inclusi i Paesi fondatori, e sono in ordine alfabetico: Albania (13.07.1995), Andorra (10.10.1994), Armenia (25.1.2001), Austria (16.04.1956), Azerbaigian (25.1.2001), Belgio (5.5.1949), Bosnia-Erzegovina (24.04.2002), Bulgaria (7.5.1992), Cipro (24.5.1961), Croazia (6.11.1996), Danimarca (5.5.1949), Estonia (14.5.1993), Ex-Repubblica jugoslava di Macedonia (9.11.1995), Finlandia (5.5.1989), Francia (5.5.1949), Georgia (27.4.1999), Germania (13.7.1950), Grecia (9.8.1949), Irlanda (5.5.1949), Islanda (7.3.1950), Italia (5.5.1949), Lettonia (10.2.1995), Liechtenstein (23.11.1978), Lituania (14.5.1993), Lussemburgo (5.5.1949), Malta (29.4.1965), Moldavia (13.7.1995), Monaco (5.10.2004), Montenegro (11.05.2007), Norvegia (5.5.1949), Paesi Bassi (5.5.1949), Polonia (29.11.1991), Portogallo (22.9.1976), Regno Unito (5.5.1949), Repubblica Ceca (30.6.1993), Romania (7.10.1993), Federazione Russa (28.2.1996), San Marino (16.11.1988), Serbia (03.04.2003), Slovacchia (30.6.1993), Slovenia (14.5.1993), Spagna (24.11.1977), Svezia (5.5.1949), Svizzera (6.5.1963), Turchia (9.8.1949), Ucraina (9.11.1995), Ungheria (6.11.1990)³¹².

Le finalità che venivano imposte al nuovo ente, avente natura di organizzazione internazionale, sono chiaramente indicate nell'art. 1 dell'accordo medesimo. “...*Il Consiglio d'Europa tende a conseguire una più stretta unione tra i suoi membri, al fine di salvaguardare ed attuare gli ideali ed i principi che costituiscono il loro patrimonio comune, nonché a facilitare il loro progresso economico e sociale...*”³¹³.

Per quanto attiene a determinate specifiche finalità di carattere giuridico, amministrativo, economico, sociale e culturale, che rientrano nella sua diretta sfera di competenza, il

³¹¹MONACO, R, “Consiglio (voce)”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Giuffrè, Varese, 1961.

³¹² Online su <https://www.coe.int/it/web/portal/47-members-states> (consultato il 03/09/2018).

³¹³ Articolo 1 Statuto del Consiglio d'Europa, 5.V.1949

Consiglio d'Europa si è fatto promotore di numerose convenzioni tra gli Stati membri. È di particolare importanza la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed ha visto la sua entrata in vigore il 3 settembre 1953. Essa prevede l'organizzazione di apposite giurisdizioni in materia di protezione dei diritti umani, a cui è possibile accedere anche da parte di singoli individui³¹⁴.

3.1.2. *Il Consiglio d'Europa e la Corte europea dei diritti dell'uomo*

La Corte europea è pienamente operante nell'ambito del Consiglio d'Europa, l'organizzazione internazionale nata nel 1949. L'ente è uno dei principali avamposti europei a presidio dei valori delle moderne democrazie occidentali: stato di diritto, diritti umani e democrazia pluralista. Intensi e bilaterali sono i legami istituzionali tra la Corte ed il Consiglio, non va sottaciuta la regola di cui all'art. 59 comma 1 della Convenzione, per la quale solo gli Stati membri del Consiglio d'Europa possono prestare adesione. Questa norma innanzitutto è posta a garanzia del carattere regionale del sistema, in via tendenziale assicura che la partecipazione alla Convenzione sia circoscritta ai soli Stati che siano in grado di superare certi livelli, considerati minimi, di democraticità e di reale adesione ai valori che si confanno ad uno Stato moderno.

Dal 1989 in poi con il crollo del comunismo in Europa il panorama in cui si muove il Consiglio d'Europa ed il suo annesso sistema di garanzie e tutele dei diritti dell'uomo, ha subito una radicale evoluzione. Non è più gruppo chiuso dei Paesi democratici dell'Europa occidentale, bensì un'organizzazione estesa della quale fanno parte i 47 Paesi di cui sopra e che abbraccia l'intero continente, salvo rare eccezioni, intendendo la dimensione territoriale con una certa elasticità, in senso davvero estensivo.

In senso formale nessun obbligo giuridico incombe sugli Stati aderenti al Consiglio d'Europa di ratificare la Convenzione. Ed effettivamente, nella prima fase di esistenza dell'organizzazione si è assistito al fenomeno di Stati, seppur di risalente tradizione democratica, che hanno lungamente temporeggiato prima di aderire al sistema. Assumendo il caso francese come paradigmatico, va ricordato che ha ratificato la

³¹⁴ MONACO, R, "Consiglio (voce)", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Giuffrè, Varese, 1961.

Convenzione solo nel 1974, essendo passati quasi venticinque anni dalla sua apertura alla firma.

Oggi va ritenuto un indefettibile dovere politico, la partecipazione alla Convenzione dei Paesi membri del Consiglio d'Europa; come testimonia del resto la prassi per cui gli Stati candidati all'adesione all'organizzazione di Strasburgo provvedono a firmare la Convenzione contestualmente al giorno in cui aderiscono, impegnandosi quindi a provvedere in tempi celeri alla ratifica.

La Corte oggi si trova a interfacciarsi con un variegato ed ampio ventaglio di ordinamenti giuridici e sistemi culturali, che incidono inevitabilmente sull'azione della giurisprudenza. L'efficacia del sistema di Strasburgo non sta tanto nell'aver scritto un catalogo compiuto e sufficiente dei diritti protetti, quanto piuttosto nelle procedure di verifica della corretta osservanza da parte degli Stati contraenti degli obblighi che si sono impegnati a rispettare. Stella polare del sistema procedurale è la riforma del 1994, introduttiva di quell'organo pienamente giurisdizionale, denominato Corte europea dei diritti dell'uomo³¹⁵.

3.1.3. *La CEDU all'origine della Carta Sociale Europea*

Sebbene le istituzioni dell'unione europea abbiano dato grande risalto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, alla quale sovente la Corte di Giustizia dell'Unione europea si riferisce nelle sue pronunce sin dagli 1970, e sebbene i trattati eurounitari la riconoscano espressamente quale momento fondante e di implementazione dei diritti fondamentali nell'UE, la Carta sociale del Consiglio d'Europa è stata uno strumento giuridico messo spesso nell'ombra.

Certamente nel trattato di Roma vi è un riferimento alla Carta Sociale Europea, infatti con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo nel 1987 la Corte di Giustizia menziona la Carta, seppur con parsimonia, però la vicenda dell'adesione dell'Unione alla Carta sociale è stata affrontata molto di rado senza analizzare nel dettaglio le sue implicazioni pratiche, e quando è stato fatto non è risultato più di un mero esercizio accademico. Non è chi non veda che il ruolo secondario rivestito della Carta sia paradossale, questa infatti quando non era stata ancora esitata ed i contenuti ne venivano negoziati, ebbe un impatto volto

³¹⁵ CONFORTI, B., RAIMONDI, G., "Corte europea dei diritti dell'uomo (voce)", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VI, Giuffrè, Varese, 2002.

ad accelerare l'edificazione del trattato istitutivo della Comunità economica europea nel 1957.

Quando si immaginava la creazione di una Comunità economica europea, era stata posta al vaglio l'opportunità che il trattato fondante contenesse disposizioni di natura sociale. Il mercato comune, basato sulla libera circolazione dei lavoratori e sulla libera prestazione dei servizi da parte delle imprese, congiuntamente alla libertà di stabilimento, avrebbe dovuto camminare parallelamente all'aumento di protezione sociale ed a maggiore effettività dei diritti dei lavoratori.

L'economista svedese Bertil Ohlin nella relazione richiesta dall'organo direttivo dell'Ufficio internazionale del lavoro, esaminò “*Aspetti sociali della cooperazione economica europea*”³¹⁶. Questo documento esprimeva l'idea per la quale il miglioramento del tenore di vita e delle condizioni di lavoro nel mercato passasse in via prioritaria dal funzionamento dello stesso mercato, un po' per la perequazione dei prezzi dei fattori produttivi che esso avrebbe causato, un po' anche a causa degli aumenti di produttività, com'è facilmente intuibile, a causa di una più efficiente allocazione a livello interstatale del lavoro. Tali risultati si sarebbero dovuti realizzare avendo riguardo della forza dei sindacati e della sensibilità dei singoli governi europei, per cui l'alzamento degli standard delle norme sul lavoro sarebbe stato agevolato se tutti i paesi europei avessero dato adesione alle convenzioni internazionali adottate dall'Organizzazione internazionale del lavoro o alla Carta Sociale, in corso di negoziazione al tempo della relazione. Si sarebbe auspicato che una volta firmata la Carta Sociale Europea il 18 ottobre 1961, sarebbero sorti legami tra questa e l'economia degli Stati membri della CEE.

3.1.4. *L'evoluzione della Carta Sociale Europea*

La prima esitazione della Carta come firmata a Torino il 18 ottobre 1961, ha subito differenti modifiche importanti con lo scopo di rafforzarla sotto il profilo dell'effettività. I mutamenti così intercorsi hanno inciso sull'impianto normativo originale al punto tale che alcuni autorevoli giuristi hanno parlato di una seconda vita della Carta Sociale Europea. Le modifiche hanno riguardato non solo i diritti e gli obblighi giuridici contenuti

³¹⁶ ILO, “Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts”, in 74 International Labour Review, pp 99-123.

nella Carta, attraverso il Protocollo addizionale del 1988 e la Carta Sociale Europea riveduta del 1996, ma anche i connessi meccanismi sovranazionali di controllo, attraverso il cosiddetto Protocollo di Torino del 1991 e il Protocollo addizionale su un sistema di reclamo collettivo istituito nel 1995³¹⁷.

La Conferenza di Granada del 1987, organizzata per commemorare i venticinque anni della Carta, costituisce il primo spiraglio verso il rilancio. In quell'occasione gli interventi intersorsi si soffermano su considerazioni negative riguardo al carattere subordinato della Carta Sociale rispetto alla CEDU. Pertanto, si riescono a includere nella programmazione la ripresa di negoziati per riformare il sistema della Carta. Nel 1988 l'elaborazione del Protocollo addizionale non faceva venire meno le maggiori difficoltà le quali erano connaturate al debole meccanismo di controllo.

A Roma la Conferenza Interministeriale del 1990 apre ufficialmente ad un processo che, tramite la costituzione di un apposito comitato ad hoc per il rilancio della Carta, produce in maniera solerte due protocolli: il primo, del 1991 è detto Protocollo di Torino, mentre il secondo, del 1995 è relativo ai reclami collettivi. Questo genere di reclami può essere proposto sia dalle parti sociali che da certe ONG internazionali accreditate nei confronti di quegli Stati che violano l'accordo. I nuovi diritti previsti dal protocollo del 1988 sono stati inseriti nella Carta riveduta, aperta alla firma nel 1996 ed entrata in vigore due anni dopo. La maggior parte degli articoli originari sono stati ampiamente rielaborati o specificati, alla luce dell'esperienza acquisita e del mutato contesto sociale.

Il processo di rilancio della Carta non può prescindere da un breve cenno al contesto storico dei primi anni Novanta. Il socialismo reale ormai tramontato e la guerra fredda terminata spingono il resto d'Europa ad aprirsi verso i Paesi dell'est e del sud est del continente, l'Unione Europea già in fase avanzata, l'accelerazione e la più marcata globalizzazione pongono l'accento sull'dei diritti sociali di derivazione sovranazionale.³¹⁸

L'Atto unico europeo (AUE), è stato sottoscritto a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 ed è entrato in vigore il 1° luglio 1987, ed è qui che la Carta Sociale Europea fa una prima e

³¹⁷ OLIVERI, F., "La carta sociale europea come strumento vivente" in *Jura gentium*, 2013 Vol. X, n. 1, pp. 43-44.

³¹⁸ OLIVERI, F., *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali*, online su http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Carta_sociale_Oliveri_1.pdf (consultato il 06.07.2019), pp. 2-3-4.

timida apparizione nei trattati istitutivi delle Comunità europee. L'Atto unico azionava meccanismi volti a garantire la progressiva instaurazione del mercato interno, nel corso di un periodo che si sarebbe concluso il 31 dicembre 1992. Il Presidente della Commissione europea Jacques Delors nel 1989, spingeva a che la CEE adottasse una Carta condivisa dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori. A Strasburgo tra il 9 ed il 10 dicembre 1989, undici dei dodici Stati membri della CEE approvano la Carta, sotto forma di atto avente valenza meramente politica approvata, la Carta comunitaria era il frutto della precisa scelta di adottare un catalogo di diritti sociali specifici per l'intera Comunità. Successivamente, nel 1997, con l'adozione del trattato di Amsterdam la Carta Sociale Europea torna ad essere menzionata, nonostante ciò venga fatto con estrema prudenza.³¹⁹

3.1.5. Le deboli tutele

Una delle differenze che intercorre fra le norme della CEDU e quelle della Carta Sociale è che mentre le prime hanno diretta azionabilità, le seconde non sottostanno al controllo giurisdizionale della Corte europea e sono affidate ad un meccanismo di controllo dai crismi internazionali, che come tale non è affatto idoneo a garantire la piena effettività dei diritti che ivi richiedono protezione.

Le resistenze e limiti all'efficacia che la Carta Sociale Europea ha finora incontrato lungo il suo trascorso a livello nazionale, sia sul fronte ambito politico sia nella prassi della giurisprudenza, risentono di un particolare modello di sovranità, c.d. modello westfaliano, che ha quale precipitato la concezione di filosofia giuridica che riconosce una norma come tale solo nel caso in cui vi sia un potere autoritativo idoneo a farne valere l'inadempimento³²⁰.

Come accennato il maggiore problema della Carta, che segna anche la lontananza dalla CEDU, quello delle forme di tutela dei diritti enunciati. La CEDU è dotata di un sistema di tutele che si è dimostrato efficiente nel corso degli anni, invece la Carta sociale prevede

³¹⁹ DE SCHUTTER, O., *La Carta sociale europea nel contesto dell'attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, online su <http://www.europarl.europa.eu/committees/it/studies.html> (consultato il 10.10.2019), p. 14.

³²⁰ STRAZIUSO, E., *La Carta Sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, online su <https://www.gruppodipisa.it> (consultato il 22.11.2019), p.3.

nella Parte IV un debole controllo che si articola su un doppio binario, regolato dai due distinti Protocolli del 1991 e del 1995. Nucleo duro della Carta è il Comitato europeo dei diritti sociali, organo composto di 15 membri indipendenti nominati per sei anni dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e rieleggibili una sola volta.

Il primo binario corre, secondo una prassi diffusa in ambito del diritto internazionale, su un onere per i contrenti statali: presentare annualmente un rapporto in cui emerga lo stato di attuazione degli articoli accettati e, previa domanda specifica, anche di quelli non accettati. Il Comitato europeo esaminato il rapporto ha il compito di rendere pubbliche le proprie conclusioni e deduzioni circa l'osservanza delle norme. Dinanzi ad una decisione di "non conformità", se lo Stato che non ha preso idonee misure provvedimentali per recidere la situazione di contrasto, lo stesso Comitato dei Ministri può attivamente adoperarsi usando lo strumento della raccomandazione.

Il secondo binario è operativo già dal 1998 aggiungendosi, senza sostituirsi, al sistema dei rapporti obbligatori annuali. Viene attivato dal basso, specifiche organizzazioni o associazioni della società civile, possono infatti rivolgere reclami collettivi direttamente al Comitato europeo. Se il reclamo è dichiarato ricevibile viene esaminato anche in contraddittorio scritto tra le parti interessate; la decisione di merito viene comunicata alle parti e al Comitato e quest'ultimo può infine adottare una raccomandazione o una risoluzione³²¹.

Le differenze con il sistema di protezione della CEDU sono particolarmente marcate, innanzitutto la procedura non ha carattere strettamente giurisdizionale e pertanto le conseguenze di una violazione sono limitate a raccomandazioni e risoluzioni indirizzate allo Stato manchevole, ma qui si fermano. Va evidenziato che il reclamo non può essere sollevato dal singolo cittadino, ma esclusivamente da associazioni specifiche.

È del tutto assente una tutela individuale vera e propria, cui fa da *pendant* una pericolosa dissociazione fra la titolarità delle situazioni giuridiche, riconosciute al singolo soggetto, e l'azionabilità delle stesse che viene attribuita a coloro i quali non sono destinatari delle disposizioni. Il grado di tutela dei diritti sociali è ancora più debole se, guardando alla

³²¹ PANZERA, C., *Per i cinquant'anni della carta Sociale Europea*, online su <https://www.gruppodipisa.it> (consultato il 18.09.2019), p. 5.

realtà dei fatti, si considera come quarantatré Stati hanno ratificato la convenzione, ma soltanto quindici hanno accettato il sistema dei reclami collettivi ivi previsto³²².

3.1.6. *La forza della Carta*

Il punto forte della Carta è il contesto in cui è inserita, le conclusioni apparentemente negative a cui si è fatto riferimento non possono di certo sminuire il lavoro svolto dal Comitato negli ultimi anni. È stato fra gli organi più attivi, fin dalla sua istituzione, nel sistema del Consiglio d'Europa ed il ruolo svolto del Comitato è di fatto accresciuto dall'assenza di altre sedi di tutela specializzata dei diritti sociali in Europa. Il Comitato europeo ha rappresentato l'unica istanza quasi giurisdizionale di protezione dei diritti sociali e di accertamento e sanzione sul piano sovranazionale in ambiente europeo.

L'organo di cui si discute, si è a peso propositivamente nel monitoraggio e nel controllo minuzioso di legislazioni e prassi nazionali, soprattutto nella procedura dei reclami collettivi, sanzionando solertemente le singole violazioni degli Stati contraenti. Il Comitato si è mosso oltre, ha addirittura preteso dagli Stati membri che persino l'attuazione delle direttive comunitarie avvenga in maniera conforme agli obblighi assunti per mezzo dell'adesione alla Carta sociale. Con la propria azione il Comitato ha infine contribuito a chiarificare e rendere maggiormente intellegibili le disposizioni della stessa Carta. Ne ha delineato i confini e l'ha arricchita di contenuti. Analizzando lo stato dell'arte sulla concreta affermazione dei diritti enunciati nella Carta sociale, si deve avere come lume necessario la giurisprudenza del Comitato; e tale organo ha mostrato più volte di aver preso molto sul serio la missione affidatagli³²³.

3.1.7. *La non adesione dell'Unione Europea*

L'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo rappresenta una questione particolarmente spinosa in materia di garanzia dei diritti nel territorio eurounitario. La prospettiva di un sistema rinforzante la tutela va osservata sotto una lente prospettiva positiva, ciò non toglie che il sussistere di due sistemi giuridici paralleli pone seri problemi di coordinamento e razionalizzazione, sia per quanto riguarda

³²² *Idem.*

³²³ *Ibidem*, p. 6.

la redazione delle norme che sul concreto esercizio dei poteri dei giudici. L'accidentata e difficoltosa via del processo d'adesione è ben rimarcata dal dispiegarsi dei rapporti fra Bruxelles e Strasburgo. L'Unione Europea ha sempre riconosciuto il ruolo centrale delle convenzioni internazionali in materia di diritti inviolabili, ma ha pur sempre ribadito la propria posizione di preminenza e la conseguente superiorità del diritto comunitario. Ciononostante, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è dovuta pronunciare in due differenti occasioni su diversi progetti di assimilazione dei due ordinamenti.

Con il parere 2 del 1994 la Corte sentenziò negativamente l'avvio delle procedure per l'adesione, secondo la Corte non vi erano le basi legali per completare l'adesione alla CEDU. Le resistenze e le obiezioni sono però oggi state risolte giacché il Trattato di Lisbona ha riconosciuto personalità giuridica all'UE e ha aperto la possibilità a che questa possa ratificare trattati e convenzioni internazionali; *ad abundantiam* non può dimenticarsi che l'art. 59 comma 2 CEDU prevede espressamente che “*L'Unione europea può aderire alla (...) Convenzione*³²⁴”.

Anche sul secondo progetto su cui si pronunciò la Corte dell'Unione, la relativa statuizione contenuta nella celebre opinione C/2-13 fu negativa. Dalle conclusioni dei giudici di Lussemburgo emerge un comportamento protezionistico, a causa del timore che l'influenza che la Corte EDU avrebbe avuto sull'ordinamento dell'UE, violando in qualche modo l'art. 344 del TFUE., “*Gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso*³²⁵”.

Nonostante l'accesa disputa per la primazia delle due corti sovranazionali, vi è una forte convergenza su alcuni aspetti della tutela dei diritti fondamentali. È la stessa Unione Europea ad aver spinto i suoi membri a aderire alla Convenzione e a rispettarne le pronunce. Nella prassi è frequente l'uso del canone della “doppia fedeltà”, secondo il quale un atto conforme agli obblighi derivanti dal diritto comunitario, si considera allo stesso modo conforme rispetto a quanto previsto dalla Convenzione EDU³²⁶.

³²⁴ C. di Giustizia parere 2 del 1994, 28 marzo 1996.

³²⁵ C. di Giustizia parere 2 del 2013, 18 dicembre 2014.

³²⁶ ZAGREBELSKY, V., “L'UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia” in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, fasc. 1, Il Mulino, Bologna, p. 127.

L'adesione avrebbe effetti positivi sul rapporto tra le due istituzioni, purtroppo attualmente, il processo di adesione dell'Unione Europea al sistema della Convenzione EDU sembra però essersi arenato per ragioni di ordine squisitamente politico ed il legislatore comunitario prende tempo, anche perché l'art. 6.2 del TUE prevede che l'Unione "aderisce alla Convenzione", ma non prevede né vincoli, né sanzioni, né incentivi. L'adesione dell'UE alla CEDU auspicabile in favore di una maggiore effettività dei diritti fondamentali per ogni cittadino comunitario³²⁷.

3.2. Obiettivi e settori operativi della Carta

3.2.1. Come interpretare la Carta Sociale Europea

I testi giuridici acquisiscono in concreto effettività e validità attraverso le interpretazioni realizzate dagli interpreti. Non sono chiusi in sé stessi ma necessitano di un atto di ricezione e interpretazione da parte dei loro molteplici destinatari, non ne va infatti tralasciato l'aspetto extra testuale. Il diritto non ha senso di per sé ma per le correlazioni che lo legano alla sfera materiale della vita, l'operazione ermeneutica deve tener conto necessariamente di quanto si trova oltre il testo, nella realtà fattuale. Sono vane le interpretazioni che nascono esclusivamente sul testo prescindendo dall'elemento fattuale. Gli interpreti del diritto devono sempre rivolgersi al fatto da cui origina l'effetto giuridico, ponendo l'accento alle molteplici relazioni che possono stabilirsi tra questi due differenti momenti. Quando ha come oggetto una situazione rilevante dal punto di vista normativo, l'interpretazione consente di avere conoscenza per l'intero del sistema sociale, economico, politico e culturale dal quale le norme sono originatesi; si possono valutare secondo differenti prospettive gli intrecci fra le disposizioni giuridiche e le varie componenti poste a base della società³²⁸. La natura di questo secondo tipo di interpretazione potrebbe essere tacciata di non giuridicità, solo se si rimane fermi ad un modello prettamente testuale e rigido del diritto e della sua interpretazione³²⁹.

³²⁷ TUMMINELLO, F., *L'adesione dell'Unione Europea al sistema della CEDU, quali prospettive?* Online su <https://www.iusinitinere.it/ladesione-dellunione-europea-al-sistema-della-cedu-quali-prospettive-10627> (consultato il 27.11.2019).

³²⁸ GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 15-17.

³²⁹ OLIVERI, F., "La carta sociale europea come strumento vivente" in *Jura gentium*, 2013 Vol. X, n. 1, p.49.

Il meccanismo di controllo della Carta prevede esplicitamente che si valuti, oltre al diritto vigente, anche la prassi nazionale affinché accertare che gli Stati rispettino gli obblighi contratti con la ratifica del trattato. Questa è la ragione per cui il Comitato non può limitarsi ad un'interpretazione del testo, individuando le norme in essa contenute e le fattispecie concrete, ma deve rivolgere la propria attività ermeneutica ad altri due oggetti non testuali, rilevanti al punto di vista normativo.

Il primo, è quello che si può chiamare diritto vivente, differenziandolo dal mero testo normativo. Si tratta di andare oltre il semplice dettato normativo, per analizzare quanto avviene nella realtà³³⁰. Il Comitato è chiamato a individuare l'insieme delle norme effettivamente in vigore nell'ordinamento statale rispetto al contenuto precettivo della Carta e deve valutare il loro effettivo grado di attuazione, il rispetto delle norme non può risultare dalla sola esistenza di una legislazione, questa infatti deve essere applicata in pratica. Il Comitato è tenuto a valutare gli sforzi posti in essere dagli Stati in riferimento alle loro legislazioni e regolamentazioni nazionali, ai loro impegni nei riguardi dell'ordinamento eurounitario e delle Nazioni Unite. Non va solo analizzata la normativa esistente, ma va effettuata anche un'indagine sulle politiche degli Stati, dell'agire amministrativo e degli enti locali, le sentenze delle corti internazionali, europee e nazionali, gli accordi di sindacati in materia di condizioni di lavoro, e qualsiasi altro strumento scelto dalle autorità nazionali in attuazione della Carta. Nell'interpretazione della prassi rientrano anche le condizioni materiali di vita della popolazione ed il comportamento dei soggetti istituzionali responsabili della sua attuazione. Tramite le statistiche, gli studi e altre fonti di conoscenza fornite dai soggetti che depositano i reclami collettivi, i membri del Comitato tentano di indagare in merito alla situazione complessiva vissuta da una data popolazione, in un certo tempo e luogo rispetto alla realizzazione di un diritto o all'ottemperanza di un obbligo previsti dalla Carta.

Il secondo oggetto non meramente testuale su cui si esercita l'interpretazione del Comitato è costituito dal rapporto tra la Carta, il diritto positivo negli ambiti di competenza della carta ed il rispettivo diritto vivente. È sulla base di questo terzetto che i membri del Comitato decideranno se l'applicazione della Carta da parte degli Stati sia sufficiente ovvero no, e conseguentemente se si possa ritenere sussistente una violazione

³³⁰ EHRLICH, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts, München-Leipzig, Duncker und Humblot, 1913*, trad. it. I fondamenti della sociologia del diritto, Milano, Giuffrè, 1976, p. 591.

o meno. Il quesito che i membri del Comitato si pongono nel valutare le diverse situazioni concrete è se oltre al diritto applicabile, se la prassi è rispondente allo spirito della Carta. Il Comitato ricostruisce la reale portata del godimento dei diritti superando le apparenze testuali. La tendenza a guardare in ultima analisi alle condizioni effettive della popolazione, fa sì che il Comitato tenda a ritenere sussistente una violazione della Carta se, nonostante l'esistenza di leggi e regolamenti, si nota un'applicazione insufficiente o se comunque il problema, a cui l'accesso al diritto in questione vorrebbe dare risposta, sussiste ancora. Questa tipologia di interpretazione ha condotto il Comitato a individuare tre casi tipici che possono costituire violazioni della Carta: la normativa è insufficiente o addirittura contraria rispetto agli obiettivi della Carta; la normativa è sufficiente, ma riceve una applicazione carente o contraria agli obiettivi della Carta; la normativa e la sua applicazione sono sufficienti, ma il problema sociale oggetto delle disposizioni persiste. A questi tre casi se ne somma un quarto, raro ma non impossibile: la legislazione è insufficiente o contraria alla Carta, ma la prassi nazionale è comunque sufficiente in virtù di una efficace azione in sede giurisprudenziale³³¹.

3.2.2. *La struttura della Carta Sociale Europea*

La Carta Sociale è composta da un preambolo, cinque parti ed un allegato. Nel preambolo vengono riportati quelli che sono gli scopi del Consiglio d'Europa, e precipuamente si fa riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Viene menzionata la comune volontà degli Stati membri di assicurare il godimento dei diritti sociali, oltre che dei diritti civili e politici contenuti nella Convenzione. Nella prima parte vengono enucleati 19 principi, essi costituiscono obiettivi politici per i quali gli Stati si impegnano a adottare tutti i mezzi idonei, sia sul piano nazionale che internazionale. Gli articoli invece riguardano il diritto al lavoro, all'orientamento professionale, alla sicurezza sociale, alla famiglia.

Nella parte seconda del documento, i principi enunciati nella prima parte vengono ad esplicitarsi in disposizioni vincolanti. Viene dunque enunciato il diritto al lavoro, con tutte le sue caratteristiche, che si riferiscono ad eque condizioni di impiego, al diritto alla sicurezza ed all'igiene, il diritto ad un'equa retribuzione, il diritto sindacale, il diritto dei

³³¹ OLIVERI, F., *op. cit.*, pp. 50-51.

fanciulli e delle lavoratrici a ricevere particolare protezione nel luogo di lavoro, il diritto all'orientamento ed alla formazione professionale. Per quanto riguarda la sicurezza sociale, viene riconosciuto il diritto alla protezione della salute, all'assistenza sociale e medica, a beneficiare dei servizi sociali, il diritto alla famiglia ed alla sua protezione, compresa quella della madre e del bambino.

I diritti garantiti dalla Carta riguardano tutti gli individui nella loro vita quotidiana. Nel diritto all'abitazione rientrano l'accesso ad un alloggio adeguato e a un prezzo ragionevole per tutti; riduzione del numero delle persone senza fissa dimora; una politica degli alloggi mirante a soddisfare i fabbisogni di tutte le categorie svantaggiate; disposizioni per limitare gli sfratti; pari possibilità di accesso per gli stranieri agli alloggi sociali e ai sussidi per l'alloggio; edilizia residenziale e sussidi per l'alloggio corrispondenti alle necessità delle famiglie.

Nell'ambito del diritto alla protezione della salute si possono menzionare la doverosità di una struttura sanitaria accessibile ed efficace per l'insieme della popolazione; una politica di prevenzione delle malattie con una particolare attenzione alla garanzia di un ambiente sano; eliminazione dei rischi sul lavoro per assicurare in diritto e in pratica la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro; diritto delle lavoratrici madri ad una tutela.

Il diritto all'istruzione ricopre l'insegnamento primario e secondario gratuito; il servizio gratuito ed efficace di orientamento professionale; l'accesso alla formazione iniziale (insegnamento generale e tecnico secondario), insegnamento tecnico superiore e universitario, formazione professionale, compresa la formazione continua; le misure specifiche per gli stranieri residenti; l'integrazione dei bambini disabili nel sistema di insegnamento generale; l'accesso dei disabili all'insegnamento e all'orientamento professionale.

Parte della Carta è dedicata al diritto alla tutela giuridica e sociale nella forma: della tutela dello stato giuridico del bambino; della rieducazione dei giovani delinquenti; della protezione contro i maltrattamenti e le violenze; del divieto di qualunque forma di sfruttamento (sessuale o altro); della tutela giuridica della famiglia (uguaglianza dei coniugi all'interno della coppia e nei confronti dei figli, tutela dei bambini in caso di separazione dei genitori); del diritto alla protezione sociale, all'assistenza sociale e ad usufruire di servizi sociali; del diritto alla protezione contro la povertà e l'esclusione

sociale; delle strutture per accudire i bambini; delle misure specifiche di tutela per gli anziani.

Assume rilievo nel catalogo dei diritti anche quello alla libera circolazione delle persone nelle varie forme del diritto al ricongiungimento familiare; del diritto dei cittadini di lasciare il proprio paese; delle garanzie procedurali in caso di espulsione; della semplificazione delle formalità d'immigrazione.

Il diritto alla non discriminazione prevede nel suo seno il diritto delle donne e degli uomini ad un pari trattamento e pari opportunità di lavoro; la garanzia di godere di tutti i diritti garantiti dalla Carta per i cittadini e gli stranieri che risiedono e/o lavorano legalmente nel paese interessato, senza distinzione basata sulla razza, il sesso, l'età, il colore, la lingua, la religione, le opinioni, l'origine nazionale o sociale, lo stato di salute o l'appartenenza ad una minoranza nazionale; il divieto di discriminazione basata su responsabilità familiari; il diritto dei disabili all'integrazione sociale e alla partecipazione alla vita della comunità³³².

3.2.3. *Il lavoro nella Carta Sociale Europea*

Per la materia che più da vicino ci occupa, quella del diritto al lavoro, la Carta prevede diverse disposizioni che sanciscono il divieto del lavoro forzato ed il divieto del lavoro per i giovani di età inferiore ai 15 anni³³³. Vengono fissate condizioni lavorative speciali per i giovani tra i 15 e i 18 anni, il diritto a un lavoro liberamente scelto; una politica sociale ed economica mirante alla realizzazione del pieno impiego³³⁴. Vengono sancite eque condizioni di lavoro per quanto riguarda la retribuzione e la durata del lavoro ed è prevista tutela contro le molestie sessuali e morali³³⁵. La libertà di costituire dei sindacati e delle organizzazioni dei datori di lavoro per la protezione dei loro interessi economici e sociali e libertà individuale di aderirvi o meno sono senz'altro previste³³⁶ così come lo è la promozione delle consultazioni paritetiche, della negoziazione collettiva, della

³³² La Carta Sociale Europea è indirizzata al link <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter> (consultato il 27.02.2019).

³³³ CSE, art. 7 "Diritto dei bambini e degli adolescenti ad una tutela".

³³⁴ CSE, art. 1 "Diritto al lavoro".

³³⁵ CSE, art. 2 "Diritto ad eque condizioni di lavoro"; art 4 "Diritto ad un'equa retribuzione"; art. 20 "Diritto alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni basate sul sesso"

³³⁶ CSE, art. 5 "Diritti sindacali".

conciliazione e dell'arbitrato³³⁷. Sono previsti dalla Carta il diritto di sciopero e l'accesso dei disabili al mondo del lavoro³³⁸. La tutela in caso di licenziamento è certamente uno dei pilastri sociali previsti dal sistema di tutele a garanzia del lavoratore³³⁹.

L'articolo 24 infatti è rubricato diritto ad una tutela in caso di licenziamento e prevede una vasta gamma di soluzioni e tutele a tutela della parte debole del rapporto contrattuale. Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, gli Stati sono tenuti riconoscere una serie di diritti dei lavoratori: quello 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; il diritto dei lavoratori licenziati in assenza di un idoneo motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. È sancito che gli Stati si impegnano a garantire che un lavoratore, che ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, abbia il diritto di ricorrere contro la misura davanti ad un organo terzo ed imparziale³⁴⁰.

3.2.4. *La parzialità della Carta*

In via consuetudinaria nei trattati multilaterali in cui è elevato il numero di aderenti, qualsiasi Stato può apporre delle riserve. Nell'ipotesi della Carta sono parte integrante dello stesso meccanismo di adesione, talché un determinato stato per essere ritenuto parte dell'accordo deve accettare un numero minimo di disposizioni. Gli Alti contraenti si impegnano a considerarsi vincolati da almeno sei dei nove articoli (su un totale di trenta) che compongono il cosiddetto nucleo duro della Carta riveduta. A scelta degli Stati, ci si deve impegnare ad osservare un numero supplementare di articoli o di paragrafi della Carta i quali siano relativi a diritti, a patto che il numero totale degli articoli e dei paragrafi numerati non siano inferiori a sedici articoli o a sessantatré paragrafi numerati. La Carta

³³⁷ CSE, art. 6 "Diritto di negoziazione collettiva".

³³⁸ CSE, art.15 "Diritto delle persone portatrici di handicap all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità"

³³⁹ Oltre gli articoli previamente citati vanno tenuti in considerazione l'art. 3 "Diritto alla sicurezza e all'igiene sul lavoro"; art. 10 "Diritto alla formazione professionale"; art. 19 "Diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione ed all'assistenza"; art. 21 "Diritto all'informazione ed alla consultazione"; art. 22 "Diritto di partecipare alla determinazione ed al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'ambiente di lavoro"; art. 29 "Diritto all'informazione ed alla consultazione nelle procedure di licenziamenti collettivi"; art. 25 "Diritto dei lavoratori alla protezione dei loro crediti in caso d'insolvenza del loro datore di lavoro"; art. 26 "Diritto alla dignità sul lavoro"; art. 27 "Diritto dei lavoratori aventi responsabilità familiari alla parità di opportunità e di trattamento"; art. 28 "Diritto dei rappresentanti dei lavoratori ad una tutela nell'ambito nell'impresa ed agevolazioni da concedere loro".

³⁴⁰ CSE, art. 24 "Diritto ad una tutela in caso di licenziamento".

è stata approvata nella sua interezza esclusivamente da Francia, Portogallo e Paesi Bassi. L'Italia ha accettato per intero il nucleo duro della Carta, mentre ha stabilito di non accettare il diritto dei lavoratori alla protezione dei loro crediti in caso di insolvenza del loro datore di lavoro, come previsto dall'art. 25. Una recente raccomandazione approvata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, dedicata a valutare degli impegni relativi all'ambito ai diritti sociali, nota non tanto l'esistenza delle ampie riserve alla Carta, quanto piuttosto il fatto che esse abbiano ad oggetto dei temi particolarmente caldi nello scenario contemporaneo, ad esempio l'allungarsi dell'aspettativa di vita col relativo invecchiamento della popolazione, le crescenti migrazioni, la povertà e l'esclusione sociale³⁴¹.

Sebbene la Carta sia considerata uno strumento per tutelare i diritti umani e le si attribuisca una portata generale, anche l'universalismo dei titolari vi presta il fianco a più di un'obiezione. Infatti, il primo punto dell'Annesso alla Carta indica un duplice vincolo, tanto di origine quanto di *status* legale, in relazione ai soggetti titolari dei diritti tutelati. La tutela allo straniero è accordata nella sola misura in cui si tratta di cittadini, che risiedono legalmente o lavorano regolarmente sul territorio della Parte interessata. Gli Stati possono comunque accordare tutele agli individui che non hanno riconoscimento nella Carta.

Nulla vieta che anche norme di diritto interno, trattati, convenzioni e accordi bilaterali o multilaterali (che sono o che entreranno in vigore) potranno essere più favorevoli per le persone tutelate. Talvolta le limitazioni *ratione materiae* e *ratione personae* possono incrociarsi e combinarsi. In relazione alle persone coinvolte in una situazione di disagio, affinché si possa parlare di violazione degli obblighi della Carta, all'articolo V-I si afferma che “gli impegni derivanti dai paragrafi 1, 2, 3, 4, 5 e 7 dell'art. 2, dai paragrafi 4, 6 e 7 dell'art. 7, dai paragrafi 1, 2, 3 e 5 dell'articolo 10 e degli artt. 21 e 22 della parte II [...] saranno considerati soddisfatti non appena applicate alla grande maggioranza dei lavoratori interessati”. Analoghe limitazioni incrociate si danno anche per il diritto ad una tutela in caso di licenziamento per i lavoratori assunti con contratto a termine, in prova o stagionali.

³⁴¹ Raccomandazione n. 1795 dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa e dedicata alla valutazione degli impegni riguardo ai diritti sociali, 2007.

La stessa giurisprudenza della Carta relativa ai reclami collettivi è intervenuta più volte in merito ai limiti previsti dal testo, ne riconosce il carattere problematico e ha cercato di chiarificarne il senso così da circoscriverne la portata finale. È il caso del reclamo collettivo n. 14/2003 deciso nel merito nel novembre del 2004, *Fédération internationale des ligues des droits de l'homme* contro Francia, nel caso d'ispecie si contestava la legislazione in materia di accesso al sistema sanitario pubblico perché lesiva dei diritti fondamentali dei c.d. migranti irregolari e della relativa prole³⁴². Il Comitato ha affermato che i limiti di natura pattizia vanno letti alla luce della sostanza del diritto sociale in argomento e che poiché il diritto all'assistenza medica è strettamente legato al diritto alla vita ed alla dignità, il fatto che la Carta non includa i migranti irregolari tra i propri titolari, non implica che tale diritto possa essere negato *sic et simpliciter*. Nella fattispecie però il Comitato, ha considerato che la legislazione francese violasse la Carta non in quanto limitasse il diritto alle cure degli irregolari *in toto*, dal momento che non privava questi ultimi di ogni titolo d'accesso, ma solo perché la Francia limitava ai soli casi gravi le cure mediche per i minori, subordinandole ad un certo periodo di residenza, in deroga all'obbligo di protezione speciale per bambini e adolescenti³⁴³.

3.3. Il sistema dei reclami collettivi

3.3.1. I reclami collettivi

Dopo un lungo periodo di stasi, nel 1995, nell'intento di rendere più performante il sistema di controllo della Carta, gli Stati parti hanno adottato un Protocollo addizionale (STE n. 158) che ha introdotto la procedura dei reclami collettivi. Il nuovo modulo procedimentale fa sì che le parti sociali e le organizzazioni internazionali non governative possano adire in via diretta il CEDS (Comitato europeo dei diritti sociali). La procedura dei reclami collettivi costituisce ad oggi un essenziale, meccanismo a disposizione del Comitato. Soltanto 15 Stati l'hanno però accettata, con la ratifica del Protocollo nel 1995, che è entrato in vigore il 1° luglio 1998. I reclami possono essere presentati esclusivamente da parti sociali nazionali e internazionali, quindi da organismi associativi nazionali e internazionali di lavoratori o di datori di lavoro, possono essere presentati

³⁴² Reclamo n. 14/2003, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France.

³⁴³ OLIVIERI, F., "La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività" in *Il Mulino - Rivisteweb Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, fasc. 3, dicembre 2008, pp. 520-522.

anche da organizzazioni internazionali non governative (OING) o da organizzazioni nazionali non governative (ONG). Al momento solo la Finlandia ha espresso il proprio consenso sulla materia ed ha accettato, in virtù del Protocollo, di riconoscere questo diritto alle proprie ONG.

Nonostante i reclami abbiano natura collettiva, possono individuarsi indirettamente i soggetti e le categorie di soggetti che reputano violati i propri diritti sociali. Coloro che reclamano non sono obbligati a presentare alcuna prova, non sono onerati del provare di essere lesi nella propria sfera giuridica. L'oggetto del reclamo può essere sia una norma dello Stato contraente o delle sue articolazioni territoriali, ma anche le relative prassi applicative. Nulla osta a che i reclami abbiano funzione preventiva, essi cioè possono prescindere dalla concreta applicazione delle norme statali che si ritiene essere in contrasto con la Carta. Non si è tenuti ad esaurire le vie di ricorso interne per poter presentare un reclamo: nella procedura non trova applicazione il principio di sussidiarietà. I tempi del Comitato per giungere alla definizione di merito sono ordinariamente di circa due anni dalla presentazione del reclamo. All'art. 36 del regolamento interno del Comitato è previsto che possano anche essere indicate agli Stati coinvolti nella procedura delle misure cautelari. Devono essere immediate, affinché evitare il rischio di un danno grave e irreparabile e per assicurare il rispetto effettivo dei diritti riconosciuti dalla Carta. La competenza a sanzionare le Parti inadempienti spetta al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, tramite gli strumenti delle risoluzioni e delle raccomandazioni, con le quali invita lo Stato a adottare le misure necessarie per rimuovere le violazioni accertate con la decisione del Comitato. Il Comitato dei Ministri non ha in ogni caso il potere di mettere in discussione le considerazioni giuridiche del CEDS, a cui spetta comunque di determinare se a seguito dei provvedimenti adottati dallo Stato la situazione giuridica e fattuale si sia conformata alla dizione della Carta³⁴⁴.

Fondamenti e obiettivi della procedura dei reclami collettivi

La procedura dei reclami collettivi fu introdotta conformemente ad un protocollo addizionale alla Carta con l'obiettivo di implementare l'effettività dei diritti in essa

³⁴⁴ GUIGLIA, G., "Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi" in *Rivista AIC*, n° 2/2016, pp. 4 e 5.

garantiti. Il Protocollo addizionale che prevede il sistema di reclami collettivi è stato aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa il 9 novembre 1995 ed è entrato in vigore il 1° luglio 1998. Lo scopo perseguito con l'introduzione di tale sistema era di aumentare l'efficacia, la celerità e l'impatto delle attività di controllo per l'attuazione della Carta.

La procedura dei reclami collettivi consente alle parti sociali e delle organizzazioni non governative di rivolgersi direttamente al Comitato Europeo dei Diritti Sociali per verificare le possibili violazioni della Carta nei Paesi coinvolti. Ha rafforzato il ruolo del Comitato all'interno degli Stati che hanno accettato le condizioni previste dalla procedura di reclamo presente nella Carta. Lo stato delle firme e delle ratifiche della Carta e dei suoi Protocolli può essere pubblicamente visionato, così come anche le dichiarazioni e le condizioni apposte dagli Stati, nelle pagine web dedicate³⁴⁵.

Le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali devono essere osservate dagli Stati aderenti nella misura in cui si riferiscono a disposizioni giuridiche precettive e sono adottate da un organo di controllo stabilito dalla Carta e dal Protocollo sul sistema dei reclami. Ciononostante, non sono direttamente eseguibili negli ordinamenti giuridici interni. Nel caso in cui il Comitato Europeo dei Diritti Sociali dichiara che la situazione in un Paese non è in conformità alla Carta, l'organizzazione autrice del reclamo non ha il diritto di richiedere che la decisione presa sia direttamente eseguita nell'ordinamento nazionale. Le decisioni del Comitato hanno una valenza ed un'efficacia meramente dichiarativa: esse argomentano in merito alla sussistenza della presunta violazione e su tale base le autorità nazionali sono tenute a adottare le idonee misure conseguenti per dare efficacia nell'ordinamento giuridico interno. Se il Comitato Europeo dei Diritti Sociali ha deciso che la normativa interna non è conforme alla Carta, i tribunali nazionali possono infatti dichiarare l'illegittimità o la disapplicazione della relativa statuizione legale interna.

La procedura dei reclami collettivi costituisce un sistema di tutela parallelo e complementare rispetto a quello giurisdizionale previsto dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Differentemente dai ricorsi presentati davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, al Comitato Europeo dei Diritti Sociali non possono essere sottoposti

³⁴⁵ I dati sono liberamente consultabili www.coe.int/socialcharter e www.conventions.coe.int.

ricorsi individuali. Tant'è che solamente determinate organizzazioni non governative hanno diritto di presentare reclami collettivi riguardanti la non conformità della legislazione o della prassi di uno Stato ad una delle disposizioni della Carta. I reclami possono essere presentati, come accennato sopra, senza il previo esaurimento dei rimedi nazionali e senza che l'organizzazione reclamante sia necessariamente una vittima della violazione lamentata³⁴⁶.

3.3.2. Condizioni di ammissibilità dei reclami

Per la presentazione del reclamo è necessario che siano rispettate talune formalità per considerarlo ammissibile. Deve essere presentato in forma scritta e deve indicare in maniera chiara il nome e i dati identificativi dell'organizzazione reclamante. A tal fine è necessario che sia firmato da una persona autorizzata a rappresentare l'organizzazione reclamante e deve essere allegata la prova che la persona che presenta e sottoscrive il reclamo è autorizzata a rappresentare l'organizzazione. Se il reclamante è un sindacato nazionale o un'organizzazione nazionale dei datori di lavoro, è d'obbligo fornire la prova che questi siano rappresentativi ai sensi della procedura dei reclami collettivi ed a questo riguardo il Comitato ha disposto che ai fini della procedura dei reclami collettivi, la rappresentatività è un concetto autonomo, non ancorato alle nozioni nazionale di rappresentatività³⁴⁷.

Le ONG internazionali o nazionali che vestono i panni del reclamante debbono fornire la prova che esse hanno particolare competenza nel campo relativo alle disposizioni della Carta costituenti oggetto del reclamo. La doglianza deve essere presentata contro uno Stato nel quale la Carta è vigente e che ha anche accettato il sistema dei reclami collettivi, cioè uno fra gli Stati che hanno accettato il Protocollo Addizionale che prevede il sistema di reclami collettivi: Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Olanda, Norvegia, Portogallo, Slovenia e Svezia. Le norme violate devono riguardare una o più disposizioni della Carta, generalmente combinate fra loro, accettate dallo Stato coinvolto. Le disposizioni della Carta che si

³⁴⁶ GAMBINO, S., *Diritti fondamentali e Unione Europea – una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009, p.148.

³⁴⁷ Reclamo n.9/2000 Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) v. France, decisione sull'ammissibilità del 6 novembre 2000, § 6.

ritiene possano essere violante, e quindi oggetto di reclamo, sono: gli articoli da 1 a 19 della Parte II della Carta Sociale Europea del 1961, gli articoli da 1 a 4 della Parte II del Protocollo addizionale del 1988 alla Carta Sociale Europea del 1961; gli Articoli da 1 a 31 della Parte II e l'articolo E della Parte V della Carta Sociale Europea riveduta.

Va indicato in che misura lo Stato non avrebbe garantito l'applicazione della Carta, vanno indicati i punti sui quali lo Stato non avrebbe rispettato la Carta o l'avrebbe applicata in modo incompleto, contestualmente alle prove e agli argomenti pertinenti, con documenti a supporto. Ad esempio, con il reclamo si potrebbe allegare che lo Stato in questione non ha saputo stabilire un quadro giuridico che consenta l'applicazione della Carta o che il contesto e le prassi esistenti non sono conformi alla Carta. I reclami presentati dalle organizzazioni nazionali possono essere stilati nella lingua ufficiale, o in una delle lingue ufficiali, dello Stato coinvolto. Se però sono presentati da organismi di livello internazionale devono essere redatti in inglese o francese. I ricorsi devono essere indirizzati al Segretario Esecutivo del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, che agisce in nome e per conto del Segretario Generale del Consiglio d'Europa³⁴⁸.

3.3.3. *La genesi del sistema dei reclami collettivi*

Il sistema di reclami collettivi è stato introdotto come parte del processo di rilancio della Carta. Il processo ha avuto origine nell'anno 1990, nel mese di dicembre, in cui venne istituito da parte del Comitato dei Ministri un Comitato per il sociale europeo Carta allo scopo di elaborare delle proposte di riforma della Carta. Nella sua riunione del maggio 1991, il comitato stabilì di costituire un gruppo di lavoro per elaborare compiutamente il sistema di reclami collettivi. Sulla base delle proposte presentate dal gruppo di lavoro, sono state adottate bozze di articoli per un protocollo aggiuntivo nel settembre 1991. Tali bozze vennero discusse alla Conferenza ministeriale di Torino che venne tenuta nell'ottobre 1991 per celebrare i trent'anni della firma della Carta, ma in quella sede non fu possibile raggiungere un accordo definitivo³⁴⁹.

³⁴⁸ RODEAN, N., *La procedura dei reclami collettivi della Carta sociale europea – italian version*, in collaborazione con il Dipartimento della Carta sociale, DGI, Consiglio d'Europa, passim, online su www.coe.int/socialcharter (consultato il 10.01.2020).

³⁴⁹ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., "The collective complaints system of the European Social Charter: an effective mechanism for ensuring compliance with economic and social rights?" in *European Journal of International Law*, vol. 15, fasc. 3, giugno 2004, p. 422.

Il comitato, c.d. Charte-Rel, ha ripreso l'esame del progetto di protocollo ed è riuscito a finalizzare il testo di un progetto solo maggio 1992, e lo ha successivamente trasmesso al Comitato dei Ministri. Quest'ultimo ha adottato il testo del protocollo nel giugno 1995 e lo ha aperto per la firma il 9 novembre 1995. Ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, il protocollo richiedeva un minimo di cinque ratifiche per la sua entrata in vigore. Condizione che è stata soddisfatta nel maggio 1998 e così il protocollo è diventato vigente a far data dal 1° luglio 1998. Il protocollo consente a determinati tipi di organizzazione di presentare reclami all' *European Committee of Social Rights* (ECSR) di non conformità con la Carta da parte di uno Stato parte. Il Comitato decide innanzitutto se la denuncia è irricevibile o meno e nel secondo caso redige una relazione con le sue conclusioni di merito sul del caso. Sulla base di questa relazione il Comitato dei Ministri prende la propria decisione finale in merito all'accoglimento del reclamo.

La relazione esplicativa allegata al protocollo riporta che l'introduzione del sistema dei reclami collettivi è finalizzato ad aumentare l'efficienza della vigilanza sulla macchina Statale. Le modalità con cui possono funzionare gli ingranaggi del sistema complessivamente inteso devono essere potenziate sulla base del crescente interesse che ci si può attendere dalla Carta. Infatti, nel preambolo del protocollo viene sancito che la decisione dei firmatari di adottare nuove misure per migliorare l'effettiva applicazione dei diritti sociali garantiti dalla Carta è un obiettivo che potrebbe realizzarsi tramite l'istituzione del reclamo collettivo. Sta scritto inoltre, che la procedura potenzierebbe la partecipazione delle associazioni sindacali e datoriali e delle organizzazioni non governative³⁵⁰.

3.3.4. *Il diritto di doglianza*

È importante ribadire che il sistema dei reclami è collettivo, non è individuale. Al momento della negoziazione del protocollo, i membri del Consiglio d'Europa non erano pronti ad accettare un diritto alla petizione individuale e non c'era nessun suggerimento di predisporre una procedura di reclamo interstatale, probabilmente anche a causa del mancato utilizzo di tali procedure in altri analoghi trattati sui diritti umani. I reclami possono essere fatti solo dalle organizzazioni, non da un certo o un numero di individui

³⁵⁰*Ibidem*, p. 423.

né da uno Stato. Sono quattro i tipi di organizzazione che hanno la facoltà di presentare reclami in base al sistema vigente.

Il primo comprende le organizzazioni internazionali di datori di lavoro e sindacati con ruolo di osservatori nelle riunioni del Comitato governativo nell'ambito del sistema di segnalazione. Sono tre queste organizzazioni: la Confederazione europea dei sindacati, l'Unione delle Confederazione dell'industria e dei datori di lavoro d'Europa e l'Organizzazione internazionale dei datori di lavoro.

Il secondo tipo di organizzazione che ha il diritto di sporgere denuncia sono le organizzazioni non governative internazionali (ONG) che hanno funzione consultiva in seno al Consiglio d'Europa e sono stati inserite in un elenco redatto dal Comitato governativo allo scopo di presentare reclami. Per essere inserita in questo elenco, una ONG deve dimostrare di avere accesso a fonti autorevoli di informazioni e che sia in grado di effettuare le verifiche necessarie, di ottenere pareri legali adeguati al fine di elaborare un reclamo che soddisfi un requisito minimo di affidabilità. Le organizzazioni vengono inserite nell'elenco per il periodo limitato di quattro anni che sono però rinnovabili. Allo stato attuale sono 58 le ONG presenti in questo elenco. Il numero dei soggetti abilitati è sorprendentemente striminzito, dato che sono diverse centinaia le ONG che hanno uno *status* consultivo con il Consiglio d'Europa. È criticabile la restrizione delle ONG internazionali che possono presentare reclamo, sembra che l'intenzione sia in questo modo quella di escludere reclami mal preparati o a mero scopo propagandistico. Sarebbe stato meglio fare ciò tramite criteri di ammissibilità legati al singolo ricorso piuttosto che tramite un elenco delle ONG approvate³⁵¹.

Il terzo tipo di organizzazione abilitata a presentare reclami comprende le organizzazioni nazionali rappresentative di datori di lavoro e sindacati aventi sede all'interno della giurisdizione della Parte contraente contro la quale essi stessi hanno presentato un reclamo. È competenza dell'ECSR decidere sulla ricevibilità di un reclamo per determinare se l'associazione o il sindacato nazionale dei datori di lavoro è rappresentativo. Il Comitato ha infatti ritenuto che la rappresentatività di un sindacato sia un autonomo concetto, al di fuori delle valutazioni considerazioni nazionali e di quelle delle relazioni collettive interne. Nei primi due casi portati da denuncianti in questa terza

³⁵¹*Ibidem*, p. 424.

categoria³⁵², entrambi i denunciatori erano sindacati francesi e l'ECSR dopo aver fatto l'osservazione appena citata riguardo alla natura autonoma del concetto di rappresentatività, ha semplicemente concluso statuendo che il sindacato era rappresentativo. Nelle due denunce presentate successivamente dal medesimo tipo di denunciante, l'ECSR ha fatto un esame maggiormente approfondito della rappresentatività del denunciante.

Nonostante la rappresentatività dell'organizzazione interessata non fosse neanche oggetto di contestazione dello Stato convenuto, nel reclamo n. 10/2000 il Comitato ha rilevato che il sindacato finlandese denunciante fosse rappresentativo della stragrande maggioranza dei dipendenti del settore assistenza sanitaria, in quanto aveva partecipato al processo di contrattazione dello stesso settore. Il Comitato ha pertanto dichiarato che il sindacato denunciante fosse senza ombra di dubbio rappresentativo³⁵³. Nel reclamo n. 12/2002, proposto invece da un'organizzazione svedese di datori di lavoro, è stato rilevato che l'associazione fosse il più grande ente dello stesso tipo presente in Svezia, la stessa infatti rappresenta oltre 47.000 aziende aventi 1,45 milioni di dipendenti. L'organizzazione datoriale aveva oltretutto concluso diversi contratti collettivi nazionali e aveva anche tentato di promuovere al pubblico di quali fossero i bisogni delle imprese ed il loro ruolo nel contesto sociale. Viste le premesse l'ECSR non ha potuto fare a meno di concludere che l'associazione denunciante fosse un'organizzazione rappresentativa dei datori di lavoro della Svezia³⁵⁴.

La Francia col reclamo n. 23 del 2003 ha contestato la rappresentatività di un sindacato regionale operante nel settore dell'istruzione, il governo francese aveva sottolineato che il sindacato non era considerato rappresentativo secondo i canoni della propria legge interna. La questione è stata respinta dal Comitato che ha, ancora una volta, deliberato che il concetto di rappresentatività di un sindacato vada valutato adoperando canoni ermeneutici anonimi³⁵⁵. Ha ritenuto che l'ente fosse rappresentativo perché esponenziale di un rilevante numero di impiegati nel settore dell'istruzione nella regione geografica in

³⁵² Reclamo n. 6/1999 Syndicat national des professions du tourisme v. France; Reclamo n.9/2000, Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) v. France.

³⁵³ Reclamo n. 10/2000 Tehy ry and STTK ry v. Finland.

³⁵⁴ Reclamo n. 12/2002 Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden.

³⁵⁵ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 425.

cui operava ed era completamente autonomo e indipendente da qualsivoglia legame coi datori di lavoro. Questa pronuncia esplicita che la rappresentatività debba essere valutata tramite il requisito dimensionale, questo però deve essere valutato avendo a riferimento il settore o la regione operante ovvero la partecipazione al processo di contrattazione collettiva³⁵⁶.

La quarta ed ultima categoria di organizzazioni abilitate a denunciare comprende i rappresentanti delle ONG nazionali che siano dotate di particolare competenza nelle materie disciplinate dalla Carta. La decisione in merito alla ricevibilità dei reclami spetta anche in questo caso al Comitato, che ha competenza a stabilire se tale organizzazione è rappresentativa ed anche se ha la “competenza particolare”.

La verifica della particolare competenza non pare creare grossi problemi metodologici, di contro quella in ordine alla rappresentatività è più ardua di quanto non avvenga per i sindacati o le associazioni dei datori di lavoro. I fattori che l'ECSR probabilmente andrà a cercare quando andrà a compiere un giudizio di rappresentatività, riguarderanno quasi certamente il numero di membri aderenti in rapporto ai possibili fruitori, un'organizzazione potrebbe avere molti iscritti ma costoro potrebbero ammontare ad una bassa percentuale della platea se rapportati ai potenziali aderenti. Il giudizio non può esulare dalla dimensione dell'organizzazione in termini di fatturato o numero di dipendenti: dal livello di riconoscimento di cui gode in seno alle autorità pubbliche. Devono mettersi in relazione tutte queste qualità guardando ad altre ONG nazionali che lavorano nello stesso settore di competenza. La quarta categoria di denunciante è abilitata a presentare reclami esclusivamente se lo Stato in cui si trova ha effettuato una dichiarazione in tal senso. Attualmente la Finlandia è l'unico Paese ad aver abilitato le proprie organizzazioni del suddetto modo.³⁵⁷

Se uno Stato non ha fatto la relativa dichiarazione, può essere possibile per una ONG nazionale agire tramite una ONG internazionale, a patto ovviamente che la seconda sia abilitata. Le organizzazioni del secondo e del quarto tipo hanno diritto di presentazione di reclami solo nelle materie in cui sono state riconosciute in possesso di specifici requisiti di competenza. Spetterà all'ECSR stabilire se il denunciante appartenente ad una di queste due categorie ha presentato un reclamo in relazione ad una questione in cui sussiste tale

³⁵⁶ Reclamo n. 23/2003 Syndicat occitan de l'éducation v. France.

³⁵⁷ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 426.

competenza. Nei reclami n. 7/2000 e 14/2003 l'*International Federation for Human Rights* (IFHR) ha presentato rispettivamente due reclami contro la Grecia e contro la Francia, l'uno in merito all'applicazione insoddisfacente dell'art. 1, paragrafo 2, della Carta, che vieta il lavoro forzato³⁵⁸, e l'altro in merito all'insoddisfacente applicazione degli artt. 13 e 17 della Carta rivista, diritto delle persone con disabilità e bambini a protezione e discriminazione³⁵⁹.

I governi greco e francese non hanno contestato nessuna delle doglianze nell'ottica della ricevibilità delle domande, ciononostante l'ECSR nella fase di ammissibilità ha valutato se l'IFHR avesse la particolare competenza sulla *causa petendi* del ricorso. In entrambi i reclami i membri del Comitato hanno valutato positivamente il fatto che l'obiettivo dell'IFHR sia quello di promuovere l'implementazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e degli altri strumenti internazionali di protezione dei diritti umani e di contribuire al rispetto dei diritti sanciti da questi strumenti. È stato quindi ritenuto sussistere il requisito della competenza particolare. Non può negarsi che l'IFHR, in quanto importante ONG internazionale per i diritti umani, ha una certa competenza nelle specifiche questioni sollevate in entrambe le denunce. Va però notato che l'ECSR non ha esaminato la portata delle attività dell'IFHR né specificatamente il requisito della particolarità della competenza.

Nelle rare ipotesi in cui è stata presentata un'opposizione dello Stato convenuto, in cui questi hanno addotto la non conformazione del denunciante alle disposizioni dell'articolo 3, il Comitato sembra aver adottato una lettura estensiva della disposizione. Nel reclamo n. 8/2000³⁶⁰, il *Quaker Council for European Affairs* (Consiglio quacchero per gli affari europei) ha presentato una denuncia contro la Grecia per quanto riguarda l'assenza nella propria legislazione di statuizioni che regolino la condizione degli obiettori di coscienza che prestano servizio civile in alternativa al servizio militare. Il governo greco ha contestato la competenza del *Quaker Council* a presentare un simile reclamo. L'ECSR ha respinto la contestazione, ha sottolineato che l'obiettivo preminente del Consiglio, come emerge dalle previsioni statutarie, è quello di promuovere le tradizioni del Quaccheri e fra i suoi compiti vi è quello di portare all'attenzione delle istituzioni europee le istanze dei

³⁵⁸ Reclamo n. 7/2000 *International Federation of Human Rights v. Greece*.

³⁵⁹ Reclamo n. 14/2003 *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*.

³⁶⁰ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 427.

Quaccheri, nelle materie di pace, diritti umani e giustizia economica. Sulla base di queste motivazioni il comitato ha ritenuto che vi fosse la competenza particolare ai sensi dell'articolo 3³⁶¹.

In un ulteriore caso, nella denuncia n. 17/2003, l'Organizzazione mondiale contro la tortura sosteneva che la legge greca non era conforme alla Carta perché non vietava la punizione corporale o altre forme di punizione degradante nei confronti dei bambini. Il governo greco ha sollevato l'incompetenza dell'Organizzazione per presentare un reclamo in quanto non la considerava particolarmente qualificata il campo del trattamento degradante dei bambini. Il Comitato ha respinto *sic et simpliciter* la doglianza, ha sottolineato che l'Organizzazione è un ente il cui scopo è quello di contribuire alla lotta contro la tortura, alle esecuzioni sommarie, alle sparizioni, alla detenzione arbitraria, all'internamento psichiatrico per motivi politici e altri trattamenti crudeli, disumani e degradanti, indipendentemente dall'età delle persone contro cui tali trattamenti sono diretti³⁶². Analizzando le prassi del Comitato nel complesso sembrerebbe che la verifica di ricevibilità ruoti intorno ad "un certo grado di competenza" piuttosto che su una "competenza particolare" nelle materie disciplinate dalla Carta.

Delle quattro categorie di denunciati abilitati, la prima e la terza menzionate attengono questioni occupazionali, generalmente diritti economici, mentre la seconda e la quarta categoria riguardano, oltre tali questioni, prevalentemente altri aspetti del Carta, segnatamente i diritti sociali. Il fatto che la seconda e la quarta categoria abbiano più vincoli rispetto le altre due, che devono essere incluse in un elenco o operare in uno stato che ha fatto la dichiarazione accettando il loro competenza a presentare reclami, illustra lo storico *favor* della Carta nei riguardi delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei sindacati³⁶³.

3.3.5. *Profili procedurali dei reclami*

L'impulso alla procedura lo danno i denunziati qualificati che presentano un reclamo redatto in forma scritta al segretario del Comitato, nell'atto va sostenuto che lo Stato parte non ha assicurato un livello soddisfacente di applicazione di una o più disposizioni

³⁶¹ Reclamo n. 8/2000 Quaker Council for European Affairs (QCEA) v. Greece.

³⁶² Reclamo n.17/2003 World Organisation against Torture (OMCT) v. Greece.

³⁶³ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 428-429.

contenute nella Carta alle quali è vincolata. I reclami presentati dalle organizzazioni internazionali devono essere redatti in una delle lingue ufficiali del Consiglio d'Europa (inglese e francese), mentre i reclami delle associazioni nazionali datoriali di lavoro, quelle sindacati o delle ONG possono essere inoltrate in una lingua differente.

La dizione di soddisfacente applicazione della Carta appare come atipica, non sembra avere matrice giuridico-legale e andrebbe ricompresa nella più corretta nozione di conformità, che è effettivamente il termine adoperato dalla Carta³⁶⁴. Il soggetto che presenta reclamo è tenuto ad indicare a che riguardo vi sia stata l'insoddisfacente applicazione della Carta Sociale.

Il ricorrente ha l'onere probatorio di dover fornire quanto necessario per sostenere la sua accusa di applicazione insoddisfacente, sembra comunque che tali prove non debbano essere piene o complete. Nel reclamo n. 5/1999 il Portogallo ha sostenuto che il denunciante non aveva indicato che lo Stato non era riuscito a garantire un'applicazione soddisfacente delle disposizioni della Carta, relativamente al diritto dei membri delle forze armate di organizzarsi in sindacato e di stipulare contratti collettivi. Il Comitato ha respinto questa eccezione di irricevibilità, ha sottolineato che il denunciante aveva fatto espresso riferimento alle disposizioni della Costituzione portoghese e alle leggi che avevano asserito di violare la Carta. I motivi indicati dal denunciante, anche se succintamente, sono stati ritenuti idonei a indicare³⁶⁵ la misura in cui si presume che il governo portoghese non abbia garantito l'applicazione soddisfacente delle disposizioni di riferimento³⁶⁶.

In un caso analogo, introdotto dal reclamo n. 2/1999, che vedeva come resistente lo Stato francese, l'ECSR ha riscontrato nella fase di merito che il denunciante non aveva prodotto prove per confutare l'affermazione della Francia. Secondo tale dichiarazione le forze armate godevano di determinati diritti di consultazione e conseguentemente i requisiti di cui all'articolo 6 della Carta dovevano ritenersi soddisfatti. Sulla base di tale argomentazione la denuncia è stata infine respinta³⁶⁷.

³⁶⁴ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 429.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 430.

³⁶⁶ Reclamo n. 5/1999 European Federation of Employees in Public Services v. Portugal.

³⁶⁷ Reclamo n. n. 2/1999 European Federation of Employees in Public Services (EUROFEDOP) v. France.

Anche il Comitato tiene conto anche delle prove fornite da soggetti ulteriori e diversi dal denunciante. Nella denuncia n. 1/1998, che riguardava il lavoro minorile in Portogallo, l'ECSR ha utilizzato le informazioni fornite dallo stesso governo portoghese per concludere che nel caso *de quo* si fosse palesata un'applicazione insoddisfacente della Carta³⁶⁸.

Nei casi in cui il reclamo riguardi la legislazione, che si presume sia incompatibile con la Carta, come prova a supporto della insoddisfacente applicazione non sono richiesti ulteriori elementi, l'ECSR di solito non richiede al denunciante di addurre esempi sul come venga applicata concretamente la normativa.

Di contro, nei casi in cui la legislazione sia reputata compatibile con la Carta, l'ECSR reputa che per poter accogliere la denuncia sia necessario provare il fatto che l'applicazione pratica della legislazione sia contraria a quanto previsto nella Carta. Ciò è stato dimostrato apertamente nel caso del reclamo n. 1/1998, lavoro minorile in Portogallo³⁶⁹, e in minor parte nel caso del reclamo n. 9/2000 sul diritto ad una contrattazione efficace in Francia³⁷⁰.

Una vicenda che merita di essere approfondita è la questione del livello di generalità a con cui il reclamo deve essere presentato. La relazione esplicativa sul protocollo del 1995 riporta quanto è stata concordata durante la negoziazione del protocollo. A causa della loro natura collettiva, i reclami potrebbero riguardare anche solo domande riguardanti la non conformità di uno Stato relativamente legge o pratica con un'unica delle disposizioni della Carta, potrebbero non essere rappresentate situazioni specifiche. Lapalissianamente, se un reclamo fa valere che la legislazione in quanto tale è incompatibile con la Carta, si tratta di una denuncia generale ed è pertanto ammissibile. In modo differente, se nel reclamo è presentata una denuncia secondo la quale un determinato soggetto ritiene che sia stato violato un determinato articolo della Carta in un caso concreto e direttamente riferibile solo ad esso, tale reclamo sarebbe ascrivibile alla categoria degli individuali e pertanto verrebbe giudicato inammissibile. Fra le due situazioni appena riferite potrebbero esserci delle zone grigie, sembrerebbe però che fintanto che vi è un

³⁶⁸ Reclamo n. 1/1998 International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal.

³⁶⁹ *Idem*.

³⁷⁰ Reclamo n. 9/2000, Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) v. France.

significativo numero di individui coinvolti nella situazione di violazione giuridica, i relativi reclami saranno da considerarsi ammissibili³⁷¹.

Nel reclamo n. 6/1999 il Comitato ha accettato quale ammissibile un reclamo riguardante il trattamento economico delle guide inquadrato nella categoria generale dei siti storici e culturali in Francia, facendo riferimento in particolare alla condizione dei lavoratori del Louvre³⁷². Nello stesso senso, con il reclamo n. 10/2000 l'ECSR ha accettato come ammissibile una denuncia che riguardava la generalità dei lavoratori del Servizio sanitario finlandese esposti alle radiazioni³⁷³. Sebbene non siano ammessi reclami individuali in quanto tali, non pare sussistere alcun motivo per cui un individuo, che ritiene che i suoi diritti garantiti dalla Carta siano stati violati, non dovrebbe poter adire un'organizzazione autorizzata a presentare un reclamo per spingerla a richiederlo. L'organizzazione dovrebbe quindi avere il diritto di presentare la doglianza a condizione che la questione possa essere generalizzata. Va dimostrato che la presunta violazione dei diritti dell'individuo sia paradigma di un modello generale di non conformità che possa applicarsi ad altre persone che vengano a trovarsi nella stessa posizione dell'individuo. Le questioni aventi natura prettamente astratta non verranno trattate dall'ECSR nella procedura di reclamo collettivo. Infatti, nel reclamo n. 2/1999 il reclamante ha cercato di sostenere in via di principio generale che il diritto alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 6 della Carta possa esercitarsi esclusivamente tramite i sindacati³⁷⁴. L'ECSR ha ritenuto che la questione posta non potesse essere valutata in astratto, ma doveva esserlo in un eventuale caso concreto.³⁷⁵

3.3.6. Condizioni di ricevibilità e fase di merito

Un certo numero di condizioni di ricevibilità è menzionato nel Protocollo e applicate nella pratica dall'ECSR. Il denunciante deve essere un'organizzazione qualificata; il reclamo deve essere scritto, il destinatario deve essere uno Stato parte della Carta, deve farsi riferimento ad una o più disposizioni della Carta che siano state accettate dal medesimo

³⁷¹ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 431.

³⁷² Reclamo n. 6/1999 Syndicat national des professions du tourisme v. France

³⁷³ Reclamo n. 10/2000 Tehy ry and STTK ry v. Finland.

³⁷⁴ Reclamo n. 2/1999 European Federation of Employees in Public Services (EUROFEDOP) v. France.

³⁷⁵ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 432.

Stato. Il reclamo deve indicare in che senso tale Stato non ha garantito l'applicazione soddisfacente delle disposizioni interessate.

La relazione esplicativa al protocollo del 1995 afferma che l'ECSR può stabilire con regolamento interno condizioni per l'ammissibilità dei reclami, il Comitato non lo ha ancora fatto, se non in misura estremamente ridotta. L'articolo 20 del regolamento prevede che il reclamo debba essere firmato da una persona autorizzata a rappresentare l'organizzazione denunciante. Nella prassi l'ECSR valuta se tale condizione sia stata soddisfatta ai fini della ricevibilità³⁷⁶ e nel decidere se includere condizioni di ammissibilità nel suo regolamento deve tener conto di alcuni punti che sono stati concordati nel corso della negoziazione del protocollo. Innanzitutto, è possibile che un reclamo venga dichiarato ammissibile anche se un caso simile è già stato sottoposto a un altro ente nazionale o internazionale³⁷⁷.

Guardando all'attività complessiva del Comitato si deve rilevare che nel complesso, finora è stato adottato un atteggiamento estensivo e poco rigoroso nei confronti della ricevibilità. Probabilmente se i reclami diventassero più numerosi, potrebbe essere necessario che l'ECSR inverta il *trend* tenendo un approccio maggiormente restrittivo³⁷⁸. Se il Comitato decide che un reclamo è ricevibile, chiede al denunciante ed al convenuto di presentare le proprie deduzioni e osservazioni scritte nel della vicenda entro un determinato termine. Altri Stati parti del Protocollo e altre organizzazioni appartenenti alla prima categoria di denunciati sono invitati a presentare le loro opinioni in merito al reclamo già presentato. Nella prassi, non è ancora avvenuto che qualcuno di questi enti abbia presentato chiarimenti o osservazioni su un reclamo che non li coinvolgesse direttamente. L'Organizzazione Internazionale dei datori di lavoro ha però presentato le sue osservazioni in un'unica occasione nel 2005³⁷⁹, sulla questione sollevata con la denuncia n. 12/2002, la prima mai presentata da un'associazione dei datori di lavoro³⁸⁰. Nella sua relazione, l'ECSR si limita a esprimere un'opinione se lo Stato convenuto abbia rispettato la Carta o no, esula però dalle sue potestà il poter condannare ad un risarcimento. Il reclamo n. 9/2000 conteneva una richiesta esplicita di ristoro economico

³⁷⁶ *Idem.*

³⁷⁷ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 434.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 435.

³⁷⁹ Reclamo n. 12/2002 Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden.

³⁸⁰ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 436.

ammontante a circa 80 miliardi di euro, la domanda venne respinta senza che vi fu nessuna discussione sull'argomento³⁸¹. Sebbene sia ipotizzabile che il mancato accoglimento derivi dall'alto importo richiesto, deve comunque ritenersi che il risarcimento non sia consono allo scopo del Protocollo. Non sembra che l'ECSR abbia il potere di assegnare le spese di vittoria della lite. La Commissione internazionale dei giuristi col reclamo n. 1/1998 ha chiesto al Portogallo, di pagare i compensi di preparazione e presentazione del reclamo, il Comitato ha deciso di rimettere la questione alla decisione del Comitato dei Ministri³⁸². La questione dei costi è stata nuovamente sollevata nella denuncia n. 16/2003. Nella decisione di ricevibilità, l'ECSR ha deciso di affrontare la questione nella fase di merito, ed in ogni caso non sembra che l'ECSR abbia il potere di liquidare o ordinare misure provvisorie.³⁸³

3.3.7. Elementi di criticità sui reclami

Sebbene il sistema di reclami collettivi sia in vigore da oltre quindici anni, esiste ancora poca esperienza sul suo funzionamento pratico. C'è tuttavia del materiale idoneo a rivelare una serie di gravi preoccupazioni. Innanzitutto, il sistema dei reclami collettivi è ancora un'opzione che può essere scelta solo da una minoranza degli Stati, infatti solo circa un terzo degli Stati parti della Carta ha accettato il sistema. Non è chiaro il motivo per cui il sistema dei reclami non sia stato accettato. È comunque auspicabile, in linea di principio, che il sistema di reclami collettivi diventi generalmente accettato e utilizzato come strumento di giustizia. Ciò potrebbe rafforzare la sua legittimità e probabilmente comporterà un conseguente numero crescente di reclami, e si contribuirà così ad aumentare la conoscenza del contenuto della Carta.

Dovrebbero essere il Consiglio d'Europa e le ONG a fare pressione sui governi che non l'hanno ancora fatto affinché accettino il sistema dei reclami collettivi. Andrebbe ricordato che sia la sola Finlandia ad aver finora esercitato l'opzione di autorizzare le ONG nazionali, diverse dai sindacati e dalle associazioni dei datori di lavoro, a presentare reclami³⁸⁴.

³⁸¹ Reclamo n. 9/2000, Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) v. France.

³⁸² Reclamo n. 1/1998 International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal.

³⁸³ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 437.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 454

Una volta che è stata presentata una denuncia, il compito dell'ECSR di decidere sull'ammissibilità del reclamo e della formulazione di un giudizio sul merito ha funzionato bene. Il Comitato ha agito rapidamente, non è stato inutilmente rigido sulle questioni di ammissibilità e solitamente ha espresso pareri sul merito ben motivati. Lo stesso non può dirsi del ruolo del Comitato dei Ministri: molto raramente ha inviato raccomandazioni allo Stato che non aveva adempiuto a quanto previsto dalla Carta Sociale. Ha spesso deciso di non approfondire ulteriormente la questione o ha adottato un'interpretazione della Carta diversa da quella dell'ECSR. Se questo *trend* continuerà, avrà come unico risultato quello di screditare il sistema stesso dei reclami collettivi e di disincentivare gli stessi. I denunciati potrebbero percepire come inutile utilizzare il sistema in assenza di raccomandazioni indirizzate allo Stato convenuto dal Comitato dei Ministri³⁸⁵.

3.4. Le pronunce del Comitato sull'art. 24 della Carta

3.4.1. La valida ragione di licenziamento

A norma dell'art. 24 della Carta Sociale Europea, rubricato "Diritto ad una tutela in caso di licenziamento", è statuito che *"per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'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 un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale"*³⁸⁶.

Il 31 gennaio 2017 si sono conclusi con due distinte decisioni, 106/2014 e 107/2014 entrambi contro la Finlandia, i reclami promossi innanzi al Comitato europeo dei diritti sociali, nell'interpretazione dell'articolo 24 della Carta Sociale Europea. In quella sede si sono definiti quelli degli importanti punti di arrivo giuridiche in tema di licenziamento e delle conseguenti sanzioni nell'ipotesi dell'illegittimità dello stesso. Entrambi i reclami

³⁸⁵ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 455.

³⁸⁶ CSE, art. 24 "Diritto ad una tutela in caso di licenziamento".

venero promossi dalla *Finnish Society of Social Rights*. Con lo strumento del ricorso collettivo ha lamentato la violazione dell'art. 24 della Carta in relazione alle disposizioni finlandesi in materia di intimazione del licenziamento e anche in relazione alle connesse responsabilità del datore di lavoro innanzi ad una dichiarazione di illegittimità dello stesso³⁸⁷.

L'art. 24 della Carta Sociale Europea prevede il diritto ad una tutela in caso di licenziamento e dichiara tre principi: innanzitutto il licenziamento necessita un rapporto di causalità con la condotta del lavoratore o con la situazione aziendale, in secondo luogo è indispensabile che l'indennizzo sia congruo nell'ipotesi in cui il licenziamento sia viziato da illegittimità e da ultimo il provvedimento di parte datoriale deve poter essere impugnato dinnanzi ad un organo giudicante che sia terzo.

Relativamente al primo principio, l'art. 24 richiede che qualsiasi licenziamento debba fondarsi su una *valid reason* legata o all'incapacità e al comportamento del lavoratore, o ad esigenze organizzativo/produttivo dell'azienda. La valida ragione deve essere ascrivibile ad una fonte normativa, o comunque vincolante, per l'ordinamento nazionale e deve essere sempre comunicata al lavoratore, così che questi possa valutarne la fondatezza ed eventualmente contestarla adendo la competente autorità interna, terza e imparziale. L'assenza di una valida ragione deve consentire che il lavoratore abbia comunque diritto ad un adeguato indennizzo o ad altra misura idonea equivalente.

In materia di licenziamenti è assai rilevante il principio di proporzionalità: la limitazione di un diritto è giustificata se e solo se è necessaria a tutelarne un altro di pari valore ed esclusivamente se non sussistono strade alternative per perseguire tale finalità. La proporzionalità, applicata al licenziamento, comporta il rigoroso bilanciamento tra le esigenze della produzione ed il diritto al lavoro dell'individuo. In tal modo il recesso dovrebbe essere misura di *extrema ratio*, da contemperare con il c.d. obbligo di *repechage*. Sulla base della giurisprudenza del Comitato, per via del principio di effettività, la sanzione per la violazione di un diritto deve avere il carattere di adeguatezza, effettività e dissuasività, in sostanza deve essere tale da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro. Le due pronunce del Comitato contro la Finlandia intervengono su

³⁸⁷ Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*; reclamo n. 107/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*.

questi due aspetti, si precisano le condizioni del licenziamento avente matrice economica e si dettano i criteri che devono vigere nel giudizio di congruità della tutela accordata al lavoratore.

3.4.2. *La decisione n. 107 del 2014...*

Nella prima pronuncia, la ricorrente adduceva la violazione dell'art. 24 della Carta sociale. Nell'ordinamento finlandese il licenziamento per ragioni finanziarie e produttive è consentito, anche in mancanza di reale necessità economica del datore di lavoro. Nel dirimere la controversia, il Comitato ha posto l'accento sul fatto che le ragioni economiche per il licenziamento devono basarsi sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio. Tale valutazione va rimessa al giudice nazionale che dovrebbe avere il potere di sindacare la legittimità del recesso non solo per aspetti di diritto, ma dovrebbe poter compiere anche valutazioni attinenti al fatto. Quanto alle necessità aziendali, a cui l'art. 24 subordina la legittimità dei recessi, il Comitato ritiene che possano riguardare anche misure industriali o strategiche ritenute necessarie per l'impresa per mantenere o migliorare la competitività in un mercato sempre più complesso. Pertanto, non è necessario che l'impresa si trovi in uno stato di difficoltà economica.

Fra i presupposti del licenziamento economico non rientra una necessaria crisi di impresa, potendo questo ricollegarsi ad un ventaglio di ragioni diverse di tipo economico e/o produttivo. Non va sottaciuto che il Comitato ha precisato che l'art. 24 della Carta richiede un punto di equilibrio tra il diritto dei datori di lavoro nella gestione dell'azienda in maniera libera e la necessità di tutela dei lavoratori. Nella decisione vengono in rilievo tutti quegli elementi che devono essere presenti ai fini di un licenziamento legittimo a norma di Carta: il calo della domanda, l'obsolescenza dei prodotti, l'aumento della concorrenza o la ristrutturazione del *core business*. L'ECSR ritiene che il ricorso all'*outsourcing* del lavoro o l'utilizzo di lavoratori temporanei, a seguito di licenziamenti economici, potrebbero essere delle condotte in violazione dell'art. 24 della Carta. Questo a meno che non si adottino idonee garanzie sulla possibilità di sindacare la reale ragione economica del recesso o riguardanti l'obbligo di reimpiegare dei lavoratori licenziati nelle stesse mansioni entro un breve termine dalla cessazione del rapporto di lavoro. Il

Comitato ha ritenuto che nel caso esaminato le condizioni poste dalla Carta erano state rispettate dalla legislazione finlandese³⁸⁸.

3.4.3. ...e la decisione n. 106 del 2014

Il secondo giudizio è stato deciso in senso diverso: il Comitato ha riscontrato una violazione della Carta in relazione alla tutela accordata ai lavoratori illegittimamente licenziati. Ciò a causa della mancata previsione della reintegra e della limitazione normativamente prevista dell'indennità risarcitoria. Nella pronuncia l'ECSR ha specificato che attualmente, ai sensi della Carta, ai dipendenti licenziati senza giustificato motivo va concesso un adeguato ristoro o un altro adeguato rimedio. Deve ritenersi congrua e adeguata quella misura compensativa che include il rimborso delle perdite economiche subite tra la data di licenziamento e la definizione del ricorso, la possibilità di reintegrazione ed una compensazione ad un livello sufficientemente elevato che possa dissuadere il datore di lavoro e che possa risarcire il danno subito dal lavoratore.

In via di principio, ogni limitazione del risarcimento che sia preclusiva di una effettiva compensazione è in violazione con quanto previsto dalla Carta. Nel caso esaminato, la legge finlandese prevedeva il limite di 24 mesi di retribuzione quale limite massimo al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo. In passato, nelle conclusioni del 2012 sempre nei confronti della Finlandia, il Comitato aveva ritenuto legittima la disciplina sulla base del fatto che il lavoratore avesse la possibilità di ricorrere ad ulteriori rimedi risarcitori di stampo civilistico che andavano ad aggiungersi all'indennità prevista nella materia lavoristica³⁸⁹.

Nella decisione più recente il Comitato segue un indirizzo molto più rigoroso, afferma che i rimedi della disciplina civilistica ordinaria sono inapplicabili proprio in ragione della specialità della disciplina dei licenziamenti illegittimi. Il limite massimo dell'indennizzo previsto dalla legge può portare a situazioni in cui risarcimento attribuito non è commisurato alla perdita subita: ne deriva che il tetto posto alla misura dell'indennità integra una violazione dell'art. 24 della Carta. Il Comitato rileva che la reintegra è uno

³⁸⁸ Reclamo n. 107/2014 Finnish Society of Social Rights v. Finland.

³⁸⁹ Reclamo n. 106/2014 Finnish Society of Social Rights v. Finland.

dei rimedi possibili previsto dalla Carta: se ne deduce che il rimedio è imposto dall'art. 24 nel solo caso in cui non vi sia un adeguato ristoro monetario o rimedio equivalente. Il Comitato ha giudicato insufficiente la previsione dell'obbligo datoriale di reimpiegare il lavoratore licenziato in caso di riassunzione nei nove mesi seguenti al recesso, in quanto si tratta di una misura finalizzata ad operare solo in caso di nuove assunzioni. La reintegrazione, invece, è uno strumento rimediale che spetta in ogni caso e senza che vi siano stringenti limiti temporali³⁹⁰.

³⁹⁰ BUFFA, F., *Due decisioni importanti del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento*, online su http://www.questionegiustizia.it/articolo/due-decisioni-importanti-del-comitato-europeo-dei-diritti-sociali-in-materia-di-licenziamento_22-03-2017.php (consultato il 13.08.2019).

La portata dell'ordinamento eurounitario e la giurisprudenza Corte di Giustizia

4.1. L'Unione Europea

4.1.1. Sulla natura dell'Unione Europea

Quasi tutti i dibattiti sull'Unione Europea hanno una duplice veste, da un lato c'è chi la esalta come straordinario esperimento di pace, ricchezza e connubio tra popoli, dall'altro lato vi è chi la vede come minaccia all'integrità dello Stato nazionale e delle usanze e delle consuetudini locali. La discussione così polarizzata dicotomicamente sembra ignorare la natura prettamente dinamica delle vicende eurounitarie. Non può trascurarsi che le istituzioni in genere agiscono tramite un complesso mischiarsi di idee, regole scritte e non scritte, comportamenti concreti, capacità di attuare e imporre decisioni. Le Comunità europee nacquero sulla base di scelte libere e sovrane dei loro costituenti, si sono sviluppate in modo graduale fino all'odierna configurazione per il tramite di decisioni³⁹¹ pienamente lecite avuto riguardo agli standard delle odierne democrazie liberali di mercato.

L'Unione Europea, ben lungi dall'essere un ente perfetto costituzionalmente, non è sicuramente un Leviatano tecnocratico senza alcun controllo. Il rapporto a tre fra istituzioni europee, governi nazionali e cittadini ha raggiunto un certo grado di stabilità, basti pensare al mercato comune esteso ormai alla quasi totalità dei beni materiali. Il punto equilibrio tra le varie istituzioni, Consiglio, Commissione, Parlamento, Corte di Giustizia, e tra queste e i singoli Stati, è in aperta evoluzione. A fronte di questo quadro complesso e mutevole non fa però da *pendant* la percezione dei cittadini, che molto spesso non riescono a cogliere appieno la dimensione raggiunta dal dinamismo europeo. Il linguaggio mediatico infatti è incardinato su due estremi irrealistici: un semplice patto economico che non tange la sovranità degli Stati, contro un super-Stato sintesi delle identità nazionali idoneo a creare un blocco semi-continentale³⁹².

Il metodo funzionalista adottato dai padri fondatori va collocato nella mediana fra le due impostazioni, esprime l'idea che l'integrazione tra gli Stati membri debba avvenire in

³⁹¹ MENOTTI, R., "Raccontare l'Unione Europea: la cultura per il governo della complessità" in *Il Mulino* – *Rivisteweb*, fasc. 1, aprile 2019, p. 215.

³⁹² *Ibidem*, p. 216.

maniera gradata nei settori economici e sociali, così da estendersi in seguito anche agli aspetti politici. Secondo tale prospettiva, partendo dalla creazione di vincoli di dipendenza reciproca fra gli Stati membri, sarebbe stato possibile realizzare un nuovo ente giuridico, tramite il previo graduale e progressivo svuotamento dei poteri sovrani dei singoli Stati con il contestuale accrescimento dei poteri e delle competenze in capo alla nuova organizzazione sovrastatale.³⁹³ Il divario tra i due scenari: UE minimale e super-Stato, si è appianato proprio grazie alla prassi funzionalista. Le varie misure che sono state introdotte gradualmente su questioni, solo in apparenza tecniche, hanno aumentato i poteri di dell'Unione e hanno creato lo spazio per un'espansione europea in un ampio numero settori.³⁹⁴

4.1.2. La democraticità eurounitaria

La politica ha la responsabilità di trasformare bisogni, richieste, ambizioni in programmi operativi, pertanto si deve trovare il coraggio di raccontare un mondo complicato e interdipendente. La sfida di questo secolo non è far credere che le cose siano semplici, ma al contrario è invece spiegare come rendere governabili le faccende complesse. È ben noto che la UE soffre dell'assenza di un popolo europeo rispetto a uno Stato-nazione, questa peculiarità ne indebolisce la legittimità e talvolta l'efficacia nell'agire. Non esiste un'identità, un *demos* europeo che si autodefinisca tale. L'esistenza di un popolo è una questione di gradi e di auto percezione³⁹⁵.

Qui si annida uno dei problemi che si incontrano nel discutere di Europa come contesto politico ben delimitato, perché essa è definita legalmente e politicamente in modo piuttosto preciso dai Trattati, ma non è altrettanto chiaro cosa essa sia e a che cosa dovrebbe corrispondere al concetto di *demos*. Siamo di fronte a un senso diffuso di frammentazione politica e di consistenti differenze tra Paesi-membri e tra i cittadini che ne sono parte. È ancora difficile parlare di un senso di comunità che sia autenticamente europeo, come dimostrato dalla vicenda britannica della c.d. *Brexit*³⁹⁶.

La UE è un'entità non statale, ma è senz'altro più che un'Organizzazione Internazionale, è un progetto molto ambizioso ma ancora incompleto. Ha solide basi di legittimità

³⁹³ CANNIZZARO, E., *Il diritto dell'integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 215.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 216.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 217.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 218.

politica, di interessi e di ideali comuni, però le istituzioni e le regole di Bruxelles appaiono oggi difficilmente comprensibili, tanto quanto le strutture amministrative degli Stati nazionali potevano apparire ai cittadini che risiedevano nelle zone rurali a cavallo tra 1800 e 1900. Un obiettivo ambizioso per le moderne democrazie liberali è sfruttare le competenze tecniche senza diventarne schiave: a fare in maniera differente potrebbero acquisirsi consensi elettorali ma di certo non si può governare uno Stato. I cittadini non hanno solo molti diritti anche doveri corrispondenti, sennò si rischia di cadere nel c.d. dirittismo³⁹⁷. In una democrazia rappresentativa gli elettori hanno delle vere responsabilità riaspetto quanto succede intorno a loro, pur nell'impossibilità di orientare costantemente l'operato dei rappresentanti. Nelle società complesse vi è un forte tasso di interdipendenza reciproca e le tecnocrazie hanno bisogno di un certo spazio di manovra ma devono comunque rispondere a direttive generali di matrice politica. L'equilibrio fra tecnica e procedura democratica è sottile e labile, può essere ricercato e mantenuto soltanto da una preventiva informazione e documentazione.³⁹⁸

L'estensione dei problemi che la UE è chiamata a risolvere è ampia e vasta. Non è sufficiente preoccuparsi di questioni esterne, relative al proprio Stato di appartenenza o all'Unione nel suo insieme, esclusivamente durante lo stato di crisi dilagante. La cittadinanza attiva nel 21° secolo necessita di conoscenza e consapevolezza. Non può disconoscersi che i media professionali hanno una responsabilità superiore a quella dei comuni cittadini. Deve recuperarsi la funzione pedagogica dei *mass media*, la quale è a sua volta poggiata su competenze specialistiche. È essenziale che i canali di informazione professionali ad ampio raggio riescano ad affrontare temi complessi con un linguaggio complesso, andando oltre l'immediatezza dei *social network*. Esiste un rischio intrinseco a tutti i sistemi democratici: è il rischio di una stagnazione democratica ed intellettuale, quando l'opinione pubblica diventa un peso invece che un fattore dinamico³⁹⁹. In sostanza, se i media rinunciano alla funzione di orientare, spingere, stimolare, l'opinione pubblica la possibilità di un cambiamento democratico risulta gravemente scemata⁴⁰⁰.

³⁹⁷ BARBANO, A., *Troppi diritti. L'Italia tradita dalla libertà*, Mondadori, Milano, 2018, p. 17.

³⁹⁸ CANNIZZARO, E., *op. cit.*, p. 219.

³⁹⁹ LUKACS, J., *Democracy and Populism: Fear and Hatred*, Yale University Press, New Haven, 2005, p. 179.

⁴⁰⁰ CANNIZZARO, E., *op. cit.*, p. 220

4.2. Il sistema giurisdizionale eurounitario

4.2.1. La Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia dell'Unione europea è una delle sette istituzioni presenti nell'UE. È composta da due organi giurisdizionali: la Corte di Giustizia in senso stretto ed il Tribunale. È competente a stabilire la giurisdizione dell'Unione europea. I due giudici eurounitari garantiscono la corretta interpretazione e l'applicazione del diritto primario e del diritto derivato dell'Unione, all'interno dell'intero territorio europeo. Hanno il compito di controllare la legalità degli atti delle istituzioni dell'Unione e statuiscono in merito al rispetto degli obblighi che derivano dalle fonti giuridiche europee primarie e di tipo derivato. La Corte di Giustizia, se lo richiedono i giudici nazionali, è tenuta ad interpretare il diritto europeo⁴⁰¹.

La Corte trae la propria disciplina da differenti testi normativi e disposizioni, ha infatti come base giuridica *in primis* l'articolo 19 del trattato sull'Unione europea (TUE), gli articoli da 251 a 281 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), l'articolo 136 del trattato EURATOM ed il protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea allegato ai trattati; il Regolamento 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea; ed infine molte regole sul funzionamento sono contenute nella sezione IV del bilancio dell'Unione⁴⁰².

Il numero dei membri della Corte è previsto agli artt. 19 del TUE e 252 del TFUE, è disposto che via sia un giudice per Stato membro e che la Corte è assistita da otto avvocati generali, il cui numero può aumentare su disposizione del Consiglio previa richiesta della Corte. Tra i giudici della Corte di Giustizia vengono eletti un Presidente ed un Vicepresidente, la durata del mandato è tre anni, ma può essere rinnovato. Ai sensi dell'articolo 253 del TFUE e dell'articolo 19 del TUE, i giudici e gli avvocati generali devono essere in possesso dei requisiti richiesti per l'esercizio, nel proprio Stato, delle più alte funzioni giurisdizionali, pertanto devono essere giureconsulti di notoria competenza. I giudici e gli avvocati generali devono offrire tutte le necessarie garanzie di

⁴⁰¹ COSTANZO P., "L'ordinamento giudiziario e la giurisdizione costituzionale" in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, coord. da COSTANZO, P., MEZZETTI, L., RUGGERI, A., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 328-329.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 330.

indipendenza. La procedura di designazione, ex articolo 253 del TFUE, di giudici e avvocati generali prevede che siano nominati concordemente dai governi degli Stati, ma solo dopo che sia avvenuta la consultazione con un gruppo responsabile della valutazione dell'idoneità dei candidati. La durata del mandato, ai sensi dell'art. 253 del TFUE e dello statuto, è di sei anni: ogni tre anni la Corte si rinnova parzialmente metà dei giudici e metà degli avvocati generali. È necessario precisare che sia i giudici quanto gli avvocati generali uscenti possono essere nominati per un altro mandato. I giudici e gli avvocati generali godono dell'immunità di giurisdizione, che non cessa con la funzione. Essi infatti continuano a godere di tale immunità anche dopo la cessazione delle funzioni. Esclusivamente una decisione unanime della Corte è in grado di far decadere i membri della Corte dalle loro funzioni. Gli obblighi previsti dallo statuto in capo a ai giudici e avvocati generali consistono nel prestare giuramento di indipendenza, imparzialità e rispetto del segreto delle deliberazioni prima di assumere le proprie funzioni; nell'impossibilità di rivestire incarichi politici o amministrativi né svolgere alcuna attività professionale; ed infine nell'impegno a rispettare gli obblighi che derivano dal loro incarico specificatamente⁴⁰³.

4.2.2. *Organizzazione e funzionamento della Corte*

L'organizzazione e funzionamento della Corte traggono la propria disciplina giuridica dall'articolo 253 del TFUE e dallo statuto. Quest'ultimo è stabilito con un protocollo separato allegato ai trattati, articolo 281 del TFUE. La Corte elegge tra i suoi membri sia il Presidente e un Vicepresidente, i quali rimangono in carica per un mandato triennale rinnovabile ex articolo 9 bis del protocollo n. 3. Il Presidente ha come precipuo compito quello di dirigere i lavori e presiedere tanto le udienze quanto le delibere, sia in plenaria che in grande sezione. Il Vicepresidente assiste il Presidente nell'esercizio delle sue funzioni sostituendolo in caso di necessità. La Corte nomina il proprio cancelliere: è il segretario generale dell'ente e ne gestisce i servizi posti sotto l'autorità del Presidente della Corte⁴⁰⁴.

⁴⁰³ STROZZI, G., MASTROIANNI, R., *Diritto dell'Unione Europea-parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, pp. 155-158

⁴⁰⁴ *Ibidem*, pp. 158 e 159.

La Corte di Giustizia stabilisce il proprio regolamento di procedura, sottoponendolo all'approvazione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata. La Corte di Giustizia si riunisce in seduta plenaria con la totalità dei giudici, in grande sezione con quindici giudici o in sezioni di tre o cinque giudici. Il funzionamento economico-finanziario della Corte è strettamente connesso con il bilancio dell'Unione, in cui è presente una sezione specifica⁴⁰⁵.

La Corte di Giustizia si è dimostrata un elemento trainante della creazione dell'*humus* giuridico-culturale europeo. La sentenza del 15 luglio 1964 nella causa Costa/ENEL è stata fondamentale per stabilire che il diritto comunitario europeo è da intendersi come un sistema giuridico autonomo e prevalente su quelli nazionali⁴⁰⁶. Successivamente, la sentenza del 5 febbraio 1963 relativa alla causa Van Gend & Loos ha sancito il principio dell'applicabilità diretta e immediata del diritto comunitario davanti ai tribunali degli Stati membri⁴⁰⁷.

Non possono non menzionarsi alcune pronunce significative in materia di la tutela dei diritti della persona, in *primis* la sentenza del 14 maggio 1974 nella causa Nold, in cui la Corte ha affermato che i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte stessa garantisce l'osservanza⁴⁰⁸. In materia diritto di stabilimento con la sentenza dell'8 aprile 1976 nella causa Royer, la Corte ha confermato il diritto di un cittadino di uno Stato membro a risiedere sul territorio di un altro Stato membro, a prescindere dal rilascio di un permesso di soggiorno da parte dell'ospitante⁴⁰⁹. Con la sentenza del 20 febbraio 1979 nella causa Cassis de Dijon, in tema di libera circolazione delle merci, la Corte ha statuito che un prodotto fabbricato e commercializzato legalmente in uno Stato membro deve essere ammesso, in linea di tendenza, sul mercato di qualsiasi altro Stato membro⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ COSTANZO P., *op. cit.*, pp. 330 e 331.

⁴⁰⁶ C. di Giustizia sent. 15 luglio 1964, Flaminio Costa contro E.N.E.L.

⁴⁰⁷ C. di Giustizia sent. 5 febbraio 1963, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte

⁴⁰⁸ C. di Giustizia sent. 14 maggio 1974, J Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contro Commissione delle Comunità europee.

⁴⁰⁹ C. di Giustizia sent. 8 aprile 1976, Jean Noël Royer. Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunal de première instance de Liège - Belgio.

⁴¹⁰ C. di Giustizia sent. 20 febbraio 1979, Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein

Forse quello che è stato il merito più incisivo della Corte è l'aver stabilito il principio per cui i trattati non vanno interpretati in maniera rigida, ma vanno valutati alla luce dello stato dell'integrazione e degli obiettivi fissati da essi stessi. Questo principio ha consentito di legiferare in settori che non erano contemplati da specifiche disposizioni, fra i tanti, in tema di lotta all'inquinamento ambientale, in una sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176-03, la Corte ha permesso all'Unione europea di stabilire alcune norme penali ritenute imprescindibili affinché conseguire l'obiettivo della tutela ambientale⁴¹¹. Volendo dare dei dati numerici piuttosto recenti, nel 2018 sono state intentate 849 cause innanzi alla Corte di Giustizia, tra cui 568 procedure pregiudiziali, 63 azioni dirette e 199 ricorsi contro le decisioni del Tribunale e sono state portate a termine 760 cause, di cui 520 procedure pregiudiziali, 60 azioni dirette e 165 ricorsi contro le decisioni del Tribunale⁴¹².

4.2.3. Il Tribunale

La base giuridica dell'ordinamento del Tribunale risiede negli articoli dal da 254 al 257 del TFUE, nell'articolo 40 del trattato EURATOM ed infine nel Titolo IV del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea allegato ai trattati. Per quanto attiene la composizione del Tribunale, l'articolo 254 del TFUE prevede che il numero dei giudici venga definito dallo statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea. L'articolo 48 del protocollo n. 3 dello statuto attuale, così come modificato dal regolamento 2016/1192, del 6 luglio 2016, stabilisce che il Tribunale è composto da 47 giudici, a decorrere da settembre 2016, e da due giudici per Stato membro a partire dal mese di settembre del 2019. La nomina dei giudici viene fatta di comune accordo dai governi degli Stati membri, previa consultazione di un comitato che è incaricato di fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice. La durata del mandato è di sei anni ma è rinnovabile. Diversamente da quanto avviene per la Corte di Giustizia, i giudici del Tribunale possono essere chiamati a svolgere le funzioni di avvocato generale, giacché questa istituzione non dispone di avvocati generali

⁴¹¹ C. di Giustizia (grande sezione) sent. del 13 settembre 2005, Commissione delle Comunità europee contro Consiglio dell'Unione europea.

⁴¹² Dati numerici consultabili nel sito istituzionale dell'Unione Europea <https://www.europarl.europa.eu/> (consultato il 21.12.2019).

permanenti. Anche nel Tribunale, specularmente alla Corte di Giustizia, deve essere rispettato l'art. 19 TUE. Le procedure di nomina dei giudici e le caratteristiche del mandato sono esattamente identiche a quelle relative alla Corte di Lussemburgo.⁴¹³

4.2.4. *Organizzazione e funzionamento del Tribunale*

Il Presidente del Tribunale è nominato dai suoi giudici e tra essi per un periodo di tre anni, mentre il cancelliere è eletto per un mandato di sei anni, anche se il Tribunale utilizza i servizi della Corte di Giustizia per le proprie esigenze amministrative e linguistiche. Concordemente con la Corte di Giustizia, il Tribunale definisce il proprio regolamento di procedura. Il Tribunale si riunisce in sezioni, composte di tre o cinque giudici. Il regolamento di procedura stabilisce quando il Tribunale si riunisce in seduta plenaria, in grande sezione o a giudice unico. La maggior parte delle cause portate dinanzi al Tribunale sono ascoltate da una sezione di tre giudici. Il Parlamento ed il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria possono istituire tribunali specializzati affiancati al Tribunale per ascoltare e determinare nel primo grado di giudizio talune categorie di azioni o procedimenti promossi in ambiti speciali⁴¹⁴. Nell'anno 2018, sono state intentate, 834 cause innanzi al Tribunale e 1009 cause sono state portate a termine. Nel caso in cui una parte non sia in grado di sostenere le spese processuali, può chiedere il patrocinio a spese dello Stato⁴¹⁵.

Strettamente connesso al Tribunale è il Tribunale della funzione pubblica. Quest'organo giurisdizionale venne istituito nel 2004, la sua funzione è quella di trattare il contenzioso che vede la contrapposizione fra le istituzioni dell'Unione e i loro agenti, nel caso in cui manchi una giurisdizione nazionale competente⁴¹⁶.

A seguito dell'aumento del numero totale dei giudici della Corte di Giustizia, il Tribunale della funzione pubblica è stato sciolto il primo settembre 2016 ed ora è integrato nel Tribunale dal regolamento 2016/1192 del Parlamento europeo e del Consiglio. Dal primo settembre 2016, le cause pendenti dinanzi al Tribunale della funzione pubblica al 31 agosto 2016 sono state trasferite al Tribunale. Questo continua a trattarle nello stato di

⁴¹³ STROZZI, G., MASTROIANNI, R., *op. cit.*, p. 161.

⁴¹⁴ *Ibidem*, pp. 162-164.

⁴¹⁵ Dati numerici consultabili nel sito istituzionale dell'Unione Europea <https://www.europarl.europa.eu/> (consultato il 21.12.2019).

⁴¹⁶ STROZZI, G., MASTROIANNI, R., *op. cit.*, pp. 164 e 165.

giudizio in cui si trovavano in tale data, per cui gli atti di procedura adottati dall'ex Tribunale della funzione pubblica rimangono ad oggi applicabili⁴¹⁷.

4.2.5. *Le competenze della Corte di Giustizia*

La Corte di Giustizia è l'organo giurisdizionale dell'Unione Europea ed è investita innanzitutto dei ricorsi diretti contro gli Stati membri o un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione europea. La Corte si pronuncia altresì sui ricorsi contro gli Stati o le istituzioni per l'inadempimento degli obblighi previsti dal diritto dell'Unione⁴¹⁸.

Per quanto riguarda i ricorsi per inadempimento contro uno Stato membro, tali azioni sono proposte o dalla Commissione, dopo un procedimento precontenzioso (articolo 258 TFUE) ed in questo caso la Commissione emette un parere motivato, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni; ovvero sono proposte da uno Stato membro nei confronti di un altro Stato membro, dopo aver sottoposto la questione alla Commissione ex art. 259 TFUE. In questi procedimenti il ruolo della Corte consiste nell'accertare che lo Stato membro non abbia adempiuto ai propri obblighi. In questa evenienza, lo Stato deve a porre fine all'inadempimento immediatamente. Se la Corte, dopo essere stata nuovamente adita dalla Commissione, dovesse constatare che lo Stato membro interessato non si è conformato alla sentenza, può imporre il pagamento di una sanzione pecuniaria, il cui importo è stabilito dalla Corte sulla base di una proposta della Commissione coerentemente con l'art. 260 del TFUE⁴¹⁹.

Con riferimento ai ricorsi di annullamento o per carenza contro le istituzioni dell'Unione, deve preliminarmente circoscriversi l'oggetto. Questo riguarda i casi in cui il ricorrente chiede l'annullamento di un atto presumibilmente contrario al diritto dell'UE, ex art. 263 TFUE, oppure i casi di violazione del diritto dell'UE nei quali un'istituzione, un organo o un organismo si sia astenuto dal pronunciarsi, ex art. 265 TFUE. I ricorsi possono essere proposti dagli Stati membri, dalle stesse istituzioni o da qualsiasi persona fisica o giuridica, qualora il ricorso concerna un atto (in particolare un regolamento, una direttiva o una decisione) adottato da un'istituzione, un organo o un organismo dell'UE e che la

⁴¹⁷ Fonte <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/26/la-corte-di-giustizia-dell-unione-europea> consultato il 29.12.2019.

⁴¹⁸ COSTANZO P., *op. cit.*, pp. 343 – 345.

⁴¹⁹ *Ibidem*, pp. 352-354.

riguardi. La Corte dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato o accerta l'avvenuta astensione, e in questa ipotesi l'istituzione inadempiente deve a prendere i provvedimenti che discendono dall'esecuzione della sentenza della Corte, ex art. 266 TUE.⁴²⁰

Il Tribunale è competente per tutti i ricorsi in primo grado di cui agli articoli 263, 265, 268, 270 e 272 TFUE, in virtù di ciò i ricorsi contro le decisioni della Commissione che comminano sanzioni alle imprese ex art. 261 sono proposti dinanzi alla Corte di Giustizia. Lo stesso vale per i ricorsi previsti dallo statuto della Corte di Giustizia (quale modificato dal regolamento (UE, EURATOM) n. 741/2012 dell'11 agosto 2012, dal regolamento (UE, EURATOM) 2015/2422 del 16 dicembre 2015 e dal regolamento (UE, EURATOM) 2016/1192 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 2016)⁴²¹.

L'articolo 51 dello statuto della Corte di Giustizia stabilisce che, sono di competenza della Corte di Giustizia anche i ricorsi previsti agli articoli 263 e 265 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il ricorso per rientrare nella competenza della Corte deve essere posto: o contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo o del Consiglio o di queste due istituzioni che statuiscono congiuntamente. Fanno eccezione le decisioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, terzo comma, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La Corte ha anche competenza sugli atti del Consiglio in forza di un suo regolamento concernente le misure di difesa commerciale ai sensi dell'articolo 207 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea così come ha competenza sugli atti del Consiglio con cui quest'ultimo esercita competenze di esecuzione ai sensi dell'articolo 291, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. La competenza si estende fino agli atti o alle astensioni dal pronunciarsi della Commissione ai sensi dell'articolo 331, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Sono infine di competenza della Corte i ricorsi proposti da un'istituzione dell'Unione contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo, del Consiglio, di queste due istituzioni che statuiscono congiuntamente, o della Commissione, e da un'istituzione dell'Unione contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi della Banca centrale europea⁴²².

⁴²⁰ *Ibidem*, pp. 345-348.

⁴²¹ STROZZI, G., MASTROIANNI, R., *op. cit.*, pp. 162-163.

⁴²² COSTANZO P., *op. cit.*, pp. 340-343.

I ricorsi indiretti derivano da una questione di validità portata in giudizio davanti ad un organo giudicante interno, la disciplina è trovabile all'art. 267 del TFUE, il c.d. rinvio pregiudiziale. Normalmente lo stesso giudice nazionale applica il diritto eurounitario quando è la fattispecie concreta a richiederlo, tuttavia, nell'ipotesi in cui sia stata sollevata una questione relativa all'interpretazione del diritto dinanzi a un giudice interno, è l'organo giurisdizionale interno a chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale. Nel caso in cui si tratti di un tribunale di ultima istanza, è obbligato a adire il giudice eurounitario. I giudici nazionali sottopongono le questioni relative all'interpretazione o alla validità di una disposizione del diritto dell'UE, nella forma di provvedimento giurisdizionale, conformemente alle leggi di procedura nazionali. La cancelleria deve notificare la richiesta non solo alle parti coinvolte nella causa nazionale ma anche agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione. Le parti hanno il termine di due mesi per presentare alla Corte proprie osservazioni scritte⁴²³.

4.2.6. *Ulteriori competenze e pronunce*

La Corte può essere anche adita, quale organo giudicante di secondo grado, con impugnazioni limitate alle questioni di diritto, contro le sentenze e le ordinanze del Tribunale. Le impugnazioni non sospendono l'effetto delle sentenze pronunciate in prima battuta. Dinanzi ad una impugnazione ricevibile e fondata, la Corte di Giustizia annulla la decisione del Tribunale e delibera direttamente sulla controversia o in alternativa effettua un rinvio al Tribunale, che è vincolato dalla decisione resa dalla Corte. Oltre le pronunce in materia di tutela dei diritti della persona, le estese competenze della Corte hanno condotto a variopinti risultati nel panorama giuridico europeo. In materia di libera circolazione delle persone nella sentenza del 1995, causa Bosman⁴²⁴, la Corte ha stabilito che lo sport professionistico costituisce un'attività economica il cui esercizio non può essere ostacolato dalle norme delle federazioni calcistiche che disciplinano il trasferimento dei giocatori o limitano il numero di giocatori di un altro Stato membro.

⁴²³ COSTANZO P., *op. cit.*, pp. 360-364.

⁴²⁴ C. di Giustizia sent. 15 dicembre 1995, Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri contro Jean-Marc Bosman e altri.

Nel 1991, nella causa Francovich⁴²⁵ e altri, la Corte ha argomentato su un altro concetto fondamentale: gli Stati membri sono responsabili nei confronti delle persone per i danni ad esse arrecati da un inadempimento dello stesso Stato per il mancato recepimento di una direttiva nel diritto nazionale o per il recepimento tardivo. Sono state molte anche le sentenze in materia di sicurezza sociale, si consideri fra le tante la causa Defrenne⁴²⁶ del 1976 che ha riguardato la parità della retribuzione tra lavoratori di entrambi i sessi, la salute e la sicurezza dei lavoratori. Con l'ausilio per cui i trattati non vanno interpretati in modo estremamente rigido, ma vanno considerati tenendo conto dello stato dell'integrazione e degli obiettivi in essi contenuti, si è aperto alla possibilità di legiferare in non previsti. Considerando la sentenza del 13 settembre 2005 nella causa Commissione contro Consiglio⁴²⁷, la Corte ha autorizzato l'Unione europea a statuire alcune norme penali indefettibili per il raggiungimento degli obiettivi prefissati in materia di tutela ambientale.

La rete giudiziaria dell'Unione europea è nata su iniziativa del presidente della Corte di Giustizia dell'Unione europea e dei presidenti delle corti costituzionali e dei tribunali di ultima istanza degli ormai 27 Stati membri nel 2017. La rete punta alla promozione dello scambio di informazioni in materia di giuridica tra gli organi giurisdizionali interni e la Corte di Giustizia dell'Unione europea. Gli organi giurisdizionali nazionali partecipanti e la Corte pubblicano informazioni sulla loro giurisprudenza, sulle questioni deferite alla Corte le pronunce pregiudiziali e su note o studi.

La piattaforma JNEU è stata il primo risultato ottenuto dalla rete, una piattaforma collaborativa disponibile in tutte le lingue dell'Unione, che assomma il lavoro svolto dai giudici della Corte di Giustizia dell'Unione europea e dai giudici nazionali nel corso delle loro attività. I giudici possono accedere ad uno strumento che gli consente di mettere a disposizione dei loro omologhi la propria giurisprudenza interna e le proprie considerazioni dottrinali affinché condividere conoscenze. Al momento la piattaforma conta oltre 2 000 utenti fra le corti costituzionali e i tribunali di ultima istanza degli Stati membri.

⁴²⁵ C. di Giustizia sent. 9 novembre 1991, Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana.

⁴²⁶ C. di Giustizia sent. 8 aprile 1976, Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.

⁴²⁷ C. di Giustizia (grande sezione) sent. del 13 settembre 2005, Commissione delle Comunità europee contro Consiglio dell'Unione europea.

4.2.7. *Le competenze del Tribunale*

Mentre la Corte di Giustizia ha competenza esclusiva sui ricorsi tra le istituzioni e sui ricorsi presentati da uno Stato membro contro il Parlamento e/o contro il Consiglio, il Tribunale è competente, in primo grado, per tutti gli altri ricorsi, in particolare si pensi a quelli presentati dalle persone fisiche o da uno Stato membro contro la Commissione. Il TFUE stabilisce che il Tribunale è competente a conoscere in primo grado dei ricorsi di cui agli articoli 263, 265, 268, 270 e 272 TFUE, in particolare negli ambiti indicati appresso, ad eccezione di quelli proposti dagli Stati membri, dalle istituzioni dell'Unione o dalla Banca centrale europea, la cui competenza esclusiva spetta alla Corte di Giustizia, art. 51 dello statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Il Tribunale ha competenza sui ricorsi volti all'annullamento di atti delle istituzioni, degli organi o degli organismi dell'Unione o in quelli presentati da persone fisiche o giuridiche volti a rilevare l'omessa pronuncia da parte delle istituzioni (articoli 263 e 265 TFUE); sui ricorsi proposti dagli Stati membri nei confronti della Commissione. In base all'art. 268 TFUE è competente nelle cause di risarcimento dei danni causati dalle istituzioni o dagli organi o organismi dell'UE o dai loro agenti ex art. 268 TFUE. Ha altresì il potere di decidere sulle controversie relative ai contratti stipulati dall'Unione o a suo nome, se prevedono espressamente la competenza del Tribunale ex articolo 272 TFUE. È competente inoltre a decidere i ricorsi nel settore della proprietà intellettuale diretti contro l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale e contro l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali; sulle controversie tra l'Unione e i suoi agenti, ivi comprese le controversie tra qualunque istituzione e qualunque organismo contro il rispettivo; sui ricorsi proposti contro le decisioni dell'Agenzia europea dei prodotti chimici. È previsto che lo statuto possa estendere la giurisdizione del Tribunale ad ulteriori ambiti. La regola astratta e generale prevede che le sentenze deliberate in primo grado dal Tribunale siano ricorribili presso la Corte di Giustizia, esclusivamente per questioni di diritto⁴²⁸.

4.2.8. *Ruolo del Parlamento europeo*

⁴²⁸ STROZZI, G., MASTROIANNI, R., *op. cit.*, pp. 335-344.

Conformemente alle disposizioni contenute nell'art. 257 TFUE, il Parlamento europeo ed il Consiglio, tramite lo strumento della procedura legislativa ordinaria, possono istituire tribunali specializzati che coadiuvino il Tribunale e incaricati di conoscere in primo grado determinati ricorsi in materie specifiche e ben delineate. Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano su proposta della Commissione, previa consultazione della Corte di Giustizia o su richiesta della Corte di Giustizia e previa consultazione della Commissione tramite regolamenti. L'art. 281 TFUE sancisce che lo statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea è stabilito tramite separato protocollo ed il Parlamento europeo ed il Consiglio, con procedura legislativa ordinaria, sono abilitati a modificare il medesimo Statuto. Deve ricordarsi che il Parlamento europeo è una delle istituzioni menzionate all'articolo 263 TFUE che può essere promotrice di un'azione, quale parte, davanti alla Corte.⁴²⁹

4.3. Il riparto di competenza tra Corte di Giustizia e Tribunale.

4.3.1. La mutabile ripartizione delle competenze

Le modificazioni dell'area di competenze dello *ius dicere* tra i giudici dell'Unione europea suscitano sempre una attenzione tra gli studiosi di diritto dell'Unione europea. In effetti, una diversa distribuzione della competenza tra Corte di Giustizia e Tribunale non può essere ridotta ad un mero "fatto tecnico", di natura eminentemente processuale e con assenza di sostanziali ricadute nella geometria del potere eurounitario⁴³⁰.

La Corte di Giustizia ed il Tribunale non sono giudici organizzati in una piramide gerarchica con ripartizione in primo e in secondo grado di giudizio di uno stesso insieme di attività giurisdizionale, che entrambi i giudici siano chiamati a conoscere, sia pure con diverse modalità di sindacato. Il Tribunale non venne concepito come un giudice di diritto comune, dotato di una competenza giurisdizionale perfettamente sovrapponibile a quella della Corte di Giustizia. Il trasferimento di competenze al Tribunale è stato da sempre caratterizzato da una certa cautela, che si è manifestata in un'attribuzione soltanto parziale, colmata per effetto di modifiche successive alla decisione istitutiva alle

⁴²⁹ Fonte <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/12/le-competenze-della-corte-di-giustizia-dell-unione-europea>, consultato il 5.01.2020.

⁴³⁰ CONDINANZI, M., "Corte di Giustizia e Tribunale dell'Unione europea: storia e prospettive di una "tribolata" ripartizione di competenze", in *Federalismi.it*, fasc. 3, 2018, online su <https://www.federalismi.it/> (consultato il 09.12.2019), pp. 2 e 3.

disposizioni rilevanti dei trattati (CE, CEEA e CECA) nonché alla norma statutaria, con l'effetto di riservare al solo sindacato della Corte di Giustizia talune categorie di ricorsi diretti. Si è manifestata inoltre nella previsione di meccanismi processuali ritenuti astrattamente idonei a garantire al supremo giudice dell'Unione la possibilità di correggere una non condivisibile giurisprudenza del Tribunale, anche al di là dell'eventuale inerzia della parte soccombente⁴³¹. Ciò nell'ipotesi cui quest'ultima dovesse risultare non interessata a provocare il rimedio ordinario e cioè l'impugnazione per motivi di diritto.

Può affermarsi che il Tribunale venne concepito originariamente quale giudice speciale, sui ricorsi diretti dei c.d. ricorrenti non privilegiati, e specializzato, avente competenze limitate *ratione materiae* al solo diritto "economico" all'applicazione delle regole antitrust e le misure di difesa commerciale, nonché al contenzioso della funzione pubblica. In seguito, con il trattato di Maastricht, venne meno la preclusione dei ricorsi proposti da ricorrenti "privilegiati", e da ciò conseguì che le aule del Tribunale divennero accessibili agli Stati membri ed alle istituzioni nell'*habitus* di ricorrenti diretti. L'estensione così avviata ha portato alla configurazione dell'odierno art. 256 TFUE che, in combinazione con la previsione dell'art. 51 Statuto della Corte di Giustizia, ha realizzato un'inversione di prospettiva. Ha reso il Tribunale il giudice comune dei ricorsi diretti e la Corte di Giustizia il giudice speciale per alcune tipologie di ricorsi, ritenuti di portata costituzionale o in ogni caso capaci di incidere sull'equilibrio delle istituzioni eurounitarie, oltre che, naturalmente, giudice d'appello avverso le sentenze del Tribunale e giudice unico delle questioni pregiudiziali⁴³².

Analizzando nel dettaglio le modifiche apportate all'art. 51 Statuto della Corte dopo il trattato di Nizza, non può non notarsi come queste abbiano fatto sì che alla Corte fossero riservati i ricorsi previsti a quelli che oggi sono gli artt. 263 e 265 TFUE, proposti da uno Stato membro contro un atto o una astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo o del Consiglio o di queste due istituzioni che statuiscono congiuntamente. La regola soffre di talune eccezioni: le decisioni adottate dal Consiglio ai sensi dell'ora art. 108, par. 2, 3° co. TFUE, gli atti del Consiglio in forza di un suo regolamento concernente misure di

⁴³¹ CONDINANZI, M., *op. cit.*, p. 3.

⁴³² CONDINANZI, M., *op. cit.*, p. 4.

difesa commerciale ai sensi dell'attuale art. 207 TFUE, e gli di atti del Consiglio con cui quest'ultimo esercita competenze di esecuzione ai sensi del vigente art. 291, par. 2, TFUE. Alla Corte vengono riservati i ricorsi contro un atto o una astensione dal pronunciarsi della Commissione ai sensi dell'art. 331, par. 1, TFUE, nonché i ricorsi, previsti nei medesimi articoli, proposti da un'istituzione o dalla Banca centrale europea contro un atto o una astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo, del Consiglio, di queste due istituzioni che statuiscono congiuntamente, o della Commissione, e da un'istituzione dell'Unione contro un atto o un'astensione dal pronunciarsi della Banca centrale europea.

4.3.2. *La competenza esclusiva della Corte di Giustizia*

In questo contesto non è agevole per l'operatore di diritto trovare con precisione quale sia la competenza dell'uno o dell'altro giudice. Permangono ipotesi di connessione e di controversie parallele destinate a trovare un punto di incontro nelle soluzioni processuali della declaratoria di incompetenza o della sospensione disciplinate dall'art. 54 Statuto e che si risolvono, comunque, in una compressione dei diritti del ricorrente non privilegiato. Si dà per acquisita la competenza esclusiva della Corte di Giustizia a conoscere dei ricorsi per infrazione promossi dalla Commissione (ai sensi degli artt. 258 e 260 TFUE) ovvero da uno Stato membro (ai sensi dell'art. 259 TFUE) nei confronti di uno o più Stati membri: l'art. 256, par. 1, non menzionava infatti tali disposizioni tra quelle fondanti ricorsi attribuiti al Tribunale, per quanto, l'ultima frase di tale disposizione consentisse allo Statuto di prevedere che il Tribunale divenisse competente per altre categorie di ricorsi⁴³³.

È la natura fortemente peculiare della Corte, e caratterizzante una comunità di diritto quale fu fin dalle origini il sistema comunitario e quale è oggi l'Unione europea, ad essere la ragione essenziale della conferma della competenza esclusiva della Corte di Giustizia a conoscere in unico grado tale contenzioso. La connotazione politica e diplomatica del contenzioso dinnanzi la Corte di Giustizia è riconosciuta fin dalle sue origini. Quando si è pronunciata sull'art. 88 CECA, norma che disciplinava una procedura di infrazione suscettibile di condurre a sanzioni da parte dell'Alta Autorità, la Corte aveva considerato tale procedimento come ultimo baluardo a tutela degli interessi comunitari sanciti dal

⁴³³CONDINANZI, M., *op. cit.*, p. 5.

Trattato dinnanzi all'inerzia e alla resistenza degli Stati membri. Il procedimento andava molto al di là delle norme sino ad allora ammesse nel diritto internazionale ai fini dell'esecuzione degli obblighi degli Stati. La rilevanza politica dei ricorsi per infrazione è confermata dagli obblighi di informazione in capo al Governo italiano in favore del proprio Parlamento, imposti al primo dall'art. 15 della legge n. 234/2012 nel caso in cui venga avviata una nuova procedura di infrazione dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, e ciò affinché Camera e Senato possano assumere le necessarie opportune deliberazioni⁴³⁴.

4.3.3. *La procedura di infrazione*

La procedura di infrazione diventa sempre più frequentemente strumento di azione politica, completa e garantisce l'attuazione, gli obiettivi politici delle istituzioni dell'Unione europea. Non è un caso quindi che il contenzioso che si sviluppa tra Stato membro e Commissione sia stato sempre riservato alla cognizione esclusiva del giudice supremo, che è chiamato a decidere le controversie che si instaurano tra gli attori istituzionali dell'ordinamento dell'Unione e a garantirne la funzione di garantire l'osservanza della legge, la sua interpretazione uniforme e l'unità del diritto. La cognizione esclusiva della Corte di Giustizia sui ricorsi per infrazione trae la sua motivazione anche a causa dell'aspetto della loro possibile connessione oggettiva con i rinvii pregiudiziali interpretativi, in cui la Corte conosce di situazioni di incompatibilità tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione.

Ciononostante, non è difficile addurre argomentazioni che possano deporre per la competenza del Tribunale in materia di infrazioni. Innanzitutto, attualmente la cognizione del Tribunale sul tema delle infrazioni non è esclusa completamente, quantomeno nei casi in cui viene a conoscere dei ricorsi per annullamento contro le decisioni con cui la Commissione impone agli Stati di pagare le sanzioni pecuniarie imposte dalle sentenze rese dalla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 260 TFUE. In secondo luogo, sovente si ha dinnanzi un contenzioso che non richiede un accertamento di fattispecie complesse, in particolare se si tratta di infrazioni non normative. In questo genere di infrazioni l'onere della prova grava sulla Commissione che, anche nel rispetto del principio di leale

⁴³⁴ CONDINANZI, M., *op. cit.*, p. 6.

cooperazione che deve aver guidato lo Stato membro nella propria condotta durante la procedura precontenziosa, è tenuta a dimostrare i fatti e le circostanze atti a dimostrare l'inadempimento dello Stato. Rispetto all'efficace svolgimento di questa attività istruttoria, non può escludersi che risulti più efficace il Tribunale, che è in grado maggiormente di gestire l'assolvimento dell'onere probatorio nell'ambito del contenzioso diretto di cui è investito⁴³⁵.

4.3.4. *Ipotesi di modifica della giurisdizione*

L'ipotesi di trasferire al Tribunale la competenza in tema di ricorsi per infrazione è divenuta oggetto della richiesta di modifica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea. La richiesta è stata trasmessa il 26 marzo 2018 dalla Corte al Parlamento europeo e al Consiglio, e ha un forte impatto di natura sistematica sul modo di intendere l'organizzazione de potere giudiziario. La proposta del 26 marzo 2018 si innesta nelle procedure evolutive che tangono il Tribunale, affinché apportare migliorie all'architettura giurisdizionale dell'Unione europea. Vi è una certa continuità fra questa e la riforma (relativa al funzionamento del Tribunale) introdotta con il regolamento 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica del protocollo n. 3 sullo Statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea che porterà al raddoppio dei giudici del Tribunale nei prossimi anni.

L'art. 3 del regolamento prevede la redazione di due relazioni da parte della Corte di Giustizia. La prima ha ad oggetto un'analisi del funzionamento del Tribunale, con particolare riferimento all'efficienza del Tribunale, nonché alla necessità e all'efficacia del raddoppio del numero dei giudici, all'utilizzo e l'efficienza delle risorse e l'istituzione di ulteriori sezioni specializzate e/o altre modifiche strutturali, eventualmente proponendo modifiche legislative⁴³⁶. La seconda relazione invece ha ad oggetto eventuali modifiche della ripartizione delle competenze in materia di pronunce pregiudiziali a norma dell'art. 267 TFUE. In ottemperanza a tale disposizione, il 14 dicembre 2017 la Corte di Giustizia ha pubblicato un documento ove ha ampiamente illustrato le ragioni di opportunità che suggeriscono di non procedere al trasferimento della competenza pregiudiziale al

⁴³⁵ CONDINANZI, M., *op. cit.*, p. 7.

⁴³⁶ CONDINANZI, M., *op. cit.*, p. 8.

Tribunale per materie specifiche, anticipando invece la presentazione di possibili modifiche al riparto di competenza contenute nella proposta.

Viene affermato che la volontà di sfruttare le potenzialità quantitative della nuova architettura giurisdizionale deve consistere nell'alleggerimento del contenzioso pendente innanzi la Corte. Le nuove competenze attribuite al Tribunale renderebbero ancora più efficace lo strumento del rinvio pregiudiziale che rimarrebbe nella sostanza l'unica competenza significativa del giudice supremo europeo.

Anche se è meno lampante, potrebbe derivare un obiettivo ulteriore dall'impianto proposto: il rafforzamento del ruolo costituzionale della Corte di Giustizia, in coerenza con gli sviluppi derivanti dalla riforma di Nizza⁴³⁷. L'attribuire la cognizione dei ricorsi per infrazione al Tribunale e riservare alla Corte il contenzioso sui ricorsi in cui la Commissione chiede l'applicazione di una sanzione pecuniaria o nei quali lo Stato contesta la legittimità della decisione che contiene l'intimazione al pagamento, non significa necessariamente riservare alla Corte il contenzioso più rilevante dal punto di vista dello sviluppo istituzionale e costituzionale del sistema.

4.3.5. *L'alternativa proposta*

La proposta di modifica prevede prioritariamente che al Tribunale sia trasferita la competenza a statuire, in primo grado, sui ricorsi per inadempimento di cui agli artt. 108, par. 2, 258 e 259 TFUE. Alla Corte di Giustizia saranno comunque riservati quei ricorsi che posseggono una rilevanza costituzionale o che presentano particolare urgenza o delicatezza, ovvero quei ricorsi che son diretti ad accertare l'inadempimento di uno Stato membro agli obblighi in capo ad esso in virtù del trattato sull'Unione europea, del titolo V della terza parte del trattato sul funzionamento dell'Unione europea o di un atto adottato sul fondamento di tale titolo. Il progetto di riforma lascia impregiudicata la possibilità per il Tribunale, di rinviare la causa alla Corte ove essa comporti una decisione di principio o se avvenga in circostanze eccezionali. Secondariamente la proposta di modifica prevede che alla Corte vengano trasferite le competenze sui ricorsi di annullamento delle decisioni della Commissione che contestino la mancata o inadeguata esecuzione di una sentenza pronunciata dalla Corte in base all'art. 260, paragrafi 2 e 3, TFUE. In terzo luogo, la

⁴³⁷ CONDINANZI, M., *op. cit.*, p. 9.

proposta ha previsto l'istituzione di un procedimento preventivo che ha la funzione di filtro di ammissibilità delle impugnazioni, così da consentire alla Corte di statuire su certe impugnazioni solo nell'ipotesi in cui queste ultime posseggano determinati criteri. Questo schermo è stato concepito avuto riguardo le impugnazioni relative alle cause in cui un organo amministrativo indipendente sia stato precedentemente adito⁴³⁸.

Il tema non è del tutto nuovo, nella decisione istitutiva del Tribunale di primo grado del 1988, come modificata dalla successiva decisione del 1993, rispetto alla competenza del Tribunale come lì definita, si faceva salva l'eventuale disposizione contraria contenuta in un atto istitutivo di un ente di diritto comunitario, così da consentire che i ricorsi avverso gli atti di tali enti potessero essere attribuiti, in primo e unico grado, alla sola Corte di Giustizia, e ciò sulla base del fatto che avverso le decisioni di tali enti sussistono spesso rimedi amministrativi para-giurisdizionali che talvolta si sovrappongono all'impugnativa dinnanzi al giudice dell'Unione, dando così vita ad un sistema di controllo della legalità dell'atto eccessivamente pesante.

La semplificazione viene realizzata tramite la preclusione all'accesso all'ultimo giudice. La formulazione dell'art. 58 bis paragrafo 3 dello Statuto della Corte prevede che "l'impugnazione è ammessa, in tutto o in parte, in osservanza delle modalità precisate nel regolamento di procedura, quando essa solleva una questione importante per l'unità, la coerenza o lo sviluppo del diritto dell'Unione". Potrebbe essere ipotizzabile un'estensione del filtro ad ulteriori tipologie di impugnazioni, dovrebbe però temperarsi con il diritto di impugnare garantito dall'art. 256, par. 1, 2° co., TFUE⁴³⁹. Sulle modifiche relative al coordinamento terminologico tra Statuto e TFUE, la Commissione ha suggerito che venga fatta un'accorta valutazione delle modifiche all'art. 51 Statuto proposti dalla Corte di Giustizia, esse potrebbero far sorgere problemi interpretativi quanto al riparto di competenze tra Corte e Tribunale in tema di ricorso per annullamento. Alla luce del parere presentato dalla Commissione e dei dubbi sollevati dai delegati nazionali, il presidente della Corte di Giustizia, il 13 luglio 2018 ha invitato il Parlamento europeo e il Consiglio a focalizzarsi sulle ultime tre modifiche, ed in particolare sulla modifica che attiene all'introduzione del summenzionato filtro. La Corte di Giustizia permette a che sia posticipata l'analisi della modifica concernente il

⁴³⁸ CONDINANZI, M., *op. cit.*, p.10.

⁴³⁹ CONDINANZI, M., *op. cit.*, p.11.

trasferimento della competenza al Tribunale sulle procedure di infrazione, che ha sollevato non poche perplessità specie in merito alla durata dei procedimenti e alla ricaduta sul carico di lavoro della Corte. In buona sostanza, il riparto di competenze tra Corte e Tribunale, come delineato sopra, rimarrà grosso modo invariato sino alla fine del 2020, quando la relazione prevista dall'art. 3 del citato regolamento 2015/2422, che la Corte di Giustizia sarà chiamata ad adottare, potrà illustrare un quadro chiaro sull'efficacia della riforma del Tribunale, per valutare se essa giustificherà un ulteriore intervento sulla ripartizione delle competenze all'interno della giurisdizione dell'Unione⁴⁴⁰.

4.4.L'Europa Sociale: problemi e prospettive

4.4.1. L'incerta Europa Sociale

La dimensione sociale è da tempo un capitolo acquisito nell'agenda dell'integrazione europea, anche i più convinti ottimisti avvertono un persistente stato di indeterminatezza sia sul versante analitico e che politico. L'indeterminatezza delle prospettive risente dei mutamenti produttivi e sociali, che derivano a loro volta dal mercato globale e dal proliferare di innovazioni tecnologiche. Si determina un effetto spiazzamento che provoca financo vere e proprie crisi negli assetti complessivi dei diritti nazionali, i quali sono storicamente nati nell'ambito dello Stato.

Il diritto del lavoro soffre più di altre branche giuridiche l'impatto di queste trasformazioni perché è strutturalmente legato a modelli di un industrialismo stabile e di dimensione nazionale, e ad un *welfare* statale. Il lavoro è strutturalmente meno mobile e più territoriale del fattore capitale e dell'impresa. Pertanto è esposto a *shock* asimmetrici, più difficili far rientrare rispetto a quelli in cui è soggetto il diritto commerciale. Il disagio e gli *shock* sono lampanti per i diritti nazionali, può essere compreso quindi come scuotano nel profondo le fondamenta di un ordinamento *in fieri* come quello eurounitario. Sia il panorama attuale quanto le prospettive dell'ordinamento europeo sono di difficile lettura. Le fonti sono sempre un rilevatore critico delle evoluzioni degli ordinamenti, e in ambito

⁴⁴⁰ CONDINANZI, M., *op. cit.*, p.17.

europeo le fonti tradizionali nazionali si combinano con le fonti di un ordinamento nuovo, in un intreccio complesso e ancora poco comprensibile⁴⁴¹.

Le prospettive dell'Europa sociale sono di difficile valutazione ed altrettanto incerte sono le politiche sociali elaborate dalla comunità, così come il grado di avanzamento dei processi attivati per realizzarle ed ancora di più la loro effettiva incidenza su legislazioni e prassi nazionali. Sono emblematiche le diverse valutazioni circa la portata delle innovazioni introdotte nei meccanismi decisionali europei che oscillano dallo scetticismo minimalista⁴⁴², fino a toni quasi trionfalistici⁴⁴³. Le oscillazioni sono comunque sfumate nei documenti ufficiali, ma un'attenta lettura ne rivela le incertezze tra proposte e realizzazioni. L'allargamento dell'Europa è foriero di dubbi e incertezze in materia di lavoro, le differenze socio-culturale fra gli attuali paesi dell'unione e fra questi e i paesi in attesa di integrazione sono profonde almeno quanto le distanze economiche.

Le materie che riguardano il diritto de lavoro europeo sono quelle consuete ed inderogabili che concernono il rapporto individuale di lavoro, vi rientrano però anche quelle promozionali e quelle maggiormente innovative sull'organizzazione del mercato del lavoro; i rapporti collettivi e in particolare la contrattazione collettiva, con le regole relative, che trascendono il tradizionale ambito nazionale e si estendono a livello comunitario; le tematiche dell'occupazione congiuntamente con i temi del welfare e della protezione sociale che sono da poco entrate nell'agenda degli impegni europei.

Sono ambiti profondamente differenti per logiche e contenuti, che si evolvono costantemente all'interno degli stessi ordinamenti nazionali. Nel più complesso ordinamento europeo è richiesto che debbano essere oggetto di valutazione corrispondentemente articolate. Ciascuno di questi ambiti deve essere considerato, oltre che nella sua insita complessità, anche tenendo conto delle tensioni fra gli ordinamenti nazionali e le iniziative europee. Alla distinzione tematica ne va aggiunta un'altra, altrettanto importante se si vogliono acquisire conoscenze utili per le prospettive europee,

⁴⁴¹ TREU, T., "L'Europa Sociale: problemi e prospettive" in *Diritto delle relazioni industriali*, n.3, 2001, Giuffrè, Milano, pp. 307-308.

⁴⁴² DAVIES, P., LYON-CAEN A., SCIARRA, S., SIMITIS, S., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives: Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, 1996, Clarendon Press, pp. 6-10.

⁴⁴³ KENNER, J., "The EC Employment Title and the 'Third Way': Making Soft Law Work?" in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, fasc. 1, 1999, Kluwer Law International, pp. 41-43.

la distinzione fra i diversi strumenti, fra cui le fonti di diritto, utilizzati nel processo di unificazione europea dei vari aspetti della dimensione sociale sopracitati⁴⁴⁴.

4.4.2. *L'armonizzazione normativa.*

Per avere contezza dello stato dell'integrazione sociale europea sarebbe opportuno rileggere sistematicamente tutte le sue complesse vicende, tenendo conto soprattutto della sua implementazione concreta nei rapporti comunitari e negli ordinamenti nazionali. Una prima osservazione riguarda il rapporto fra obiettivi proposti per la dimensione sociale e gli strumenti istituzionali di volta in volta predisposti. La tensione fra obiettivi e strumenti ha permeato la storia della comunità dalle origini fino ad oggi: si riscontra in tutte le aree tematiche e in tutti gli strumenti di integrazione europea. Ripercorrendo i vari interventi di armonizzazione normativa spinti dalla Commissione ed implementati dall'interpretazione estensiva della Corte Europea di Giustizia, si può notare come la gran parte di questi si sia realizzata premendo in maniera forzata partendo dalle basi giuridiche disponibili nei trattati: quella dell'art. 100, quella sussidiaria dell'art. 235 e successivamente l'art. 118 A, contenente un'apertura alla regola di decisione a maggioranza nelle materie dell'ambiente e della sicurezza del lavoro.

L'ampiezza interpretativa porta ad utilizzare largamente l'art. 119 (principale base giuridica degli interventi in materia di lavoro) per introdurre regole di parità di trattamento, non solo in materia retributiva, inedite rispetto alle tradizioni dei diritti europei continentali. La forzatura delle basi giuridiche è avvenuta col pretesto dell'armonizzazione nel progresso e di obiettivi sociali comuni che erano presenti nei testi comunitari a partire dai primi Trattati. L'armonizzazione nel progresso è inserita in una visione illusoria in cui essa avrebbe potuto realizzarsi per lo sviluppo del mercato unico, senza conflitti e senza la imposizione di regole sociali imperative. Per quanto riguarda gli obiettivi sociali, venivano menzionati nei Trattati e indicati come obiettivi degli Stati membri e da perseguirsi con l'azione comune degli stessi Stati, senza assurgere a scopi della Comunità in quanto tale. La regolazione sociale e le politiche dell'occupazione rientravano nei compiti riservati agli Stati nazionali.

⁴⁴⁴ TREU, T., "L'Europa Sociale: problemi e prospettive" in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2001, Giuffrè, Milano, p. 309.

4.4.3. *La contrattazione collettiva europea*

Il ruolo centrale della contrattazione collettiva, quale vettore per il processo di integrazione, è stato affermato anche piuttosto velocemente nel sistema dei diritti sociali europei. I riferimenti al dialogo sociale assumono carattere stabile fin dal programma sociale del 1974⁴⁴⁵ e si rafforzano nel progetto di Mitterand dei primi anni '80⁴⁴⁶, per poi assumere rilievo di primo piano nella concezione di Delors⁴⁴⁷. Quest'ultimo infatti crede nell'evoluzione del dialogo sociale all'interno di un effettivo sistema di relazioni industriali europeo, atto a superare lo squilibrio fra Europa economica ed Europa sociale. Il riconoscimento istituzionale della contrattazione collettiva, che si realizza a Maastricht, presenta una serie di forzature rispetto all'assetto esistente nelle relazioni industriali e agli stessi obiettivi delle parti. La sfasatura più spesso ricordata è che il riconoscimento è intervenuto in anticipo rispetto ad una prassi sovranazionale ancora poco matura⁴⁴⁸. Alla fragilità delle strutture portanti delle relazioni industriali fa *pendant* una configurazione normativa della contrattazione collettiva ambiziosa ed eccedente rispetto al quadro normativo comunitario e a quello degli stati membri. Sul piano comunitario è netto il contrasto fra la fiducia istituzionale posta sulla contrattazione europea e l'assenza di competenze, confermata a Maastricht e ad Amsterdam sul tema dell'organizzazione, della libertà sindacale e del conflitto collettivo.

Sono differenti le esperienze ed i modelli normativi vigenti negli stati membri: da una parte vi sono quei modelli come l'Italia in cui vi è una certa astensione dei diritti in materia, dall'altra vi sono quelli più inclini alla regolazione, quali Francia e Germania. Negli Stati come l'Italia la contrattazione si è sviluppata al di fuori di una regolazione legislativa diretta, il legislatore però ne ha promosso i presupposti, quali la libertà e l'attività sindacale nei luoghi di lavoro e la tutela del diritto di sciopero; ne è un celebre esempio la legge 300 del 1970. L'altro gruppo di ordinamenti vede la contrattazione collettiva regolata normativamente tramite legge o decreto, te la disciplina pertanto è stata

⁴⁴⁵ Risoluzione del Consiglio, del 21 gennaio 1974, relativa ad un programma di azione sociale, su <https://eur-lex.europa.eu/> (consultato il 20.12.2019).

⁴⁴⁶ MARTONE, M., "Il Sindacato Europeo e la contrattazione collettiva" in *Diritto del lavoro dell'Unione Europea* coord. da CARINCI, F., 2009, UTET giuridica, Torino, pp. 786 e 787.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, pp. 787 e 788.

⁴⁴⁸ TREU, T., "La contrattazione collettiva in Europa" in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2018, Giuffrè, Milano, p. 397.

configurata come parte di un assetto istituzionale delle relazioni industriali. In ogni caso gli interventi statali sono volti a regolare ed a estendere la contrattazione collettiva quale strumento per normare condizioni economiche e normative dei rapporti di lavoro. Con le innovazioni di Maastricht si configura così una vera e propria alterazione dei connotati della contrattazione collettiva come atto di autonomia per privilegiarne quello di strumento ausiliario di regolazione pubblica⁴⁴⁹.

L'attuale debolezza delle organizzazioni sindacali riflette la crescente asimmetria fra la dimensione nazionale del lavoro ed un capitale sempre più internazionalizzato. Le autorità comunitarie hanno preso atto dell'illusorietà di automatiche convergenze dei sistemi sociali all'interno del mercato unico, come della difficile utilizzabilità degli strumenti legislativi tradizionali. Il riconoscimento della contrattazione risponde all'esigenza di rafforzare la legittimità sociale della normativa europea e di implementarne la capacità di regolazione effettiva, in quanto è poggiata sul consenso dei soggetti facenti parte del tessuto economico sociale.

Per gli imprenditori, riconoscere la contrattazione collettiva è senz'altro utile affinché evitare pressioni delle autorità comunitarie per l'uso delle direttive armonizzatrici⁴⁵⁰. Sono significative le implicazioni in ordine all'effettivo funzionamento della contrattazione collettiva, il dato rilevante è che si registra uno sviluppo più consistente della contrattazione di vertice, destinata al recepimento in decisioni del Consiglio, anche se formalmente non triangolare, rispetto alla contrattazione di diritto comune attinente alla regolazione dei rapporti di lavoro delle varie categorie o settori economici⁴⁵¹.

4.4.4. *Lo sviluppo diseguale della contrattazione collettiva*

L'attività di negoziazione bilaterale di settore è consistente, però si traduce in veri e propri contratti collettivi solo eccezionalmente e in particolare ciò è avvenuto nei settori dell'agricoltura ed in quello marittimo. L'attenzione delle parti e della Commissione è sulla contrattazione di vertice interconfederale, che nel prossimo decennio dovrebbe

⁴⁴⁹ TREU, T., "L'Europa Sociale: problemi e prospettive" in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2001, Giuffrè, Milano, p. 313.

⁴⁵⁰ STREECK, W., "European Social Policy after Maastricht: The 'Social Dialogue' and 'Subsidiarity'" in *Economic and Industrial Democracy*, vol. 15, no. 2, May 1994, pp. 175-178.

⁴⁵¹ TREU, T., "L'Europa Sociale: problemi e prospettive" in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2001, Giuffrè, Milano, p. 314.

alimentare la maggior parte delle direttive di nuova generazione. L'andamento è coerente con le indicazioni di Maastricht ed è portatore di riscontri nelle esperienze nazionali. Gli accordi interconfederali, sia bilaterali sia triangolari sono i più vicini per collocazione e contenuti alla regolazione politica. La loro collocazione è tale da renderli sensibili alle condizioni del mercato politico sia nell'ipotesi in cui ricevano da questo sostegno sia che siano in parte utilizzabili per supplire a debolezze delle istituzioni politiche⁴⁵²

Gli accordi tendono ad assumere contenuti di carattere generale, una regolazione *soft* adatta ad essere ripresa in direttive flessibili della seconda generazione, i cui le autorità europee e i governi nazionali hanno confidato per superare gli ostacoli alla armonizzazione normativa. Le resistenze incontrate dalle tecniche di armonizzazione piovute dall'alto nei decenni precedenti non sono destinate a cedere per il fatto di avere coinvolto nel processo le organizzazioni sociali di vertice, le distonie rilevate nell'assetto discendente da Maastricht trovano conferma osservando l'andamento degli altri livelli del sistema contrattuale europeo. La difficoltà della contrattazione a proiettarsi sul piano sovranazionale è una conferma del rilievo del sostegno pubblico alla negoziazione di vertice. Sarebbe stato più opportuno puntare sulla diffusione di buone pratiche sostenute dagli attori e dalle istituzioni europee, invece che creare ad arte un'architettura di contrattazione europea⁴⁵³. Del resto, anche la stessa contrattazione nazionale di categoria incontra difficoltà a seguito soprattutto delle tendenze al decentramento e alla *deregulation*, riscontrabili nei sistemi nazionali. In questo contesto una convergenza fra i sistemi nazionali di contrattazione collettiva non potrebbe promuoversi armonizzando il quadro e i presupposti legali di tali sistemi.

4.4.5. *Le politiche dell'occupazione*

Fra le priorità in materia di occupazione figurano gli obiettivi della riduzione e della riorganizzazione dell'orario di lavoro, temi anticipatori ma certo non esaustivi di un'azione organica per la promozione dell'impiego. La marginalità dell'impegno comunitario deriva dagli assunti base su cui poggia il modello europeo: la riserva agli Stati membri delle relative le competenze ed il vincolo ideologico per cui il progresso

⁴⁵² SCARPELLI, F., "I nodi del neocorporativismo al pettine del diritto comunitario", in *Rivista Giuridica del Lavoro*, fasc. 2, 1999, Ediesse, Roma, p. 289-295.

⁴⁵³ TREU, T., "European Collective Bargaining Levels" in *European Community Labour Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 187.

verso alti livelli di occupazione e migliori condizioni di lavoro discenderebbe in automatico dallo sviluppo del mercato comune. Questa ultima posizione si ancorava tesi che sottovalutano l'importanza delle politiche microstrutturali del lavoro e affidano la soluzione dei problemi in tema di massima occupazione allo sviluppo economico unito a politiche di *welfare*.

L'intervento diretto della Comunità in tema di occupazione è stato limitato per molto tempo all'utilizzo dei Fondi strutturali, strumenti quantitativamente deboli e che operano in realtà di settore. A questi sono affidate azioni di accompagnamento alle riconversioni e ristrutturazioni, interventi di contrasto alla disoccupazione di lunga durata e di sostegno all'occupazione giovanile. Essi però restano costruiti per operare come tassello delle politiche di sviluppo regionale e non quali strumenti di politica generale di sostegno dell'impiego⁴⁵⁴.

Vengono oramai utilizzati ai fini della promozione dell'impiego anche gli incentivi alle imprese, essi sono entrati nelle politiche comunitarie con identità distinta dall'uso dei Fondi successivamente a Maastricht col rinnovato art. 118, ma restano di circoscritto rilievo. A Maastricht la Comunità viene abilitata ex art. 127 in modo esplicito ad attuare in proprio iniziative di formazione professionale, nell'ambito delle competenze concorrenti⁴⁵⁵. Il rafforzamento dell'impegno comunitario è stato limitato a causa della preoccupazione degli Stati e delle istituzioni europee per la stabilità monetaria, e ha portato ad una diretta assunzione di responsabilità nelle politiche dell'occupazione solo col trattato di Amsterdam con l'inserimento di un apposito titolo nei trattati. In quella sede è avvenuta una vera e propria costituzionalizzazione delle politiche occupazionali in cui però le tracce del passato sono presenti: nella formulazione degli obiettivi occupazionali vi è infatti ancora riferimento all'impegno comune degli stati membri e viene confermato che la competenza nel perseguirli sia competenza degli stessi Stati nel perseguirli.

L'intervento europeo consiste in un'azione di coordinamento e di promozione, da esprimersi soprattutto nelle forme soft delle linee guida e delle relative procedure di accompagnamento. Una differente lettura dei Trattati ed un allargamento delle

⁴⁵⁴ ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 1995 pp.185-188.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pp. 193-197.

competenze comunitarie a Maastricht, avrebbe potuto condurre ad un più diretto intervento anche regolativo. Si sarebbe potuto agire più incisivamente sulla normativa del mercato del lavoro e del Welfare, al sostegno della formazione professionale continua, una simile lettura interventistica è stata esclusa per l'acuirsi dei timori degli Stati ed un loro conseguente aumento delle resistenze⁴⁵⁶.

Le politiche in ambito dell'occupazione sono molto soggette a queste resistenze, poiché il principio di sussidiarietà rafforza le tendenze al decentramento ed all'esclusione per motivi di opportunità dell'intervento sovranazionale, e spinge alla deregulation in favore della fiducia nel mercato.

4.4.6. *Armonizzazione e integrazione*

Possono introdursi alcune possibili linee di tendenza per l'integrazione sociale europea, diversificate a seconda dei vari ambiti di intervento: il sistema oltre ad essere incompleto è anche instabile. Vi sono dei punti che però hanno raggiunto un certo grado di condivisione: innanzitutto c'è la convinzione che il tentativo di estendere ed intensificare l'uso degli strumenti di armonizzazione normativa è ad oggi impraticabile, quantomeno nell'ambiziosa eccezione tipica del passato, sui temi forti del diritto del lavoro e sugli innovativi temi nuovi del *welfare*, come ammortizzatori sociali o sicurezza sociale. Imporre una armonizzazione normativa a colpi di maggioranza nei sistemi di Welfare creerebbe categorie di Stati vincitori e vinti, a seconda delle scelte adottate. Nella vigente situazione di comunità politica imperfetta, si correrebbe il rischio di mettere in pericolo la stabilità dell'Unione. Nell'attuale quadro politico vari sistemi nazionali preferiscono mantenere a sé libertà d'azione⁴⁵⁷.

La crescente integrazione monetaria ed economica dell'Europa è un fattore sempre più influente sulle politiche sociali. L'unificazione dei mercati congiunta con la diffusione delle nuove tecnologie dovrebbe comportare un automatico livellamento dei sistemi sociali e nella loro regolazione, vi è interdipendenza economica fra sistemi e le reazioni delle politiche nazionali.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ BARBERA, M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia, Brescia, 2000, pp. 162-165.

⁴⁵⁷ BERTOLA, G., T. BOERI, T., NICOLETTI, G., *Protezione sociale, occupazione e integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 166.

⁴⁵⁸ PADOAN, P. C., "EMU as an Evolutionary Process," in *Governing the World's Money*, coord. da S. ANDREWS, R. HENNING, L. PAULY, Cornell, University Press, 2002.

Alcune analisi hanno individuato gli effetti concreti dell'integrazione europea su alcune tendenze macroeconomiche, basti pensare come esempio all'armonizzazione dei cicli economici. Le connessioni non sono altrettanto marcate quando si ha riguardo per altri settori di attività, per via dell'agire delle istituzioni pubbliche o delle parti sociali, sia a livello nazionale che comunitario⁴⁵⁹.

La politica europea è un elemento di pressione sul costo del lavoro, e le conseguenze in ordine all'andamento di questa variabile non sono determinate, ci si può spostare in due direzioni opposte: verso un maggiore coordinamento centralizzato delle politiche salariali oppure verso un accresciuto decentramento⁴⁶⁰. Si è creato un coordinamento efficace delle politiche salariali conseguenti ai vincoli di contesto creati dall'unione monetaria congiunti agli orientamenti politici delle parti sociali e delle istituzioni statali, soprattutto della Banca Centrale Europea. Il rilievo dato al livello decentrato delle relazioni industriali, in particolare relativamente agli accordi aziendali, nazionali o multinazionali, al di fuori di schemi più ampi, sarebbe destinata a crescere se continuerà il processo di erosione della rappresentatività sindacale e delle loro strutture centrali. Questo *trend* potrebbe portare ad un radicale cambiamento delle relazioni industriali e della struttura contrattuale dei vari paesi, conseguentemente vi sarebbero dei riflessi sull'impianto della regolazione legislativa dei vari paesi e della comunità, struttura che è per l'appunto retta ampiamente dalla contrattazione collettiva⁴⁶¹.

4.4.7. *Convergenze e diversificazioni nel mercato e nelle politiche.*

Il processo di europeizzazione dei rapporti sociali si presenta come molto complesso a causa anche della diversità dei percorsi in base agli ambiti e agli strumenti coinvolti. Vi sono spinte alla differenziazione delle politiche eurounitarie da parte di fronti istituzionali e culturali presenti nei vari Stati che esprimono ampie resistenze all'accettazione di regole sovranazionali e allo stesso coordinamento. La crescente influenza delle spinte porterebbe all'affermarsi di un modello di solidarietà competitiva tra Stati, regioni e settori

⁴⁵⁹ *Idem.*

⁴⁶⁰ DELL'ARINGA, C., "Wages and Working Time in the First Report on Industrial Relations in Europe" in *Towards a European model of industry relations? Building on the first report of European Commission* coord da BIAGI, M., Kluwer Law International, pp. 147-150.

⁴⁶¹ TREU, T., "L'Europa Sociale: problemi e prospettive" in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2001, Giuffrè, Milano, pp. 321-323.

dell'Europa Unita, diverso dalla solidarietà distributiva tipica della tradizione socialdemocratica⁴⁶².

La responsabilità primaria dell'Unione è volta a favorire una reale competitività solidale e il progresso verso condizioni economiche migliori, comprensive di maggiore crescita ed equità. È un percorso già avviato sul processo di convergenza delle politiche economiche avviato dal Consiglio generale di Colonia. L'Europa è chiamata a rendere più incisiva la sua linea di azione, superando debolezze nella definizione degli obiettivi occupazionali e di crescita, degli strumenti per il loro perseguimento, e per il controllo delle applicazioni in sede nazionale. Per altro verso vanno appianate le persistenti sfasature fra politiche occupazionali e politiche economiche che costituiscono motivo di difficoltà al perseguimento di molti degli obiettivi indicati. Per questa ragione si richiedono risorse adeguate e correttivi idonei a rafforzare le debolezze di ciascun sistema in grado di attivarne le capacità di reazione positiva⁴⁶³.

Anche le regole da ritenersi comuni per l'intera comunità vanno riconsiderate in modo diverso. Va individuato un nucleo di standard realmente fondamentali su cui possa convergere la regolazione e la politica sociale europea senza forzature istituzionali ed economiche che possano pregiudicare il consenso degli Stati e la competitività del continente. Le resistenze al riconoscimento dei diritti sociali fondamentali che si sono riscontrate anche al vertice di Nizza⁴⁶⁴, sono in parte dovute a timori causati da esperienze passate che si sono rilevate in sede nazionale e comunitaria nella regolazione di queste materie e nello sviluppo di tali diritti. Una comunione di valori fondanti è più che mai necessaria per fare di molte una le realtà dell'attuale dell'Europa, ancora più nella prospettiva dell'allargamento dei confini comunitari⁴⁶⁵.

4.4.8. *La tutela per il licenziamento nelle fonti dell'ordinamento dell'UE*

⁴⁶² STREECK, W., "Il modello sociale Europe: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva" in *Stato e mercato-Rivista quadrimestrale*, fasc.1, 2000, pp. 3-24.

⁴⁶³ TREU, T., "L'Europa Sociale: problemi e prospettive" in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2001, Giuffrè, Milano, p. 328,

⁴⁶⁴ COSTANZO P., "Dalle origini alla costruzione europea" in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, coord. da COSTANZO, P., MEZZETTI, L., RUGGERI, A., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 56-58.

⁴⁶⁵ TREU, T., "L'Europa Sociale: problemi e prospettive" in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2001, Giuffrè, Milano, p. 307.

Sulla base normativa dell'art. 153.1 lett. d) del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), l'Unione può dettare ai singoli Stati regole uniformi nella materia dei licenziamenti individuali. L'ordinamento eurounitario è competente a adottare direttive con funzione armonizzatrice, l'Unione può quindi predisporre quelli che sono i canoni minimi da garantire nelle tutele in relazione alla *“protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro”*⁴⁶⁶. La potestà legislativa in materia è subordinata alla regola dell'unanimità, per cui il potere normativo è attualmente congelato. Anche in mancanza di direttive sul licenziamento, il diritto europeo influenza vistosamente le normative interne per mezzo di ulteriori direttive dai profili giuslavoristici marcati.

A completezza di quanto appena sopra, non possono sottacersi alcuni casi paradigmatici, la direttiva 97/81 all'art. 5.2 pone delle limitazioni alla facoltà di licenziare i lavoratori che si siano opposti a che il proprio contratto a tempo pieno divenga a tempo parziale o a coloro che abbiano opposto rifiuto alla trasformazione speculare, è fatto salvo il recesso fondato su ragioni ulteriori scaturenti da necessità dello stabilimento. In tal senso anche la direttiva 2001/23 (art. 4.1) esclude che il trasferimento dell'azienda o di parte di essa possa rappresentare un legittimo motivo di licenziamento, sempre che non vi siano ulteriori ragioni economiche, tecniche o organizzative.

Un impatto significativo sulla legislazione dei vari Stati ha il diritto antidiscriminatorio, che si fonda sugli artt. 18 e 19 TFUE e sulle direttive 2006/54, 2000/43 e 2000/7 in materia di discriminazioni di genere o dovute da altre cause. A queste direttive si assomma il regolamento 492/2011 che vieta le discriminazioni fondate sulla nazionalità, che attua i principi in materia di libertà di circolazione previsti dall'art. 21 TFUE. Grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE i trattamenti differenziati tra lavoratori contenuti nelle discipline nazionali sui licenziamenti si stanno appianando, innanzitutto quelli che hanno come fondamento l'età, ancora diffusi negli interni. Di questa copiosa giurisprudenza fa parte la nota sentenza *Küçükdeveci* del 19 gennaio 2010 (C-555/07)⁴⁶⁷, nella quale la Corte riconosce al principio di non discriminazione valore di principio generale dell'ordinamento dell'UE, tale da poter essere invocato nei rapporti tra privati a prescindere dall'esistenza di una normativa nazionale di recepimento della direttiva

⁴⁶⁶ Articolo 153 (ex articolo 137 del TCE), Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

⁴⁶⁷ C. di Giustizia (grande sezione) sent. del 19 gennaio 2010, Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG.

2000/78. “...1) Il diritto dell’Unione, in particolare il principio di non discriminazione in base all’età, quale espresso concretamente nella direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non siano presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età. 2) È compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all’età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall’esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall’art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull’interpretazione di tale principio...”.

Il quadro si colora, fra le altre, della direttiva 98/59 sui licenziamenti collettivi, che ha assunto ampia rilevanza nei singoli Stati europei⁴⁶⁸.

Da un esame congiunto di tali disposizioni si ricava una visione globale di quelli che sono motivi illegittimi di licenziamento a cui non può derogare il legislatore nazionale, in questo contesto assurge a principio generale il divieto di licenziamento discriminatorio, anche se variegatamente graduato in base a quelle che sono le differenti ragioni della di discriminazione: per le discriminazioni dirette di genere e di nazionalità il divieto è assoluto e non derogabile; per le discriminazioni indirette e fondate sull’età il divieto è sancito in termini più flessibili ed è conseguentemente derogabile.

I principi giurisprudenziali elaborati dalla Corte di Giustizia, in seguito recepiti *de plano* dal legislatore europeo, ritengono che le discriminazioni indirette, a differenza di quelle dirette, possano essere giustificate da ragioni oggettive d’interesse generale, nel caso in cui la misura discriminatoria sia proporzionata al fine perseguito. Per quanto attiene le discriminazioni che scaturiscono dall’età, la direttiva 2000/78 le ammette all’art. 6 però esse devono essere “oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell’ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del

⁴⁶⁸ Direttiva 98/59/Ce del Consiglio del 20 luglio 1998 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi.

lavoro, di mercato del lavoro [...] e i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari”.

La novità più forte nelle fonti dell'UE è costituita dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, che è una fonte giuridicamente vincolante a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona *ex art. 6.2 TUE*. L'art. 30 prevede che *“ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato”.*

4.5. Uguaglianza e Carta di Nizza

4.5.1. L'uguaglianza

Il principio di uguaglianza è una nozione pacificamente accolta nel diritto eurounitario, viene infatti ritenuto una colonna fondamentale del controllo giurisdizionale da parte della Corte di Giustizia, ed è una corretta ricostruzione dell'istituto che consente di analizzare se vi sia compatibilità fra il diritto eurounitario e la disciplina prevista dalle normative interne⁴⁶⁹.

La Carta di Nizza riferisce all' "Uguaglianza" l'intero Capo III, infatti l'art. 20 sancisce il principio per cui *“tutte le persone sono uguali davanti alla legge”*, visto che l'art. 6, comma 1 del TUE prevede che l'interpretazione dei principi espressi nella Carta di Nizza debba tenere in conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella stessa Carta, è qui che vanno cercati i canoni ermeneutici. Nelle Spiegazioni viene affermato che l'art. 20 sia corrispondente *“al principio generale di diritto che figura in tutte le costituzioni europee”*⁴⁷⁰, nel senso di offrire alle Istituzioni eurounitarie dei precisi appigli interpretativi⁴⁷¹. Oltretutto nella seconda parte della Spiegazione all'art. 20 è espresso che il principio di uguaglianza *“è stato sancito dalla Corte come uno dei principi*

⁴⁶⁹ PICCONI, V., “Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato” in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, Int. 127, 2016, p. 27.

⁴⁷⁰ Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, Spiegazione relativa all'articolo 20 “Uguaglianza davanti alla legge”, online su <https://eur-lex.europa.eu/> (consultato il 30.11.2019)

⁴⁷¹ MILITELLO, M., “Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)”, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, Int. 77, 2010, p. 11.

fondamentali del diritto comunitario”, viene visto come parametro di ragionevolezza dal legislatore europeo⁴⁷².

Il principio generale di uguaglianza nel contesto europeo origina dalla normativa antidiscriminatoria⁴⁷³. In ambito lavoristico, il principio di non discriminazione è stato introdotto nell’ordinamento europeo sin dal Trattato istitutivo CEE, mediante il suo art. 119 sulla parità retributiva tra uomini e donne⁴⁷⁴. Tale principio è stato poi sviluppato dalla giurisprudenza successiva sulle discriminazioni, in particolare basate sull’età, in applicazione della direttiva n. 2000/78. Infatti, è a partire dal caso Mangold che la Corte di Giustizia ne estende la portata, sino ad attribuire ad esso efficacia non più solo verticale ma anche orizzontale⁴⁷⁵. Già in Mangold emergono i limiti operativi di operatività del principio di uguaglianza e non discriminazione, principi successivamente confermati da giurisprudenza posteriore⁴⁷⁶: si pensi all’invocabilità di tali principi solo se la normativa nazionale in discussione rientri nella sfera di applicazione del diritto eurounitario⁴⁷⁷.

I principi fondamentali sono utilizzabili solo se espressi concretamente da una direttiva⁴⁷⁸, il principio è enunciato anche nell’art. 51, par. 1 della Carta di Nizza⁴⁷⁹, le disposizioni di questa sono infatti applicabili “*agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*”. Non è necessario che la normativa interna sia attuativa di un obbligo dell’UE, basta che via sia un collegamento di “una certa consistenza” (non mera affinità) tra le materie o dalla semplice influenza indiretta che una materia può esercitare su un’altra⁴⁸⁰. La suddetta conclusione è stata elaborata originariamente con riferimento al fattore di rischio “età”, vale certamente anche per gli ulteriori fattori elencati all’art. 21

⁴⁷² BARBERA, M., “Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia” in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, Int. 372. 2018, p. 4.

⁴⁷³ PICCONE, V., *op. cit.*, pp. 28 e 29.

⁴⁷⁴ ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 290.

⁴⁷⁵ C. di Giustizia sent. del 22 novembre 2005 Werner Mangold contro Rüdiger Helm.

⁴⁷⁶ C. di Giustizia (grande sezione) sent. del 19 gennaio 2010, Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG.

⁴⁷⁷ Cfr. C. di Giustizia sent. 22 novembre 2005 Werner Mangold contro Rüdiger Helm; C. di Giustizia sent. 23 settembre 2008 Birgit Bartsch contro Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH.

⁴⁷⁸ SANTAGATA DE CASTRO, R., *Le discriminazioni sul lavoro nel” diritto vivente” - nozione, giustificazione, prova*, ESI, Napoli, 2019, p. 31.

⁴⁷⁹ C. di Giustizia sent. del 5 febbraio 2015 Grima Janet Nisttahuz Poclava contro Jose María Ariza Toledano (Taberna del Marqués), punti 28-29.

⁴⁸⁰ C. di Giustizia sent. del 6 marzo 2014 Cruciano Siragusa contro Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo.

della Carta, ma non oltre⁴⁸¹. Vista la loro tassatività, i principi di uguaglianza e non discriminazione non possono essere applicati al di fuori dei binari europei⁴⁸². Diversamente, la tassatività dei motivi di discriminazione non comporta un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione soggettiva del principio antidiscriminatorio⁴⁸³.

4.5.2. Parità nel contesto europeo

Il principio di parità nel in ambito eurounitario, non trova espressione solo riguardo ai fattori di discriminazione di cui all'art. 21, ma anche con riferimento al trattamento dei lavoratori atipici rispetto a quelli standard⁴⁸⁴. Tra questi assumono rilevanza i lavoratori a termine per i quali la clausola 4 Direttiva n. 99/70 sancisce il principio di non discriminazione in riferimento alle “condizioni di impiego”, essi non possono essere trattati in maniera deteriore rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato a meno che non sussistano ragioni oggettive. Essere titolari di un rapporto a tempo determinato costituisce un potenziale motivo di discriminazione, indipendente dai fattori dell'art. 21, la cui introduzione ha assunto notevole rilievo giacché è difficile individuare una distribuzione dei rapporti a termine in relazione ad altri fattori di rischio idonei a ravvisare discriminazioni indirette⁴⁸⁵.

Il quarto paragrafo della clausola 4 prevede l'operatività del principio di parità anche in riferimento ai periodi di anzianità di servizio, per cui la nozione di “condizioni di impiego” è comprensiva dei periodi di servizio precedentemente prestati da un lavoratore stabilizzato a tempo indeterminato⁴⁸⁶.

La clausola 4 opera laddove il trattamento meno favorevole venga attuato rispetto a lavoratori a tempo indeterminato “comparabili”. Il paragrafo 2 della clausola 3 di cui alla Direttiva n. 99/70 definisce tali lavoratori come coloro che sono impiegati a tempo

⁴⁸¹ C. di Giustizia sent. del 17 aprile 2018 Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.

⁴⁸² C. di Giustizia sent. dell'11 luglio 2006 Sonia Chacón Navas contro Eures Colectividades SA.

⁴⁸³ ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 334.

⁴⁸⁴ Cfr. art. 5 Direttiva 2008/104/CE; clausola 4 Direttiva 99/70 CE; clausola 4 Direttiva 97/81/CE.

⁴⁸⁵ ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, pp. 260-261.

⁴⁸⁶ *Ex multis*. C. di Giustizia sent. dell'8 settembre 2011 Francisco Javier Rosado Santana contro Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.

indeterminato presso lo stesso stabilimento dei dipendenti a termine e che sono addetti a lavori od occupazioni identiche o simili, tenuto conto delle relative qualifiche e competenze. La Corte di Giustizia segnatamente ritiene che per comprendere se i lavoratori da comparare svolgano lavoro simile o identico, è necessario “*verificare se, tenuto conto di un insieme di fattori, quali la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego*” vi sia possibilità di addurre che costoro si trovino in situazioni comparabili⁴⁸⁷.

Verificato che il lavoratore a termine e quello a tempo indeterminato siano comparabili, va accertato se i trattamenti differenziati siano giustificabili alla luce di “ragioni oggettive”, nel senso di “*sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono la condizione di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s’inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l’obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria*”⁴⁸⁸. Tali elementi possono risultare dalla particolare natura delle mansioni per l’espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato⁴⁸⁹. L’ipotesi in cui il trattamento differenziato sia prevista da una norma interna generale ed astratta, non può giustificare la disparità di trattamento compiuta⁴⁹⁰. Osta alla clausola 4 di cui alla Direttiva n. 99/70, e quindi al principio di parità e non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato, una normativa che preveda un trattamento diverso tra questi ultimi e lavoratori a tempo indeterminato comparabili in relazione all’anzianità di servizio, giustificato dalla mera durata temporanea del rapporto di lavoro⁴⁹¹. Il giudizio di comparabilità dei lavoratori e

⁴⁸⁷ C. di Giustizia Sentenza del 18 ottobre 2012 Rosanna Valenza e altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, punto 42.

⁴⁸⁸ C. di Giustizia sent. del 22 dicembre 2010 Rosa María Gavieiro Gavieiro, Ana María Iglesias Torres contro Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, punto 55.

⁴⁸⁹ C. di Giustizia sent. dell’8 settembre 2011 Francisco Javier Rosado Santana contro Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.

⁴⁹⁰ C. di Giustizia sent. del 22 dicembre 2010 Rosa María Gavieiro Gavieiro, Ana María Iglesias Torres contro Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, punto 54.

⁴⁹¹ C. di Giustizia Sentenza del 18 ottobre 2012 Rosanna Valenza e altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, punto 71.

sulle ragioni obiettive sono di competenza del giudice del rinvio che tratta il caso concreto⁴⁹².

4.5.3. Il licenziamento discriminatorio

L'art. 30 della Carta di Nizza disciplina anche la "Tutela in caso di licenziamento ingiustificato", per la quale "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali". La norma dichiara che la tutela contro i licenziamenti ingiustificati sia da considerarsi un diritto fondamentale dell'ordinamento eurounitario, anche se non vi è una legislazione condivisa in sul tema da tutti gli Stati membri. Vi è infatti un perdurante non esercizio da parte dell'Unione della competenza legislativa in ambito di "protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro", ex art. 153, paragrafo 1, lett. d), TFUE⁴⁹³.

L'art. 30 tace sul regime a tutela del lavoratore applicabile nell'ipotesi di licenziamento ingiustificato, il legislatore europeo ha adottato una disciplina di compromesso che lascia ampio margine discrezionale a legislazioni e prassi dei singoli Stati, nessuna discrezionalità è lasciata in ordine al nucleo essenziale dell'interesse meritevole di tutela: è necessario che i lavoratori siano tutelati nei confronti di licenziamento ingiustificati⁴⁹⁴. Pertanto, l'art. 30 non è espressione di diritto ma di un principio, non definisce una giuridica soggettiva lasciando al legislatore dell'europeo e a quello interno il compito di dare attuazione al contenuto e agli scopi ivi enunciati⁴⁹⁵. Il menzionato articolo potrà operare, similmente a quanto avviene col principio di uguaglianza, quando si oggettivizzerà in un diritto derivato e vi sarà un nesso fra la disposizione nazionale e quella eurounitaria⁴⁹⁶.

⁴⁹² C. di Giustizia sent. dell'8 settembre 2011 Francisco Javier Rosado Santana contro Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.

⁴⁹³ ORLANDINI, G., "La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea" in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, fasc. 4, 2012, p. 619.

⁴⁹⁴ CALCATERRA, L., "Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto" in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, Int. 58, 2008, pp. 38 e 39.

⁴⁹⁵ COSIO, R., "La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e l'ordinamento complesso", in *Lavoro Diritti Europa*, fasc. 1, 2019, p. 9.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 10.

4.5.4. Il riferimento alla Carta Sociale

La Spiegazione relativa all'art. 30, stesso prevede che tale disposizione “*si ispira all'articolo 24 della Carta sociale riveduta*”. In questa maniera, il TUE estende la portata della Carta Sociale Europea all'interno dell'ordinamento eurounitario⁴⁹⁷. L'art. 24 della Carta Sociale a sua volta, si ispira alla Convenzione OIL n. 158/1982⁴⁹⁸ (non ratificata dall'Italia) la quale, all'art. 10 concepisce la reintegrazione come rimedio principale in caso di licenziamento illegittimo. È da rilevarsi comunque che la Convenzione possa essere attratta nel diritto UE, non vi è alcun legame tra essa e il sistema delle fonti eurounitarie.

Le pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali divengono un riferimento obbligato per l'interpretazione dell'art. 30 Carta di Nizza⁴⁹⁹. Nella Carta Sociale è riconosciuto “*il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione*”⁵⁰⁰. La disposizione considera la tutela reintegratoria come regola mentre quella indennitaria come eccezione: perché la prima è una tutela in forma specifica. Il Comitato, valuta sempre la congruità dei rimedi risarcitori nazionali sostitutivi della reintegra, questa non ammette eccezioni nei casi di licenziamento discriminatorio o illecito giacché lesivo di altri diritti del lavoratore⁵⁰¹.

Tra le decisioni del Comitato, in quella relativa al Complaint n. 106/2014, *Finnish Society of Social Rights* contro la Finlandia, pubblicata il 31.1.2017, il Comitato ha statuito che un’ “*adeguata riparazione*”, ai sensi dell'art. 24 CSE, è tale se include: a) il rimborso delle perdite economiche occorse tra la data del licenziamento e la decisione sul ricorso; b) la possibilità della reintegrazione; c) un risarcimento di livello abbastanza elevato da dissuadere il datore e rimediare al danno patito dal lavoratore⁵⁰². Il rimedio previsto contro il licenziamento illegittimo deve reintegrare il lavoratore licenziato in una posizione non deteriore rispetto a quella in cui si trovava prima del recesso⁵⁰³.

⁴⁹⁷ Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, Spiegazione relativa all'articolo 20 “Uguaglianza davanti alla legge”, online su <https://eur-lex.europa.eu/> (consultato il 30.11.2019)

⁴⁹⁸ C. Cost. sent. n. 194/2018.

⁴⁹⁹ ORLANDINI, G., *op. cit.*, p. 625.

⁵⁰⁰ Art. 24, comma 1, lett. b) della CSE.

⁵⁰¹ ORLANDINI, G., *op. cit.*, p. 636.

⁵⁰² Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*; reclamo n. 107/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*, punto 45.

⁵⁰³ TUFO, M., “La tutela contro i licenziamenti collettivi illegittimi di fronte alla Corte di Giustizia Europea: l'assalto al Jobs act continua” in *Lavoro Diritti Europa* fasc. 3, 2019, p. 9.

Su questa base l'*Employment Contracts Act* finlandese è stata ritenuta dal Comitato contrastante con l'art. 24 perché non idonea a reintegrare il lavoratore nella situazione *quo ante*⁵⁰⁴.

4.5.5. Tribunale della Funzione Pubblica

Anche spostando il punto di osservazione sulla giurisprudenza del Tribunale della Funzione Pubblica dell'UE si giunge a deduzioni non dissimili, il Tribunale, in un caso in cui si verteva in merito al licenziamento di una lavoratrice dipendente della Fondazione europea per la formazione, ha espresso che *“L'annullamento di un atto da parte del giudice comporta l'eliminazione retroattiva di tale atto dall'ordinamento giuridico [...]. Quando all'atto annullato è già stata data esecuzione, l'eliminazione dei suoi effetti impone di ristabilire la situazione giuridica nella quale la parte ricorrente si trovava precedentemente all'adozione dello stesso [...]”*⁵⁰⁵. La pronuncia si pone sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia che propende per la preferenza della tutela reintegratoria rispetto a quella indennitaria, talché nel caso di successione abusiva di contratti a termine nella P.A., la conversione in contratto a tempo indeterminato può essere esclusa purché vi sia la previsione di *“una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario”*⁵⁰⁶. Sulla stessa scia è orientata anche la normativa eurounitaria in materia di discriminazioni di genere, gli Stati membri devono adottare *“le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito”*, senza possibilità di fissare un massimale a priori⁵⁰⁷. Affinché qualsiasi eccezione alla “tutela indennitaria” possa ritenersi giustificabile, è

⁵⁰⁴ Comitato, Conclusions sull'art. 24 CSE del 2012 riguardanti la normativa finlandese sui licenziamenti.

⁵⁰⁵ Trib. Funz. Pubbl. sent. del 26 ottobre 2006 Pia Landgren, (ex agente temporaneo della Fondazione europea per la formazione) contro Fondazione europea per la formazione (ETF), punto 92.

⁵⁰⁶ C. di Giustizia sent. del 7 settembre 2006 del 7 settembre 2006 Andrea Vassallo contro Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, punto 38.

⁵⁰⁷ Articolo 18 della direttiva n. 2006/54.

necessario che sia equiparabile alla reintegrazione sotto il profilo dell'adeguatezza/proporzionalità, effettività e dissuasività⁵⁰⁸.

4.5.6. *L'impatto dell'art. 30 della Carta di Nizza*

l'art. 30 della Carta di Nizza rappresenta oggi un importante punto d'arrivo sia per il legislatore europeo che per la Corte di Giustizia. La sua rilevanza è però condizionata dall'ambito di applicazione del diritto dell'UE giacché l'art. 51 della stessa Carta prevede che le disposizioni della Carta debbano essere applicate alle istituzioni, agli organi ed agli organismi dell'Unione nel rispetto della sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente in attuazione del diritto dell'Unione⁵⁰⁹.

Il legislatore europeo non può non tener conto di quanto è sancito nell'art. 30 ogni qualvolta interviene sulla materia, allo stesso modo la Corte di Giustizia deve garantirne il rispetto nelle operazioni ermeneutiche che riguardano il diritto dell'UE, come anche relativamente alla sua corretta applicazione. La Carta esclude comunque che la norma possa dispiegare effetti diretti negli ordinamenti nazionali, se non vi sono direttive che ne esplicitino il contenuto in disposizioni vincolanti per gli Stati. Sostanzialmente le Corti nazionali non sono autorizzate a considerare un licenziamento illegittimo per la mera violazione di tale norma, quest'ultima non limita il potere degli Stati di regolare liberamente la materia, potendosi in ipotesi anche liberalizzare del tutto il licenziamento. La giurisprudenza interna di molti paesi (fra cui Spagna, Francia e Irlanda) vede un ampio uso dell'art. 30 della Carta come strumento di interpretazione del diritto interno, al fine di rafforzare le tutele da questo previste o di colmarne le lacune.

In Italia anche vi sono sentenze che richiamano la Carta di Nizza per dare fondamento ad alcune decisioni favorevoli al lavoratore che ha subito un licenziamento. La sentenza della Cassazione n. 21967/2010⁵¹⁰ contiene un richiamo all'art. 30, vi si afferma che la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. non può precludere al giudice la possibilità di valutare se in concreto se questa prevalga o meno sulla tutela del posto di lavoro. Nella dottrina italiana è frequente una lettura riduttiva dell'art. 30 della Carta,

⁵⁰⁸ TUFO, M., *op. cit.*, p. 7.

⁵⁰⁹ COSTANZO P., "La tutela dei diritti fondamentali" in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, coord. da COSTANZO, P., MEZZETTI, L., RUGGERI, A., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 402-403.

⁵¹⁰ Cass. sent. n. 21967 del 2010.

questa infatti ritiene che sia un mero argine al licenziamento arbitrario tipico diritto statunitense⁵¹¹.

L'art. 30 sembra destinato ad acquisire un rilievo giuridico significativo negli ordinamenti nazionali, oltre i vincoli posti dalla stessa Carta, e per questo motivo è opportuno interrogarsi sul suo contenuto. La norma è aperta nella sua formulazione, e si limita a statuire il principio per cui ogni licenziamento deve essere giustificato, senza fornire nessuna indicazione circa le ragioni legittimamente adducibili e tanto meno circa le sanzioni applicabili in caso di violazione. Sebbene la Carta taccia in ordine al contenuto essenziale del diritto di cui all'art. 30, non può tuttavia dedursi che non vi sia alcun criterio per definirne il nucleo, a norma della stessa Carta infatti tale diritto può essere limitato esclusivamente per ragioni d'interesse generale a tutela di ulteriori diritti e libertà fondamentali, così è disposto dall'art. 52 comma 1⁵¹².

4.5.7. Il nucleo duro del diritto

Il contenuto minimo del diritto alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato è definito in concorso con le fonti sovranazionali. Principi in materia di licenziamento sono dettati in particolare dall'art. 24 della Carta Sociale Europea e dalla Convenzione OIL n. 158/1982. Per quanto riguarda la Convenzione OIL, deve accennarsi al fatto che soltanto nove Stati hanno provveduto alla ratifica, e fra questi non è presente l'Italia.

La non ratifica da parte di uno Stato non osta a che la Corte di Giustizia decida di utilizzare tali fonti sovranazionali per dedurre principi rilevanti nell'ordinamento eurounitario. Nell'ordinamento dell'Unione europea la Carta Sociale ha comunque un rilievo significativo, ad essa le Spiegazioni del *presidium*, che vanno tenute in conto nell'interpretare la Carta a norma dell'art. 6.3 TUE, fanno riferimento per identificare il contenuto dei diritti sociali riconosciuti dalla Carta di Nizza. Fra gli altri è presente il diritto a non essere licenziati senza giustificazione, questo rilievo costituisce un ulteriore motivo per porre ancora una volta l'accento su questa Carta attualmente trascurata. Altri elementi di tutela sono contenuti nella Convenzione OIL 158, in particolare in relazione

⁵¹¹ CALCATERRA, L., *op. cit.*, pp. 28-30.

⁵¹² ORLANDINI, G., *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in atti del Convegno Nazionale organizzato dal Centro studi D. Napoletano, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012.

all'onere della prova e alla tutela adeguata alla disoccupazione che consegue al licenziamento, che dovrebbe essere garantita indipendentemente dall'illegittimità di quest'ultimo⁵¹³.

I principi in materia di lavoro contenuti nella Carta e nell'OIL per la maggior parte sono già presenti all'interno delle legislazioni degli Stati, essi non sono irrilevanti considerati anche i processi di riforma che riguardano molti Stati europei. Le fonti sovranazionali sovente sono interpretate dagli organismi che devono monitorarne il rispetto da parte degli Stati aderenti. In particolare, il riferimento è alla giurisprudenza del Comitato europeo dei diritti sociali, cui è rimessa l'interpretazione della Carta Sociale, da siffatta giurisprudenza infatti emerge una lettura dell'art. 24 ispirata ai principi consolidati utilizzati dalla Corte di Giustizia in materia di diritti e libertà fondamentali. Questi principi a loro volta riflettono quelli adottati dalla Corte di Strasburgo, ciò avviene a riprova dell'esistenza di un dialogo ed un'interazione tra gli organismi e le Corti internazionali. Tale rapporto dialogico è presente nelle sentenze *Eneryi Yapi - Yol Sen* contro Turchia (68959/01) del 21 aprile 2009⁵¹⁴ e *Demir – Baykara* contro Turchia (34503/97) del 12 novembre 2008⁵¹⁵, in cui la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto i diritti di sciopero e alla contrattazione collettiva come esplicitazione della libertà di associazione di cui all'art. 11 della CEDU⁵¹⁶.

Il rispetto del principio di proporzionalità, in virtù del quale la limitazione di un diritto è giustificata solo se necessaria a tutelarne un altro di pari valore e solo in assenza di altre vie per perseguire tale finalità, deve essere garantito anche in relazione al licenziamento ed impone un rigoroso bilanciamento tra gli interessi della produzione e gli interessi dei lavoratori. L'equilibrio assiologico è fondato sul criterio dell'*extrema ratio* del recesso, che si traduce nell'obbligo di *repechage*. Il principio dell'*extrema ratio* è intimamente connesso con il contenuto essenziale del diritto sancito dall'art. 30 della Carta, ed in ciò si coglie una conferma di del necessario bilanciamento tra la libertà di impresa e la tutela del lavoro, come ad esempio avviene tra gli articoli 41 e 4 della Costituzione italiana⁵¹⁷.

⁵¹³ TOZZOLI, S., "Il licenziamento nelle fonti internazionali e comunitarie" in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2002, pp.171-177.

⁵¹⁴ CEDU sent. n. 68959/01 del 21.04.2009 *Eneryi Yapi - Yol Sen* contro Turchia.

⁵¹⁵ CEDU sent. n. 34503/97 del 12.11.2008 *Demir – Baykara* contro Turchia.

⁵¹⁶ BRONZINI, G., "Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?" in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 2., 2009, pp. 975-977.

⁵¹⁷ NOGLER, L., *op. cit.*, p.613.

Per il principio di effettività, le sanzioni per la violazione di un diritto devono avere i caratteri di adeguatezza, effettività e dissuasività e devono essere tali da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle sanzioni applicabili in caso di illegittima reiterazione di contratto a termine, che fra le altre ha riguardato la disciplina italiana del lavoro pubblico con sentenze del 7 settembre 2006, (Marrosu e Sardino, C-53/04 e Vassallo, C-180/04) ha ritenuto che la sanzione indennitaria sostitutiva della conversione del rapporto è da considerarsi compatibile con il diritto dell'europa solo se di equivalente efficacia deterrente⁵¹⁸.

Il criterio, quando applicato al regime sanzionatorio del licenziamento, fa sì che sia reso più esplicito il fatto che la configurazione del rapporto tra reintegra e indennizzo sia quello fra regola ed eccezione. Il rimedio in caso di licenziamento illegittimo deve essere ordinariamente quello della reintegra, lo afferma espressamente persino il Comitato OIL per cui la formulazione dell'articolo 10 della convenzione 158 preferisce dichiarare il licenziamento invalido e ripristinare il rapporto nel caso di risoluzione ingiustificata del rapporto di lavoro; il rimedio è tuttavia flessibile in quanto offre altre possibili soluzioni, in base ai poteri dell'organismo giudicante e della praticabilità in concreto della decisione di annullare la risoluzione e ripristinare il lavoratore. Il testo specifica inoltre che nei casi in cui viene corrisposto un indennizzo questo dovrebbe essere “adequate”⁵¹⁹. Il Comitato europeo dei diritti sociali stabilisce che l'indennizzo deve essere di livello sufficientemente elevato in modo da dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno subito dal dipendente⁵²⁰.

I canoni internazionali possono assumere un certo rilievo sia nell'interpretazione del diritto vigente, sia nell'indirizzare i legislatori interni. Per quanto riguarda la funzione di indirizzo, va rilevato che le fonti internazionali impongono che al lavoratore sia sempre garantito il diritto di impugnare le ragioni addotte a fondamento del licenziamento (anche quelle carattere economiche) davanti ad un'autorità terza ed imparziale. Il principio

⁵¹⁸ C. di Giustizia del 7 settembre 2006, Cristiano Marrosu e Gianluca Sardino Contro Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate; C. di Giustizia sent. del 7 settembre 2006 del 7 settembre 2006 Andrea Vassallo contro Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate.

⁵¹⁹ General Survey on protection against dismissal, 1995, par. 219 interpretando l'art.10 della Convenzione 158

⁵²⁰ Consiglio d'Europa, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, 1 September 2008, p. 154.

contrasta con quelle proposte di riforma che propendono per l'insindacabilità delle scelte gestionali ed organizzative dell'impresa, a fronte di un mero diritto a un indennizzo economico per il lavoratore⁵²¹.

4.6. Il licenziamento nell'evoluzione economica europea

4.6.1. Il quadro europeo del licenziamento

L'attuale fase di evoluzione del processo di integrazione europea è caratterizzata da dinamiche totalmente nuove che non si basano esclusivamente sulle norme giuridicamente vincolanti sin qui richiamate. Segnatamente, quanto emerge nell'ambito della *governance* economica europea è rilevante ai fini della comprensione del ruolo che l'ordinamento eurounitario sta svolgendo nel guidare i processi di riforma dei mercati del lavoro nazionali e della normativa in tema di licenziamento. Nel contesto sociale generato dalla crisi economico-finanziaria, le fonti di produzione normativa dell'Unione hanno perso di rilievo e sono piuttosto le fonti di *soft law*, prodotte attraverso il coordinamento multilivello tra istituzioni europee e Stati membri, ad avere avuto un forte impatto sugli ordinamenti interni. Questo avviene in maniera del tutto scollegata dal riparto di competenze tra Stato e UE per come disegnato dai Trattati. Proprio perché non adopera generalmente per tramite di fonti giuridicamente vincolanti, l'Unione può intervenire su materie che sono di competenza degli Stati o su quelle in cui mancano direttive di armonizzazione: come appunto la materia del licenziamento individuale, ricondotta nell'ambito delle politiche occupazionali europee. Gli atti adottati dalle istituzioni europee al di fuori delle competenze loro assegnate dal Trattato non possono essere sindacati Corte di Giustizia, neanche sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali presenti nella Carta di Nizza⁵²².

La c.d. Strategia europea per l'occupazione, nata a Lisbona nel 2000 è stata riformata nel 2005 in una logica di maggior integrazione degli orientamenti in materia di occupazione con le linee guida sulle politiche economiche⁵²³. Successivamente la crisi, aggravatasi nel

⁵²¹ ORLANDINI, G., *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in atti del Convegno Nazionale organizzato dal Centro studi D. Napoletano, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012.

⁵²² ALGOSTINO, A., "La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico" in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2016 pp. 281-285

⁵²³ La riforma della Strategia europea per l'occupazione del 2005 è accessibile liberamente online <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52005DC0024> (consultato il 10.01.2020).

2011, ha fatto sì che le istituzioni europee si siano dotate di strumenti nuovi e più efficaci affinché indirizzare le politiche economiche degli Stati, da cui sono strettamente dipendenti le politiche sull'occupazione.

Il 12 gennaio 2011 la Commissione con il primo semestre europeo ha dato inizio ad un nuovo ciclo di *governance* economica. Il Consiglio del 25 marzo ha effettuato un passaggio decisivo approvando le priorità per il risanare le finanze e fare le riforme strutturali, partendo dal mercato del lavoro. Gli Stati membri sono chiamati a prendere misure concrete nei programmi di stabilità sulle politiche economiche e nei programmi nazionali di riforma relativi alle politiche di occupazione da sottoporre al vaglio periodico degli organi eurounitari⁵²⁴.

Nel Consiglio del 25 marzo, i paesi dell'area euro, a cui si aggiunge la Danimarca più altri 5 Stati dell'Europa orientale, hanno siglato il Patto Euro Plus. L'accordo impegna gli Stati ad uno stringente meccanismo di monitoraggio periodico sul reale compimento delle riforme. Il coordinamento delle politiche economiche degli Stati che hanno firmato è finalizzato all'implementazione della competitività ed all'aumento della convergenza tra le varie nazioni. Ai fini della competitività gli Stati devono garantire che l'evoluzione delle retribuzioni sia proporzionale a quella della produttività, ciò impone che vengano riesaminati gli accordi negoziali ed il grado di accentramento del processo negoziale ed i meccanismi di indicizzazione. Per tendere all'obiettivo di piena occupazione gli Stati devono realizzare tutte quelle riforme del mercato del lavoro affinché promuovere la *flexsecurity*, ridurre il lavoro sommerso ed implementare la partecipazione al mercato del lavoro⁵²⁵. Il riferimento alla *flexicurity* in relazione alla disciplina dei licenziamenti è stato chiarito dalla Commissione sin dal Libro Verde del 2006: la riduzione delle tutele in uscita deve essere bilanciata da forti politiche attive del lavoro e da misure di sostegno del reddito che riescano a promuovere e favorire una crescente mobilità dei lavoratori⁵²⁶. Vi è chi ha addirittura proposto, in una prospettiva di riforma dell'ordinamento italiano,

⁵²⁴ TUFANO, M. L., "Il ruolo della commissione nella governance europea: quali prospettive?" in *Diritto dell'Unione europea*, fasc.1, 2012, p. 140.

⁵²⁵ Commissione CE, Libro Verde "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo" in Libro Verde del 22.11.2006.

⁵²⁶ ORLANDINI, G., *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in atti del Convegno Nazionale organizzato dal Centro studi D. Napoletano, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012.

che vi sia una conciliazione fra principi di “flessicurezza” ed il regime di tutela che era garantito dall’art. 18 della legge 300 del 1970, facendo leva anche su altri principi dell’ordinamento dell’UE, innanzitutto ponendo l’accento sul principio di non regresso⁵²⁷.

Con l’adozione c.d. *six-pack* nell’autunno 2011 e la firma nel successivo marzo del c.d. *Fiscal Compact*, questo Trattato ha natura di accordo intergovernativo dal momento che non è stato firmato dalla Gran Bretagna e dalla Repubblica Ceca, la *governance* economica europea ha compiuto un ulteriore balzo avanti. In questo modo Commissione, in particolare il Dipartimento Affari Economici e Finanziari, ed il Consiglio acquistano il potere di intervenire e sanzionare quegli Stati che non attueranno nei termini stabiliti le riforme necessarie ai fini della riduzione degli squilibri macroeconomici e di bilancio, nel rispetto degli stringenti vincoli ai quali gli stessi Stati soggiacciono⁵²⁸.

Il ruolo assunto dalla Banca centrale europea e dal Fondo Monetario Internazionale, come interlocutori della Commissione la c.d. Troika nel guidare i processi di riforma dei paesi a rischio default ha messo in luce una certa carenza di democrazia all’interno dell’Unione europea. L’intervento della Troika è stato ispiratore delle riforme del sistema di *governance* europeo, nei Memorandum indirizzati dalla Troika a Irlanda, Portogallo e Grecia, le riforme del mercato del lavoro hanno costituito la condizione erogare i finanziamenti indispensabili affinché evitare il *default*. Gli impegni assunti dagli Stati membri nel corso dell’ultimo anno della *governance* economica hanno fatto sì che gli originari strumenti di soft law, propri della Strategia europea per l’occupazione, sono mutati in atti che contengono indirizzi da rispettare seguendo un rigido calendario fissato a livello europeo. Il nuovo quadro istituzionale ha fortemente impattato sui mercati del lavoro interni, l’impatto più rilevante lo hanno avuto senz’altro Italia e Grecia⁵²⁹.

I paesi del sud Europa infatti sono stati chiamati a compiere radicali politiche volte al risanamento finanziario a garanzia della propria stabilità. In questo contesto hanno preso forma le pressanti richieste allo Stato italiano di modificare la propria legislazione lavoristica in tema di licenziamento, l’invito a rivedere la normativa in tema di

⁵²⁷ ZOPPOLI, L., “La flexicurity dell’Unione europea: appunti per una riforma del mercato del lavoro in Italia” in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, Int. 141, 2012 p. 27.

⁵²⁸ SANTORO, E., SANTORO, P., *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018 pp. 140-147

⁵²⁹ BARNARD, C., “The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer’s Perspective” in *Industrial Law Journal*, fasc.1, 2012, pp. 98-103.

licenziamenti individuali è stata infatti inserita nelle Raccomandazioni sul programma nazionale di riforma del 2011. Più precisamente, ci si riferisce alla Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011 sul programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e che formula un parere sul programma aggiornato dell'Italia 2011-2014⁵³⁰.

4.6.2. Quale rigidità nella disciplina del licenziamento?

Il presupposto su cui si basava la necessità di riformare la disciplina italiana sui licenziamenti è stata la sua presunta eccessiva rigidità. I lavoratori subordinati con contratto tempo indeterminato sarebbero stati tutelati da una normativa ampiamente limitante i poteri del datore di lavoro, col risultato di ridurre la competitività delle imprese. La granitica convinzione che quello italiano fosse un regime iperprotettivo è stata però smentita da alcuni dati dell'OCSE⁵³¹. I relativi indici segnalavano la c.d. rigidità in uscita e collocavano l'Italia (indice dell'1,69) al di sotto della media europea: appena sopra alla Danimarca (1,53), comunemente ritenuta paradigma di flessibilità e ben al di sotto non solo della Germania (2,85), ma anche di molti paesi dell'est come l'Ungheria e la Polonia (rispettivamente 1,82 e 2,01)⁵³². L'analisi comparata conferma che l'Italia (*ante* c.d. Jobs Act) non costituiva un caso atipico nel quadro europeo per la rigidità della sua disciplina del licenziamento.

In diversi paesi, quali Francia⁵³³, Germania⁵³⁴ e Svezia⁵³⁵, nell'ipotesi di licenziamento individuale il datore deve attivare una procedura che veda la partecipazione attiva delle rappresentanze sindacali, in violazione della procedura consegue la nullità del licenziamento e la conseguente reintegra del lavoratore. In Olanda, considerato uno Stato dotato di una disciplina flessibile del recesso, i limiti di sindacabilità del licenziamento in sede giudiziaria sono compensati da una procedura preventiva che condiziona la

⁵³⁰ Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011 sul programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità aggiornato dell'Italia, 2011-2014, online su <https://eur-lex.europa.eu> (consultato il 12.02.2020).

⁵³¹ DEL CONTE, M., DEVILLANOVA, C., MORELLI, S., "L'indice OECD di rigidità nel mercato del lavoro: una nota" in *Politica economica*, 2004, pp.335-340.

⁵³² I dati sono apertamente fruibili su: http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TEMP_D (consultato il 10.12.2019).

⁵³³ TOFFOLETTO, F., *I licenziamenti individuali nei principali paesi dell'Unione Europea*, Legalcommunity, Milano, 2013, pp. 27.

⁵³⁴ *Ibidem*, pp. 33-36.

⁵³⁵ *Ibidem*, pp. 78-79.

legittimità dello stesso ad un provvedimento autorizzativo finalizzato a sindacare se il recesso sia stato ragionevole o meno⁵³⁶. In tutti gli ordinamenti è ammesso il licenziamento economico ma è sottoposto al controllo giudiziale, anche con diversi gradi di intensità e sulla base di criteri disomogenei. La giurisprudenza italiana ha progressivamente liberalizzato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la disciplina italiana non appariva dunque limitante delle prerogative del datore di lavoro, anche in ragione delle normative degli altri Stati europei.

Il principio di *extrema ratio* nell'ordinamento tedesco è seguito dai giudici in maniera particolarmente rigorosa, la reintegrazione nel posto di lavoro potrebbe derivare dalla prova che il datore al momento del licenziamento abbia infondatamente addotto ragioni di riorganizzazione produttiva⁵³⁷. In Portogallo il giudizio dei magistrati si fonda su un'analisi certosina dei costi connessi con la prevista riorganizzazione aziendale e dei benefici economici che l'azienda potrebbe trarre dal licenziamento⁵³⁸. In Germania, Olanda, Svezia e Francia, la legge pone rigidi e vincolanti criteri di selezione dei lavoratori licenziati per motivi economici, in ragione di equità sociale, anche al di fuori delle procedure per i licenziamenti collettivi⁵³⁹.

In alcuni paesi come Germania, Francia e Svezia incombe sul datore di lavoro l'onere di predisporre un piano finalizzato al reimpiego del lavoratore licenziato e sono previste forme di compensazione economica nelle ipotesi del licenziamento legittimo⁵⁴⁰. In Italia il lavoratore ha il diritto di percepire il Trattamento di fine rapporto in qualsiasi ipotesi di risoluzione del rapporto, ciò non è però equiparabile agli indennizzi presenti negli altri ordinamenti: innanzitutto non è collegato al licenziamento ed è originato dalle trattenute sulla retribuzione dello stesso lavoratore, si tratta infatti di una forma indiretta di retribuzione⁵⁴¹.

⁵³⁶ *Ibidem*, pp. 50-54.

⁵³⁷ SANTAGATA, R., "La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale" in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, Int. 96, 2012, pp. 32 e 33.

⁵³⁸ MARTELLONI, F., "I licenziamenti in Portogallo" in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, coord. da PEDRAZZOLI, M., FrancoAngeli, Milano, 2014, pp. 170-173.

⁵³⁹ ORLANDINI, G., *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in atti del Convegno Nazionale organizzato dal Centro studi D. Napoletano, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012.

⁵⁴⁰ BUFFA, F., *I licenziamenti nel jobs act e nelle norme internazionali*, Key, Napoli, 2015, p. 52.

⁵⁴¹ SANTORO-PASSARELLI, G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 280-284.

Riguardo i dubbi sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ante d.lgs. 51 del 2015, deve considerarsi che la reintegra è un rimedio ampiamente diffuso negli ordinamenti europei, e non era assolutamente una prerogativa del sistema italiano. Sono pressoché inesistenti gli Stati in cui il cui sistema sanzionatorio è fondato esclusivamente sulla tutela risarcitoria. Sono diffusi gli Stati in cui la legge prevede delle tutele speciali durante lo svolgimento del giudizio del lavoratore avverso l'illegittimo licenziamento, ciò avviene a tutela della continuità dell'occupazione: in alcune legislazioni europee il licenziamento non produce effetti finché il giudice non ne ha accertato la legittimità, fra gli altri in Olanda⁵⁴² e Svezia⁵⁴³.

Il quadro complessivo muta se dal piano strettamente formale si passa a quello della sua applicazione pratica, anche i Paesi che prevedono la reintegrazione vedono a tutela del lavoratore la possibilità di ricevere un compenso economico se il giudice valuta impossibile la prosecuzione del rapporto. Ciò accade in Germania, dove la controversia spesso si conclude con un accordo tra datore e lavoratore sull'indennità compensativa della mancata riassunzione⁵⁴⁴.

Il sistema tedesco è stato usato come parametro di raffronto nel dibattito che ha accompagnato il processo evolutivo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori italiano. In Germania la reintegra è disposta dal giudice in caso di licenziamento illegittimo, il datore può però chiedere la risoluzione del rapporto e il giudice dichiara risolto il rapporto e condanna il datore a corrispondere un indennizzo se “*sussistono ragioni che non lascino presumere una futura collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore che sia utile al perseguimento degli scopi aziendali*”⁵⁴⁵. Sovente la controversia giunge a risolversi ancora prima della sentenza, infatti sopraggiunge spesso un accordo tra le parti che garantisce al lavoratore un indennizzo più elevato⁵⁴⁶. Ciò avviene nei casi in cui il giudice ha ordinato la continuazione del rapporto durante il giudizio di primo grado, perché ciò

⁵⁴² TOFFOLETTO, F., *op. cit.*, pp. 48.

⁵⁴³ SIGEMAN, T., “Employment Protection in Scandinavian Law” in *Stability and change in Nordic labour law*, coord. Da WAHLGREN, P., Stockholm Inst for Scandinavian law, 2002, pp. 267-268.

⁵⁴⁴ ZUCARO, R., “I licenziamenti cogestiti nel modello tedesco” in *I licenziamenti in Italia e Germania-Prime riflessioni post-riforma Fornero*, coord. da ZUCARO, R., 2013 ADAPT University Press, Modena, 2013, pp. 4-6.

⁵⁴⁵ La traduzione della legge tedesca è di BORZAGA, M., e BOLEGO, G., in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2005, fasc. 2, pp.93-100.

⁵⁴⁶ ALES, E., “Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?” in *Rassegna sindacale*, fasc.11, 2012, pp. 3-6.

rende più arduo provare l'impossibilità della futura collaborazione tra le parti e conseguentemente improbabile la sostituzione della reintegra con l'indennizzo⁵⁴⁷.

4.6.3. *Il numero minimo*

La reale peculiarità dell'ordinamento italiano anche per quanto concerne il diritto alla reintegra era altro rispetto le altre realtà europee. Era anomalo nel panorama eurounitario il fatto che dal generale regime di tutela fossero esclusi i lavoratori impiegati in unità produttive con meno di 16 dipendenti e in imprese come meno di 61. Negli Stati diversi dall'Italia, dove è prevista la soglia dimensionale, questa è riferita ad un numero minore di lavoratori: 10 in Francia e Germania, 5 in Austria, ed ha un impatto del tutto differente a quello che produce nel mercato del lavoro italiano. In Francia ad esempio il limite dimensionale è riferito all'impresa e non allo stabilimento. In Germania la tutela indennitaria riguarda una minoranza di lavoratori, visto che la maggior parte è impiegata nelle grandi imprese, e la giurisprudenza costituzionale tedesca ha provveduto ad estendere le tutele anche al di sotto della soglia di legge, applicando il generale principio di buona fede. Il regime applicabile alle piccole imprese in Italia può allora essere considerata la vera anomalia nel panorama europeo, un'anomalia tanto più grave considerando che buona parte dei lavoratori italiani resta così priva di una tutela effettiva contro il licenziamento, visto il basso livello di indennizzo ad essi garantito dalla legge, ben inferiore alla media europea⁵⁴⁸.

È senza dubbio un'ulteriore anomalia nel quadro europeo l'art. 8 della l. n. 148/2011: in nessuno Stato dell'Unione è prevista una delega in bianco al contratto collettivo aziendale per derogare agli *standard* minimi fissati dalla legge.

4.6.4. *I processi di riforma*

La crisi economica ha velocizzato i processi di riformatori della disciplina dei licenziamenti. Il caso principe è rappresentato da quello spagnolo, la riforma del 2010 (Ley n. 35/2010) ed il successivo *Real Decreto-ley* n. 3/2012, hanno nettamente ridotto

⁵⁴⁷ WEISS, M., SCHMIDT, M., "Germany", in *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations* coord. da BLANPAIN, R., Kluwer Law International, 2009, pp. 131-142.

⁵⁴⁸ MARTELLONI, F., "Articolo 18: luoghi comuni italiani, e cosa si fa in Europa" in <https://www.rassegna.it/articoli/articolo-18-luoghi-comuni-italiani-e-cosa-si-fa-in-europa> (consultato il 04.02.2019).

la misura dell'indennizzo nell'ipotesi di licenziamento ingiustificato, si sono facilitati i licenziamenti per motivi economici. Il motivo oggettivo di legittimo licenziamento è stato ricondotto ad una situazione economica dell'azienda, ad esempio l'esistenza di perdite, attuali o anche meramente previste in relazioni a probabili eventi futuri. Il nuovo Codice del lavoro ungherese, entrato in vigore il primo luglio 2012, prevede che la tutela reale verrà sostituita da una limitata misura risarcitoria che ammonta a non più di 12 mensilità. Solo Austria e Polonia hanno modificato la propria legislazione introducendo delle misure volte a rafforzare la tutela dei lavoratori, va rilevato come i due paesi siano tra quelli meno danneggiati dalla crisi economica⁵⁴⁹.

Negli altri Stati eurounitari, la normativa in materia non ha subito modifiche particolarmente rilevanti, quelle che vi sono state hanno operato nel senso di abbattere il costo dei licenziamenti o di semplificarne le procedure. Prendendo a riferimento il caso greco, la riforma del 2010 ha ridotto l'importo del risarcimento per licenziamento illegittimo⁵⁵⁰.

Dalla visione comparativa, è chiaro come non vi è alcun legame tra le riforme della normativa del licenziamento da parte delle istituzioni eurounitarie ed il reale grado di rigidità dei relativi ordinamenti. Gli Stati che garantiscono tutele maggiori rispetto ai paesi dell'area mediterranea, non sono stati obbligati a revisionare la propria disciplina interna. Sorprende la ripetuta affermazione espressa nei documenti della Commissione riguardo il fatto che le nazioni che si affacciano sul Mediterraneo sono caratterizzate da una rigorosa legislazione sulla protezione del lavoro per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato⁵⁵¹. Questa espressione costituirebbe l'alibi che giustifica le istanze sovranazionali di riformare le norme in tema di licenziamenti, la valutazione ad oggi rimane senza fondamento giacché smentito dagli indici e parametri definiti dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico.

⁵⁴⁹ VIELLE, P., "La légitimité des mesures de droit social en temps de crise", in ASTRESS, *Quel droit social en Europe après la crise? Rapport final*, 2012, p.26.

⁵⁵⁰ ORLANDINI, G., *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in atti del Convegno Nazionale organizzato dal Centro studi D. Napoletano, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012.

⁵⁵¹ European Commission, Commission Staff Working Document, Open, dynamic and inclusive labour market, SWD (2012) 97, del 18 aprile 2012, p.4.

Ciò che giustifica le riforme non è tanto l'alto livello di protezione in assoluto garantito al lavoratore, quanto la presenza nel mercato del lavoro di alte percentuali di lavoratori a tempo determinato con meno garanzie rispetto a quelli assunti a tempo indeterminato. La revisione normativa indicata dalla Commissione europea è volta a limitare o ridurre le discrasie fra l'*exit* dei lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato. I datori di lavoro privilegiano nettamente le forme atipiche di rapporto contrattuale in virtù dei costi di licenziamento molto più elevati nel caso di contratti tempo indeterminato. Le riforme devono essere misurate e parametrize dalla legislazione in materia di tutela del lavoro affinché ridurre la segmentazione e di frenare l'eccessivo ricorso a figure contrattuali atipiche e l'abuso del falso lavoro autonomo⁵⁵².

4.6.5. *Il contratto unico*

L'Unione europea non solo sollecita le modifiche della legislazione sui licenziamenti, ma suggerisce di attuarla tramite una revisione più ampia del mercato del lavoro che si basi sul "contratto unico". Ne è fatto esplicito riferimento nell'Agenda per l'occupazione del 23 novembre 2010, in cui vengono identificate le priorità essenziali per rafforzare la *flexsecurity* negli Stati membri all'interno della Strategia Europa 2020⁵⁵³. Si reputa necessario ridurre l'attuale divario tra i lavoratori con contratti a tempo determinato e quelli con contratti a tempo indeterminato, ed in tal senso l'organo di governo dell'Unione propone che sia esteso l'uso di accordi contrattuali a tempo indeterminato che prevedano un periodo di prova sufficientemente lungo e un aumento graduale dei diritti di protezione sociale, accesso a formazione, apprendimento permanente e servizi di orientamento professionale per tutti i lavoratori. L'obiettivo sarebbe quello di ridurre l'attuale divario tra i lavoratori con contratti a tempo determinato e quelli con contratti a tempo indeterminato⁵⁵⁴.

L'idea del contratto unico è specificata nel documento di accompagnamento alla Comunicazione del 18 aprile 2012, a livello ideale, un unico contratto a tempo indeterminato fornirebbe flessibilità ai datori di lavoro, prevenendo al contempo la

⁵⁵² Commissione nella Comunicazione del 18 aprile 2012, COM (2012)173, par.2.1.1.

⁵⁵³ ORLANDINI, G., *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in atti del Convegno Nazionale organizzato dal Centro studi D. Napoletano, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012.

⁵⁵⁴ Commissione europea, COM, 2010, 682, par. 1.1.

segmentazione. I lavoratori sarebbero protetti da tale contratto contro il licenziamento libero, mediante forme di protezione legale o monetaria. Inoltre, queste forme di protezione si accumulerebbero continuamente con il mantenimento del posto di lavoro fino al massimo e non vi sarebbero limiti di tempo ex ante specificati nel contratto⁵⁵⁵.

L'idea del contratto unico nasce in Francia, si tratta di proposte di riforma condizionate dal contesto giuridico nel quale sono situate. In Francia infatti l'assunzione a termine implica per il datore un costo maggiore che in Italia, e di contro ha peso inferiore la tutela reale nell'ipotesi di licenziamento illegittimo. Con il contratto unico basato sul modello francese, si propone di aumentare l'indennizzo in caso di mancata trasformazione del contratto a termine in rapporto stabile, rendendo al contempo più agevole il licenziamento. In questo modo parte datoriale non avrebbe più interesse a non stabilizzare il lavoratore e a quest'ultimo sarebbe garantita una maggior reddituale in caso di perdita del lavoro, proporzionale all'anzianità di servizio⁵⁵⁶.

Il modello del contratto unico è stato oggetto di dibattito anche in Italia, vi è stata persino una proposta di legge in tal senso: il Disegno di legge n. 1873 dell'11 novembre 2009 "Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del Codice civile". L'idea di base prevede che vi siano meno vincoli al licenziamento, congiunti a strumenti incentivanti a stabilizzare il lavoratore, che portino ad andare oltre la parcellizzazione del mercato del lavoro così da ridurre il precariato.

Al modello di contratto unico si è ispirato il Governo francese nell'anno 2006 avendo proposto il *Contrat première embauches* (CPE), che prevedeva un periodo di rodaggio nel quale il lavoratore di età inferiore a 26 anni restava privo della tutela contro il licenziamento ingiustificato, la proposta è sfociata in un nulla di fatto dinnanzi le opposizioni delle parti sociali.

Nel 2005 nella versione meno radicale del *Contrat nouvelles embauches* (CNE), le imprese con meno di 20 dipendenti avevano la facoltà di licenziare a fronte di un indennizzo i lavoratori assunti nei primi 2 anni di occupazione, senza alcun controllo da parte del potere giudiziario. Il punto è stato oggetto di censura da parte dell'OIL per violazione della Convenzione 158/1982, che nel 2007 ha giudicato irragionevole la durata

⁵⁵⁵ European Commission, *Commission Staff Working Document*, SWD, 2012. 97, p.11.

⁵⁵⁶ CAHUC, P., KRAMARZ, F., *Rapport "De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle"*, Parigi, 2005.

del periodo di prova e in contrasto con il principio che osta al licenziamento privo di giustificazione⁵⁵⁷.

4.7. Il licenziamento discriminatorio

4.7.1. *La disuguaglianza come problema*

La disuguaglianza è oggi reputata dagli Stati occidentali una delle minacce più grandi⁵⁵⁸. Il diritto a non essere discriminati in ambito lavorativo è il requisito minimo perché i lavoratori possano considerarsi liberi di esercitare tutti i diritti riconosciuti nei luoghi in cui si esegue la propria prestazione lavorativa. È stato rilevato da alcuni sociologi che la discriminazione è un fenomeno insito in tutti gli ambienti sociali a cui il lavoro non fa eccezione⁵⁵⁹. La normativa antidiscriminatoria, in generale ed in ambito lavoristico, sta conquistando sempre più piedi in un ingente numero di ordinamenti giuridici⁵⁶⁰.

La direttiva sull'uguaglianza razziale⁵⁶¹ vieta la discriminazione diretta e indiretta, così come le molestie e gli ordini volti a discriminare le persone a causa della razza o dell'origine etnica. È relativa agli ambiti dell'occupazione, della formazione, dell'istruzione, della sicurezza sociale, dell'assistenza sanitaria, dell'alloggio e l'accesso a beni e servizi. La direttiva che più specificatamente ci occupa è però quella sulla parità in ambito lavorativo, questa infatti riguarda la discriminazione in materia di occupazione, condizioni di lavoro e formazione professionale⁵⁶². Vengono affrontate la discriminazione diretta e quella indiretta, così come le molestie e gli ordini volti a discriminare le persone a causa della religione o delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età e delle tendenze sessuali.

Molte delle definizioni e delle categorie legali usate in entrambe le direttive, traggono origine dalle leggi e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di uguaglianza fra i sessi. Il merito delle due direttive è quello di aver alzato le tutele contro le discriminazioni in genere nell'ambito dell'ordinamento eurounitario, che è ad oggi

⁵⁵⁷ ILO Governing Body, *Report of the Director-General*, GB.300/20/6, Ginevra, November 2007.

⁵⁵⁸ ATKINSON, A.B., *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?* Raffaello Cortina, Milano, 2015, p. 5.

⁵⁵⁹ BÉTEILLE, A., *La disuguaglianza fra gli uomini*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 19 e 21.

⁵⁶⁰ BLANPAIN, R., "New Developments" in *Employment Discrimination Law*, Kluwer, 2008.

⁵⁶¹ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

⁵⁶² Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

l'ordinamento più progredito in materia. Le direttive hanno portato rilevanti modificazioni del diritto interno di tutti gli Stati membri, ed in alcune nazioni ciò ha fatto sì che venisse introdotto un approccio innovativo in materia. In molti Stati membri, in cui le due direttive hanno inserito la tutela contro la discriminazione in ragione di specifici motivi prima non contemplati, queste hanno introdotto nuove definizioni e concetti giuridici, è stato addirittura necessario istituire nuovi organi specializzati in materia di parità e implementare i poteri di quelli già operanti⁵⁶³.

In alcuni Stati si sono verificati ritardi nel recepimento delle due direttive e la Commissione ha utilizzato le debite vie legali per garantire il corretto recepimento in tutto il sistema. Vi è tuttavia un aspetto da sottolineare: nel processo di recepimento delle direttive alcuni Stati membri sono andati oltre le norme ed hanno posto divieti ulteriori rispetto quelli relativi alla sfera lavorativa per motivi riconducibili alla religione, convinzioni, handicap, età o identità di genere. Non può sottacersi la tendenza ad istituire organismi che si occupano delle cause di discriminazione espressamente menzionate nelle direttive. Talvolta questi organi statali affrontano la discriminazione sessuale insieme a quella fondata su altri motivi, la Commissione si adopera affinché gli organismi siano indipendenti ed abbiano le risorse e le capacità necessarie per un buon funzionamento⁵⁶⁴. La rilevanza del tema dell'antidiscriminazione impone di chiedersi se la nozione di discriminazione sul lavoro sia o no un concetto univoco. Va messo a confronto il generico divieto di discriminazione sul lavoro adottato dall'ILO con quello delineato dall'Unione europea⁵⁶⁵. Per quanto riguarda l'ordinamento europeo deve farsi necessariamente riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha un ruolo fondamentale in materia. È principio oramai granitico quello per cui se le disposizioni del diritto europeo utilizzano concetti che non contengono richiami al diritto degli Stati membri, la circoscrizione della portata normativa deve essere effettuata per mezzo di un'interpretazione autonoma ed uniforme, che deve essere compiuta avuto riguardo al

⁵⁶³ MARINELLI, F., "Il divieto di discriminazione del lavoratore subordinato: ILO versus Unione europea" in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 2018, pp. 197-200.

⁵⁶⁴ Commissione CE, Libro Verde "Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea allargata" in Libro Verde del maggio 2004, pp. 11-12.

⁵⁶⁵ ZANOBETTI, A., *Diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 125-128.

contesto e alla finalità perseguite dalla normativa di riferimento⁵⁶⁶. La discriminazione, pur rappresentando un mero costrutto storico strettamente connesso col contesto di riferimento, risulta delineata similmente sia nel sistema eurounitario che nell'ambito ILO⁵⁶⁷.

4.7.2. *Discriminazione fra ILO e UE*

Il primo divieto generale di discriminazioni specificamente rivolto all'ambito del lavoro è stato espresso dall'ILO, dietro impulso delle Nazioni Unite⁵⁶⁸ nella convenzione C111 e alla raccomandazione R111 del 1958. Il divieto di discriminazione presente nella Dichiarazione universale dei diritti umani si basa sul seguente assunto: tutti gli esseri umani sono, in quanto tali, uguali; i diritti umani sono i diritti di tutti gli esseri umani; per cui tutti gli esseri umani devono godere ugualmente di tali diritti. Nel diritto del lavoro, non è però sempre detto che tutti i lavoratori siano uguali in quanto tali. Infatti, nei lavori preparatori della convenzione C111 e della raccomandazione R111 emerge che i lavoratori in quanto esseri umani devono essere considerati uguali, però per diversi profili vanno valorizzate le distinzioni tra lavoratori fondate sul merito e sulla capacità. Mentre il campo dei diritti umani si fonda indefettibilmente sul principio dell'uguaglianza tra esseri umani, il diritto del lavoro disciplina un rapporto di scambio tra gli uomini e si basa pertanto sulla diversità dei soggetti coinvolti⁵⁶⁹.

Nel 1998 con la Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro, l'ILO ha fatto sì che il divieto di discriminazione in materia di impiego e professione iniziasse a far parte dei principi che tutti i soggetti aderenti all'organizzazione hanno l'obbligo di rispettare, promuovere e realizzare anche in assenza di ratifica della convenzione C111⁵⁷⁰. L'ordinamento europeo ha assunto un approccio del tutto peculiare che si distacca in parte da quello seguito dall'OIL. Se alla fine degli anni Cinquanta del XX secolo l'Unione contemplava solo alcuni divieti di discriminazione funzionali al mercato

⁵⁶⁶ C. di Giustizia sent. del 1 dicembre 2016 Mohamed Daouidi contro Bootes Plus SL.

⁵⁶⁷ D'ANTONA, M., "Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?" in *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Cedam, Padova, 2000, p. 129.

⁵⁶⁸ Risoluzione delle Nazioni unite n. 545, adottata il 29 luglio 1954.

⁵⁶⁹ BOBBIO, N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 2009, p. 10.

⁵⁷⁰ CASALE, G., "Il diritto internazionale del lavoro ed il ruolo della Organizzazione internazionale del lavoro" in *Dritto del lavoro dell'Unione europea* coord. da CARINCI, F., PIZZOFERRATO, A., Utet, Bologna, 2010, pp. 46-50.

interno⁵⁷¹, soltanto a partire dalla fine del precedente secolo ha optato per far assurgere la non discriminazione tra i valori condivisi dagli Stati membri e tra i diritti fondamentali dell'Unione⁵⁷².

È stato introdotto un divieto generale di discriminazione che non ha per destinatari i lavoratori, ma è un divieto a carattere generale, in tal senso l'articolo 10 TFUE. Nel diritto eurounitario il divieto di discriminazione sul lavoro si rinviene in una molteplicità di direttive: la direttiva 2000/43/CE, attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la direttiva 2000/78/CE, stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; ed infine la direttiva n. 2006/54/CE riguarda l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Va rammentato che l'Unione in questo settore possiede ad oggi forse il quadro giuridico i più progrediti del mondo. L'Unione, differentemente dall'ILO non possiede esplicitamente alcun divieto generico di discriminazione in ambito lavorativo⁵⁷³.

4.7.3. Ambito di applicazione del divieto

Né la convenzione C111 né la raccomandazione R111 indicano i soggetti interessati dal divieto, per quanto riguarda invece l'ambito di applicazione oggettivo, sia la convenzione che la raccomandazione dichiarano di trovare applicazione in materia di impiego e professione. Per espressa previsione, per materia di impiego e professione si intendono anche l'accesso all'impiego e alle differenti professioni, la formazione professionale financo le condizioni di impiego⁵⁷⁴.

La raccomandazione R111 ricomprende l'accesso ai servizi di orientamento professionale e di collocamento, nonché alla formazione professionale e, all'interno delle condizioni di lavoro: la promozione, la remunerazione, la durata del lavoro, i periodi di riposo, le ferie

⁵⁷¹ DE BÚRCA, G., "The Role of Equality in European Community Law" in *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law* coord. da DASHWOOD, A., O'LEARY, S., Sweet & Maxwell, 1997, p. 13.

⁵⁷² Articoli 2 e 6 del TUE.

⁵⁷³ MARINELLI, F., *op. cit.*, pp. 200-206.

⁵⁷⁴ Cfr. l'art. 1, par. 3, della convenzione C111 e il par. I, punto 3, della raccomandazione R111.

annuali pagate, le misure di igiene e sicurezza sul lavoro e la conservazione dell'impiego⁵⁷⁵.

Dall'altro lato la tripletta delle direttive eurounitarie in materia esplicita sia l'ambito di applicazione soggettivo sia l'ambito di applicazione oggettivo. Sebbene la convenzione C111 e la raccomandazione R111 abbiano più lacune, le mancanze possono essere compensate se si allarga la visuale alla rosa degli strumenti sviluppatasi in seno all'ILO negli anni di vigenza delle disposizioni. Con riguardo all'ambito di applicazione soggettivo, a partire dal 1963, i Report delle Commissioni di esperti hanno specificato che l'aver taciuto nella convenzione C111 e nella raccomandazione R111 dell'ambito di applicazione, fa sì che esse siano idonee a riguardare qualsiasi soggetto che presta attività di lavoro pubblico quanto privato⁵⁷⁶.

Per quanto attiene l'ambito di applicazione oggettivo, anche se la convenzione e la raccomandazione citate non elencano in maniera esplicita tra le attività tutelate dal divieto il perfezionamento e riqualificazione professionale, queste non possono non essere ricomprese nelle nozioni di orientamento e formazione professionale contenute nella convenzione e nella la raccomandazione. Anche se l'ILO, a differenza delle direttive UE, non menziona "l'affiliazione e l'attività in una qualunque organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro o in cui i membri esercitano una particolare professione"⁵⁷⁷, questo settore ha la sua copertura giuridica grazie alla convenzione C98/1949. L'ambito di applicazione, sia soggettivo che oggettivo, del divieto di discriminazione sul lavoro è sostanzialmente identico nei due sistemi ILO e UE⁵⁷⁸.

4.7.4. *Le condotte vietate*

Sia la convenzione C111 che la raccomandazione R111 definiscono la discriminazione sul lavoro come: "*a) ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione*", così come "*b) ogni altra distinzione,*

⁵⁷⁵ Cfr. il par. II, punto 1, raccomandazione R111, lettere b e d.

⁵⁷⁶ ILO, "Equality in Employment and Occupation. General Survey" in *International Labour Conference*, 75th Session, 1988, pp. 15 e 16 (c.d. Report 1988).

⁵⁷⁷ Articolo 14, direttiva 2006/54/CE

⁵⁷⁸ MARINELLI, F., *op. cit.*, pp. 206-209.

esclusione o preferenza che abbia per effetto di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia di impiego o di professione, che potrà essere precisata dallo Stato membro interessato sentite le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, se ne esistono, ed altri organismi appropriati⁵⁷⁹”.

Vengono comunque indicate talune eccezioni giacché non si considerano discriminazione né “*le distinzioni, le esclusioni e le preferenze fondate sulle qualificazioni che si esigono per un impiego determinato⁵⁸⁰, né tutte quelle specifiche misure “di protezione o di assistenza previste nelle altre convenzioni o raccomandazioni adottate dalla Conferenza Internazionale del Lavoro” o predisposte dagli Stati membri e “tendenti a tener conto dei bisogni particolari di individui nei confronti dei quali è riconosciuta necessaria una protezione o una assistenza particolare per ragioni quali il sesso, l'età, l'invalidità, gli impegni di famiglia o il livello sociale o culturale⁵⁸¹”.*

Perché venga configurata una discriminazione, non è bastevole una mera distinzione fra lavoratori, è necessario che vi sia un pregiudizio conseguente ad un trattamento differenziale. Non è sufficiente quindi la semplice disparità di trattamento ma è necessaria quella disparità di trattamento che sia in grado di svantaggiare il lavoratore⁵⁸². Il divieto non è assoluto e ammette in via eccezionale le c.d. azioni positive, ovvero quelle distinzioni (anche pregiudizievoli) ma che siano necessarie per l'esecuzione del lavoro o per promuovere la parità di trattamento. Per quanto riguarda il diritto dell'UE, il divieto di discriminazione sul lavoro viene declinato all'interno diversamente dall'ILO. Le tre direttive in materia definiscono la discriminazione come una fattispecie che assume tre forme differenti: quella in cui una persona sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga in base a determinate caratteristiche tassativamente individuate quali razza ed origine etnica, sesso, gravidanza o congedo di maternità, religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali⁵⁸³; quella in cui una disposizione, criterio o prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone con le suddette

⁵⁷⁹ Art. 1, par. 1, della convenzione C111 e il par. I, punto 1, della raccomandazione R111.

⁵⁸⁰ Articoli 1, par. 2, della convenzione C111 e il par. I, punto 2, della raccomandazione R111.

⁵⁸¹ Articolo 5 della convenzione C111.

⁵⁸² MARINELLI, F., *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio delle fattispecie*, Giuffrè, Milano, 2017, pp.106 e 107.

⁵⁸³ Direttiva 2000/43/CE; Direttiva 2006/54/CE; Direttiva 2000/78/CE.

caratteristiche, a meno che non sia oggettivamente giustificato da finalità legittime e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; quella in cui viene attuato un comportamento indesiderato connesso ai requisiti di cui sopra che ha lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo.

Il costrutto sulla discriminazione dell'ordinamento eurounitario è affine a quello delineato dall'ILO: innanzitutto il divieto di discriminazione opera indipendentemente dalle modalità del comportamento, qualunque siano; in secondo luogo nel divieto non rientra qualunque disparità ma solo le disparità pregiudizievoli; ed infine il divieto è costellato di eccezioni similari a quelle dell'ILO. La similitudine si coglie dal fatto che per un verso può non costituire discriminazione la differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata ad uno dei fattori discriminatori vietati nel caso in cui, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Ciò purché l'obiettivo sia legittimo ed il requisito proporzionato e per un altro verso sono escluse dalla nozione le misure dirette ad evitare o compensare svantaggi connessi con uno dei fattori discriminatori tutelati⁵⁸⁴.

Nella definizione eurounitaria di discriminazione è inclusa la molestia, a differenza di quanto avviene in ambito ILO. Quest'ultima viene definita come un comportamento indesiderato connesso ai fattori discriminatori che ha lo scopo o l'effetto di violare la dignità del lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, la nozione però può pacificamente farsi rientrare nelle altre due definizioni di discriminazione. Non sono fattori discriminatori contemplati dall'UE l'origine sociale (intesa come la discriminazione basata sulla classe sociale), la discendenza nazionale (nella parte in cui si riferisce alla discriminazione non basata sulla origine etnica ma sul luogo di nascita e sull'ascendenza); così come rimangono esclusi dai fattori discriminatori contemplati dall'ILO: l'handicap, l'età, le tendenze sessuali e le opinioni personali diverse da quelle politiche e sindacali⁵⁸⁵.

⁵⁸⁴ Cfr. art. 5, direttiva 2000/43/CE; art. 3, direttiva 56/2000/CE; artt. 6 e 7, direttiva 2000/78/CE.

⁵⁸⁵ MARINELLI, F., "Il divieto di discriminazione del lavoratore subordinato: ILO versus Unione europea" in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 2018, pp. 209-207.

4.7.5. *Il licenziamento discriminatorio in senso stretto*

Nella rosa degli strumenti sanzionatori previsti per i casi di discriminazione sul lavoro, tutela specifica è quella apprestata contro il licenziamento discriminatorio. La specificità risiede nel fatto che lo strumento mediante il quale la discriminazione viene attuata mette in pericolo la stessa esistenza del rapporto di lavoro ed impone un intervento mirato, che punta ad essere un mezzo di tutela efficiente ed efficace. Le vicende del diritto discriminatorio, pur avendo matrice comune, hanno uno svolgimento peculiare in ciascuno Stato, qui si assumerà come caso paradigmatico in particolare quello italiano. La legge n. 7 del 1963 aveva sancito il divieto di licenziamento comminato a causa di matrimonio, successivamente l'art. 4 della legge n. 604 del 1966 ha sancito la nullità del licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali, a prescindere dalla motivazione formalmente addotta. La norma, riportata nella sua formulazione originaria, è rimasta sostanzialmente invariata fino al Jobs Act de 2015, che ha introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano la figura del licenziamento discriminatorio, anche se non esplicitamente.

Nel tempo il contenuto della norma è stato via via implementato per mano del legislatore. L'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, rubricato "atti discriminatori", originariamente riportava che "è nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica o religiosa". Con l'intervento riformatore del 1977 è stato esteso l'ambito di applicazione della norma, con la legge n. 903 di quell'anno l'art. 13 comma 1 ha modificato l'ultimo comma dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori includendovi "patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso".

A seguito del recepimento delle direttive comunitarie del 2003 il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 ha disposto (con l'art. 4, comma 1) la modifica dell'art. 15, comma 2 inserendo dopo la parola "sesso": "di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale

o sulle convinzioni personali”. Da ciò emerge che l’art. 15 è stato quello che per primo ha introdotto un espresso riferimento alla discriminazione nell’ordinamento italiano. La legge 108 del 1990 ha in seguito modificato la fattispecie, ha previsto che in tutti i casi di licenziamento discriminatorio, a prescindere dal numero dei dipendenti, venisse attuata la tutela reale prevista dall’art. 18 Statuto dei Lavoratori. La tecnica adottata dal legislatore italiano è stata quella del richiamo ad altre norme, lo stesso è avvenuto anche per le riforme più recenti. Quest’ultime hanno radicalmente innovato il mercato del lavoro, pur lasciando sostanzialmente invariati i presupposti per l’applicazione delle singole fattispecie, e andando a modificare il conseguente regime sanzionatorio. La delimitazione dell’ambito di applicazione del licenziamento discriminatorio va ricercata analizzando la normativa stratificatasi col passare degli anni⁵⁸⁶.

A seguito della riforma Fornero che ha fatto transitare il sistema italiano dalla tutela reale alla tutela obbligatoria per molte fattispecie, il licenziamento discriminatorio da istituto marginale nel dibattito dottrinale è divenuto un importante punto di snodo. Ha iniziato ad avere un ruolo di baricentro anche nelle pronunce giurisprudenziali sulla disciplina dei licenziamenti illegittimi. Già la prima dottrina aveva commentato il testo post-riforma ritenendo che la graduazione delle tutele è come se avesse comportato una “nuova vita⁵⁸⁷” per il licenziamento discriminatorio. Ciò in quanto la tutela piena e reale è rimasta in vigore solo nella fattispecie antidiscriminatoria, in virtù del fatto che la tutela reintegratoria piena rimane la regola solo in tale ipotesi⁵⁸⁸. Si è assistito, dalla riforma Fornero in poi, ad un mutamento delle strategie processuali ad opera del lavoratore che ha tentato di ottenere un regime sanzionatorio maggiormente soddisfacente dei propri interessi. Alla luce della disciplina corrente, la tematica del licenziamento discriminatorio era rimasta esclusa dal dibattito dottrinale e dalla pratica in quanto la disciplina previgente garantiva al prestatore di lavoro comunque tutela reale in caso di recesso illegittimo. Infatti, col precedente regime i lavoratori non avevano alcun interesse a dimostrare la

⁵⁸⁶ MENNITI-IPPOLITO, G., *Il licenziamento discriminatorio prospettive alla luce della giurisprudenza europea e recenti riforme del mercato del lavoro*, εξέσο, Brugine, pp. 170-176.

⁵⁸⁷ PICCININI, A., “Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo” in *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la L. n. 92/2012* coord. da ALLAMPRESE, A., CORRAINI, I., FASSINA, L., Ediesse, Bologna, 2012, p. 145.

⁵⁸⁸ CHIECO, P., “Il licenziamento nullo”, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92* coord. da CHIECO, P., Cacucci, Bari 2013, p. 284.

sussistenza di una discriminazione in quanto fosse sufficiente la tutela ex art. 18 legge 300 del 1970.

Il licenziamento discriminatorio acquisisce ulteriore centralità con l'introduzione della nuova disciplina in materia di licenziamenti, introdotta per i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti. La disciplina prevista per tale fattispecie rimane infatti invariata, restando questo in esame l'unico caso in cui residua ancora una tutela reintegratoria piena. Da ultimo lo stratificarsi normativo ha prodotto come suo frutto l'art. 2 commi 1 e 4 del decreto legislativo 23 del 2015. Ai sensi del primo comma il *“licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale 1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto”*. Poiché il legislatore delegato ha reputato necessario specificare che la tutela antidiscriminatoria vada applicata ai soggetti portatori di handicap, ha espressamente sancito al comma 4 che *“la disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68”*.

4.8. Il licenziamento collettivo

4.8.1. *Il licenziamento collettivo in genere*

La materia del licenziamento collettivo, sul piano comunitario, è regolata dalla direttiva 98/59/Ce che sostanzialmente riprende il testo della direttiva 75/129/CEE coordinato con le modifiche ed integrazioni apportate dalla direttiva 92/56/CEE. Ad opera dell'art. 8 della direttiva 98/59/Ce le direttive 75/129/CEE e 92/56/CEE sono state abrogate. Le novità introdotte nella direttiva di seconda generazione possono ridursi sinteticamente a tre, rispetto quanto previsto dalla previgente disciplina.

Innanzitutto è stato esteso l'ambito di applicazione della direttiva, all'art. 1, comma 1, lett. b) è stata infatti aggiunta una disposizione in base alla quale *“per il calcolo dei licenziamenti previsti nel primo comma lett. a) sono assimilate ai licenziamenti le cessazioni del contratto di lavoro verificatesi per iniziativa del datore di lavoro per una o più ragioni non inerenti alla persona del lavoratore, purché i licenziamenti siano almeno cinque”* ed è stata abrogata la disposizione di cui alla lettera d) del secondo comma dello stesso art. 1, la direttiva quindi trova ora applicazione anche *“ai licenziamenti collettivi determinati dalla cessazione dell'attività dello stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria”*. In secondo luogo, si è assistito ad uno sviluppo dei compiti di informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori. Da ultimo le novità introdotte rendono obbligatorio da parte del lavoratore l'adempimento degli obblighi in materia di informazione, consultazione e comunicazione indipendentemente dal fatto che le decisioni riguardanti i licenziamenti collettivi siano state prese dallo stesso datore di lavoro o dalla società che si trovi in posizione di controllo⁵⁸⁹. La definizione di “licenziamento collettivo”, contenuta nell'art. 1 della direttiva è figlia degli istituti giuridici presenti in Germania, infatti in quest'ordinamento è sin dagli anni '50 che è presente la figura⁵⁹⁰.

Sono due i presupposti perché si possa dar luogo agli effetti connessi alla procedura di licenziamento collettivo. Il primo requisito riguarda *“ogni licenziamento effettuato da un datore di lavoro per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore”*⁵⁹¹. Il testo odierno ha sostituito la dizione della prima direttiva, che faceva riferimento a motivazioni di ordine economico o tecnico che non fossero scaturite dalla condotta individuale degli stessi lavoratori stessi. L'attuale formulazione esclude dall'applicabilità della direttiva solo ed esclusivamente quei licenziamenti che trovino causa diretta ed immediata in elementi soggettivi riconducibili alla persona del prestatore di lavoro, sono escluse pertanto dalla normativa le violazioni disciplinari o la sopravvenuta incapacità a prestare l'attività lavorativa⁵⁹². Il secondo requisito è oggettivo ed ha carattere quantitativo-

⁵⁸⁹ Direttiva 98/59/CE del consiglio del 20 luglio 1998 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi.

⁵⁹⁰ WEISS, M., “I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Germania” in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1992, fasc. 2, p. 157.

⁵⁹¹ Articolo 1, comma 1 lett a, DIRETTIVA 98/59/CE del Consiglio.

⁵⁹² LYON CAEN, A., LYON CAEN, G., *Droit social international ed europeèn*, Dalloz-Sirey, 1993, p. 303.

temporale, i singoli Stati sono liberi di scegliere quale disciplina introdurre nei propri sistemi fra due alternative. La disciplina di matrice europea trova applicazione o se il numero dei licenziamenti effettuati è nell'arco di 30 giorni: almeno pari a 10 negli stabilimenti che occupano abitualmente più di 20 e meno di 100 lavoratori; almeno pari al 10 % del numero dei lavoratori negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 100 e meno di 300 lavoratori; almeno pari a 30 negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 300 lavoratori; ovvero per un periodo di 90 giorni, almeno pari a 20 a prescindere dal numero dei lavoratori generalmente occupati negli stabilimenti interessati⁵⁹³.

4.8.2. *La nozione di licenziamento collettivo*

La nozione di licenziamento collettivo ha sofferto delle differenze fra i vari Stati dell'Europa unita, a fare chiarezza sin da subito sulla reale portata normativa dell'istituto è stata la Corte di Giustizia.

Nella sentenza 8 giugno 1994, causa C-383/92 ha condannato il Regno Unito perché la legislazione interna mostrava un campo di applicazione ridotto rispetto a quanto sancito stabilito dalle norme presenti nella direttiva. La Corte nel punto 32 della sentenza ha fatto presente che *“la nozione di «licenziamenti per motivi economici», la quale individua il campo d'applicazione dell'EPA e che la Commissione interpreta in un modo che non è stato contestato dal governo del Regno Unito, non ricomprende la totalità dei casi di «licenziamenti collettivi» oggetto della direttiva. In particolare, come rilevato dalla Commissione, essa non ricomprende i casi in cui i lavoratori vengono licenziati in seguito ad una ristrutturazione dell'impresa indipendente dal livello di attività di quest'ultima⁵⁹⁴”*.

Anche nell'ordinamento italiano la disciplina dei licenziamenti collettivi trova la propria ispirazione legislativa nella Dir. n. 75/129/CEE (successivamente modificata dalla Dir. n. 92/56/CEE ed oggi confluita nella disciplina della Dir. n. 98/59/CE). L'Italia ha recepito le disposizioni comunitarie in forte ritardo, difatti per il mancato recepimento il Paese era stato soggetto a ben due procedure di infrazione, con conseguente condanna, per non aver

⁵⁹³ Articolo 1, comma 1 lett a, i) e ii) Direttiva 98/59/CE del Consiglio.

⁵⁹⁴ C. di Giustizia sent. dell'8 giugno 1994 Commissione delle Comunità europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

adempito a quanto previsto dagli obblighi di cui all'art. 171 del Trattato CEE⁵⁹⁵. Nel regime previgente alla legge 223/1991, di recepimento della disciplina comunitaria, la disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale veniva rimessa all'Accordo Interconfederale per l'Industria 20.12.1950 (reso obbligatorio erga omnes con il d.P.R. 14.7.1960, n. 1019, dichiarato costituzionalmente illegittimo per avere ecceduto la delega⁵⁹⁶) e a quello del 5.5.1965. Entrambi gli accordi ritenevano necessaria la presenza di una motivazione esplicita delle ragioni del recesso, questo doveva essere coincidente ad una “*necessità di riduzione o trasformazione d'attività o di lavoro*”. Veniva sancito l'obbligo di previo esperimento di una specifica procedura conciliativa in sede sindacale. I criteri di scelta dei lavoratori da sottoporre al licenziamento dovevano essere comunque specifici e vincolanti per la parte datoriale⁵⁹⁷. La disciplina privatistica dell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 11, comma 1, legge n. 604/1066, riteneva che la materia dei licenziamenti collettivi fosse esclusa dalla disciplina dei provvedimenti espulsivi individuali, infatti in ragione di ciò veniva ricostruita giuridicamente quale fattispecie autonoma⁵⁹⁸.

Con la disciplina scaturita dalla legge n. 223/1991, il legislatore italiano, in ottemperanza degli obblighi comunitari, ha riformato il sistema del licenziamento collettivo. Questo istituto ha come presupposto il passaggio da una situazione emergenziale temporanea alla sua sedimentazione, verificandosi in situazioni di eccedenze strutturali o di cessazione di attività⁵⁹⁹.

4.8.3. *Informazione, consultazione e procedura*

La direttiva 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998 prevede l'assolvimento di oneri di informazione e consultazione per dar luogo alla procedura di licenziamento collettivo

⁵⁹⁵ C. di Giustizia sent. dell'8 giugno 1982 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana.; C. di Giustizia sent. del 6 novembre 1985 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana.

⁵⁹⁶ C. Cost. sent. n. 8/1966.

⁵⁹⁷ VENTURA, L., “Licenziamenti collettivi (*voce*)”, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIX, Treccani, Roma, 1990, pp. 17-19.

⁵⁹⁸ NATULLO, G., *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Franco Angeli, Milano, 2004, pp. 17-22.

⁵⁹⁹ VELTRI, A., “Il licenziamento collettivo” in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milano, 2017, pp. 1490-1491.

di cui all'articolo 2. Secondo la norma, il datore di lavoro che prevede di effettuare licenziamenti collettivi ha l'onere di procedere, in un tempo considerato utile, a consultarsi con i rappresentanti dei lavoratori per poter trovare un accordo. È previsto che in sede consultiva debba essere analizzata la possibilità di evitare o comunque di ridurre i licenziamenti collettivi, o comunque di attenuare le conseguenze usando strumenti che consentano di facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori espulsi. È disposta la facoltà per gli Stati membri di introdurre nella fase consultiva il ricorso da parte dei lavoratori di esperti conformemente alla legislazione e alle prassi nazionali⁶⁰⁰.

La norma lascia ai rappresentanti dei lavoratori la possibilità di formulare proposte costruttive e a tal fine è compito del datore di lavoro, in tempo utile, procedere a informare i lavoratori di tutta una serie di elementi. I datori di lavoro devono comunicare ai propri dipendenti *“i) le ragioni del progetto di licenziamento, ii) il numero e le categorie dei lavoratori da licenziare, iii) il numero e le categorie dei lavoratori abitualmente impiegati, iv) il periodo in cui si prevede di effettuare i licenziamenti, v) i criteri previsti per la selezione dei lavoratori da licenziare, qualora le legislazioni e/o le prassi nazionali ne attribuiscono la competenza al datore di lavoro, vi) il metodo di calcolo previsto per qualsiasi eventuale indennità di licenziamento diversa da quella derivante dalle legislazioni e/o prassi nazionali.”*⁶⁰¹

Gli articoli 3 e 4 della medesima direttiva introducono la disciplina della procedura del licenziamento collettivo. Il primo articolo prevede per il datore di lavoro il dovere di notificare in forma scritta *“ogni progetto di licenziamento collettivo all'autorità pubblica competente”*. In caso di licenziamento collettivo determinato dalla cessazione delle attività dello stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria, i singoli Stati sono liberi di prevedere che il dovere di notifica possa discendere previa richiesta della competente autorità.

Per quanto attiene il contenuto della notifica, deve contenere le informazioni utili concernenti al progetto di licenziamento collettivo e le consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori del precedente articolo. Nello specifico vanno rilevati *“i motivi del licenziamento, il numero dei lavoratori che dovranno essere licenziati, il numero dei*

⁶⁰⁰ Direttiva 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998, articolo 2 commi 1 e 2.

⁶⁰¹ Direttiva 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998, articolo 2 comma 3.

lavoratori abitualmente occupati ed il periodo nel corso del quale s'effettueranno i licenziamenti". È compito del datore di lavoro trasmettere ai rappresentanti dei lavoratori una copia della notifica, dall'altra parte i rappresentanti dei lavoratori possono presentare le loro osservazioni all'autorità pubblica competente⁶⁰².

Il successivo articolo 4, continuando a disciplinare la procedura di licenziamento collettivo, stabilisce che i licenziamenti collettivi il cui progetto è stato notificato all'autorità competente, non devono dispiegare immediatamente i propri effetti in quanto vi è un termine di 30 giorni prima che lo facciano. È lasciata comunque agli Stati la possibilità accordare all'autorità pubblica competente la facoltà di ridurre il termine fissato al primo comma.

L'autorità pubblica competente è chiamata entro il termine di cui paragrafo 1 a trovare soluzioni ai problemi posti dai licenziamenti collettivi prospettati. Secondo la normativa eurounitaria gli Stati membri non sono tenuti ad applicare l'art. 4 ai licenziamenti collettivi determinati dalla cessazione delle attività di uno stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria⁶⁰³.

⁶⁰² Direttiva 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998, art. 3.

⁶⁰³ Direttiva 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998, art. 4.

PARTE II: I SISTEMI SOVRANAZIONALI

Capitolo 4: La portata dell'ordinamento eurounitario e la giurisprudenza Corte di Giustizia

PARTE III “LA TUTELA INTEGRATA DEI DIRITTI DEL LAVORATORE”

La protezione in caso di licenziamento nella legislazione italiana alla luce delle risoluzioni della Corte e del Comitato

5.1. La protezione multilivello

5.1.1. *Il sistema multilivello*

Parlare di protezione multilivello dei diritti fondamentali assume un significato fondamentale alla luce dei problemi di ordine generale che toccano tutti i sistemi giuridici moderni. Nella tematica non possono non intrecciarsi ulteriori questioni come quella riguardante il ruolo del giudice nazionale e del legislatore interno. Nell’attuale periodo storico sono venuti modificandosi i punti di riferimento in materia di protezione dei diritti delle persone, da un lato si è ampiamente espanso il controllo di legalità del giudice sulle leggi mentre dall’altro lato si sono aggiunte al tessuto normativo interno ulteriori fonti che hanno portato ad un serio mutamento del panorama giuridico precedente⁶⁰⁴.

Sono diversi gli elementi che vanno qui riportati per verificare la tenuta di un sistema di protezione dei diritti che ha nel giudice il soggetto attuatore della legge e dei principi fissati dalle varie Carte dei diritti (nazionali e sovranazionali) aventi natura precettiva; in argomento assumono posizioni rilevanti l’interpretazione della Costituzione, il lavoro dei Giudici sovranazionali ed i compiti del giudice nazionale. Seppur non abbia un ruolo preminente e attivo nel processo di interazione multilivello, non può sottrarsi come il legislatore sia figura fondamentale affinché gli ingranaggi del sistema possano operare armonicamente ai fini del compimento di quei principi di libertà ed eguaglianza che costituiscono le base della democrazia⁶⁰⁵. Per quanto attiene all’interpretazione Costituzionali e delle connesse peculiarità rispetto l’attività ermeneutica delle disposizioni di rango inferiore, è palese che la norma di rango superiore non possa prescindere da un discorso valoriale⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ CONTI, R. G., *Alla ricerca degli anelli di una catena*, online su http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2015_n15-1/01_mono_06-Conti.pdf (consultato il 16.03.2020)

⁶⁰⁵ RUGGERI, A., “Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali”, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. 18, Studi dell’anno 2014*, Torino, 2015, pp. 579-581.

⁶⁰⁶ GENTILI, A., “L’interpretazione giuridica: il contributo della dottrina”, in *Giustizia civile.*, fasc.1, 2014, p. 65.

I principi hanno senza dubbio una molteplice valenza, vanno certamente interpretati, ma poi a loro volta divengono parametro ermeneutico per altre le altre disposizioni, e dal loro canto queste ultime devono essere interpretate alla luce dei suddetti principi senza travalicarne il contenuto: principi stessi rappresentano limite all'interpretazione giudiziale⁶⁰⁷.

I principi sanciti in Costituzione sono geneticamente destinati ad essere attuati dal legislatore ma talvolta il proprio carattere precettivo non fa escludere che l'attuazione, dinnanzi un legislatore inerte, venga compiuta dal giudice. Il potere giudiziario non ha come unico compito l'essere adibito all'applicazione del diritto, la sua attività può dirsi avere una connotazione normativa, seppur limitata al caso concreto. Pur se con effetti circoscritti al caso, i giudici con la loro attività ermeneutica creano regole legislativamente mancanti⁶⁰⁸.

5.1.2. Il ruolo del giudice

La tematica dei principi acquista profili di ulteriore complessità a causa del ruolo concorrenziale svolto dalla molteplicità delle Carte a tutela dei diritti fondamentali. Anch'esse necessitano di essere interpretate e condizionano inesorabilmente la portata dei precetti costituzionali. In tal modo è chiaro come si intreccino fonti interne ed esterne all'ordinamento statale che conferiscono vita e dinamicità allo sviluppo dei diritti fondamentali. Le questioni relative all'interpretazione delle Carte dei diritti sono intimamente connesse innanzitutto alle tecniche decisorie utilizzate delle Corti ed al *trend* di rendere universali i principi ivi espressi (il riferimento è alle c.d. sentenze pilota della Corte europea dei diritti dell'uomo). In secondo luogo sono collegate al particolare atteggiarsi di talune decisioni delle Corti europee, che spesso precedono la soluzione del giudice nazionale, si pensi alla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale. Sono poi connesse ai rapporti che si creano rispetto a giudicati interni che contrastano con le decisioni dei giudici sovranazionali. Infine, esse sono collegate al reale significato e alla

⁶⁰⁷ MAZZARESE, T., "Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?", in *Ars interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, fasc.1, 2008, pp. 225-228.

⁶⁰⁸ RUGGERI, A., "Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive", in *Itinerari, Studi dell'anno 2015*, p.484.

portata delle decisioni delle Corti sovranazionali ed al valore dei principi ivi espressi rispetto a casi simili o analoghi⁶⁰⁹.

È comunque sempre presente il rischio derivante dal mancato rilevamento di alcune decisioni rese dalle Corti sovranazionali. Sono vari i possibili effetti giuridici scaturiti dall'intromissione, nel processo decisionale del giudice nazionale, di una pronuncia di una Corte sovranazionale. L'intervento del giudice sovranazionale può inserirsi all'interno di una controversia in assenza di richiesta effettuata dalle parti.

È dubbio se l'interpretazione effettuata dalle varie Corti dei diritti debba essere fatta utilizzando un metodo gerarchico improntato a canoni formali oppure se sia più idoneo utilizzare un metro avente una base assiologica per quale non va a porsi un problema di primato fra le Corti. Il problema si sposta sull'intensità delle tutele derivanti dall'attività ermeneutica effettuata da uno qualunque dei Giudici dei diritti. Lo spostamento della problematica sull'asse dell'interpretazione e della relazione fra le differenti interpretazioni, sposta il baricentro verso il giudice interno. Che è colui che è realmente in contatto col fatto nella sua materialità e oltretutto è colui che è naturalmente vocato a conoscere Costituzioni, Carte sovranazionali, pronunzie delle varie Corti, fonti, giuridiche e fonti di *c.d. soft law*. La vicinanza degli organi giudicanti ai principi, alle clausole generali, ai *vulnus* normativi, porta ad una ad una posizione di preminenza del potere giudiziario rispetto gli altri poteri dello Stato⁶¹⁰.

Da un lato si enfatizza il ruolo libero del giudice (col timore che ci si avvia a creare uno stato giurisdizionale), dall'altro però si rileva che nell'attuale contesto storico è il soggetto che riesce a trovare la regola da applicare al caso concreto nel ginepraio dell'odierna complessità; in questa seconda prospettiva il giudice dovrebbe essere in grado apprestare le tutele migliori a fronte della richiesta di giustizia. Nelle complessità scaturite dalla tutela giuridica multilivello ha un ruolo forte la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Assume un ruolo fondamentale nel sistema di protezione dei diritti nazionali: la CEDU col suo modo di operare ha probabilmente contribuito modificare il ruolo del giudice⁶¹¹.

⁶⁰⁹ CONTI, R., G., "Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali" in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2016, pp.89-90.

⁶¹⁰ GROSSI, P., "Post-fazione" in *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi* coord. da MACARIO, F., LOBUONO, M., Cedam, Padova, 2010, pp. 413 e 414.

⁶¹¹ CONTI, R., G., "Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali" in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2016, p. 91.

5.1.3. *Le sentenze “gemelle” del 2007*

Nell'attuale sistema multilivello hanno un'importanza fondamentale le c.d. sentenze gemelle della Consulta, la n. 348 e 349 del 2007. Le due pronunce della Corte costituzionale si sono occupate del rapporto fra ordinamento interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶¹².

Le due sentenze costituzionali hanno portato al centro del dibattito italiano la CEDU, precedentemente spesso tralasciata dagli interpreti interni che si sono occupati di protezione dei diritti fondamentali. In passato vi erano stati alcuni tentativi di dare maggiore rilevanza alla Convenzione dei diritti dell'uomo fra la molteplicità delle fonti del diritto, si era trattato di tentativi autorevoli, basti citare la sentenza n. 388/1999 della Corte costituzionale⁶¹³, e la sentenza n. 10/1993 della medesima Corte⁶¹⁴.

In ogni caso le due sentenze gemelle hanno costituito lo spartiacque con cui la CEDU ha acquisito la dovuta stabilità nell'ordinamento dello stato italiano, le pronunce pongono la CEDU in un gradino immediatamente inferiore a quello sul quale è situata la Costituzione. Tra i due gradini della scala a raccordo vi sono il riformato art. 117 comma 1 e l'art. 10 comma 1, Cost. della Costituzione⁶¹⁵.

La CEDU è direttamente connessa con la Carta fondamentale dello stato italiano, la fonte subordinata a questa può infatti dispiegare la propria efficacia sulla legge su due differenti piani. Il primo piano è orientato a garantire la costante armonizzazione del diritto interno con la Convenzione e si realizza tramite l'opera interpretativa del giudice comune, il secondo livello è incentrato (nell'ipotesi di contrasto non componibile fra norma interna e norma CEDU) sull'espungere dall'ordinamento il diritto nazionale difforme (a patto che questa non confligga con norme di rango costituzionale) tramite lo strumento dell'incidente di costituzionalità.

⁶¹² DI STASI, A., “I rapporti fra l'ordinamento e il sistema convenzionale” in *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010- 2015)*, coord. da DI STASI, A., Cedam, Padova, 2016, pp. 73-83.

⁶¹³ C. Cost. sent. n. 388/1999.

⁶¹⁴ C. Cost. sent. n. 10/1993.

⁶¹⁵ C. Cost. sent. n. 348/2007; C. Cost. sent. n. 348/2007.

È diverso il ruolo della CEDU da quello dell'ordinamento eurounitario. Si è escluso che la Convenzione abbia una cornice atta all'applicazione di un meccanismo analogo a quello della non applicazione della norma interna contrastante con il diritto eurounitario ad opera del giudice comune. Ciò non ha solo salvaguardato la centralità della Corte costituzionale, ma ha anche favorito la tenuta della Costituzione nel suo insieme, infatti la norma CEDU può essere operativa solo in conformità al dettato Costituzione italiana. La matrice teorica delle sentenze n. 348 e 349 del 2007 si è obbligatoriamente misurata con gli effetti in concreto dispiegati sul lavoro dei giudici italiani, a questi ultimi è stato posto in capo l'obbligo di effettuare un'interpretazione convenzionalmente alla cui osservanza è appunto chiamato il rispetto il giudice interno.

Non sono mancate le voci della dottrina in tema di efficacia sentenze della Corte Edu, e a partire da queste la giurisprudenza della Consulta si è evoluta inaugurando una nuova fase che da un lato ha consentito una migliore delimitazione del campo d'applicazione della CEDU⁶¹⁶ e dall'altro ha portato ad una riduzione della portata delle aperture in materia CEDU effettuate dalle sentenze gemelle del 2007⁶¹⁷.

5.1.4. *Le due sentenze del 2009*

Le sentenze 311 e 317 del 2009, hanno ripetuto il nucleo fondamentale di quanto sancito nelle due sentenze di due anni prima, hanno ribadito l'impossibilità di estendere il meccanismo della disapplicazione proprio del diritto dell'Unione all'ipotesi di norma interna contrastante con la CEDU. Anche Corte cost. n. 306/2008 aveva affermato che la diretta applicazione delle disposizioni CEDU in quanto tali è da escludere⁶¹⁸.

Hanno posto l'accento sul ruolo della CEDU nella protezione dei diritti fondamentali ed hanno sottolineato che la tutela contenuta nelle pronunce delle Corte Edu non è in grado di minare alle tutele previste dall'ordinamento interno ma invece appresta una tutela ulteriore rispetto quanto è previsto dalle statuizioni interne infatti tende ad aumentare la portata dei relativi diritti. La Corte costituzionale è consapevole del fatto le tutele in un sistema multilivello possono essere graduate e differenti, e ritiene che la molteplicità delle

⁶¹⁶ LAMARQUE, E., "I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo" in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* coord. da CAPPUCCIO, L., LAMARQUE, E., Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 260-265.

⁶¹⁷ *Ibidem*, pp. 290-293.

⁶¹⁸ C. Cost. sent. n. 306/2008.

fonti e dei giudici tenda all'aumento della protezione dei principi sanciti dal sistema nelle sue varie articolazioni.

Nella sentenza n. 311 viene espresso il principio che la Corte costituzionale deve controllare che il contrasto fra le Carte sia scaturito da una tutela minore della normativa nazionale rispetto quella richiesta dalla CEDU, in quanto il caso opposto va ritenuto conforme alla normativa della Convenzione ex art. 53 della stessa⁶¹⁹. In tal senso depone anche la seconda sentenza citata, la 317 del 2009, secondo cui l'art. 53 fa sì che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può essere presupposto di livelli di tutela inferiori rispetto quelli assicurati dalle fonti interne⁶²⁰. Pertanto, le disposizioni della Convenzione debbono costituire un di più rispetto quanto statuito dall'ordinamento statale: è nelle singole esperienze giuridicamente rilevanti, in particolare in quelle processuali, che si può constatare il raggiungimento di una sintesi ottimale tra i valori in gioco, il luogo ideale in cui i beni della vita possano essere soddisfatti nel modo migliore. Le norme aventi origine ultra-nazionale che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali possono farsi valere in ambito interno a patto che siano idonee ad elevare il livello della tutela rispetto a quello conseguibile nello stesso ambito tramite le norme endogene⁶²¹.

Entrambe le decisioni del 2009 della Corte costituzionale, pur orientandosi, secondo il meccanismo del livello più elevato di tutela, ribadiscono che esista una riserva in favore delle istituzioni statali che costituisce un argine alla prevalenza della fonte sovranazionale su quella interna⁶²². Nella sentenza della Corte costituzionale n. 311/2009 si legge comunque che il vincolo alla giurisprudenza della Corte Edu va modulato così da rispettare sostanzialmente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Successivamente, con la sentenza n. 264/2012, la Consulta ha ritenuto che la CEDU non potesse trovare applicazione quando essa si poneva in contrasto con un superiore interesse

⁶¹⁹ C. Cost. sent. n. 311/2009.

⁶²⁰ C. Cost. sent. n. 317/2009.

⁶²¹ RUGGERI, A., "Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici" online su www.federalismi.it, pp. 19-21 (consultato il 15.01.2020).

⁶²² CONTI, R. G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011, pp. 202-206.

di matrice costituzionale, andando così a restringere la forza della Convenzione e riappropriandosi di maggiore spazio interpretativo⁶²³.

sentenza n. 49/2015

5.1.5. *Un nuovo stravolgimento*

La sentenza n. 49/2015 ha radicalmente modificato il punto di arrivo su cui si era assestato il giudice comune⁶²⁴. La Consulta con l'indicata ha chiuso il sistema italiano rispetto le precedenti aperture operate alla CEDU, si è ripetuto in quella sede che la scala gerarchica deve essere vista considerando che la Costituzione sia situata in gradino superiore rispetto la CEDU⁶²⁵.

Nel caso in cui la norma ordinaria interna non consenta la tutela più intensa garantita in un qualsiasi precedente della giurisprudenza della Corte Edu, la sentenza n. 49/2015 riporta che il giudice comune non è sempre tenuto condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte Edu. Nella relazione gerarchica fra CEDU e Costituzione, visto il carattere para costituzionale della prima, le operazioni interpretative che il giudice deve compiere fanno sì che quando si interroga sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione debba ritenere che il semplice dubbio sia sufficiente ad escludere che la norma possa ritenersi avere i potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della Convenzione, in questo modo si prevede che sia ammissibile la proposizione della questione di legittimità costituzionale. Alla luce di quanto detto è solo il diritto consolidato della CEDU a poter aprire le porte al sindacato di costituzionalità, nel caso di non avvenuto consolidamento del diritto della Convenzione il giudice comune deve compiere un'attività di reinterpretazione del precedente in chiave costituzionalmente conforme⁶²⁶.

Il rapporto gerarchico tra le interpretazioni costituzionale, convenzionale ed eurounitaria determina l'abbandono dell'interpretazione della giurisprudenza interna conforme a CEDU, non consolidata, e di contro favorisce l'affermazione dell'interpretazione della

⁶²³ RORDORF, R., "Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra corti supreme europee" online su *Foro it*, pp.18-22.

⁶²⁴ CARLOTTO, IL, "I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo" in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* coord. da CAPPUCCIO, L., LAMARQUE, E., Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p.225.

⁶²⁵ C. Cost. sent. n. 49/2015.

⁶²⁶ CONTI, R., G., "Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali" in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2016, pp. 94.

norma interna sulla base della Costituzione. In tutte le vicende caratterizzate da basi non solide della giurisprudenza Edu, la Consulta non può essere chiamata a sindacare in via incidentale, la partita va giocata sul fronte del giudice comune. Secondo la sentenza i giudici comuni non sono tenuti ad interpretare la legge interna in modo convenzionalmente orientato se la giurisprudenza della Corte europea non si è consolidata. “Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna”, il dubbio di compatibilità della norma convenzionale, unita ad una giurisprudenza non consolidata, con la Costituzione rende inoperante la prima⁶²⁷.

5.1.6. La sentenza costituzionale n. 49 del 2015

La sentenza n. 49/2015 ha ottenuto giudizi negativi da parte della dottrina⁶²⁸, ma è stata accolta favorevolmente dalla Suprema della Corte di Cassazione⁶²⁹. Occorre peraltro mettere subito in chiaro che la presa di posizione delle Sezioni unite è stata di condivisione dell’impianto della sentenza ora riferita, il *favor* con cui è stata accolta la sentenza n. 49/2015 deriva dal fatto che sarebbe finalmente possibile porre un argine allo sconfinante diritti sovranazionale (qui si risente delle emergenti spinte centripete presenti nei vari Stati europei).

La Consulta ha impalcato delle argomentazioni idonee a depotenziare il ruolo della giurisprudenza di Strasburgo, in particolare quando questa va a minare soluzioni ed indirizzi accolti positivamente dalla collettività. Talvolta infatti la Corte Edu mina la sovranità nazionale, adoperando pronunce che si basano su paradigmi nati in altri Stati, e gli interessi generali stabiliti sulla base di scelte legittimamente esercitate dal legislatore interno. Non è un caso che nella pronuncia costituzionale venga fatto riferimento l’art.

⁶²⁷ C. Cost. sent. n. 49/2015, par. 7.

⁶²⁸ RANDAZZO, R., “Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le “sentenze gemelle” (e la sentenza n. 49 del 2015)”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 617-620.

⁶²⁹ Cass. sez. U. sent. n. 9142/2016.

101, secondo comma, della Carta fondamentale che prevede che il giudice debba sottostare esclusivamente alla legge.⁶³⁰

È errato, secondo Corte, credere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali meri ricettori di un comando impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. In quest'ottica il giudice che non può essere un sistema automatizzato tenuto ad applicare la CEDU, non è tenuto a porre sempre e comunque sullo stesso piano della Costituzione un trattato internazionale, ratificato con una legge ordinaria e quindi geneticamente sottordinato alla Costituzione⁶³¹.

Il giudice che opera con senno non potrà ritenersi obbligato a compiere alcuna interpretazione conforme alla Convenzione se non vi è una giurisprudenza CEDU consolidata, solo mantenendosi lungo il tracciato descritto da Corte cost. n. 49/2015 il giudice potrà dirsi realmente all'altezza dei suoi compiti. Di contro, se il giudice comune dovesse sviare dal tracciato attivando un sindacato di legittimità all'interno di un processo ermeneutico che lo conduca, magari per la prima volta, ad applicare la CEDU, egli attenterebbe alla Costituzione stessa, uscendo dal confine di ciò che è legalmente ammesso nell'ordinamento italiano⁶³².

5.2. L'evoluzione del sistema

5.2.1. *Tutela multilivello e trattato di Lisbona*

Il sistema di tutela "multilivello" è stato reso più maturo ed effettivo con il Trattato siglato a Lisbona nel 2009 e con l'obbligatorietà della Carta di Nizza. Le clausole contenute in questo documento tendono ad armonizzare tra di loro le fonti diverse di tutela dei diritti fondamentali, catalogo dei diritti che è integrato anche dai diritti sociali e del lavoro⁶³³. La Corte di Strasburgo ha sviluppato una copiosa produzione giurisprudenziale in cui si

⁶³⁰ BONOMI, A., *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)* online su www.giurcost.it (consultato il 03.04.2020).

⁶³¹ CONTI, R., G., "Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali" in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2016, pp. 95-96.

⁶³² CONTI, R., G., "Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali" in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2016, pp.89-90.

⁶³³ BRONZINI, G., "Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza" in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti* coord. da COSIO, R., FOGLIA, R., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 111-114.

recepiscono i principi fondamentali ed i diritti contenuti nella Carta. La complessa costruzione “multilivello” si regge su fondamenta costruite da una forte implementazione della Carta e su una sua significativa diffusione all’interno degli ordinamenti nazionali. Dalla risoluzione dell’8 settembre 2015⁶³⁴ si rileva il pericolo di un indebolimento dell’efficacia della Carta come parametro di legittimità delle norme interne collegate alla normativa eurounitaria in virtù di un’interpretazione meno aperta dell’51 rubricato “ambito di applicazione”, sull’argomento si è anche concentrato lo stesso parlamento europeo⁶³⁵.

La Corte di giustizia con la sentenza Fransson⁶³⁶ del 7 maggio 2013, C-617/10 aveva interpretato estensivamente l’51 della Carta anche alla luce della sua giurisprudenza passata sull’operatività del diritto europeo negli ordinamenti nazionali⁶³⁷. Secondo questa giurisprudenza il diritto europeo è prevalente rispetto quello interno, sia nel caso in cui il secondo costituisca applicazione diretta di quello eurounitario, che nel caso in cui il rapporto fra i due piani sia meramente parziale o indiretto. È sufficiente che il caso da sottoporre al giudice cada sotto quello che è definibile come il “cono d’ombra” delle regole sovranazionali. A seguito della sentenza Fransson, il *favor* nei confronti dell’uso della Carta sta iniziando a scemare, la Corte è sempre più precisa e prudente nel chiedere ai giudici interni che questi motivino in ordine al rilievo pratico della normativa europea nella fattispecie che deve essere decisa⁶³⁸.

5.2.2. La nozione funzionale dell’art. 51 del Trattato

Dalla Corte viene accolta una nozione funzionale dell’art. 51 per il quale “*le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell’Unione nel rispetto del*

⁶³⁴ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo dell’8 settembre 2015 sulla situazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea (2013-2014) online su <https://www.europarl.europa.eu> (consultato il 12.02.2020).

⁶³⁵ FERRARO, F., CARMONA, J., *Fundamental Rights in the European Union The role of the Charter after the Lisbon Treaty*, European Union, 2015, pp.16-18.

⁶³⁶ C. di Giustizia sent. del 7 maggio 2013, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson.

⁶³⁷ BRONZINI, G., “Diritto dell’unione europea lo stato della giurisprudenza «multilivello» in materia sociale: il secondo rapporto sui diritti fondamentali in Europa” in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, fasc. 2, 2016, p. 135.

⁶³⁸ NASCIMBENE, B., “Il principio di attribuzione e l’applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l’orientamento della giurisprudenza” in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 1, 2015, pp. 55-60.

principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione"⁶³⁹.

La competenza di dimensione europea, necessaria per far valere i diritti sanciti nella Carta di Nizza, è sovente non astratta e potenziale ma è sempre più spesso quella esercitata in concreto di volta in volta nel caso specifico. Si pensi al caso Siragusa del 10 marzo 2014, C-206/13, sebbene l'Unione avesse competenza in ordine alle questioni ambientali, la Carta è stata ritenuta non applicabile in un giudizio riguardante la contestazione di una confisca eseguita in Italia⁶⁴⁰. Nel giudizio non era concretamente dimostrata la rilevanza della normativa eurounitaria. Al contrario, nella precedente causa Fransson, la Carta era stata ritenuta applicabile in un processo che verteva sulla normativa svedese in materia di imposta sul valore aggiunto, priva di alcun nesso con le regole europee tranne il fatto che astrattamente l'IVA costituisce un tributo sottoposto a competenza dell'Unione. Sicuramente le pronunce più recenti sono state foriere di nuovi dubbi, incertezze e controversie, e non può essere sottaciuto che in tal modo il giudice ordinario venga scoraggiato a adire la Corte europea, le Corti nazionali sono chiamate infatti ad essere prudenti⁶⁴¹.

La Corte prima riteneva che se il giudice ordinario avesse sollevato un caso di contrasto di una legge interna con la Carta di Nizza dovesse presumersi l'applicabilità di quest'ultima, negli ultimi tempi però la Corte di Giustizia ha cambiato orientamento e si deve verificare nel merito se sia sussistente un qualche tipo di nesso tra diritto eurounitario ed il caso concreto.

Nella sentenza *Association de médiation sociale* (15 gennaio 2014, C-176/2012) i Giudici del Lussemburgo si sono addirittura rifiutati di integrare quanto sancito nella Carta con le statuizioni delle direttive, che sono la fonte del diritto di consultazione ed informazione nel luogo di lavoro di cui all'art. 27 della Carta di Nizza. L'articolo il capo dedicato alla solidarietà ed è ritenuto praticamente da sempre di pura derivazione sovranazionale, se n'è negata l'applicabilità diretta in una controversia *inter privatorum*⁶⁴².

⁶³⁹ Art. 51 della Carta di Nizza.

⁶⁴⁰ C. di Giustizia sent. del 6 marzo 2014 Cruciano Siragusa contro Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo.

⁶⁴¹ BRONZINI, G., "Diritto dell'unione europea lo stato della giurisprudenza «multilivello» in materia sociale: il secondo rapporto sui diritti fondamentali in Europa" in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, fasc. 2, 2016, p. 136.

⁶⁴² C. di Giustizia sent. del 15 gennaio 2014 6 marzo 2014 *Association de médiation sociale* contro Union locale des syndicats CGT e altri.

Le oscillazioni ed i dubbi della giurisprudenza eurounitaria sono il segno che il sistema “Europa” è ancora lontano dal consolidarsi, ciò è certamente leggibile alla luce della grave crisi che ha colpito l’Unione e che continua nella sua avanzata. Per questa ragione le richieste di interpretazioni estensive della Carta sono foriere di problemi per quanto attiene il consenso della pubblica opinione. Un’Europa in grado di offrire rimedi e soluzioni giuridiche è una base fondamentale per rendere il progetto europeo apprezzabile dalla moltitudine dei cittadini, però non può venirsi a capo della matassa cercando risposte semplicistiche, il contesto politico-istituzionale europeo è sempre più lacerato⁶⁴³.

5.3. La Corte di Giustizia contro il Jobs Act

5.3.1. La vicenda milanese

Il Tribunale di Milano, in funzione di Giudice del lavoro, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, perché si pronunci sulla conformità al diritto eurounitario delle leggi italiana in materia di licenziamenti collettivi. Innanzitutto, il Giudice rimettente si è domandato se vi sia contrasto tra l’art. 10 D.lgs. n. 23/2015 e il principio di parità e non discriminazione espresso della Direttiva n. 99/70/CE, sui contratti a termine. Il contratto di lavoro a tutele crescenti trova applicazione nel caso di conversione di contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato successive al 7 marzo 2015. Vi sarebbe un trattamento diseguale tra i lavoratori titolari di siffatti rapporti e coloro che sono stati assunti in precedenza, ai quali sarebbe riconosciuta anche la reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 5, comma 3, l. n. 223/1991, come novellato dalla l. n. 92/2012.

Secondariamente, il Giudice rimettente ritiene che l’art. 10 D.lgs. n. 23/2015, per via del duplice regime differenziato, violi gli artt. 20, sul principio di uguaglianza, e 30, sulla tutela in caso di licenziamento ingiustificato previsti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e viola la Direttiva n. 98/59/CE, in materia di licenziamenti collettivi. La vicenda trae origine da una procedura di licenziamento collettivo nell’ambito della quale una lavoratrice licenziata, insieme ad alcuni colleghi, aveva

⁶⁴³ BRONZINI, G., “Diritto dell’unione europea lo stato della giurisprudenza «multilivello» in materia sociale: il secondo rapporto sui diritti fondamentali in Europa” in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, fasc. 2, 2016, p. 137.

impugnato il licenziamento, secondo la normativa c.d. Fornero. Il Giudice dichiarava i provvedimenti datoriali illegittimi per violazione del criterio di scelta di licenziamento, non avendo il datore di lavoro considerato quei lavoratori adibiti a mansioni omogenee e compatibili. Il Tribunale aveva condannato il datore di lavoro alla reintegra dei ricorrenti, tranne che la lavoratrice causa inammissibilità del ricorso per erroneità del rito. Essendo stata assunta a tempo determinato prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 23/2015, ed essendo stato stabilizzato il suo rapporto di lavoro solo successivamente, avrebbe dovuto proporre ricorso secondo le norme di procedure differenti da quelle introdotte con la l. n. 92/2012, la c.d. riforma Fornero. La ricorrente si è opposta alla decisione paventando il conflitto fra le norme di diritto interno e quelle eurounitarie⁶⁴⁴.

5.3.2. Uguaglianza e licenziamento illegittimo

Non sussistono dubbi in merito alla possibilità di invocare i duplici principi di uguaglianza e non discriminazione ed il principio di tutela avverso il licenziamento illegittimo nella fattispecie che ci occupa. L'art. 1, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 ha fuor di dubbio una connessione forte con la clausola 4 della Direttiva n. 1999/70/CE a norma della quale *“per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive⁶⁴⁵”* e che concretizza gli artt. 20, sull'uguaglianza davanti la legge, e 21, sulla non discriminazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Sostanzialmente l'art. 1, comma 2 riguarda la presa in considerazione degli anni di anzianità di servizio dei lavoratori italiani assunti con contratto a tempo determinato, ambito che secondo consolidato e granitico orientamento del giudice eurounitario rientra nella nozione di “condizioni di impiego” a mente della Direttiva 1999/70/CE⁶⁴⁶.

Inoltre anche il principio di cui all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per cui *“ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento*

⁶⁴⁴ TUFO, M., *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴⁵ Direttiva 1999/70/CE del consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro Ces, Unice E Ceep sul lavoro a tempo determinato.

⁶⁴⁶ *Ex multis*. C. di Giustizia sent. del 20 settembre 2018 Chiara Motter contro Provincia autonoma di Trento.

ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali" è da ritenere operante nel caso de quo, infatti il giudice milanese ha individuato un nesso fra l'art. 10 D.lgs. n. 23/2015 a norma del quale *"in caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 2 del presente decreto. In caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1"*, e la Direttiva 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, segnatamente la legge n. 223/1991, il cui art. 5, comma 3, prevede la tutela reintegratoria in caso di violazione dei criteri di scelta, costituisce attuazione della direttiva medesima⁶⁴⁷.

In via preliminare vi è una questione da dirimere affinché affrontare quanto sollevato dal giudice di Milano, va valutato se le tutele previste al D.lgs. n. 23/2015 costituiscano effettivamente un trattamento peggiorativo rispetto a quelle applicabili ai lavoratori già in forza prima del 7 marzo 2015. Al fine di comprendere tale profilo è necessario chiedersi innanzitutto se le nuove tutele siano poste in violazione dell'art. 30 della Carta di Nizza, sulla tutela contro l'ingiustificato licenziamento, va valutato se la nuova normativa italiana è peggiorativa rispetto alla tutela reale, giacché nel diritto sovranazionale è quest'ultima a costituire rimedio ordinario⁶⁴⁸.

5.3.3. *L'anzianità di servizio*

Con riguardo al giudizio di conformità fra gli articoli 1 e 10 del D.lgs. n. 23/2015 e l'art. 30 della Carta di Nizza, può ritenersi attendibile la tesi per cui vi sia violazione dell'ordinamento eurounitario⁶⁴⁹. L'interpretazione dell'art. 30 non può essere effettuata prescindendo dai canoni dell'art. 24 della Carta Sociale e dalle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali, la normativa italiana presenta rilevanti punti di contatto con

⁶⁴⁷ GIUBBONI, S., "Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti" in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, Int. 242, 2015, p. 22.

⁶⁴⁸ TUFO, M., *op. cit.*, p. 10.

⁶⁴⁹ GIUBBONI, S., *op. cit.*, p. 22

quanto avvenuto nell'ordinamento finlandese⁶⁵⁰. L'aver introdotto l'ordinamento una tutela meramente indennitaria, circoscritta entro un massimo ed un minimo, non può dirsi adeguata o effettiva e neanche dissuasiva, in quanto non dà alcuna garanzia di ripristino della situazione giuridica *quo ante* del lavoratore licenziato nemmeno da un punto di vista prettamente economico⁶⁵¹.

Il punto dolente, la carenza di tutela, non è stata ridimensionata ad opera seguito delle modifiche dell'art. 3 apportate dal c.d. decreto dignità, che ha riassetato commisurato l'indennità tra le 6 e le 36 mensilità, né dalla sentenza della Consulta n. 194/2018 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 - sia nel testo originario sia come modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese) limitatamente alle parole “*di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio*”⁶⁵².

In ossequio del principio di uguaglianza, la quantificazione dell'indennità risulta oggi più elevata che precedentemente, non è più legata alla sola anzianità di servizio, però questo paradigma resta in ogni caso prioritario nella determinazione del *quantum* e pertanto è elemento di svantaggio per i nuovi assunti nei confronti di coloro i quali erano stati assunti precedentemente alla data del 7 marzo 2015 con contratto a tempo indeterminato⁶⁵³.

Va rilevato come l'indennità di cui all'art. 3, comma 1, D.lgs. n. 23/2015, a differenza di quanto disposto dall'art. 5, comma 3, l. n. 223/1991 e dall'art. 18, comma 4 dello Statuto dei lavoratori, non è soggetta ad alcuna contribuzione previdenziale, quindi il lavoratore assunto da poco tempo non avrebbe nessun riconoscimento a livelli pensionistico, provocando un effetto domino sul tessuto sociale con pesanti ricadute nei riguardi dei lavoratori più giovani. La scarsa congruità della sanzione si mostra in maniera palese nei casi, come quello all'attenzione del tribunale di Milano, in cui il lavoratore sia stato

⁶⁵⁰ Reclamo n. 106/2014 Finnish Society of Social Rights v. Finland.

⁶⁵¹ COSIO, R., “La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell'UE” in *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, coord da COSIO, R., CURCURUTO, F., E FOGLIA, R., Giuffrè, Milano, 2016, p. 42.

⁶⁵² C. Cost sent. n. 194/2018.

⁶⁵³ CARINCI, M., T., “La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre” in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, Int. 378, 2018, p. 15.

assunto in origine con contratto di lavoro a tempo determinato ed in seguito il suddetto rapporto si sia stabilizzato in una data posteriore a quella dell'entrata in vigore del c.d. jobs act, il legislatore nella fattispecie non ha tenuto conto dell'anzianità di servizio maturata nel periodo di vigenza del contratto a termine ai fini dell'applicazione della tutela contro i licenziamenti ingiustificati.

5.3.4. *Il termine del contratto*

Per quanto attiene la compatibilità degli artt. 1 e 10 D.lgs. n. 23/2015 con l'art. 20, sull'uguaglianza dinnanzi alla legge, e l'art. 21, sulla non discriminazione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e con la clausola 4 della Direttiva n. 1999/70/CE, il tribunale milanese ritiene centrale nella valutazione del rispetto del principio di uguaglianza e non discriminazione la disciplina sul contratto a tutele crescenti alle conversioni dei rapporti a termine successive al 7 marzo 2015.

Nell'applicazione del principio di non discriminazione dei lavoratori assunti a termine è necessario effettuare la comparazione fra questi e quelli che sono assunti con contratto a tempo indeterminato. Il tribunale di Milano risolve tale giudizio positivamente, la ricorrente infatti svolgeva mansioni del tutto sovrapponibili a quelle dei colleghi che erano stati reintegrati, l'unico elemento di differenziazione era quello di essere stata assunta con contratto a termine che era stato trasformato in rapporto a tempo indeterminato in una data posteriore a quella del celeberrimo 7 marzo⁶⁵⁴.

Non va trascurato che secondo la disciplina comune e generale dei rapporti contrattuali, la clausola che introduce un termine si configura come un elemento accidentale del contratto, talché se dichiarato nullo provoca la trasformazione del rapporto in tempo indeterminato e non una nuova assunzione⁶⁵⁵.

La circostanza secondo la quale il rapporto di lavoro della ricorrente fosse nato come a tempo determinato non può costituire giustificazione a un regime di tutele differenziate dinnanzi ad un licenziamento ingiustificato, secondo la consolidata giurisprudenza eurounitaria non si può trattare in modo peggiore un lavoratore semplicemente per il fatto di essere stato assunto con un rapporto di lavoro a tempo determinato, non si ritiene

⁶⁵⁴ TUFO, M., *op. cit.*, p. 11.

⁶⁵⁵ Cass. sent. n. 11442/1996.

sussistente una “ragione obiettiva” ai sensi della clausola 4 Direttiva n. 99/70, neanche nel caso in cui siffatto trattamento sia previsto da una norma interna generale ed astratta⁶⁵⁶.

5.3.5. *Le ordinanze di Roma e Milano*

I rilievi effettuati dal giudice milanese nell’ordinanza erano già stati sollevati dalla dottrina precedentemente⁶⁵⁷, soprattutto tenendo conto del contenuto dell’ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017, che ha costituito il presupposto della sentenza della Consulta n. 194/2018⁶⁵⁸.

In quella sede la questione dinnanzi l’organo giudicante atteneva però ad un licenziamento individuale e riguardava la tradizionale vicenda legata ai lavoratori assunti a tempo indeterminato precedentemente alla fatidica data di entrata in vigore del d.lgs. 23 del 2015. Non si era avuto alcun riguardo delle conversioni dei contratti a termine anteriormente stipulati, e proprio la suddetta omissione costituisce la reale differenza con l’ordinanza di rimessione effettuata dal giudice milanese nel 2019.

Quest’ultimo pertanto si pone in continuità con quanto motivato dal giudice romano e ne riprende le argomentazioni, senza omettere neanche quelle che erano state rigettate dalla

⁶⁵⁶ *Ex multis*. C. di Giustizia sent. dell’8 settembre 2011 Francisco Javier Rosado Santana contro Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía; C. di Giustizia Sentenza del 18 ottobre 2012 Rosanna Valenza e altri contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; C. di Giustizia sent. del 22 dicembre 2010 Rosa María Gavieiro Gavieiro, Ana María Iglesias Torres contro Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

⁶⁵⁷ DE MOZZI, B., “Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act” in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, Int. 353, 2018, p. 10.

⁶⁵⁸ CARINCI, F., “Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale” in *Lavoro nella giurisprudenza*, fasc. 10, 2017, pp. 902-905.

Corte Costituzionale⁶⁵⁹, visto che la controversia attuale verte in materia di licenziamenti collettivi e contratto a termine, la disparità di trattamento manifestatesi nei confronti dei lavoratori in ragione di un mero fattore temporale potrebbero non essere ritenute giustificate dalla Corte di Giustizia, a differenza di quanto deciso Consulta.

Il fulcro della decisione a cui è chiamato il Giudice di Lussemburgo verte proprio sul giudizio di proporzionalità, a norma dell'art. 52 della Carta di Nizza, della limitazione del diritto alla tutela reale e alla stabilità, che si esplica nella sua ponderazione con la libertà di impresa⁶⁶⁰

La Consulta in sede dello scrutinio di costituzionalità sollevato dal tribunale di Roma ha escluso che vi fosse irragionevolezza nella diversità di tutele perché vi era il giustificativo dello scopo di politica occupazionale che veniva perseguito dal legislatore, l'obiettivo della normativa era costituito dall'incentivare le assunzioni di lavoratori con contratti a tempo indeterminato tramite l'introduzione di tutele attenuate e agevolmente calcolabili nell'ipotesi di licenziamento illegittimo⁶⁶¹. Il Tribunale di Milano oggi cerca di ribaltare

⁶⁵⁹ C. Cost sent. n. 194/2018, “2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 7, lettera c), della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell’attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro) e degli artt. 2, 3, commi 2 e 3, e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, della Costituzione – questi ultimi due articoli in relazione all’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, alla Convenzione sul licenziamento n. 158 del 1982 (Convenzione sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro), adottata a Ginevra dalla Conferenza generale dell’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) il 22 giugno 1982, e all’art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30 –, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro, con l’ordinanza indicata in epigrafe; 3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro, con l’ordinanza indicata in epigrafe; 4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 30 CDFUE, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro, con l’ordinanza indicata in epigrafe”.

⁶⁶⁰ ORLANDINI, G., “La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea” in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, fasc. 4, 2012, p. 619.

⁶⁶¹ Comma 7, legge n. 183/2014, “Allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l’attività ispettiva, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi”.

la tesi fornita dai Giudici costituzionali dinnanzi la Corte di Giustizia, facendo leva sul fatto che lo scopo prefissato dal legislatore italiano è stato contraddetto smentito dai dati sull'occupazione a tempo indeterminato: non vi è alcuna evidenza che una riduzione delle tutele dei licenziamenti abbia un impatto positivo sul dato occupazionali, in Italia infatti prevalso l'utilizzo dei contratti a termine⁶⁶².

La disparità di trattamento non costituisce c.d. ragione obiettiva a mente della clausola 4, la direttiva n. 99/70 infatti si prefigge l'obiettivo del miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato nella garanzia del principio di non discriminazione e quello di creare un sistema normativo idoneo a prevenire le violazioni che scaturiscono da una reiterazione di contratti a termine⁶⁶³. I suddetti obiettivi non possono essere derogati da norme, come quelle previste dal legislatore italiano, che non sono da un lato né adeguate o dissuasive, mentre dall'altro non sono bilanciate da una crescita del livello occupazionale⁶⁶⁴.

La tutela differenziata non sembra dotata di una giustificazione nemmeno avendo in mente la disciplina del licenziamento collettivo: l'aver eroso gli strumenti di dissuasione del datore nell'esercizio del potere di licenziare in maniera arbitraria, per mezzo di una procedura schematica e rigorosa e l'aver implementato la tutela dei lavoratori nel caso di licenziamenti collettivi, non viene controbilanciato da un corrispondente miglioramento della situazione occupazionale⁶⁶⁵. Il Jobs act ha causato l'affievolimento delle tutele in capo ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato dinnanzi ad una procedura di licenziamento collettivo, si sono incentivati i licenziamenti dei nuovi assunti e su loro stessi grava l'onere previdenziale del proprio status di disoccupati⁶⁶⁶.

Il giudice milanese rimettente avrebbe anche potuto astrattamente rimettere le questioni in oggetto al giudizio della Corte costituzionale, giacché nel caso attuale è configurabile la c.d. doppia pregiudizialità, sarebbe configurabile un duplice contrasto da una parte con l'ordinamento eurounitario e dall'altro con la normativa costituzionale italiana. L'organo

⁶⁶² Ordinanza del Tribunale di Milano 5 agosto 2019, p. 39.

⁶⁶³ Clausola I, Direttiva n. 1999/70/CE.

⁶⁶⁴ TUFO, M., *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶⁵ Ai sensi del Considerando n. 2 Direttiva n. 1998/59/CE “*considerando che occorre rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, tenendo conto della necessità di uno sviluppo economico-sociale equilibrato nella Comunità*”.

⁶⁶⁶ VIDIRI, G., “L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto” in *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione Europea*, coord da COSIO, R., CURCURUTO, F., E FOGLIA, R., Giuffrè, Milano, 2016, p. 98.

giudicante meneghino ha previamente adito la Corte di Giustizia perché nell'ipotesi in cui venisse riconosciuto il contrasto con la normativa eurounitaria, potrà consentirsi agli altri giudici interni di effettuare operazioni ermeneutiche conformi al diritto europeo e potrà concretizzarsi il contenuto dell'art. 30 della Carta di Nizza così da consentire la disapplicazione della norma interna in contrasto con la decisione del Giudice di Lussemburgo⁶⁶⁷.

5.4. Parametri interposti nella sentenza 120 del 2018

5.4.1. La Carta di Nizza

La Carta europea dei diritti fondamentali, all'art. 30 contiene la disciplina della tutela nel caso di licenziamento, la norma è posta nel titolo IV che riguarda la solidarietà e stabilisce che *“ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”*. Il giudice italiano, con ordinanza del Tribunale di Roma, sez. III lavoro, iscritta al n. 195 del Registro ordinanze 2017, ha avviato il procedimento che ha dato luogo alla sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2018. La sentenza ha affermato che si *“impone agli Stati membri di garantire una adeguata tutela in caso di licenziamento ingiustificato”*⁶⁶⁸. Si rileva come la parola *“adeguata”* non compare nella disposizione della Carta di Nizza⁶⁶⁹. La violazione della Carta di Nizza è stata giudicata inammissibile in quanto il giudice non ha motivato relativamente alla normativa eurounitaria che asseriva essere stata violata: si ritiene pacifico nella giurisprudenza costituzionale il principio per cui via sia rilevanza dell'incompatibilità di una norma nazionale con la Carta di Nizza solo nel caso in cui la prima si ritrovi nell'alveo del diritto europeo. Ovviamente l'organo preposto e naturalmente chiamato a svolgere questa attività è quello giudicante, in conformità con quanto stabilito dall'art. 51 della Carta dei diritti fondamentale dell'Unione Europea.

⁶⁶⁷ TUFO, M., *op. cit.*, p. 13.

⁶⁶⁸ C. Cost. sent. n. 120/2018.

⁶⁶⁹ COZZI, A., O., *“Sull'art. 30 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e sulla Carta Sociale Europea come parametro interposto”* in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* online su www.forumcostituzionale.it (consultato il 10.02.2020), p. 107.

Già nella sentenza n. 269 del 2017, la Corte costituzionale aveva voluto riportare entro il sindacato accentrato di costituzionalità il giudizio sulla non conformità della norma nazionale italiana con norme della Carta e con le norme previste dalla Costituzione. La sentenza n. 269 del 2017 riguardava una fattispecie che il giudice *a quo* aveva ritenuto essere rilevante per il diritto eurounitario, ma l'ordinanza (la 196 del 2017) tacere in materia. Il giudice rimettente non ha fatto buon uso della Carta, avendola accostata ad altre disposizioni di matrice internazionale, prescindendo inoltre dalla rilevanza del diritto eurounitario e con mera funzione di integrazione di parametri giuridici⁶⁷⁰.

La medesima Consulta ha sovente usato la Carta di Nizza per suffragare le proprie motivazioni anche al di fuori dell'ambito più strettamente europeo, questo *modus operandi* non è però ortodosso ed appare opinabile perché non consente ad ampliare la portata del testo, l'ha estrapolata dal sistema giuridico di appartenenza facendole perdere il contenuto precettivo che le è proprio⁶⁷¹.

5.4.2. *Il rilievo della Carta Sociale*

Nell'ordinanza di rimessione, ha assunto un ruolo rilevante la Carta Sociale Europea che è stata usata quale parametro interposto e ha influito nella redazione della sentenza n. 120 del 2018 aveva ad oggetto il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1475, comma 2, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare), in quanto prevede che “*I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali*” anziché prevedere che “*I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali*”⁶⁷².

La sentenza aveva in argomento il diritto dei militari di costituzione e adesione ad associazioni sindacali e la Corte costituzionale ha motivato sulla base di due ordini di argomenti. Da una parte si è evidenziata la ragione per cui la Carta Sociale sia norma interposta, dall'altro lato si è trattato degli effetti che dispiegano le pronunce del Comitato nel diritto italiano.

⁶⁷⁰ C. Cost. sent. n. 269/2017.

⁶⁷¹ COZZI, A., O., *op. cit.*, pp. 107-108.

⁶⁷² C. Cost. sent. n. 120/2018.

La Carta Sociale va considerata parametro interposto giacché è un trattato in materia di diritti fondamentali ed essendo stata redatta in seno al Consiglio d'Europa viene considerata vicina alla CEDU, della quale è lo specchio più spiccatamente sociale. Sulla scorta del Preamboli della Carta Sociale, la Consulta ne ha riconosciuto il valore di parametro interposto sulla considerazione che i diritti civili, politici e sociali costituiscono un'entità unitaria ed indivisibile⁶⁷³.

Per quanto riguarda la portata delle pronunce del Comitato nell'ordinamento italiano, le argomentazioni utilizzate si fondano sulla mancanza nella Carta Sociale di norme sovrapponibili all'art. 32 e 46 della CEDU sulla competenza della Corte di Strasburgo ad interpretare e applicare la stessa CEDU e sull'obbligatorietà a conformarsi alle sue sentenze. Mancano nella CSE norme analoghe agli artt. 32 e 46 CEDU sulla competenza della Corte di Strasburgo alla interpretazione e applicazione della CEDU e sul vincolo a conformarsi alle sue sentenze, ed effettivamente nelle sentenze gemelle⁶⁷⁴ la presenza di un organo giurisdizionale ha rappresentato un argomento dirimente per distinguere la CEDU da altri trattati internazionali. La Corte ha fatto espressamente riferimento ad un passaggio della sentenza n. 348 del 2007 sul fatto che le norme della CEDU vivano nell'interpretazione che ne fa la Corte di Strasburgo, *“la verifica di compatibilità costituzionale riguarda la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata”*⁶⁷⁵, e ciò non accade per la CSE. Il Comitato ha una funzione di interpretazione autorevole, sue conclusioni però non vincolano i giudici comuni nell'interpretazione della CSE.

5.4.3. Il valore costituzionale del Comitato

Questa impostazione non sembra convincente sotto il profilo internazionalistico: infatti i componenti del Comitato sono indipendenti, il procedimento si è progressivamente giurisdizionalizzato (anche a seguito dei reclami collettivi) ed infine è diversa la rilevanza

⁶⁷³ SPADARO, A., “Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL” in *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, coord. da PANZERA, C., RAUTI, A., SALAZAR, C., SPADARO, A., (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 14 e 15.

⁶⁷⁴ C. Cost. sent. n. 348/2007; C. Cost. sent. n. 349/2007.

⁶⁷⁵ C. Cost. sent. n. 348/2007.

del concetto di vincolatività delle decisioni nel diritto internazionale rispetto al diritto interno. *A fortiori*, il Comitato è tenuto ad esprimersi sui *complaint* proposti, in seno ai procedimenti che lo Stato italiano riconosce ed entro il quale lo stesso Stato, nella sua accezione di apparato, partecipa in quanto contraddittore inviando le proprie controdeduzioni. In ragione della ratifica e dell'esecuzione è imposto il rispetto dei precetti giuridici internazionali a tutte le articolazioni repubblicane, ivi compreso il Governo. Per questa ragione non appare coerente che gli organi governativi debbano adoperare sul piano internazionale misure politiche anziché usando i coerenti strumenti giuridici previsti. Se in seguito alla ratifica ed esecuzione dei trattati, il rispetto delle norme internazionali si impone a tutte le articolazioni interne della Repubblica, non si comprende perché il Governo debba difendersi sul piano internazionale con strumenti giuridici. La Corte costituzionale ed i giudici comuni potrebbero prescindere dalle conclusioni manifestate dal Comitato: in questo caso però vi sarebbe il palese rischio che si possano creare interpretazioni difformi fra il piano interno e quello internazionale⁶⁷⁶. Non appare lineare la modalità con la quale la Consulta o i giudici comuni possano disattendere le correnti ermeneutiche e le metodologie nate e sviluppatesi nell'ambito della Carta Sociale Europea. La Corte costituzionale è mossa dalla paura che si possa cedere il passo alle prassi dei vari e numerosi organismi non giurisdizionali aventi il compito di vigilare sull'applicazione dei proliferanti e variegati trattati internazionali. L'obiettivo conseguito dalla Consulta sembra proprio quello di voler frenare il profluvio di risoluzioni, dichiarazioni, conclusioni di varia natura ed efficacia. Non è semplice per il giudice della Costituzione razionalizzare la diversa efficacia dei differenti organi internazionali a seconda della struttura o della funzione esercitata, per comprendere appieno il funzionamento è necessaria un'elevata sensibilità al diritto internazionale. Affinché non farsi carico di caratteri strutturali e funzionali che possono essere di complessa applicazione, lo strumento utilizzato non appare del tutto coerente, mentre esistono altri limiti conosciuti dalla Corte, per averli costruiti nell'ambito della CEDU. Innanzitutto, vi è il principio per il quale le norme internazionali, in base all'interpretazione dell'organo preposto a farlo, vanno a bilanciarsi con gli altri interessi e diritti che rilevano in base alla Costituzione. Secondariamente tecniche argomentative

⁶⁷⁶ COZZI, A., O., *op. cit.*, p. 108.

come il margine di apprezzamento pongono in evidenza i punti di consonanza e di divergenza⁶⁷⁷. La Corte in tal modo rende un servizio anche al parametro internazionale, perché ha bisogno di vivere sugli istituti dell'ordinamento interno. Sarebbe opportuno rimodulare in maniera differente alcune espressioni della sentenza n. 120 del 2018, in base alle prassi applicative del Comitato ed interpretare la Carta Sociale con le stesse modalità adoperate per la CEDU. In questo modo sarebbe garantito parità di trattamento fra gli strumenti internazionalistici che la medesima Consulta ha adoperato affinché giustificare l'attrazione della Carta Sociale come parametro interposto⁶⁷⁸.

5.4.4. *La nozione di effetto diretto*

Va valutato se la Carta Sociale fosse applicabile al caso che ci occupa, nella sentenza 120 del 2018 la Consulta afferma che un ultimo passaggio relativo alla CSE su cui pare opportuno soffermarsi è la sua capacità o meno di applicarsi ai casi di specie. Afferma la Corte costituzionale nella sentenza n. 120 che la CSE non è dotata di effetto diretto e non può trovare immediata applicazione ad opera del giudice ordinario, è richiesto che via sia un intervento della stessa Corte costituzionale, per violazione di norma interposta all'art. 117 della Carta costituzionale. Ciò va fatto a maggior ragione ove si consideri che la struttura della Carta Sociale è caratterizzata dall'enunciazione di principi che pertanto impongono una specifica attenzione a tempi e modalità della loro attuazione⁶⁷⁹.

Quanto detto dalla Corte costituzionale è sovrapponibile ed analogo a quanto riferito nella sentenza 348 del 2007⁶⁸⁰, vi è una certa assonanza fra le caratteristiche strutturali delle norme internazionali, la capacità di diretta applicazione e la sanzione in caso di conflitto tra norma interna e norma internazionale. Oggi pare di poter affermare, alla luce degli obblighi che la Corte costituzionale impone ai giudici comuni prima di sollevare la questione di costituzionalità, che tutte le norme convenzionali sono potenzialmente direttamente applicabili, sono idonee ad offrire volta per volta, a seconda delle

⁶⁷⁷ Nella stessa sentenza C. Cost. sent. n. 120/2018 la Corte accenna a questa seconda tipologia di argomenti quando afferma che le pronunce del Comitato non vincolano i giudici nazionali "... *tanto più se, come nel caso in questione, l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali*".

⁶⁷⁸ COZZI, A., O., *op. cit.*, pp. 108 e 109.

⁶⁷⁹ C. Cost. sent. n. 120/2018.

⁶⁸⁰ C. Cost. sent. n. 348/2007.

circostanze, una regola per il caso⁶⁸¹. Questo tipo di impostazione sembra essere stata seguita dalla Corte riguardo la Carta Sociale, infatti nella sentenza 120 del 2018 è ravvisabile un contenuto dotato di una certa specificità, un contenuto puntuale.

Quanto espresso dalla Consulta va rivalutato ritenendo che la carenza di effetto diretto non vada letta come capacità di servire al giudice una norma per il caso concreto, ma vada considerata semplicemente come collegamento funzionale all'operazione di sindacato. In sostanza la Corte non si è occupata dell'idoneità della norma di applicarsi o meno al caso concreto, ma si è occupata della differente problematica legata al soggetto e ad al luogo preposti ad eseguire l'accertamento di compatibilità (o meno) tra le norme nazionali e disposizioni della Carta Sociale. La strategia motivazionale della Corte costituzionale quasi sicuramente mira a stroncare sul nascere le istanze dei giudici comuni volte alla disapplicazione diretta della normativa interna contrastante con la CSE; pertanto la Carta diviene parametro interposto ed è soggetta ad un controllo non dissimile a quello a cui sottostà la Convenzione europea. L'aver utilizzato da parte del Giudice costituzionale la categoria dell'effetto diretto è stato foriero di confusione per gli interpreti, forse sarebbe stato più opportuno che la Corte si fosse limitata ad affermare la possibilità di effettuare il sindacato accentrato indipendentemente dall'idoneità della norma internazionale di applicarsi direttamente⁶⁸².

⁶⁸¹ CATALDI, G., "Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2, 2008, Il Mulino, Bologna, pp. 335-339.

⁶⁸² COZZI, A., O., *op. cit.*, pp. 110 e 111.

La tutela multilivello: European Social Charter

6.1.L'art. 24 della Carta di Sociale Europea e il diritto italiano

6.1.1. Adeguatezza e non standardizzazione

Come anticipato, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 194/2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 (c.d. *Jobs Act* sul contratto di lavoro a tutele crescenti) nella parte in cui prevedeva che il computo dell'indennità per i casi di licenziamento illegittimo dovesse avvenire secondo un rigido criterio fissato nelle ben note due mensilità di retribuzione globale di fatto per ogni anno di anzianità di servizio del lavoratore. Secondo la Corte il limite massimo di 24 mensilità di retribuzione, poi elevato a 36 mensilità dal d.l. 12 luglio 2018, n. 87 come convertito nella l. 9 agosto 2018, n. 96, non viola la nozione costituzionale di "adeguatezza" del risarcimento, quest'ultima va intesa come il ristoro che realizza un idoneo contemperamento degli interessi coinvolti⁶⁸³.

È stata sancita la necessità strutturale del giudizio di bilanciamento effettuato concretamente dal giudice fra un'ampia gamma di criteri valutativi, come il numero di dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, il comportamento e le condizioni delle parti, le dimensioni dell'attività economica. La Corte non ha preso alcuna posizione a riguardo della compatibilità costituzionale del limite minimo di sei mensilità, come elevato c.d. "decreto dignità".

Tra i molteplici profili di possibile incostituzionalità sottoposti all'attenzione della Corte, un ruolo preminente l'ha avuto l'art. 24 della Carta Sociale Europea, secondo cui "*per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'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*". La pronuncia n. 194/2018 ha infatti riconosciuto l'idoneità delle disposizioni della Carta Sociale Europea ad essere configurate quali veri e propri parametri interposti rispetto all'art. 117 Cost., in questo modo la Carta esula dall'essere

⁶⁸³ C. Cost. sent. n. 235/2014; C. Cost. sent. n. 303/2011; C. Cost. sent. n. 482/2000; C. Cost. sent. n.132/1985.

una mera fonte di *soft law* assumendo una certa portata precettiva. La Consulta in maniera esplicita ha escluso che decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, quale organo competente a pronunciarsi sui ricorsi collettivi proposti avverso le lamentate violazioni della Carta, possano assumere efficacia vincolante per i giudici nazionali. La considerazione effettuata dalla Corte costituzionale poggia le sue basi sul fatto che, diversamente da quanto avviene nell'ordinamento giurisdizionale proprio della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, né la Carta Sociale Europea, né il Protocollo Addizionale contengono disposizioni di effetto equivalente all'art. 32 comma 1 CEDU e all'art. 46 CEDU. I due articoli fondano l'autorità di cosa giudicata delle sentenze rese dalla Corte EDU relativamente allo Stato in causa. Sulla base di tali presupposti la Consulta ha sancito che le disposizioni della Carta Sociale Europea sono *ex se* giuridicamente vincolanti, ma non lo è l'interpretazione che di queste abbia dato il Comitato Europeo dei Diritti Sociali⁶⁸⁴. Anche nella precedente sentenza n. 120/2018 la Corte Costituzionale aveva escluso il riconoscimento dell'efficacia vincolante alle determinazioni interpretative⁶⁸⁵ assunte dal Comitato nel giudizio *Conseil Européen des Syndicats de Police c. France* preso con decisione del 27 gennaio 2016⁶⁸⁶.

6.1.2. *La validità delle pronunce del Comitato*

La *querelle* riguardante il valore legale delle decisioni del Comitato è suscettibile di assumere una rilevanza pratica di ampio impatto. L'art. 24 ritiene sussistere il principio per cui vi sia indifferenza nell'utilizzare rimedi di tipo indennitario e di tipo reintegratorio. Il concetto non è in grado di porre particolari rischi di conflitto rispetto ai principi affermati tradizionalmente dalla giurisprudenza costituzionale in materia di riparazione del danno scaturente dall'illegittimo licenziamento, basti pensare *in primis* al principio per cui la negazione che la tutela reintegratoria sia un rimedio costituzionalmente imposto, ferma comunque la necessità di garantire che vi sia un risarcimento l'adeguato⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ PERRONE, F., "Il ruolo dell'art. 24 della Carta Sociale Europea nella sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale", in *Labor- Il lavoro nel diritto*, 2019, online su <http://www.rivistalabor.it/> (consultato il 25.03.2020), pp. 1 e 2

⁶⁸⁵ C. Cost. sent. n. 120/2018.

⁶⁸⁶ Reclamo n. 101/2013 Conseil Européen des Syndicats de Police v. France.

⁶⁸⁷ C. Cost. sent. n. 303/2011; C. Cost. sent. n. 46/2000.

Per converso, il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, quando si pronunciò sul celebre caso *Finnish Society v. Finland*⁶⁸⁸ ha elaborato una rivoluzionaria interpretazione dell'art. 24 della Carta Sociale. Il Comitato è stato spinto dal bisogno di trovare l'esatto punto di bilanciamento fra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto e l'interesse organizzativo ed economico di parte datoriale e ricavato la nozione di "adeguata compensazione". Questa nozione richiede che siano garantiti il rimborso delle perdite economiche subite tra il licenziamento e la decisione del ricorso⁶⁸⁹, la possibilità di reintegrazione⁶⁹⁰ ed una compensazione economica di livello sufficientemente elevato da assicurare la reintegra del danno e dissuadere il datore di lavoro dal reiterare illecito⁶⁹¹. Il risultato cui è giunto il Comitato sociale fa sì che i rimedi indennitario-risarcitori possano essere ritenuti adeguata compensazione solo nel caso in cui siano idonei a reintegrare il lavoratore illegittimamente danneggiato. Deve crearsi una situazione non meno favorevole di quella che si sarebbe venuta a creare se l'illecito non fosse stato commesso⁶⁹².

La lettura e l'analisi delle argomentazioni costruite dal Comitato fanno emergere come il rimedio reintegratorio ed il rimedio compensativo siano strumenti di tutela qualitativamente eterogenei, in quanto per loro natura diretti al ripristino di situazioni dannose che non potrebbero essere assimilate. Coerentemente il Comitato, ha ritenuto che nel concreto esistano casi in cui il danno effettivo subito dal lavoratore in conseguenza del licenziamento ingiustificato è superiore al *quantum* prestabilito legalmente. Ha così ritenuto che la Finlandia, nel prevedere un limite di 24 mesi di retribuzione quale soglia risarcitoria massima onnicomprensiva del danno, violasse l'art. 24 della Carta, perché non idonea a garantire che la compensazione economica del danno sia sempre e comunque commisurata alla perdita realmente sofferta. Secondo il Comitato la normativa antidiscriminatoria dell'ordinamento finlandese non è in grado di sanare la mancanza di

⁶⁸⁸ Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*.

⁶⁸⁹ Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*: "*reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body*".

⁶⁹⁰ Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*: "*reinstatement*".

⁶⁹¹ Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*: "*compensation at a level high enough to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee*".

⁶⁹² Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*: "*the possibility of awarding the remedy recognises the importance of placing the employee back into an employment situation no less favourable than he/she previously enjoyed*".

tutela, giacché i previsti rimedi sono posti a tutela di differenti situazioni giuridiche. Il danno da discriminazione non è sovrapponibile infatti al danno da licenziamento ingiustificato, il quale deve trovare autonomo ed autosufficiente ristoro.

Per quanto concerne l'inesistenza nel diritto finlandese di rimedi di tipo reintegratorio, il Comitato ha chiarito che una lettura dell'art. 24 della Carta, impone che il concetto di altra adeguata riparazione debba necessariamente riguardare la tutela reintegratoria, che è il rimedio migliore in grado di porre il lavoratore in una situazione ottimale. Il Comitato Sociale ha escluso che possa esservi adeguatezza nell'obbligo reimpiegare il lavoratore licenziato in caso di nuova assunzione nei nove mesi successivi al recesso, la tutela reintegratoria deve operare senza limiti o interposizioni del datore di lavoro. limitazioni temporali o comunque rimesse alla valutazione discrezionale del datore di lavoro⁶⁹³. Il rimedio compensatorio, se alternativo rispetto alla reintegra, può essere considerato adeguata forma di tutela solo nel caso in cui sia di entità tale da garantire al lavoratore di un ristoro tendenzialmente integrale del danno patrimoniale e non patrimoniale sofferto, e pertanto idoneo ad assorbire l'equivalente economico del valore del posto di lavoro illegittimamente perduto⁶⁹⁴.

6.1.3. *L'orientamento del Giudice costituzionale*

Fissati e ribaditi alcuni punti fermi, deve riferirsi che Corte costituzionale e Comitato Europeo dei Diritti Sociali hanno divergenti modi di intendere la nozione di compensazione economica del danno. La giurisprudenza della Consulta propende per la tesi per cui vi sia compatibilità fra l'ordinamento costituzionale italiano e un sistema rimediabile di mera natura economica. Secondo la Corte costituzionale tutti i danni patiti dai lavoratori indebitamente licenziati debbano essere ristorati nei limiti di valori determinati in anticipo *ex lege*, ciò è valevole anche nell'ipotesi in cui il danno esorbits il tetto massimo legalmente sancito. Il principio dell'adeguatezza del risarcimento è stato ritenuto rispettato anche in alcuni casi in cui l'ammontare del risarcimento appaia inferiore rispetto quanto individuato dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali⁶⁹⁵.

⁶⁹³ PERRONE, F., *op. cit.*, pp. 2 e 3.

⁶⁹⁴ European Committee of Social Rights Conclusions 2012 (Finland), online su <https://hudoc.esc.coe.int> (consultato il 7.04.2020).

⁶⁹⁵ Cfr. C. Cost. sent. n. 152 del 1975; C. Cost. sent. n. 2 del 1986; C. Cost. sent. n. 46 del 2000.

Di diverso avviso è il Comitato, per cui la commisurazione dell'indennità fra un massimo ed un minimo legalmente previsti sarebbero contrastanti con i criteri di tutela minima ex art. 24 Carta Sociale, posto il fatto che una liquidazione fissata *ex ante* comporta una certa divaricazione tra danno effettivamente cagionato e liquidazione concreta. Tale impostazione ermeneutica è in linea con le tutele presenti nell'10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982, che non è stata ratificata dall'Italia. L'articolo ritiene che l'annullamento del licenziamento con reintegrazione nel posto di lavoro costituisca il rimedio principale di tutela del lavoratore, così i rimedi residuali come l'adeguato indennizzo o ogni altra appropriata forma di riparazione debbano essere usati esclusivamente in via accessoria, ovverosia nel caso in cui l'organo giurisdizionale investito della controversia sulla base della legge nazionale applicabile non abbia fra le frecce al suo arco il potere di annullare o reintegrare⁶⁹⁶.

Merita attenzione anche il potenziale impatto applicativo che il principio di integralità è suscettibile di sortire sull'art. 3 comma 2 del d.lgs. 23 del 2015, il quale stabilisce che *“nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno*

⁶⁹⁶ PERRONE, F., *op. cit.*, pp. 3 e 4.

del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva.”.

6.1.4. *l'art. 24 come fonte di soft law*

Andrebbe ora scandagliato se il filone interpretativo seguito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 194/2018 sia l'unico giuridicamente fondato o se al contrario vi sia qualche apertura che consenta di dare valore all'attività interpretativa del Comitato Europeo dei Diritti Sociali e dotarla quindi di una qualche capacità conformativa sull'ordinamento italiano, di modo che almeno sia idonea a guidare la discrezionalità del giudice interno. È sempre maggiore l'influenza che esercitano sugli ordinamenti statali sia il diritto comparato che le fonti di *soft law*. A questi strumenti la giurisprudenza delle Corti europee conferisce un forte valore ai fini dell'interpretazione del contenuto degli obblighi sovranazionali a cui ogni Stato membro nel suo complesso deve sottostare. In particolare, si ha riguardo per la valenza e l'efficacia esercitata dal diritto comparato e dal *soft law* nelle motivazioni delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione alla determinazione sia del significato che va attribuito alle clausole della CEDU e dei suoi Protocolli addizionali, sia del margine di discrezionalità in capo agli Stati⁶⁹⁷.

Non può non rammentarsi che tra Corte di Strasburgo e Comitato Europeo dei Diritti Sociali vi sia una rilevante vicinanza istituzionale: ambedue ricavano la propria legittimazione dal Consiglio d'Europa. Poiché le deliberazioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali sono ritenute una fonte di *soft law* completamente valorizzata dalla giurisprudenza della Corte EDU. Appare coerente con il costituzionalismo multilivello dare riconoscimento alla propria attitudine conformativa sulla discrezionalità decisionale del giudice nazionale. In tal modo va da sé che le pronunce del Comitato abbiano un peso quanto meno orientativo nella determinazione del *quantum* dell'indennità risarcitoria dovuta in applicazione dell'art. 3, comma 1 del c.d. *Jobs Act*.

La stessa Corte Costituzionale sviscerando la caratterizzazione strutturale delle componenti costitutive dell'indennità forfettizzata prevista dal *Jobs Act*, ne ha valorizzato

⁶⁹⁷ PIEDIMONTE BODINI, S., “La Divisione della ricerca della Corte Edu: teoria, metodo, pratica”, in *Speciale di Questione Giustizia. La Corte di Strasburgo* coord. da BUFFA, F., CIVININI, M., G., fasc. 1, 2019, online su <http://www.questionegiustizia.it/speciale/2019-1> (consultato il 29.03.2020).

la funzione dissuasiva, così controbilanciando la “*primaria funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto dal lavoratore ingiustamente licenziato*”⁶⁹⁸, da questo punto di vista si nota come vi sia una convergenza valoriale fra le tesi seguite dalla Consulta e l’opzione interpretativa cui è approdato il Comitato Europeo dei Diritti Sociali nel caso *Finnish Society* contro Finlandia.⁶⁹⁹

6.2. La Corte costituzionale e il Comitato Europeo

6.2.1. Il parametro interposto

Nella sentenza 120 del 2018 si è riconosciuta l’idoneità della Carta Sociale Europea a essere parametro interposto di costituzionalità delle disposizioni di legge a norma dell’art. 117 della Costituzione. Nella pronuncia vi sono contenute delle indicazioni che attengono il valore giuridico nell’ordinamento italiano delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali⁷⁰⁰.

Si ricorda, come differentemente dalla CEDU, non vi è nella Carta Sociali alcuna disposizione che analoga all’art. 32 per il quale “*la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa [...]*”. Inoltre, il Protocollo addizionale della Carta Sociale, che ha istituito il sistema dei reclami collettivi, non ha disposizioni sovrapponibili all’art. 46 della CEDU che sancisce il fatto che “*le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*”.

Perciò avuto riguardo alle decisioni del Comitato non trova applicazione l’affermazione della Consulta nella sentenza 348 del 2007 per la quale le norme CEDU trovano la propria ragion d’essere nell’interpretazione che delle stesse ne è fatta dalla Corte europea e pertanto la verifica di compatibilità con la Costituzione andrebbe valutata alla luce delle relative operazioni ermeneutiche, e non delle mere disposizioni scritte⁷⁰¹.

Nell’ambito dei rapporti fra la Carta e gli Stati che l’hanno sottoscritta le pronunce del Comitato, seppur autorevoli, non sono ritenute vincolanti ai fini dell’interpretazione della

⁶⁹⁸ C. Cost. sent. n. 194/2018, par. 12.2.

⁶⁹⁹ PERRONE, F., *op. cit.*, pp. 4 e 5.

⁷⁰⁰ C. Cost. sent. n. 120/2018.

⁷⁰¹ C. Cost. sent. n. 348/2007; C. Cost. sent. n. 349/2007.

stessa, a maggior ragione in ipotesi come quella della sentenza 120 del 2018 in cui non vi è consonanza con i precetti costituzionali⁷⁰².

Sarebbe auspicabile, nel rispetto del ruolo del Comitato e della Consulta, tenuto conto che la Carta abbia natura di trattato internazionale, che si ponga in capo alla Corte costituzionale una sorta di dovere a tenere conto delle decisioni del Comitato. A tale scopo dovrà farsi leva sull'art. 117 della Costituzione, provando anche a definire il contenuto dell'obbligo, in maniera da precisarne le implicazioni concrete nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto la CSE⁷⁰³.

6.2.2. *Il dovere di “prendere in considerazione”*

Il dover “prendere in considerazione” le decisioni emanate dal Comitato trae la propria ragione giustificatrice nel dovere di leale collaborazione posto in capo all'Italia in virtù del far parte del Consiglio d'Europa, proprio in seno al quale è stata adottata la Carta Sociale europea. Il dovere di leale collaborazione non è altro che un principio cardine del diritto internazionale⁷⁰⁴ ed è espressamente riportato nello Statuto del Consiglio. Secondo l'art. 3 i diversi Paesi debbono “*collaborare sinceramente e operosamente al perseguimento*” di “*un'unione più stretta [...] per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale*” (art. 1, lett. a), da realizzarsi (lett b) anche “*mediante la tutela e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*”, da parte degli organi del Consiglio.

Ciò vale a dire che lo status di membro del Consiglio implica l'obbligo di agire in maniera tale da promuovere i fini dello stesso, coordinandosi dunque con le varie istituzioni delle quali il Comitato ne costituisce eminente esempio. Il ragionamento porta ad escludere che le interrelazioni fra i giudici italiani ed il Comitato si svolgano al di fuori di una cornice giuridica, a rilevare non esclusivamente l'autorevolezza del Comitato⁷⁰⁵. Sui giudici italiani e sugli altri organi dello Stato incombe un vero e proprio obbligo che nasce da una previsione positivizzata nell'art. 3 dello Statuto del Consiglio: di collaborare

⁷⁰² AMOROSO, D., “Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di “prendere in considerazione” le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020), p. 81.

⁷⁰³ FORLATI, F., “Corte costituzionale e decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali”, in *Lavoro e diritto, Rivista trimestrale*, fasc. 4, 2019, pp. 600-606.

⁷⁰⁴ Cfr. CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980, p. 73.

⁷⁰⁵ C. Cost. sent. n. 120/2018., punto 13.4 del “Considerato in diritto”.

“sinceramente ed operosamente” con il Comitato nella promozione della tutela dei diritti sociali⁷⁰⁶.

Il punto nodale della questione riguarda il far discendere obblighi specifici dal generico dovere contemplato nello Statuto agli articoli 1 e 3. Definire in modo chiaro ed univoco il principio di leale collaborazione è problematico persino in ambito eurounitario, nel cui sistema trova ingresso per mezzo dell’art. 4 comma 3 del TUE⁷⁰⁷. Con riferimento all’Unione Europea la dottrina è giunta alla conclusione che il principio di leale collaborazione non potrebbe essere distinto dall’omologo principio di diritto internazionale, derivando entrambi dal più generale principio di buona fede nella interpretazione ed esecuzione dei trattati⁷⁰⁸.

Tale analogia apre le porte all’interprete consentendogli di guardare così alla vasta giurisprudenza eurounitaria alla ricerca di spunti sull’applicazione pratica del principio. Rileva al tal fine la sentenza Grimaldi⁷⁰⁹ per mezzo della quale, nonostante le raccomandazioni non siano vincolanti, i giudici nazionali le dovrebbero “*prendere in considerazione [...] ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio*”, in particolare quando queste mirino a chiarificare gli obblighi contenuti nei trattati⁷¹⁰.

Il dubbio se questa giurisprudenza possa adattarsi ad un ambito che esula quello eurounitario, va risolto positivamente. L’obbligo di cui si discute è un presupposto che non può non essere presente in qualsiasi collaborazione inter-ordinamentale, da quella più semplicistica a quella maggiormente complessa. La nozione si sostanzia in un rapporto dialogico che non pregiudichi le posizioni assunte dalle varie istituzioni che interagiscono nel processo⁷¹¹.

⁷⁰⁶ AMOROSO, D., *op. cit.*, p. 82.

⁷⁰⁷ KLAMERT, M., *The principle of loyalty in EU law*, Oxford, 2014, pp. 12-30.

⁷⁰⁸ DE BAERE, G., ROES, T., “EU Loyalty as Good Faith” in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, pp 851-858.

⁷⁰⁹ *Ex multis*. C. di Giustizia sent. del 13 dicembre 1989 Salvatore Grimaldi contro Fonds des maladies professionnelles; C. di Giustizia sent. del 11 settembre 2003 Altair Chimica SpA contro ENEL Distribuzione SpA; C. di Giustizia sent. del 18 marzo 2010 Rosalba Alassini contro Telecom Italia SpA (C-317/08), Filomena Califano contro Wind SpA (C-318/08), Lucia Anna Giorgia Iacono contro Telecom Italia SpA (C-319/08) e Multiservice Srl contro Telecom Italia SpA (C-320/08).

⁷¹⁰ SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, 2004, p. 391.

⁷¹¹ WHITE, V., G., “The Principle of Good Faith”, in *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst*, coord. da LOWE, V., e WARBRICK, C., Londra/New York, 1994, pp. 239-245.

L'obbligo di tenere conto appare in questo senso svincolato dalla natura del singolo atto. Ciò che rileva è la provenienza soggettiva e la funzione esercitata dal medesimo atto. Potrebbe quindi ritenersi che la natura non vincolante delle decisioni del Comitato non possa esonerare gli organi giudicanti italiani dal doverne tenere conto. A nulla rileverebbe l'assenza nella Carta di disposizioni equiparabili agli artt. 32 e 46 CEDU, che non è di per sé idonea ad escludere che tali decisioni spieghino ulteriori effetti giuridici⁷¹².

6.2.3. L'obbligo di motivazione

Rilevata la presenza dell'obbligo di prendere in considerazione, ci si chiede in che modo possa avere piena attuazione. La questione è già stata affrontata sia dalla dottrina che dalla pratica in relazione all'obbligo delle Corti nazionali di tenere conto della giurisprudenza sviluppatasi nell'interpretarne le disposizioni della Convenzione Europea dei diritti umani⁷¹³.

È legittimo ritenere che l'obbligo di cui si discute possa tradursi in un aggravio della motivazione dei provvedimenti giurisprudenziali dei giudici interni. Questi ultimi se vorranno discostarsi dalla giurisprudenza europea saranno obbligati a menzionare esplicitamente le ragioni sottostanti⁷¹⁴.

Le stesse forme e le stesse modalità se applicaste alle decisioni del Comitato non potrebbero pregiudicare per la Consulta la possibilità di discostarsi dall'interpretazione, sempre che la conclusione sia debitamente motivata. Differentemente da quanto *prima facie* potrebbe apparire, indicazioni in questo senso possono rintracciarsi nella stessa sentenza 120 del 2018 emessa dalla Corte costituzionale. La Consulta ha negato che l'interpretazione estensiva della libertà sindacale effettuata dal Comitato possa trovare conferma nei principi costituzionali italiani⁷¹⁵, in tal modo la Corte (forse anche inconsapevolmente) ha accolto l'onere motivazionale di "prendere in considerazione". Nella fattispecie la Consulta ha tenuto conto dell'interpretazione estensiva seguita dal

⁷¹² C. Cost. sent. n. 120/2018., punto 13.4 del "Considerato in diritto".

⁷¹³ PALOMBINO, F.M., *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 132-137.

⁷¹⁴ ROSSI, P., "L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?", in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2018.

⁷¹⁵ C. Cost. sent. n. 120/2018, punto 13.4 del "Considerato in diritto".

Comitato, ha considerato fosse più opportuno discostarsene ed infine ha motivato lo scostamento avendo riguardo per i principi presenti nella Costituzione⁷¹⁶.

La scelta di essersi discostati dall'interpretazione del Comitato è pertanto del tutto legittima e sono da valutare positivamente gli sforzi volti ad indicarne le ragioni. È suscettibile di critica la scelta della Corte di aver motivato la divergenza alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale. La Carta Sociale è un trattato internazionale e come tale va interpretato utilizzando i canoni interpretativi del sistema giuridico in cui è incardinata. La sua interpretazione non può prescindere dalle regole codificate dagli artt. 31, 32 e 33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati⁷¹⁷ né le altre regole sviluppate nella prassi internazionale, comprese le specifiche in materia di trattati sui diritti umani⁷¹⁸.

Sarà quindi nelle facoltà della Corte costituzionale quella di discostarsi dalle conclusioni tratte dal Comitato, ma per giustificare tale scelta dovrà adoperare i canoni vigenti nel diritto internazionale in materia di interpretazione dei trattati; un'argomentazione in senso opposto aprirebbe ad un'impostazione di tipo unilaterale della Carta. In questo modo si utilizzerebbero modi di agire tipici del diritto interno che però contravvengono in modo palese a quello che è l'insegnamento della dottrina internazionalistica unanime⁷¹⁹.

L'impostazione ermeneutica qui ritenuta la più corretta non ha per scopo quello di svilire gli precetti contenuti nella Costituzione ma mira a dare una visione sistemica e chiarificatrice del ruolo della Consulta. La Carta va senza dubbio interpretata secondo quei canoni che sono propri del diritto internazionale e la sua applicazione quale parametro interposto è certamente condizionata dal suo essere conforme al testo costituzionale, come per l'appunto la medesima consulta ha affermato nelle celebri sentenze gemelle del 2007⁷²⁰. Inoltre, non è assolutamente possibile escludere che le disposizioni della Carta Sociale siano contrastanti alle norme Costituzionali, con il

⁷¹⁶ AMOROSO, D., *op. cit.*, pp. 83-84.

⁷¹⁷ CREMA, L., E BORLINI, L., "Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 12, (consultato il 02.04.2020).

⁷¹⁸ RUSSO, D., "La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta sociale europea: il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it>, *passim*. (consultato il 02.04.2020).

⁷¹⁹ CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 118.

⁷²⁰ MASSA, M., "Considerazioni sull'ammissibilità della questione", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020), p. 117.

risultato che essa sarà inutilizzabile come parametro interposto ai sensi dell'art. 117 della Costituzione⁷²¹.

Considerato che la Costituzione italiana, a partire dai suoi artt. 10 e 11 dei Principi Fondamentali, è dotata di marcate aperture all'internazionalismo, sarebbe auspicabile che la Consulta rendesse maggiormente espliciti i propri percorsi argomentativi, aderendo così espressamente al modello descritto⁷²².

6.2.4. *La sentenza costituzionale n. 120 del 2018 e la dottrina del Comitato*

La Corte ha precisato nella sentenza che la Carta Sociale costituisce parametro interposto di costituzionalità. Ha affermato testualmente che “rispetto alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, non può trovare applicazione quanto affermato da questa Corte nella sentenza n. 348 del 2007: *“Poiché [...] le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata”*. Nel contesto dei rapporti così delineati fra la Carta Sociale Europea e gli Stati sottoscrittori, le pronunce del Comitato, pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta, tanto più se come nel caso in questione l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali⁷²³”.

La conclusione a cui è giunta la Corte appare riduttiva rispetto al ruolo ricoperto dal Comitato, e alcuni autori non ritengono convincenti le argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale per motivare⁷²⁴.

Secondo la Consulta non vi è una disposizione analoga a quella dell'art. 46 CEDU in materia di reclami collettivi, né nel Protocollo né nella stessa Carta o negli altri strumenti ad essa connessi. Le pronunce degli organi costituiti per mezzo di trattato internazionale vedono la propria efficacia come dipendente dalle peculiarità dei sistemi pattizi in cui

⁷²¹ Cfr. C. Cost. sent. n. 264/2012.

⁷²² AMOROSO, D., *op. cit.*, p. 85.

⁷²³ C. Cost. sent. n. 120/2018., punto 13.4 del “Considerato in diritto”.

⁷²⁴ FORLATI, F., “Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la “giurisprudenza” del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020), p. 74.

sono incardinate⁷²⁵, il silenzio in riferimento al Comitato induce ad escludere che la natura dell'organo sia giurisdizionale nel senso pieno del termine. Le decisioni e le conclusioni del Comitato non possono ritenersi formalmente vincolanti per lo Stato nei cui confronti sono rivolte, al contrario da quanto potrebbe dedursi da quanto lo stesso Comitato esprime tramite i suoi canali ufficiali quali ad esempio la propria pagina internet⁷²⁶.

Da una prospettiva eminentemente pratica, la distanza che intercorre tra i tribunali internazionali in senso proprio e quegli organi dalla natura simile è ridotta dalla mancanza di possibilità di avviare un procedimento di esecuzione forzata delle sentenze. Oltretutto a differenza di quanto sembra indicato dalla Consulta, il Comitato ha un espresso e chiaro mandato a verificare come venga attuata la Carta Sociale da parte degli Stati firmatari. Il mandato è implicito nel Protocollo sui reclami collettivi, ciononostante⁷²⁷ esso è però esplicitato nell'art. 24 comma 2 della Carta sociale del 1961, per come modificato dal Protocollo del 1991, *“per quanto riguarda i rapporti di cui all'articolo 21, il Comitato di esperti indipendenti valuterà da un punto di vista legale la conformità del diritto e della prassi nazionali per quanto riguarda gli obblighi derivanti dalla Carta nei confronti delle Parti contraenti interessate”*⁷²⁸. Lo strumento menzionato ha reso chiaro quale sia il ruolo rivestito dal Comitato nei rapporti col Comitato governativo, le cui funzioni sono volte ad aiutare il Comitato dei ministri nel semplificare il rispetto della Carta Sociale⁷²⁹.

L'attitudine del Comitato ad orientare l'interpretazione della Carta tramite le proprie pronunce si fonda sul riferito mandato esplicito, univoco e similare a quello conferito alla

⁷²⁵ Cfr. La posizione presentata dal Regno Unito alla 70° sessione della Commissione del diritto internazionale nell'ambito dei lavori sul tema *“Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties”* online su http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml (consultato il 10.03.2020).

⁷²⁶ Vi si legge: *“Insofar as they refer to binding legal provisions and are adopted by a monitoring body established by the Charter and the Protocol providing for the system of complaints, the decisions of the European Committee of Social Rights must be respected by the States concerned; however, they are not enforceable in the domestic legal system. (...) As the conclusions adopted by the European Committee of Social Rights in the framework of the Reporting system, the decisions are declaratory; in other words, they set out the law. On this basis, national authorities are required to take measures to give them effect under domestic law. In this connection, domestic courts can declare invalid or set aside domestic legislation if the Committee has ruled that it is not in compliance with the Charter”* online su <https://www.coe.int/it/web/turin-european-social-charter/collective-complaintsprocedure1> (consultato il 06.02.2020).

⁷²⁷ Cfr. RUSSO, D., *op. cit.*, *passim*.

⁷²⁸ Cfr. L'art. 2 del Regolamento di procedura attualmente in vigore: *“The Committee rules on the conformity of the situation in States with the European Social Charter, the 1988 Additional Protocol and the Revised European Social Charter”*.

⁷²⁹ CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., *op. cit.*, p. 438.

Corte di Strasburgo con l'art. 32 della CEDU. Non va sottovalutata la caratteristica del Comitato di essere un organo indipendente, come il suo adoperare parametri giuridici nel valutare le condotte degli Stati. Il procedimento si svolge in contraddittorio e si conclude con decisioni secondo un modello che è nella sostanza giurisdizionale⁷³⁰.

In quest'ottica, le pronunce del Comitato non sono altro che un ausilio per le autorità nazionali ai fini una migliore ed internazionale uniforme applicazione della Carta Sociale Europea⁷³¹. In via generale la ragione che sottostà al ruolo dei diversi comitati di esperti indipendenti è costituita dalla necessità che vi siano meccanismi di controllo internazionale aventi ad oggetto il rispetto degli impegni che i diversi Stati si sono impegnati a portare avanti⁷³².

Se lo Stato italiano ha accettato di assoggettarsi a determinati meccanismi di controllo, i giudici nazionali dovranno rapportarsi a tali procedure, ed eventualmente dovranno motivare le ragioni per cui riterranno di discostarsene utilizzando però i canoni propri del diritto internazionale. In quest'ottica la Carta costituzionale potrà fungere da limite alle norme internazionali pattizie⁷³³. Sotto questo aspetto non pare vi siano grosse differenze fra le pronunce del Comitato e quelle della Corte europea dei diritti umani. Si pensi alle ipotesi in cui non si utilizzi la forza formale del giudicato sulla base dell'art. 46 CEDU, perché ad esempio la sentenza si dirige ad un altro Stato o riguarda comunque un caso diverso da quello di specie, e le pronunce della Corte abbiano semplicemente il valore di "cosa interpretata"⁷³⁴.

6.2.5. *Diversi comitati, un unico modello*

Le valutazioni del Comitato non sono vincolanti in quanto tali, costituiscono per lo Stato a cui si rivolgono un mero ausilio per l'interprete, l'ammettere tale controllo ed il partecipare alla procedura correlata sono obblighi internazionali per gli Stati contraenti.

⁷³⁰ FORLATI, S., "On Court Generated State Practice: The Interpretation of Treaties as a Dialogue between International Courts and States", in *Austrian Review of International and European Law*, 2015, pp. 99-105.

⁷³¹ AMOROSO, D., *op. cit.*, pp. 81 e 82.

⁷³² FORLATI, F., "Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la "giurisprudenza" del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020), pp. 75 e 76.

⁷³³ *Ibidem*, pp. 83-85.

⁷³⁴ FORLATI, S., "Il margine di apprezzamento lasciato ai giudici nazionali dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: l'esperienza britannica", in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, coord. da SALERNO, F., SAPIENZA, R., 2011, Giappichelli, Torino, pp. 120-127.

Da questo punto di vista prospettico il ruolo svolto dal Comitato europeo non è dissimile da quello svolto da altri comitati dalla natura analoga e presenta inoltre importanti punti di contatto con i meccanismi giudiziari di livello internazionale.

Sia nei Comitati che in seno ai giudici internazionali, i comportamenti degli Stati volti ostacolare i suddetti meccanismi vanno ritenuti incompatibili con i trattati e pertanto costituiscono fonte di responsabilità internazionale. Ad esempio, sono rilevanti in tal senso le misure provvisorie prese dagli stessi Comitati di esperti, oramai le misure provvisorie sono espressione di un potere che inerisce alla giurisdizione internazionale e la questione in ordine ai loro effetti è stata particolarmente dibattuta in passato con riguardo alla Corte internazionale di giustizia, ma se n'è discusso anche in ordine alla Corte dei diritti umani.

Il potere di questa a prendere misure provvisorie non ha una base testuale espressa nella Convenzione, è semplicemente menzionato nell'art. 39 del Regolamento di procedura il quale viene adottato dalla Corte ma non dagli Stati. Non accadono di rado le violazioni delle misure provvisorie, e talvolta hanno riguardato la stessa Italia⁷³⁵. Ciononostante, a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11 la giurisprudenza CEDU ha deposto nel senso della vincolatività di tale misura sulla base dell'art. 34 CEDU che contiene il diritto dei singoli di presentare un ricorso innanzi la Corte⁷³⁶, ed in tal senso vi è stato l'avallo della Corte di Cassazione italiana⁷³⁷.

A conclusioni non dissimili si può giungere con riferimento alle misure provvisorie disposte dal Comitato per i diritti umani della Nazioni Unite, diverse volte ha detto che la violazione delle suddette misure rappresenta ex se violazione degli obblighi previsti dal Patto e dal Primo protocollo addizionale.

È molto chiara la posizione espressa nelle conclusioni *Piandiong c. Filippine*, per la quale con l'adesione al Protocollo Opzionale, uno Stato parte del Patto riconosce la competenza del Comitato per i Diritti Umani a ricevere e prendere in considerazione le comunicazioni da parte di soggetti che dichiarano di essere vittime di violazioni di uno qualsiasi dei diritti stabiliti nel Patto. Implicito nell'adesione di uno Stato al Protocollo è l'impegno a

⁷³⁵ Causa *Ben Khemais c. Italia*, ricorso n. 246/07, sentenza del 24 febbraio 2009.

⁷³⁶ SACCUCCI, A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 15-22.

⁷³⁷ Cass. sent. n. 20514/2010.

cooperare con il Comitato in buona fede, al fine di consentire e consentirgli di considerarlo. comunicazioni e previo esame per inoltrare le proprie opinioni allo Stato parte e all'individuo. È incompatibile con questi obblighi, per uno Stato parte, intraprendere qualsiasi azione che possa impedire o frustrare il Comitato nell'esame della comunicazione e nell'espressione delle sue opinioni. A parte qualsiasi violazione del Patto addebitata a uno Stato parte in una comunicazione, uno Stato parte commette gravi violazioni dei propri obblighi ai sensi del Protocollo opzionale se agisce per impedire o svilire l'esame da parte del Comitato di una comunicazione relativa a una violazione del Patto⁷³⁸. Dopo essere stato informato della comunicazione, lo Stato parte viola i suoi obblighi ai sensi del Protocollo, se procede all'esecuzione delle presunte vittime prima che il Comitato concluda la sua considerazione ed esame, e la formulazione e la comunicazione delle sue opinioni⁷³⁹.

Il Comitato dei diritti umani ha classificato come violazione del Patto l'aver eseguito un provvedimento di espulsione prima ancora che il medesimo Comitato si potesse pronunciare in materia, pur senza che vi fossero misure provvisorie indicate dal Comitato⁷⁴⁰.

6.2.6. *I procedimenti dinnanzi la Corte costituzionale*

La vicenda passata al vaglio della Consulta⁷⁴¹ non differisce in maniera sostanziale dai fatti considerati dal Comitato per i diritti umani e precedentemente riferiti: non si controverte in merito alla pena capitale o in merito all'espulsione verso uno Stato che non garantisce il rispetto dei diritti fondamentali. Il Comitato europeo dei diritti sociali non ha indicato nessuna misura cautelare ed il reclamo proposto dalla CGIL è un reclamo collettivo, e pertanto non è relato a determinate situazioni in cui si controverta in ordine a una lesione irreparabile di un diritto tutelato dalla Carta.

Un punto però rimane fermo ed è rappresentato dal fatto che l'Italia non deve solo rispettare le disposizioni contenute nella Carta Sociale riveduta, ma è anche vincolata a

⁷³⁸ JOSEPH, S., CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 25 e 26.

⁷³⁹ FORLATI, F., "Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la "giurisprudenza" del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020), pp. 77 e 78.

⁷⁴⁰ Alzery c. Svezia, comunicazione n. 1416/05, paragrafo 11.11.

⁷⁴¹ C. Cost. sent. n. 120/2018.

dover partecipare in buona fede alle procedure di controllo aventi natura internazionale presso il Comitato. Al suddetto obbligo non è solo il Governo a doversi ritenere vincolato, ma anche tutti gli altri organi dello Stato ivi compreso l'apparato giurisprudenziale nelle ipotesi in cui l'applicazione della Carta rilevi ai fini dell'esercizio delle proprie competenze.

Dal punto di vista dell'effettività del meccanismo di controllo presente nella Carta Sociale riveduta, sarebbe stato preferibile che il procedimento dinnanzi la Corte costituzionale fosse interrotto nelle more della pronuncia del Comitato in ordine alla normativa italiana, in maniera simile a quanto avviene per il caso di procedimenti che pendono innanzi giudici internazionali propriamente detti. Non è detto che l'omessa sospensione della Consulta integri una violazione della Carta o del Protocollo in materia di Reclami collettivi⁷⁴², ma sembrerebbe che imponga un particolare onere di diligenza, da parte della Corte costituzionale, nel considerare la giurisprudenza pregressa del Comitato.

Ciò allo scopo di giungere ad una soluzione che sia quanto più conforme ai parametri internazionali per come rilevano nell'interpretazione del Comitato, anche nell'ottimo di un rafforzamento delle tutele al quale la medesima Corte costituzionale ha fatto riferimento relativamente alla CEDU. Nel caso in cui la Consulta non ritenesse di potersi adeguare alla lettura dell'art. 24 della Carta Sociale nell'interpretazione fattane dal Comitato, avrebbe l'onere di spiegarne in maniera compiuta la motivazione. Nell'ipotesi italiana quindi andrebbe specificato perché le tutele offerte al lavoratore illegittimamente licenziato costituirebbero un "congruo indennizzo o altra adeguata riparazione", confrontandosi sia con la lettera della Carta europea dei diritti sociali, che con le argomentazioni sulle quali il Comitato ha basato la propria interpretazione⁷⁴³.

6.3. Il valore costituzionale della CSE

6.3.1. L'intreccio fra i giudici

Sulla scorta dell'ordinanza della III Sezione Lavoro del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017, la legittimità costituzionale di alcune disposizioni della l. n. 183/2014 e del decreto

⁷⁴² Alzery c. Svezia, comunicazione n. 1416/05.

⁷⁴³ FORLATI, F., "Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la "giurisprudenza" del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020), pp. 78 e 79.

legislativo n. 23/2015 andrebbe valutata anche alla luce dell'art. 24 della Carta Sociale europea, riguardante il diritto ad avere una tutela nell'ipotesi di licenziamento.

L'udienza dinnanzi alla Consulta è stata fissata nel mese di settembre 2018, cioè in una data antecedente a quella in cui il Comitato ha dovuto decidere in merito al reclamo collettivo pendente nei confronti dell'Italia sulla medesima materia⁷⁴⁴ e successivamente deciso in data 11 febbraio 2020⁷⁴⁵.

L'azione delle Corti costituzionale è certamente coerente con il *modus agendi* mantenuto nei confronti della Carta Sociale, già nell'ipotesi della sentenza n. 120 del 2018 in materia di libertà sindacale delle forze armate. L'orientamento sviluppato in quella sede ha una forza attrattiva sulle occasioni venturose nelle quali la Corte dovrà nuovamente pronunciarsi sulla Carta Sociale o comunque su analoghi trattati, vincolanti per l'Italia, che istituiscono organismi quasi giurisdizionale di controllo⁷⁴⁶.

Per un verso la sentenza 120 del 2018 ha fatto riferimento alla Carte come parametro interposto *ex art.* 117 della Costituzione, a tal riguardo la Consulta ha notato come nella Carta Sociale vi siano accentuati elementi di eccezionalità rispetto gli ordinari accordi internazionali, similmente a come accade con la CEDU della quale è il naturale complemento sul piano sociale⁷⁴⁷.

Per altro verso la Corte ha negato che i giudici nazionali nell'interpretazione della Carta siano vincolati alle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali⁷⁴⁸. La Corte costituzionale ha escluso in maniera esplicita che nei confronti della Carta Sociale si applichino gli stessi canoni giurisprudenziali adottabili nell'interpretazione data alle norme della CEDU dalla Corte EDU, come richiamate nella sentenza n. 348 del 2007.

Per motivare il differente regime, la Corte costituzionale ha compiuto due rilievi fondamentali. *In primis* nella Carta Sociale non vi è alcuna disposizione simile all'art. 32 CEDU che, nelle parole della Corte, “riserva il potere interpretativo” della CEDU alla

⁷⁴⁴ Il Comitato europeo dei diritti sociali ha infatti dichiarato il reclamo ricevibile con decisione del 20 marzo 2018, Confederazione italiana del lavoro (CGIL) v. Italy, reclamo collettivo n. 128/2017 online su [http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{%22ESCDcIdentifier%22:\[%22cc-158-2017-dadmiss-en%22\]}](http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{%22ESCDcIdentifier%22:[%22cc-158-2017-dadmiss-en%22]}) (consultato il 07.03.2020)

⁷⁴⁵ Reclamo n. 158/2017 Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy.

⁷⁴⁶ Cfr. Il Comitato dei diritti umani, istituito dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (cui l'Italia ha aderito con l. n. 881 del 25 ottobre 1977, che altresì autorizza la ratifica e ordina l'esecuzione del Protocollo opzionale, sulla procedura delle comunicazioni individuali).

⁷⁴⁷ C. Cost. sent. n. 120/2018 punto 10.1 del “Considerato in diritto”.

⁷⁴⁸ C. Cost. sent. n. 120/2018 punto 13.4 del “Considerato in diritto”.

Corte EDU⁷⁴⁹. Inoltre, nel Protocollo opzionale che istituisce la procedura dei reclami collettivi non vi è alcuna clausola equivalente all'articolo 46 CEDU ai sensi del quale le sentenze della Corte EDU sono vincolanti per gli Stati che sono parti alla controversia.

Alcuni autori⁷⁵⁰ ritengono che la recente pronuncia 120 del 2018 della Corte costituzionale sollevi alcune perplessità, in particolare alla luce dell'evoluzione della tutela internazionale pattizia dei diritti umani e dell'obbligo di collaborazione nell'applicazione del diritto internazionale. Il suddetto ordine di argomentazioni è nato per incentivare che la Corte costituzionale riconosca effetti giuridici alle pronunce del Comitato e va tenuto ben presente nella verifica di compatibilità costituzionale che riguarda le norme della Carta.

Esprimendo un ulteriore elemento complementare sul valore che assumono le pronunce degli organi di controllo di un trattato nell'applicazione delle regole internazionali sull'interpretazione dei trattati, se la Consulta dovesse considerare l'eccezione di costituzionalità delle leggi statali in relazione alla Carta Sociale (in base all'orientamento della sentenza 120 del 2018) dovrebbe quantomeno attribuire un significato coerente al contenuto trattato.

Nella citata pronuncia la Consulta ha fatto leva sulla somiglianza fra la formulazione dell'articolo 5 della CSE su "Diritti sindacali" e l'articolo 11 della CEDU su "Libertà di unione e di associazione" per ritenere che il primo abbia un contenuto sovrapponibile al secondo così come appare nell'interpretazione fattane dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ Ai sensi dell'art. 32, par. 1, CEDU, "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione"

⁷⁵⁰ Cfr. AMOROSO, D., "Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di "prendere in considerazione" le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020); FORLATI, F., "Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la "giurisprudenza" del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020); RUSSO, D., "La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta sociale europea: il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali", in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it>, (consultato il 02.04.2020).

⁷⁵¹ MOLA, L., "Breve osservazioni sull'interpretazione della carta sociale europea. a margine della sentenza n. 120/2018 della Corte costituzionale in prospettiva di una prossima pronuncia", in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020), pp. 119 e 120.

6.3.2. *Un paradosso interpretativo*

Un simile approccio metodologico, da ricondursi all'interpretazione sistematica di un trattato di diritto internazionale⁷⁵², rischia di creare un paradosso nell'ambito della tutela dei diritti umani ed anche un certo squilibrio avuto riguardo il complesso dei diritti riconosciuti dalla Carta. Avendo ben presente la giurisprudenza CEDU nella quale la Corte costituzionale individua il contenuto normativo dell'articolo 11 CEDU, si nota che anche la Corte di Strasburgo ha utilizzato una interpretazione sistematica della Convenzione⁷⁵³. Tra gli strumenti internazionali presi in considerazione dalla Corte Europea, particolare attenzione è posta ai diritti della Carta Sociale che corrispondono all'articolo 11 CEDU, ovverosia gli articoli 5 e 6 della Carta Sociale, nell'interpretazione fattane dal Comitato. In un caso che verteva su diritti sindacali, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto autorevolezza interpretativa alle statuizioni emanate dal Comitato in maniera indipendente perché tale autorevolezza “appare generalmente accettata” dagli Stati e dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa⁷⁵⁴.

Ed è da ciò che deriva il paradosso contenuto nella sentenza 120 del 2018 della Consulta: in quella sede la Corte ha interpretato la Carta Sociale in modo indiretto tramite il filtro della Corte europea dei diritti dell'uomo con efficacia vincolante. Ciò nonostante nell'ordinamento giuridico italiano un tale risultato può essere dato esclusivamente nelle ipotesi di sovrapposizione dei due trattati, quando si controversa su diritti ivi riconosciuti, vista la diversità di valore che la Corte costituzionale ha riconosciuto nella sentenza 120 del 2018 ai rispetti organi di controllo. Quanto addotto è idoneo a determinare uno squilibrio da parte dei giudici italiani nell'incidenza che hanno le pronunce del Comitato nell'edificare il contenuto normativo dei diversi diritti presenti nella Carta Sociale.

Per quanto attiene il livello internazionale, l'orientamento avallato dalla Consulta è in grado di minare l'autorevolezza delle pronunce del Comitato a cui fa riferimento anche la Corte di Strasburgo.

⁷⁵² Ex art. 31, par. 3, lettera c), Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁷⁵³ Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza della G.C. del 12 novembre 2008, Demir e Baykara c. Turchia, ricorso n. 34503/97, paragrafi 65-68.

⁷⁵⁴ Cfr. Sentenza del 2 ottobre 2014, Matelly c. Francia, ricorso n. 10609/10, paragrafi 28, 31-33, 74, e sentenza del 2 ottobre 2014, ADefDroMil c. Francia, ricorso n. 32191/09, paragrafi 20 e 59; sentenza del 21 aprile 2014, Junta Rectora c. Spagna, ricorso n. 45892/09, paragrafi 16 e 40; sentenza dell'8 aprile 2014, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito, paragrafi 35-37, 40, 98.

Non può non farsi riferimento l'obbligo di interpretare il diritto pattizio conformemente alle regole internazionali sull'interpretazione dei trattati⁷⁵⁵, a prescindere da ogni questione sulla corrispondenza al diritto consuetudinario delle regole interpretative di cui agli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati alla quale l'Italia si è vincolata tramite legge di ratifica ed esecuzione n. 112 del 12 febbraio 1974.

Ed è in capo il giudice italiano, quale organo dello Stato, il dovere di interpretare la Carta Sociale alla luce di tali regole, ciò però non esclude che da un punto di vista meramente interno i risultati a cui giunge il processo interpretativo possano essere incompatibili coi principi presenti nel testo costituzionale, ed in tal caso si procederà a rilevare il contrasto fra la normativa internazionale e suddetti principi⁷⁵⁶.

6.3.3. Sulla Convezione di Vienna

In primo luogo, con specifico riferimento al metodo ermeneutico configurato agli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna, è noto che queste disposizioni predispongono un ventaglio di mezzi interpretativi che conferiscono alcune priorità tra i mezzi sussunti sotto la regola generale di interpretazione *ex art. 31*. Secondo la norma il testo va interpretato dandogli il significato ordinario dei termini alla luce del contesto e dello scopo, e i mezzi complementari, cui l'interprete può far ricorso per confermare il significato raggiunto, ovvero per determinare il significato qualora questo risulti ambiguo o incerto, in esito all'applicazione della regola generale contenuta all'art. 32. I mezzi complementari sono inclusivi dei lavori preparatori e delle circostanze esterne in cui è stato concluso il trattato, esplicitamente menzionati all'art. 32, a questi può altresì essere ricondotta la prassi applicativa dell'organo di controllo istituito da un trattato. Oltretutto il valore conferito dall'interprete ai mezzi contemplati dalla regola generale o dalla regola sui mezzi complementari non è determinato a monte, talché l'esito del procedimento ermeneutico è variabile.

Secondariamente, è risaputo che nella materia del diritto internazionale pattizio sui diritti umani sia diventato di uso comune l'utilizzo dell'interpretazione teleologica, la quale

⁷⁵⁵ CAPOTORTI, F., *Il diritto dei trattati secondo la Convenzione di Vienna. Studio introduttivo, in Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Cedam, Padova, 1984, pp. 35-39; CANNIZZARO, E., *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 176-182.

⁷⁵⁶ MOLA, L., *op. cit.*, pp. 120 e 121.

pone al centro l'uomo, così come l'interpretazione evolutiva, che consente di attribuire ad un diritto significato certo tenendo anche conto del panorama extragiuridico per come si mostra nei momenti posteriori alla ratifica dei trattati. I suddetti canoni interpretativi sono gli stessi che vanno adoperati anche nel contesto della Carta Sociale da parte del giudice interno, le pronunce del Comitato rilevano nella loro funzione ricognitiva dell'interpretazione da adottare ed anche come mezzo ausiliario contenente i risultati interpretativi che possono essere conseguiti per tramite della Carta Sociale nella sua veste di trattato in materia di diritti umani⁷⁵⁷.

Questo è l'approccio che dovrebbe essere seguito dalla Corte costituzionale quando soppesa la Carta Sociale Europea in relazione alle altre leggi rispetto ad essa. Questa modalità di azione è coerente con il principio di conformità, evocato con riguardo al diritto pattizio in particolare nella sentenza della Corte costituzionale n. 349/2007, per il quale gli obblighi internazionali sono assunti nell'ordinamento nazionale nel senso che essi hanno nell'ordinamento di origine⁷⁵⁸.

Visto che nel sistema della Carta Sociale è presente un meccanismo di controllo che elabora il significato delle disposizioni della Carta, ciò è rilevante affinché le pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali orientino l'interpretazione che di tale trattato va data nell'ordinamento interno italiano, conformemente alle regole internazionali sull'interpretazione dei trattati⁷⁵⁹.

6.3.4. *La sentenza costituzionale n. 194 del 2018*

L'ordinanza di rimessione operata dal giudice *a quo* della III Sezione Lavoro del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017, che ha investito la consulta sulla questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni della l. n. 183/2014 e del decreto legislativo n. 23/2015 riguardante il diritto ad avere una tutela nell'ipotesi di licenziamento ha dato luogo alla sentenza 194 del 2018.

La recente sentenza nel dichiarare contrario a Costituzione l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui determina l'indennità in un "*importo pari a due mensilità*

⁷⁵⁷ Cfr. Reclamo n. 90/2013 Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands, par. 67.

⁷⁵⁸ SALERNO, F., "La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura", in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2018, n. 1/2018, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>, pp. 9-11.

⁷⁵⁹ MOLA, L., *op. cit.*, pp. 121 e 122.

dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”, ha ritenuto che la norma ivi contenuta violasse anche gli artt. 76 e 117, primo comma, della carta costituzionale, in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea.

L'articolo 24 infatti prevede che affinché sia assicurato ai lavoratori il diritto di avere una tutela in caso di licenziamento, gli Stati contraenti debbano impegnarsi a riconoscere “*il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione*”⁷⁶⁰.

La Consulta non ha ommesso di far riferimento alla celebre decisione 106 del 2014 emessa dal Comitato nell'ambito della procedura di reclamo collettivo proposto dalla *Finnish Society of Social Rights* contro la Finlandia⁷⁶¹. In quella sede l'organo di controllo della Carta Sociale aveva palesato che l'indennizzo può ritenersi congruo solo se è in grado di assicurare un adeguato indennizzo per il pregiudizio patito dal lavoratore licenziato senza una previa valida motivazione e solo se possa dispiegare efficacia dissuasiva nei confronti di parte datoriale dal licenziare arbitrariamente.

L'argomentazione seguita dal Comitato, come detto sopra, si era basata sulla valutazione del sistema risarcitorio in quanto dissuasivo e congruo rispetto al danno sofferto⁷⁶².

La Corte ha già affermato nella sentenza 120 del 2018 l'attitudine della Carta sociale europea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. e ha anche riconosciuto autorevolezza alle decisioni del Comitato, anche se non vincolanti per i giudici nazionali⁷⁶³. Non sfugge nel Considerato 14 della sentenza 194 il fatto che l'art. 24 trovi la sua ispirazione nella Convenzione OIL n. 158 del 1982, specifica sul piano internazionale, in armonia con l'art. 35, terzo comma, Cost. e che con riguardo al licenziamento ingiustificato prevede l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento, in linea con quanto affermato dalla stessa Corte sulla base del parametro costituzionale interno di cui all'art. 3 della Costituzione. A detta della Consulta in questo modo si realizza un'integrazione non solo tra le fonti ma anche (e principalmente) tra le tutele da esse garantite, come già stabilito da precedente giurisprudenza costituzionale

⁷⁶⁰ Carta Sociale Europea, art. 25, primo comma, lettera b).

⁷⁶¹ Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*.

⁷⁶² Reclamo n. 106/2014 *Finnish Society of Social Rights v. Finland*, punto 45.

⁷⁶³ C. Cost. sent. n. 120/2018.

per la quale il “risultato complessivo dell’integrazione delle garanzie dell’ordinamento deve essere di segno positivo”⁷⁶⁴.

Il c.d. *Jobs act*, per il tramite dell’art. 24 della Carta Sociale Europea, avrebbe quindi violato sia l’art. 76, nel riferimento operato dalla legge di delegazione al rispetto delle convenzioni internazionali, come l’art. 117, primo comma, della Costituzione.⁷⁶⁵

*“In conclusione, in parziale accoglimento delle questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 (in relazione sia al principio di eguaglianza, sotto il profilo dell’ingiustificata omologazione di situazioni diverse, sia al principio di ragionevolezza), 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi due articoli in relazione all’art. 24 della Carta sociale europea), il denunciato art. 3, comma 1, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole “di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”. Le “mensilità”, cui fa ora riferimento l’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sono da intendersi relative all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, così come si evince dal d.lgs. n. 23 del 2015 nel suo complesso, con riguardo alla commisurazione dei risarcimenti”*⁷⁶⁶.

Pur non avendo ritenuto che fosse inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, in relazione all’art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento e che non fosse fondata la questione di legittimità costituzionale in relazione all’art. 30 della Carta di Nizza, la Corte ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, sia nel testo originale che in quello modificato dall’art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96. La Corte costituzionale ha pertanto ritenuto la norma interna violare la Carta costituzionale per violazione della Carta Sociale Europea nell’interpretazione fattane dal Comitato⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ C. Cost. sent. n. 317/2009, punto 7 del Considerato in diritto.

⁷⁶⁵ C. Cost. sent. n. 120/2018 punto 14 del Considerato in diritto.

⁷⁶⁶ C. Cost. sent. n. 120/2018 punto 14 del Considerato in diritto.

⁷⁶⁷ C. Cost. sent. n. 120/2018.

6.3.5. *Il Comitato ed il d.lgs. n. 23 del 2015*

Il reclamo presentato dalla CGIL al Comitato Europeo per i Diritti Sociali nel 2017, sosteneva che la legislazione italiana fosse in contrasto con quanto stabilito dall'art. 24 della Carta Sociale Europea. Per la norma nessun lavoratore può essere licenziato senza una valida ragione e in caso di violazione di tale principio deve avere diritto a un compenso e un'assistenza adeguati. La decisione del Comitato è stata infine pubblicata l'11 febbraio 2020, con accoglimento delle tesi della CGIL. Nel frattempo, come già visto, pendeva causa similare davanti alla Corte costituzionale, pertanto le censure del Comitato si sono focalizzate sull'adeguatezza del compenso spettante al lavoratore licenziato senza giusta causa.

Il Comitato nei suoi *assessment* rileva innanzitutto il che la questione sull'adeguatezza dell'indennità prevista in caso di licenziamento illegittimo nel settore privato dopo il 7 marzo 2015, ai sensi degli articoli 3, 4, 9 e 10 del decreto legislativo n. 23/2015, vada ad estendersi sullo stesso testo come successivamente emendato. A tale proposito, il Comitato rileva che la denuncia relativa alla natura automatica del calcolo dell'importo della compensazione ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 non è più pertinente, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità⁷⁶⁸, a seguito della quale i tribunali possono tenere conto non solo della durata del rapporto ma di un ampio ventaglio di situazioni di fatto⁷⁶⁹.

Ciononostante il Comitato non ha potuto dichiarare cessata la materia del contendere perché ha rilevato che la CGIL avesse manifestato l'intenzione di censurare ulteriori profili del meccanismo risarcitorio nell'ipotesi del licenziamento illegittimo: il massimale di compensazione combinato con le restrizioni applicabili al ripristino dei lavoratori, la presunta mancanza di protezione alternativa o supplementare da licenziamento ingiustificato attraverso altre disposizioni, la presunta mancanza di adeguati meccanismi di protezione sociale per i lavoratori licenziati e il meccanismo di conciliazione che incoraggerebbe i datori di lavoro a ricorrere al licenziamento illegale⁷⁷⁰.

Il Comitato sottolinea che, ai sensi della Carta, ai lavoratori licenziati senza motivo valido deve essere concesso un congruo indennizzo o comunque altri provvedimenti adeguati. I

⁷⁶⁸ C. Cost. sent. n. 194/2018.

⁷⁶⁹ Reclamo n. 158/2017 Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, paragrafi 84-85.

⁷⁷⁰ Reclamo n. 158/2017 Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, paragrafo 86.

sistemi di indennizzo sono considerati conformi alla Carta quando prevedono il rimborso delle perdite finanziarie subite tra la data del licenziamento e la decisione dell'organo di ricorso; la possibilità di reintegrazione del lavoratore; una compensazione di un livello sufficientemente elevato da dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno subito dalla vittima⁷⁷¹.

Il Comitato premette che i meccanismi di compensazione attualmente previsti dalle disposizioni italiane variano a seconda del tipo di licenziamento illegittimo e delle dimensioni della società. Il Comitato rileva che se il licenziamento costituisce una discriminazione è nullo e se non è stato notificato per iscritto, il lavoratore può richiedere il ripristino del rapporto e ottenere un indennizzo aggiuntivo di un importo non inferiore a cinque volte la remunerazione mensile di riferimento (non soggetta ad alcun massimo) corrispondente al periodo compreso tra il licenziamento e il ripristino effettivo⁷⁷². Lo stesso rimedio si applica se il lavoratore dimostra che non vi sono prove del fatto materiale addebitatogli, come anche nel caso in cui il fatto è avvenuto ma non lo era punibile con il licenziamento⁷⁷³, in questi casi è requisito necessario che esso presti la sua opera in un'unità produttiva con più di 15 lavoratori⁷⁷⁴.

Il Comitato ritiene che nei casi sopra descritti, le vittime del licenziamento senza valida giustificazione possono chiedere un risarcimento senza il limite superiore a copertura delle perdite finanziarie subite dal momento del loro licenziamento, insieme al ripristino del loro precedente lavoro, salvo che preferiscano essere retribuiti una compensazione forfettaria. Nella misura in cui le dette situazioni non riguardano la questione principale sollevata dal sindacato, il Comitato non le ha affrontate separatamente. Per quanto attiene ulteriori tipologie di licenziamento senza motivo valido, il Comitato rileva che non solo le misure contestate non consentono il ripristino, ma prevedono anche un risarcimento che non copre il rimborso delle perdite finanziarie effettivamente subite, poiché il suo importo è soggetto a un limite superiore intimamente connesso con la remunerazione mensile di riferimento⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ Reclamo n. 106/2014 Finnish Society of Social Rights v. Finland; Conclusions, Bulgaria 2016.

⁷⁷² Cfr. Articolo 2 decreto legislativo 23 del 2015.

⁷⁷³ Cass. sent. n. 12174/2019.

⁷⁷⁴ Cfr. Articolo 3 comma 2 decreto legislativo 23 del 2015 e Articolo 9 decreto legislativo 23 del 2015.

⁷⁷⁵ Reclamo n. 158/2017 Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, paragrafi 91-92.

Di conseguenza, secondo il Comitato se un lavoratore è stato assunto dopo un contratto a tempo indeterminato nel settore privato dopo il 7 marzo 2015 ed è stato ingiustamente licenziato senza alcun motivo valido, sia oggettivo o soggettivo o addirittura licenziato senza giusta causa prevede un mero indennizzo predeterminabile. Se la natura illecita del licenziamento è dovuta a ragioni formali o a mancanze procedurali, gli importi della compensazione sono ridotti della metà per le piccole imprese e limitano a 12 volte la remunerazione mensile di riferimento per le altre, ai sensi degli articoli 4 e 9 del decreto legislativo n. 23/2015. Infine, in caso di licenziamenti collettivi illeciti in quanto effettuati in violazione delle procedure o dei criteri di selezione, l'articolo 10 del decreto legislativo n. 23/2015 prevede solo un indennizzo limitato a 24 o 36 volte la remunerazione mensile di riferimento in il caso di unità produttive con più di 15 lavoratori, a seconda della data del licenziamento, prima o dopo il 14 luglio 2018⁷⁷⁶.

6.3.6. ...dichiarazione di una violazione

Il Comitato ha sottolineato che qualsiasi tetto massimo di risarcimento atto ad impedire che i danni siano commisurati alla perdita subita e sufficientemente dissuasivo è, in linea di principio, contrario alla Carta, ponendosi sulla stessa scia della Corte costituzionale nella sua decisione n. 194/2018. Per cui se esiste un massimale per il risarcimento del danno materiale, la vittima deve essere in grado di chiedere un risarcimento per il danno patrimoniale e morale ed i giudici devono decidere entro un termine ragionevole⁷⁷⁷.

Per quanto riguarda i possibili rimedi legali attraverso i quali richiedere un risarcimento supplementare, il Governo italiano ha menzionato la possibilità che i lavoratori richiedano un risarcimento aggiuntivo sulla base delle regole generali di responsabilità civile e ha affermato che i tribunali competenti possono ordinare il ripristino di lavoratori ai sensi dell'articolo 1418 del Codice civile sull'annullamento dei contratti. Entrambe le argomentazioni addotte dallo Stato italiano non state contestate dalla CGIL ed accolte dal Comitato, per quanto riguarda la prima giustificazione si è detto che il risarcimento previsto dalle norme in materia di responsabilità civile non è collegato alla natura illecita del licenziamento, ma ai termini del licenziamento e al loro impatto sull'integrità

⁷⁷⁶ Reclamo n. 158/2017 Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, paragrafi 93-95.

⁷⁷⁷ Reclamo n. 106/2014 Finnish Society of Social Rights v. Finland.

psicologica e fisica della vittima⁷⁷⁸, o sulla sua vita privata o reputazione. Mentre con riferimento alla seconda motivazione il Governo non ha fornito alcun esempio di casi in cui è stato concesso un risarcimento per licenziamento illegale ai sensi dell'articolo 1418 del Codice civile. Quest'ultima disposizione è stata utilizzata per riconoscere che i licenziamenti illegali erano nulli in alcuni casi⁷⁷⁹, ma il Comitato ritiene che non vi sia nulla che dimostri l'esistenza di una giurisprudenza stabile e consolidata e che possa applicarsi a tutte le diverse situazioni⁷⁸⁰.

Il Comitato ritiene che le condizioni associate a ciascuna di queste opzioni siano di natura tale da non inibire ricorso al licenziamento illegale, se non a favorirlo. In caso di licenziamento, le misure di conciliazione previste in Italia consentono ai datori di lavoro di evitare procedimenti giudiziari e di contenere i costi del licenziamento mentre i dipendenti si impegnano rinunciare al loro diritto a presentare ricorso a fronte di ricevere come unico vantaggio la certezza di ricevere un risarcimento in breve tempo. Inoltre, i rimedi giudiziari non hanno necessariamente un effetto dissuasivo sul licenziamento illegittimamente comminato visto che l'importo netto del risarcimento per il danno materiale non è significativamente superiore a quello previsto in caso di conciliazione e, in secondo luogo, si rileva che le lungaggini processuali sono a vantaggio dei datori di lavoro, quindi la compensazione diventa di certo inadeguata al danno subito⁷⁸¹.

E così, alla luce di quanto precede, il Comitato ha ritenuto che né i rimedi giuridici alternativi che offrono alle vittime di licenziamento illegale la possibilità di un risarcimento che superi il limite superiore stabilito dalla legge in vigore né il meccanismo di conciliazione, come previsto dalle disposizioni in gioco, rendono è possibile in tutti i casi di licenziamento senza motivo valido ottenere un risarcimento adeguato proporzionato al danno subito e idoneo a “discourage” i datori di lavoro dal ricorrere al

⁷⁷⁸ Cass. sent. n. 12174/2019 n. 23686/2015

⁷⁷⁹ Tribunale del Lavoro di Roma sent. n. 4517/2016; Tribunale del Lavoro di Vicenza sent. n. 687/2016.

⁷⁸⁰ Reclamo n. 158/2017 Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, paragrafo 99.

⁷⁸¹ Reclamo n. 158/2017 Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, paragrafi 102-103.

licenziamento illegale. Di conseguenza, il Comitato ha infine ritenuto che vi sia una “*violation*” dell'articolo 24 della Carta⁷⁸².

⁷⁸² “*In the light of the foregoing, the Committee considers that neither the alternative legal remedies offering victims of unlawful dismissal the possibility of compensation exceeding the upper limit set by the law in force nor the conciliation mechanism, as laid down in the provisions at stake, make it possible in all cases of dismissal without valid reason to obtain appropriate redress proportionate to the damage suffered and apt to discourage employers from resorting to unlawful dismissal. Consequently, the Committee holds that there is a violation of Article 24 of the Charter.*” Reclamo n. 158/2017 Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, paragrafi 104 e 105.

CONCLUSIONI

Come è già stato affermato nell'Introduzione di questo lavoro di ricerca, il punto di partenza per la sua elaborazione è nato dalla necessità di analizzare la disciplina del licenziamento nell'ordinamento italiano alla luce delle fonti interne e di quelle sovranazionali. A partire da questa premessa si possono arguire le seguenti conclusioni.

1 Il lavoratore nella Costituzione italiana

La Costituzione italiana, entrata in vigore primo gennaio del 1948, contiene diverse norme a tutela della debole posizione giuridica del cittadino-lavoratore. Esse non sono però immediatamente precettive e necessitano l'intervento delle fonti subordinate per venire alla luce nel sistema.

Analizzando i principi costituzionali dell'ordinamento italiano dalla rilevanza lavoristica si è posto l'accento sul fatto che l'Assemblea costituente abbia voluto dare a tutti la possibilità di vivere dignitosamente apportando il proprio contributo alla vita sociale e comunitaria del Paese. I principi espressi nella Carta, per quanto pregnanti di valori dalla portata universale, soffrono di mancata precettività perché si è demandato al legislatore futuro la loro attuazione così da non irrigidire il sistema. Agli albori della Repubblica si è infatti deciso di dotare l'Italia di "un'anima lavoristica", immaginando però che la concreta attuazione della stessa venisse effettuata dal legislatore ordinario che per sua natura è più adatto a cogliere i mutamenti della collettività.

L'aver fondato l'Italia sul lavoro, ai sensi dell'art. 1 Cost, non dovrebbe impedire che il legislatore possa introdurre norme più o meno garantiste per la tutela del posto di lavoro, però avrebbe comunque dovuto farlo riflettere sulle modalità di intervento nel mercato del lavoro adoperate negli ultimi anni.

Il fondamento della Repubblica mira a rendere liberi tutti gli uomini perché cittadini e rifiuta l'idea di rapporti esasperatamente asimmetrici in cui l'uomo sia solo un *input* dell'attività imprenditoriale. Non può esservi cittadinanza partecipata se gli uomini e le donne vivono una vita piena di incertezza nella quale è dubbia la possibilità di godere di una fonte di sostentamento stabile e dotata di giuste garanzie. Infatti, l'art. 3, comma 2, a tal proposito sancisce che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini e che impediscono il pieno sviluppo

della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla vita del Paese. In quest'ottica è proprio la disciplina del licenziamento, complessivamente considerata, a consentire di misurare il livello di disparità che intercorre fra parte datoriale e lavoratori, e quindi fra cittadini liberi.

Il regime di tutele a favore del lavoratore immaginato dal costituente si spinge oltre la vigenza del rapporto contrattuale, l'art. 38, accanto alla previsione di mezzi adeguati per far fronte alle esigenze di vita del lavoratore in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, richiede che agli stessi siano assicurate idonee tutele per il caso di disoccupazione involontaria. L'articolo supera la classica dicotomia tra assistenza e previdenza, delinea un sistema previdenziale unitario volto a tutelare tutti i cittadini, siano essi o no lavoratori. Si segna il passaggio ad un sistema monistico ispirato al principio di sicurezza sociale in cui si stabilisce che è compito dello Stato garantire ad ogni cittadino la dignità e la possibilità di svilupparsi come individuo. Il legislatore costituzionale non entra nel merito e delega tale funzione al legislatore ordinario.

In sostanza spetta alla legge il compito di edificare quanto progettato dall'Assemblea costituente nelle prime fasi repubblicane senza tradirne l'anima, ed anzi, cercando di rispettarne il primigenio intento portandolo a compimento.

2 La fase ascendente dei livelli di garanzia per il lavoratore

In Italia si è assistito ad un processo parabolico in cui i lavoratori hanno visto inizialmente aumentare le proprie garanzie dall'avvento della Costituzione fino agli anni '70, periodo del consolidamento delle stesse.

In origine infatti le norme del Codice civile in tema di licenziamento erano basate sull'astratta parità delle parti tipica della mentalità liberale, in seguito le istanze sociali degli anni '60 e '70 hanno portato ad un radicale ripensamento di ciò a favore della stabilità nel posto di lavoro per il lavoratore illegittimamente licenziato. Successivamente la legislazione posteriore alle crisi economica del 2008 ha ridotto la forza della disciplina protezionistica a favore del lavoratore: la riforma Fornero del 2012 ed ancora più prepotentemente le leggi e i decreti emanati nel 2015 dal governo Renzi.

Il Codice civile del 1942 collegava il recesso del lavoratore e del datore dal contratto di lavoro a tempo indeterminato ad una libera scelta delle parti che, fermo l'onere di un congruo preavviso, potevano sciogliere il vincolo senza alcuna conseguenza negativa. Il

preavviso non era dovuto nel caso in cui sia presente una giusta causa, la quale nasce da un evento che non consente neppure temporaneamente la prosecuzione del rapporto di lavoro. Il lavoratore, nella disciplina eminentemente codicistica, poteva quindi essere licenziato *ad nutum*, col solo limite del rispetto del termine di cui sopra, o per giusta causa per aver compromesso la fiducia che il datore di lavoro riponeva nella sua persona e nei futuri adempimenti contrattuali.

A seguito della legge 604 del 1966, salva la giusta causa, il licenziamento poteva essere disposto solo a seguito di un giustificato motivo oggettivo, per motivi che ineriscono all'attività produttiva o quando vi sono ragioni che attengono più propriamente all'organizzazione del lavoro, o soggettivo, in caso di notevole inadempimento del lavoratore). Il licenziamento per giustificato motivo diventa l'unico modo in cui era possibile risolvere il rapporto in quanto il sistema non riconosceva più la facoltà datoriale di licenziare in assenza di giustificazione. Nel caso in cui il datore di lavoro non avesse rispettato la prescrizione, era tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno da un minimo di cinque ad un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione.

La vera rivoluzione per l'ordinamento è stata rappresentata dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, legge 300 del 1970, che ha introdotto un'efficace tutela reale per il lavoratore indebitamente licenziato. Gli istituti di giusta causa e giustificato motivo permangono in vigore, ciò che era mutato era il sistema di garanzia previsto. Il dipendente aveva, di norma, diritto ad essere reintegrato nel proprio posto di lavoro e per le stesse mansioni se il licenziamento era avvenuto contravvenendo le disposizioni sulla giusta causa o sul giustificato motivo. Per quanto la norma ha trovato applicazione esclusivamente per le realtà imprenditoriali di maggiori dimensioni, ha comunque portato il sistema a livellare quell'asimmetria contrattuale un tempo ignorata dalla cultura paleoliberales. In questa fase della propria evoluzione l'ordinamento italiano aveva raggiunto una soglia elevata di tutele e garanzie per il lavoratore, totalmente in rottura con quanto previsto sino a quel momento, tale disciplina è rimasta in vigore per oltre quarant'anni e che venuta meno sarà difficile da ristabilire.

3 La fase discendente dei livelli di garanzia per il lavoratore

Il processo parabolico delle garanzie dei lavoratori ha avuto la sua fase discendente nella seconda decade del nuovo millennio, le tutele duramente conquistate sono scemate tramite i recenti interventi riformisti.

La prima picconata alla tutela reale è stata data dalla legislazione posteriore alla crisi del 2008, il governo tecnico guidato dal prof. Mario Monti sotto il ministro prof.ssa Elsa Fornero ha ridotto l'applicazione della tutela reintegratoria. L'intento politico dietro la scelta operata è stato senza dubbio quello di introdurre maggiore flessibilità d'uscita nel mercato del lavoro così da rendere il Paese più attrattivo per investitori e capitali esteri. Il disegno di legge sulla riforma del diritto del lavoro è divenuto la legge n. 92 del 2012. Il comma 42 della nuova legge ha introdotto un complesso sistema sanzionatorio a seconda della gravità dei vizi che comportano l'illegittimità del licenziamento. Vengono introdotte garanzie diversificate: tutela reale, nelle forme di forte e attenuata, e tutela obbligatoria, nelle forme piena e ridotta. Seppur dalla ridotta portata, la reintegrazione è ancora vigente nell'ordinamento e costituisce un presidio di sicurezza per molti lavoratori illegittimamente licenziati. La legge 92 del 2012 ha avuto il merito di aver tentato di introdurre una definizione delle controversie in tema di licenziamento più celere, tramite un rito sommario di cognizione, quasi a voler compensare la minor protezione accordata ai dipendenti.

Infine, nel 2015 il governo Renzi ha dato il colpo di grazia all'art. 18 dello Statuto con la riforma del mercato del lavoro conosciuta come *Jobs Act*. Ha provveduto a ridisegnare totalmente la disciplina dei licenziamenti illegittimi e ingiustificati e ha abbassato le tutele dei lavoratori in misura maggiore di quanto avesse fatto il governo Monti. Nell'arduo compito di bilanciare gli interessi delle parti, il legislatore pende senz'altro verso parte datoriale. La nuova disciplina ha introdotto il contratto di lavoro a tutele crescenti per tutti i neoassunti dal 7 marzo 2015. Per i contratti di lavoro stipulati a partire da questa data, i vizi che danno luogo alla reintegrazione sul posto di lavoro sono ridotti al minimo. La tutela reale continua ad esistere solo nelle tre ipotesi di licenziamento discriminatorio, nullo e inefficace perché intimato oralmente. Fuori da questi casi, il datore avrebbe dovuto essere condannato al pagamento di un'indennità onnicomprensiva, facilmente predeterminabile in base all'anzianità del lavoratore e pertanto particolarmente esigua per le nuove assunzioni. La nuova disciplina è stata ad ogni modo dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 194 del 2018 con la quale la Consulta ha cancellato l'automatico

meccanismo di commisurazione dell'indennità solo sulla base dell'anzianità di servizio. Vi è così una maggiore discrezionalità del giudice ordinario che va a frustrare l'obiettivo della prevedibilità del risarcimento a favore di una maggiore equità.

Il legislatore più recente ha tentato di riscrivere i paradigmi a presidio del lavoratore italiano, cercando di favorire logiche concorrenziali a ribasso. È andato contro la cultura giuridica e costituzionalistica affermatasi storicamente in Italia mirante a preservare il cittadino-lavoratore quale uomo libero. Resta alla Corte costituzionale cercare di equilibrare il nuovo sistema di norme con i valori di civiltà giuridica propri dello Stato italiano.

4 La Carta Sociale Europea e l'art. 24

La normativa italiana ed i giudizi di legittimità costituzionale sono influenzati sempre più delle fonti internazionali che profilano un panorama dalla sempre crescente complessità. In questo contesto ha un impatto crescente la Carta Sociale Europea che costituisce un punto di riferimento a presidio dei diritti sociali.

Il vecchio Stato moderno non è più in grado di assicurare da solo i diritti dell'uomo e libertà fondamentali e nel quadro europeo assume particolare rilevanza la CEDU, che rappresenta la più significativa espressione di carta regionale dei diritti. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali attiene all'ordinamento internazionale ed è adottata in seno al Consiglio d'Europa. Nello stesso contesto è stata adottata anche la Carta Sociale Europa, per tutelare i diritti di seconda generazione e che è dotata di un Comitato quale organo quasi-giurisdizionale.

La Carta Sociale del Consiglio è stata sovente considerata uno strumento secondario perché, a differenza delle norme della CEDU, quelle contenute qui non soggiacciono alla giurisdizione della Corte europea e sono rese efficaci per mezzo di un sistema rimediale tipicamente internazionalistico, che per sua stessa natura non dispiega efficacia vincolante. Nonostante le pronunce del Comitato non siano vincolanti, è stato fra gli organi più prolifici del Consiglio d'Europa ed il suo ruolo è potenziato dal fatto che non vi siano altre sedi a specializzata nella garanzia dei diritti sociali. L'organo ha monitorato e controllato minuziosamente le legislazioni e le prassi nazionali utilizzando una procedura basata su reclami collettivi. Spesso il Comitato ha preteso che gli Stati aderenti

attuino le direttive comunitarie coerentemente agli obblighi che derivano dall'adesione Carta Sociale.

Fra le disposizioni della Carta quella che ha come ambito di tutela il lavoratore licenziato è l'art. 24, rubricato diritto ad una tutela in caso di licenziamento, che prevede ampie garanzie e tutele a protezione della parte debole del rapporto contrattuale. Ai sensi della medesima disposizione gli Stati devono adoperarsi perché sia assicurato l'effettivo diritto ad una tutela in caso di licenziamento ingiustificato.

Pertanto, i lavoratori non possono essere licenziati senza un valido motivo che sia legato alle loro attitudini o alla loro condotta o che sia basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio. Chi è stato licenziato in assenza di un idoneo motivo deve vedersi riconosciuto un congruo indennizzo o alternativamente un'adeguata riparazione. A tal fine è richiesto che gli Stati garantiscano al lavoratore ingiustamente licenziato il diritto di ricorrere dinanzi un giudice terzo ed imparziale.

L'art. 24, dal precipuo obiettivo di tutelare i lavoratori da licenziamenti arbitrari, si è dimostrato idoneo ad erodere la riforma del lavoro del decreto legislativo 23 del 2015 quale norma costituzionale interposta nella sentenza n. 194 del 2018. La Consulta ha infatti pienamente riconosciuto la Carta Sociale all'interno dell'ordinamento nazionale così da elevare i mezzi a difesa di chi abbia perso il proprio impiego senza una valida giustificazione.

5 La non conformità della normativa italiana alla Carta Sociale

La normativa italiana del *Jobs act* non risulta conforme all'art. 24 della Carta Sociale Europea per come interpretata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali. L'organo si è pronunciato sulla non conformità della riforma del lavoro del 2015 alla Carta ed ha così lanciato un monito al legislatore italiano e agli interpreti del testo. Secondo il giudice vanno recuperati parti dei livelli di tutela, recentemente compressa, a favore lavoratore illegittimamente licenziato. Ogni limitazione del risarcimento che non dia luogo ad una effettiva compensazione è in violazione con quanto previsto dalla Carta Sociale.

La pronuncia ha avuto origine da un reclamo presentato dalla CGIL nel 2017 in cui il sindacato sosteneva che la legislazione italiana fosse in contrasto con quanto stabilito dall'art. 24 della Carta Sociale Europea. La decisione del Comitato, di accoglimento delle istanze della CGIL, è stata pubblicata l'11 febbraio 2020. Le censure del Comitato hanno

riguardato l'adeguatezza del ristoro risarcitorio che spettava al lavoratore licenziato senza giusta causa.

Intervenuta nelle more la sentenza n. 194 del 2018 della Consulta, il Comitato ha dichiarato che non sarebbe stato pertinente pronunciarsi sulla doglianza relativa alla natura automatica del calcolo dell'importo della compensazione prevista del decreto legislativo n. 23 del 2015, giacché dall'intervento della Corte costituzionale, i tribunali italiani non sarebbero stati più tenuti a determinare l'indennità risarcitoria sulla sola base della durata del rapporto. Nonostante ciò, non è cessata la materia del contendere perché erano diverse le censure presentate dalla CGIL.

La non conformità fra la Carta ed il decreto è discesa dal fatto che non possono introdursi soglie massime risarcibili infatti, nell'ipotesi in cui sia previsto un tale massimale, deve essere fatta salva la possibilità di chiedere il risarcimento dell'ulteriore danno. Sebbene il Governo italiano abbia dichiarato che l'indennità aggiuntiva potesse essere ottenuta tramite le regole generali della responsabilità civile, il Comitato ha ritenuto deboli le argomentazioni rigettandole. Infatti, il ricorso a tali regole è stato ritenuto non idoneo a inibire forme di licenziamento indebite.

Il Comitato ha ritenuto che né i rimedi giuridici alternativi, che offrono alle vittime di licenziamento illegale la possibilità di un risarcimento che superi il limite superiore stabilito dalla legge in vigore, né il meccanismo di conciliazione, previsto dalla riforma, rendono possibile un risarcimento adeguato né proporzionato al danno subito e idoneo a scoraggiare i datori di lavoro dal licenziare indebitamente.

Il Comitato ha così ritenuto che vi sia una violazione palese dell'articolo 24 della Carta e, nonostante non possa vincolare il legislatore italiano ad operare una controriforma, ha comunque messo in luce le debolezze di un sistema nettamente sbilanciato verso la tutela del contraente più forte.

6 L'Unione europea e la Carta di Nizza

La normativa italiana ed i giudizi di legittimità costituzionale in materia di licenziamento non sono influenzati solo da fonti propriamente internazionali, ma anche

dall'ordinamento eurounitario che è da considerarsi sovraordinato rispetto quello nazionale.

L'avveniristico progetto di una Costituzione europea, poi naufragato a causa delle resistenze di taluni stati membri, sopravvive nella Carta di Nizza la quale, a seguito del Trattato di Lisbona, ha assunto il valore di fonte giuridicamente vincolante. Al suo interno è previsto l'art. 30 prevede che stabilisce il diritto di ogni lavoratore ad avere una tutela contro ogni licenziamento ingiustificato.

La Carta garantisce ad ogni lavoratore ha il diritto ad essere protetto contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Secondo la disposizione la tutela contro i licenziamenti ingiustificati è un diritto fondamentale dell'ordinamento eurounitario, a prescindere da quanto previsto dalle norme di singolo Stati membri.

L'art. 30 si ispira all'articolo 24 della Carta Sociale riveduta e così, tramite questo mezzo, la portata della Carta Sociale Europea è estesa all'ordinamento eurounitario tutto e le pronunce del Comitato giocano un ruolo chiave anche nell'interpretazione dell'art. 30. In ogni caso, in virtù del principio di sussidiarietà, la Carta esclude che la norma possa avere effetti diretti negli ordinamenti nazionali in assenza di norme che ne esplicitino contenuto in maniera vincolante. La giurisprudenza di molti Stati, fra cui l'Italia, utilizza l'art. 30 della Carta di Nizza come strumento di interpretazione del diritto interno per completarne il senso e rafforzarne la portata.

7 Livelli di garanzia in Europa

La riforma del lavoro del 2015 non ha avvicinato la legislazione interna a quella degli altri Paesi europei, anzi da un confronto con questi emerge che i loro lavoratori godono di tutele e garanzie non dissimili a quelle godute dai dipendenti italiani assunti prima dell'entrata in vigore del *Jobs act*.

Il presupposto su cui si basava la riforma era una paventata rigidità dell'ordinamento, secondi i propugnatori i lavoratori subordinati sarebbero stati tutelati da una normativa che limitava eccessivamente la facoltà datoriale di recedere dal rapporto. Quanto asserito è stato smentito dagli indici OCSE che per i quali l'Italia appariva in linea con la media europea; tali indici consentono di affermare che lo Stato non costituisse assolutamente un'eccezione nel panorama eurounitario.

Anzi, l'analisi comparata con altre realtà fa emergere come la normativa fosse meno garantista di quella della maggior parte degli altri Stati membri. Ad esempio, nell'esperienza francese, tedesca e svedese è previsto che in caso di licenziamento sia prevista a monte una partecipazione delle realtà sindacali; e negli stessi paesi incombe sul datore di lavoro l'onere di predisporre un piano finalizzato al reimpiego del lavoratore licenziato e sono previste forme di compensazione economica nelle ipotesi del licenziamento legittimo. Riguardo i dubbi sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, deve considerarsi che la reintegra è presente in quasi tutti gli ordinamenti europei e non era una peculiarità esclusiva dell'Italia.

La crisi economica ha di certo spinto e velocizzato i processi di riforma della disciplina dei licenziamenti, però la normativa degli altri Stati europei non è stata rivoluzionata completamente. Dalla visione comparativa, è chiaro come non vi è alcun legame tra le riforme della normativa del licenziamento ed il reale grado di rigidità dei relativi ordinamenti, per cui non è difficile ritenere che le nuove disposizioni sono state emanate per attirare investitori esteri potenzialmente attratti da un costo della manodopera ribassata.

Il fatto che il *Jobs Act* non mirasse al raggiungimento di *standard* di flessibilità europei, è dimostrato dalla contrarietà della normativa italiana con l'art. 24 della Carta Sociale Europea e quindi con l'art. 30 della Carta di Nizza.

8 Il lavoro nelle Costituzioni europee

Nessuna delle tante Costituzioni presenti nel variegato panorama eurounitario può dirsi fondata sul lavoro come quella italiana del 1948.

Guardando *en passant* ad alcune delle Costituzioni di paesi europei dalla tradizione giuridica simile a quella italiana, quali la *Constitution française du 4 octobre 1958*, la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* e la *Constitución española*, si nota senza troppe difficoltà come diritti di prima generazione e quelli seconda generazione, quelli marcatamente sociali, siano certamente presenti nell'orbita delle fonti supreme e, fra gli altri, i diritti connessi ai lavoratori ricevono riconoscimento non dissimile da quello delineato nei paragrafi di cui sopra. Segnatamente nell'ordinamento costituzionale francese vigente ad essere incentrato sul lavoro è il Preambolo della Costituzione del 27

ottobre 1946. Con la *Grande Décision* del 1971, infatti, il *Conseil Constitutionnel* decise di estendere la propria tutela a diritti anche oltre il testo del 1958 mediante la tecnica del rinvio⁷⁸³. I punti da 5 a 8⁷⁸⁴ del preambolo indicano in maniera puntuale i diritti sociali spettanti ai lavoratori sia individualmente che collettivamente, rientrano nel novero il diritto di lavorare, la libertà di aderire ad un sindacato, diritto di sciopero e diritto alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro ed alla gestione delle aziende. Nella *Grundgesetz* la copertura costituzionale dei diritti dei lavoratori è invece contenuta nello stesso testo⁷⁸⁵ ed è garantita innanzitutto dall'art. 9 (3)⁷⁸⁶ che sotto l'egida della libertà di associazione ricomprende anche quelle formazioni umane spontanee che salvaguardano e migliorano le condizioni economiche e del lavoro⁷⁸⁷. Nell'articolo 12⁷⁸⁸ l'accento è posto sulla tematica della libertà di professione, mentre nell'art. 12a⁷⁸⁹ vengono realizzate quelle eccezioni alla libertà giustificate da un evento straordinario quale è lo stato di difesa. Probabilmente è perché in Germania era ancora fresco il ricordo dell'*Arbeit macht frei*, non si inserirono nel testo fondamentale delle norme volte a sottolineare la libertà derivante dal lavoro e da una consequenziale giusta retribuzione, si è preferito piuttosto inserire protezione alla libertà di lavorare, comprensiva della sua sfaccettatura negativa:

⁷⁸³ GROSSO, E., "La Francia", in *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, 2009, pp. 139 e 140.

⁷⁸⁴Prèambule de 1946 "5. Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. 6. Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix. 7. Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. 8. Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises."

⁷⁸⁵ PARODI, G., *La Germania e l'Austria*, in *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, 2009, p. 178.

⁷⁸⁶ Artikel 9 "(3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. Maßnahmen nach den Artikeln 12 a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87 a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden."

⁷⁸⁷ LOSANO, M., "Le costituzioni della Germania post-bellica e i diritti fondamentali", in *Revista de la Facultad de Derecho* n. 32, Gen-Giu 2012, p. 238.

⁷⁸⁸ Artikel 12 "(1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden. (2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht. (3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig."

⁷⁸⁹ Artikel 12a "(6) Kann im Verteidigungsfalle der Bedarf an Arbeitskräften für die in Absatz 3 Satz 2 genannten Bereiche auf freiwilliger Grundlage nicht gedeckt werden, so kann zur Sicherung dieses Bedarfs die Freiheit der Deutschen, die Ausübung eines Berufs oder den Arbeitsplatz aufzugeben, durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Vor Eintritt des Verteidigungsfalles gilt Absatz 5 Satz 1 entsprechend."

la libertà che non sia imposto alcun lavoro. Guardando all'ordinamento spagnolo⁷⁹⁰ i diritti positivizzati nella *Constitución* che riguardano i *trabajadores*, ovverosia gli artt. 7, 28, 35, l'art. 37,40 comma 2 e 41, nel loro tenore letterale appaiono per molti versi sovrapponibili a quelli contenuti nelle disposizioni approfondite nei paragrafi precedenti e riguardanti l'Italia. L'art. 7⁷⁹¹ infatti prevede l'istituzione di sindacati dei lavoratori e di associazioni imprenditoriali che devono avere base democratica, l'art. 28⁷⁹² comma 1 rafforza questa previsione. È inserito al comma 2 il diritto allo sciopero che, con una formula meno sibillina di quella italiana ("Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che regolano"), fa espressamente salve le garanzie atte ad assicurare il mantenimento dei servizi essenziali. L'art. 35⁷⁹³ assomma il diritto - dovere di lavorare, il principio della retribuzione sufficiente e la parità di genere⁷⁹⁴. L'art. 37⁷⁹⁵ dà copertura costituzionale alla contrattazione collettiva e alle vertenze collettive. Con il secondo comma dell'art. 40⁷⁹⁶, oltre alla salvaguardia della formazione dei *trabajadores*, vengono regolamentati la sicurezza e l'igiene nel lavoro, il riposo necessario, le limitazioni della

⁷⁹⁰ IACOMETTI, M., "La Spagna", in *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, 2009, p. 218-222.

⁷⁹¹ Artículo 7 "Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos".

⁷⁹² Artículo 28 "1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al decoro su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad."

⁷⁹³ Artículo 35 "1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores."

⁷⁹⁴ È chiara la corrispondenza fra il contenuto complessivo di questo articolo della *Constitución* e gli artt. 4, 36 comma 1 e 37 della Costituzione italiana.

⁷⁹⁵ Artículo 37 "1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad."

⁷⁹⁶ Artículo 40 "2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales, velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados."

giornata lavorativa e le ferie periodiche retribuite⁷⁹⁷. Infine, l'art. 41 introduce un sistema di previdenza sociale per tutti i cittadini così da far fronte a situazione di bisogno e specialmente in caso di disoccupazione; l'assistenza e le prestazioni complementari rimangono comunque improntate ad un principio di libertà.

9 Il recupero dell'anima lavoristica italiana

La Costituzione italiana pone a fondamento del suo essere il lavoro. ed è proprio qui è che si cela la sua peculiarità: nella portata assiologica dell'assunto contenuto nelle prime nove parole del testo "L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro".

La portata di tale principio è stata spesso trascurata dalla parcellizzazione delle norme per mano degli studiosi e degli operatori del diritto. Le norme costituzionali, a differenza di come spesso è stato fatto dalla dottrina non possono essere analizzate esclusivamente articolo per articolo. Il connubio fra Consulta e ordinanze del giudice *a quo* ha favorito un sistema ermeneutico in cui sovente ogni disposizione è considerata una monade, ciò purtroppo ha consentito che spesso rimanessero sullo sfondo questioni attinenti alle relazioni normative e che si trascurasse una visione di insieme del tessuto costituzionale. Si è finito con il restringere l'orizzonte problematico, anche per quanto attiene al collegamento tra il principio di cui all'art 1, quale fondamento della Repubblica e le altre disposizioni dei principi fondamentali ad esso riconducibili, ed agli altri articoli costituzionali dedicati ai rapporti economici⁷⁹⁸. Il lavoro è quindi l'adempimento di un dovere civico, si esercita attraverso lo svolgimento di un'attività individuale che concorre al progresso sociale e che per il Costituente ha valore positivo⁷⁹⁹. La meta verso cui debba svolgersi la personalità di ciascuno è segnata dallo scegliere il proprio ruolo nell'edificazione della *res publica*. Il lavoro non è altro che manifestazione materiale della cittadinanza, un precipitato dell'azione politica⁸⁰⁰. Nel disegno costituzionale vi è un meccanismo di sviluppo che nasce dal lavoro e che per il suo effettivo svolgimento richiede che siano posti contrappesi ai pubblici poteri in modo che non possano svilirlo o

⁷⁹⁷ Cfr. Art. 36 Cost. Ita. commi 2 e 3 "La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi."

⁷⁹⁸ DI GASPARE, G., *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁸⁰⁰ CAVINO, M., "Il diritto-dovere al lavoro", in *Seminario del gruppo di Pisa "La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?"* 18 ottobre 2018.

eliminarlo. In questa chiave va vista anche la tutela del risparmio dell'art. 47⁸⁰¹ e il pareggio di bilancio ex art. 81⁸⁰² che con l'art. 53⁸⁰³ sulla capacità contributiva, delineano un sistema che, se applicato esalterebbe davvero il fondamento lavoristico nella sua portata assiologica⁸⁰⁴.

Considerato il lavoro come fondamento della cittadinanza, la mancanza di questo, o anche una sua bassa qualità, comporta un effetto marginalizzante e di esclusione sociale. Non sempre l'impiego retribuito possiede quel forte valor identitario, di status, di integrazione sociale che consente il raggiungimento di un livello di benessere economico ed esistenziale considerabile alto⁸⁰⁵. L'azione di un mercato senza regole e la politica sottomessa alle logiche di questo hanno fortemente inciso i diritti costituzionali e svilito in particolare la deflagrante portata dell'art. 1 della Costituzione italiana. La precarietà dei rapporti di lavoro sta facendo perdere di senso quella solidarietà di classe che fa eco alla libertà sindacale di cui all'art. 40 Cost. Il lavoratore non ha più quel senso di appartenenza ad una "classe" che ha portato alle celeberrime conquiste giuslavoristiche fra gli anni '60/'70. Ciò che è auspicabile è che il legislatore dia nuova vita alle politiche di piena occupazione, torni a ripristinare quelle tutele che dopo la crisi sono state erose, ad iniziare con la tutela reale del posto di lavoro. Viste le uniformità già esistenti fra i vari Paesi europei sarebbe opportuno operare una unificazione del diritto del lavoro per evitare

⁸⁰¹ Articolo 47 *“La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.”*

⁸⁰² Articolo 81 *“Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale.”*

⁸⁰³ Articolo 53 *“Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.”*

⁸⁰⁴ DI GASPARE, G., *op. cit.*, p. 21.

⁸⁰⁵ LODIGIANI, R., *“Un nuovo patto tra lavoro, cittadinanza e welfare”*, in *Lavoro e cittadinanza “Dalla Costituente alla flessibilità: ascesa e declino di un binomio”*, Coord. da BALDISSARA, L, E BATTINI, M., Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 2017.

il fenomeno del *dumping* e porre un argine allo sfruttamento dei lavoratori anche approntando idonee forme di sussistenza, come correttivi del mercato⁸⁰⁶.

Paradossalmente il recupero dell'anima lavoristica della Costituzione italiana passa necessariamente dalle istituzioni dell'Unione Europea e, come le complesse vicende sul *Jobs act* hanno insegnato, soprattutto dalle fonti di diritto internazionale come la Carta Sociale Europea nelle forme e nei modi con cui viene intesa dal Comitato quale organo di controllo preposto all'attuazione della stessa.

10 Linee guida per una disciplina futura

Perché la normativa italiana in tema di licenziamenti possa tornare ad essere uno strumento di tutela del lavoratore e, come tale, conforme al sistema integrato di protezione dei diritti umani, è auspicabile un intervento riformatore da parte del legislatore.

I rimedi contro i licenziamenti ingiustificati, coerentemente con le deduzioni del Comitato, devono avere i caratteri dell'adeguatezza, dell'effettività e della dissuasività. Non è necessario che si estenda eccessivamente la tutela reintegratoria piena a tale scopo, ma è doveroso coordinare coerentemente gli interessi di cui i lavoratori sono portatori con quelli riguardanti il corretto funzionamento del mercato e dell'economia. Una proposta di riforma non dovrebbe far tornare in auge la distinzione tipicamente italiana fra imprese con più di quindici dipendenti e quelle che non ne hanno, al contrario sarebbe opportuno rendere uniforme la disciplina per tutti lavoratori indiscriminatamente. In Italia il tessuto economico è costituito per la stragrande maggioranza da realtà imprenditoriali medie e piccole che se fossero escluse da una novella in materia rischierebbero di vanificarne gli scopi e gli intenti.

Prima ancora che intervenire sulla determinazione delle indennità, andrebbe rivista a monte la stessa procedura di licenziamento. Se il lavoratore licenziato si opponesse in sede giudiziale, il licenziamento potrebbe essere sottoposto alla condizione sospensiva del provvedimento del magistrato, cosicché nelle more del processo non possa subire ulteriore pregiudizio e non avere di che vivere. Oggi le lungaggini processuali incombono

⁸⁰⁶ FERRAJOLI, L., "Articolo uno: lavoro e sovranità popolare" in *Lavoro e cittadinanza "Dalla Costituente alla flessibilità: ascesa e declino di un binomio"*, Coord. da BALDISSARA, L, E BATTINI, M., Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 2017.

sui dipendenti illegittimamente licenziati, in quest'altro modo invece graverebbero sul datore di lavoro.

Ad una disciplina così garantista dovrebbero essere aggiunti dei correttivi che non frustrino le esigenze delle imprese. In caso di licenziamento addebitato per giusta causa potrebbe essere mantenuta la disciplina della tutela reintegratoria attenuata prevista dalla riforma Fornero. In tal modo al lavoratore spetterebbe sia la reintegrazione nel posto di lavoro sia la corresponsione di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto però solo ciò che il lavoratore ha effettivamente percepito per lo svolgimento di altre attività.

Un secondo correttivo potrebbe essere dato dalla partecipazione reale ed effettiva all'atto del licenziamento delle rappresentanze sindacali, di un consulente del lavoro, di un avvocato o di un'altra figura esperta in materia. In questa ipotesi, da utilizzare solo in caso di intenzione del datore di lavoro di effettuare il licenziamento per un motivo legato all'organizzazione dell'impresa, si cercherebbe di giungere ad una conciliazione preventiva fra le parti. In caso di tentativo infruttuoso, il datore di lavoro sarebbe comunque libero di licenziare e l'eventuale opposizione del lavoratore non darebbe luogo all'ordinario regime di sospensione. Sempre in questa ipotesi, se dovesse accertarsi giudizialmente l'illegittimità del motivo oggettivo di licenziamento, o la sua assenza, il lavoratore avrebbe diritto alla stessa tutela reintegratoria debole di cui sopra.

Per evitare che vi sia abuso del diritto, nelle ipotesi della sospensiva, dovrebbe essere sancito che, in caso di soccombenza del lavoratore, questi sia condannato a pagare alla parte vittoriosa un'indennità pari ai contributi previdenziali versati da questa nelle more del processo.

Una normativa simile, complessivamente considerata sarebbe rispettosa delle istanze eurounitarie ed internazionali e porrebbe alla base dello Stato non solo il lavoro astrattamente considerato ma anche i lavoratori.

BIBLIOGRAFIA

ALES, E., “Modello tedesco: di cosa stiamo parlando?”, in *Rassegna sindacale*, fasc.11, 2012.

ALGOSTINO, A., “La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico”, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2016, pp. 281-285.

AMOROSO G., “Il licenziamento disciplinare” in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milano Fiori Assago, 2017.

AMOROSO G., “Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di “prendere in considerazione” le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020).

AMOROSO G., “Sub art. 18 Statuto dei Lavoratori”, in *Diritto del lavoro*, Coord. da AMOROSO, G., DI CERBO, V., MARESCA, A., Vol. II, Giuffrè, Milano, 2009.

AMOROSO, D., “Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di “prendere in considerazione” le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020).

ANDREONI, A., *Assistenza, mutualità e terza via*, g. Cost., 1986.

ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino, 2006.

ATKINSON, A.B., *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Raffaello Cortina, Milano, 2015.

BALANDI, G.G., “Il lavoro e i suoi diritti nella Costituzione”, in AA.VV., *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, a cura di PUGIOTTO, A., Napoli, 2013, pp. 139-145.

BALDASSARRE, A. Doveri sociali in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. IX.

BALLESTRERO, M. V., *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Bologna, 1979; “Licenziamento individuale (voce)”, in *Enciclopedia del diritto, Annali V*, Giuffrè, Milano, 2012; *Donne (lavoro delle)*, Utet, Torino, 1990.

BARASSI, L., *Il contratto di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, Vol. I, Libreria, Roma, 1901.

BARBANO, A., *Troppi diritti. L'Italia tradita dalla libertà*, Mondadori, Milano, 2018.

BARBERA, M., “Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, Int. 372*. 2018.

BARBERA, M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia, Brescia, 2000.

BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

BARILE, P., *Libertà nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1966.

SALAZAR, C., *Alcune riflessioni su un tema démodé: il diritto al lavoro*, 1995.

BARNARD, C., “The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawer's Perspective”, in *Industrial Law Journal, fasc. I*, 2012, pp. 98-103.

BELLOCCHI, P., “Il licenziamento discriminatorio nullo e orale”, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017.

BELLOMO, S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002.

BERTOLA, G., T. BOERI, T., NICOLETTI, G., *Protezione sociale, occupazione e integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.

BÉTEILLE, A., *La diseguaglianza fra gli uomini*, Il Mulino, Bologna, 1981.

BIASI, M., “Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza”, in *Lavoro, diritti, Europa*, 2018, I, pp. 4-20.

BLANPAIN, R., “New Developments”, in *Employment Discrimination Law*, Kluwer, 2008.

BOBBIO, N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 2009.

BOGNETTI, G., *Costituzione, legislazione, sindacati*, Franco Angeli, Milano, 1988.

BONOMI, A., Brevi note sul rapporto fra l’obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l’art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.), online su www.giurcost.it (consultato il 03.04.2020).

BORTONE, R., CURZIO, P., *Il contratto collettivo*, Utet, Torino, 1984.

BORZAGA, M., e BOLEGO, G., “La traduzione della legge tedesca”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2005, fasc. 2, pp.93-100.

BRONZINI, G., “Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell’alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 2., 2009, pp. 975-977.

BRONZINI, G., “Diritto dell’unione europea lo stato della giurisprudenza «multilivello» in materia sociale: il secondo rapporto sui diritti fondamentali in Europa”, in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, fasc. 2, 2016, pp. 135-137

BRONZINI, G., “Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza”, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti* coord. da COSIO, R., FOGLIA, R., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 111-114.

BUFFA, F., Due decisioni importanti del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento, online su http://www.questionegiustizia.it/articolo/due-decisioni-importanti-del-comitato-europeo-dei-diritti-sociali-in-materia-di-licenziamento_22-03-2017.php (consultato il 13.08.2019).

BUFFA, F., *I licenziamenti nel jobs act e nelle norme internazionali*, Key, Napoli, 2015.

CAHUC, P., KRAMARZ, F., *Rapport “De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle”*, Parigi, 2005.

CAIROLI, S., “Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015”, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017, pp. 1421-1424.

CALCATERRA, L., “Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto”, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, Int. 58*, 2008.

CANNIZZARO, E., *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 176-182.

CANNIZZARO, E., *Il diritto dell’integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2015.

CAPOTORTI, F., “Il diritto dei trattati secondo la Convenzione di Vienna. Studio introduttivo”, in *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Cedam, Padova, 1984, pp. 35-39.

CARINCI, F., “Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale”, in *Lavoro nella giurisprudenza, fasc. 10*, 2017, pp. 902-905.

CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., e TREU, T., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 1998.

CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., e TREU, T., *Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2002.

CARINCI, M., T., “La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre”, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, Int. 378*, 2018.

CARLOTTO, I., “I giudici italiani e l’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, in *Dove va il sistema italiano accentratore di controllo di costituzionalità?* coord. da CAPPUCCIO, L., LAMARQUE, E., Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

CARUSO, R., *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli, Milano, 1992.

CASALE, G., “Il diritto internazionale del lavoro ed il ruolo della Organizzazione internazionale del lavoro”, in *Dritto del lavoro dell'Unione europea* coord. da CARINCI, F., PIZZOFRERATO, A., Utet, Bologna, 2010.

CATALDI, G., “Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2, 2008, Il Mulino, Bologna, pp. 335-339.

CAVINO, M., “Il diritto-dovere al lavoro”, in *Seminario del gruppo di Pisa “La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?”* 18 ottobre 2018.

CHIECO, P., “Il licenziamento nullo”, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92* coord. da CHIECO, P., Cacucci, Bari 2013.

CHURCHILL ROBIN, R., KHALIQ, U., “The collective complaints system of the European Social Charter: an effective mechanism for ensuring compliance with economic and social rights?”, in *European Journal of International Law*, vol. 15, fasc. 3, giugno 2004.

CIRILLO, G. P., “sub art. 35”, in *Diritto del lavoro*, Coord. da AMOROSO, G., DI CERBO, V., MARESCA, A., Vol. I, Giuffrè, Milano, 2009.

CONDINANZI, M., “Corte di Giustizia e Tribunale dell'Unione europea: storia e prospettive di una “tribolata” ripartizione di competenze”, in *Federalismi.it*, fasc. 3, 2018, online su <https://www.federalismi.it/> (consultato il 09.12.2019).

CONFORTI, B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

CONFORTI, B., RAIMONDI, G., “Corte europea dei diritti dell'uomo (voce)”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VI, Giuffrè, Varese, 2002.

CONTI, R. G., Alla ricerca degli anelli di una catena, online su http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2015_n15-1/01_mono_06-Conti.pdf (consultato il 16.03.2020).

CONTI, R. G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011.

CONTI, R. G., “Il sistema di tutela multilivello e l’interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali”, in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2016, pp. 89-96.

COSIO, R., “La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e l’ordinamento complesso”, in *Lavoro Diritti Europa*, fasc. 1, 2019.

COSIO, R., “La tutela dei licenziamenti nel diritto primario dell’UE”, in *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell’Unione Europea*, coord da COSIO, R., CURCURUTO, F., E FOGLIA, R., Giuffrè, Milano, 2016.

COSTANZO P., “Dalle origini alla costruzione europea”, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, coord. da COSTANZO, P., MEZZETTI, L., RUGGERI, A., Giappichelli, Torino, 2014, pp. 56-58.

COSTANZO P., “L’ordinamento giudiziario e la giurisdizione costituzionale”, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, coord. da COSTANZO, P., MEZZETTI, L., RUGGERI, A., Giappichelli, Torino, 2014.

COSTANZO P., “La tutela dei diritti fondamentali”, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, coord. da COSTANZO, P., MEZZETTI, L., RUGGERI, A., Giappichelli, Torino, 2014.

COZZI, A., O., “Sull’art. 30 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE e sulla Carta Sociale Europea come parametro interposto”, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?* online su www.forumcostituzionale.it (consultato il 10.02.2020).

CREMA, L., E BORLINI, L., “Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell’interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 12, (consultato il 02.04.2020).

CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

D’ANDREA, L., I principi costituzionali in materia economica, in *Consulta Online*, 2014, online su <http://www.giurcost.org/studi/dandrea1.pdf>, p. 8, (consultato il 03/04/2018).

BIBLIOGRAFIA

- D'ANTONA, M., "Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro", in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1995, pp. 67-69.
- D'ANTONA, M., "Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?", in *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Cedam, Padova, 2000.
- DAVIES, P., LYON-CAEN A., SCIARRA, S., SIMITIS, S., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives: Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, 1996, Clarendon Press, pp. 6-10.
- DE BAERE, G., ROES, T., "EU Loyalty as Good Faith", in *International and Comparative Law, Quarterly*, 2015, pp 851-858.
- DE BÚRCA, G., "The Role of Equality in European Community Law", in *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law* coord. da DASHWOOD, A., O'LEARY, S., Sweet & Maxwell, 1997.
- DE CRISTOFARO, A., "Minore età e contratto di lavoro", in *Rivista di diritto civile*, 1979, II, pp. 359-370.
- DE LUCA TAMAJO, R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.
- DE MOZZI, B., "Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act", in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, Int. 353, 2018.
- DE SCHUTTER, O., La Carta sociale europea nel contesto dell'attuazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, online su <http://www.europarl.europa.eu/committees/it/studies.html> (consultato il 10.10.2019).
- DEL CONTE, M., DEVILLANOVA, C., MORELLI, S., "L'indice OECD di rigidità nel mercato del lavoro: una nota", in *Politica economica*, 2004, pp.335-340.
- DEL VECCHIO, L., "Retribuzione sufficiente e condizioni territoriali: gli orientamenti della giurisprudenza", in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003, pp. 317 –320.

DELL'OLIO, M., "I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma", in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, pp. 6-7; "Retribuzione, quantità e qualità del lavoro, qualità di vita", in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1995.

DELL'ARINGA, C., "Wages and Working Time in the First Report on Industrial Relations in Europe", in *Towards a European model of industry relations? Building on the first report of European Commission* coord da BIAGI, M., Kluwer Law International, pp. 147-150.

DI CERBO, V., "sub art. 3 Legge 15 luglio 1966 n. 604", in *Diritto del lavoro*, Coord. da AMOROSO, G., DI CERBO, V., MARESCA, A., Vol. II, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1461-1465.

DI GASPARE G., "Il lavoro quale fondamento della Repubblica", in *Amministrazione in Cammino*, 2008.

DI GASPARE G., "Il principio lavoristico nella Costituzione della Repubblica", in *nota per il Gruppo di studio Astrid su La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, Coord. da TREU, T., 2 settembre 2009.

DI STASI, A., *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2018.

DI STASI, A., "I rapporti fra l'ordinamento e il sistema convenzionale", in *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010- 2015)*, coord. da DI STASI, A., Cedam, Padova, 2016, pp. 73-83.

DIAMANTI, R., "art. 2118", in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Coord. da GRANDI, M., e PERA, G., Cedam, Padova, 2005.

DIAMANTI, R., "art. 2119", in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Coord. da GRANDI, M., e PERA, G., Cedam, Padova, 2005.

EHRlich, E., *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, Duncker und Humblot, 1913, trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976.

FERRAJOLI, L., “Articolo uno: lavoro e sovranità popolare”, in *Lavoro e cittadinanza “Dalla Costituente alla flessibilità: ascesa e declino di un binomio”*, Coord da BALDISSARA L., BATTINI, M., Feltrinelli, Milano, 2017.

FERRARESI, M., “Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento”, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, N. 2/XXVIII, 2018, Giuffrè, pp. 550-559.

FERRARO, F., CARMONA, J., *Fundamental Rights in the European Union The role of the Charter after the Lisbon Treaty*, European Union, 2015.

FERRARO, G., *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

FLAMMIA, R., *Contributo all’analisi dei sindacati di fatto*, Giuffrè, Milano, 1963.

FORLATI, F., “Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la “giurisprudenza” del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020), p. 74-80.

FORLATI, F., “Corte costituzionale e decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali”, in *Lavoro e diritto, Rivista trimestrale*, fasc. 4, 2019, pp. 600-606.

FORLATI, S., “Il margine di apprezzamento lasciato ai giudici nazionali dalla Corte europea dei diritti dell’uomo: l’esperienza britannica”, in *La convenzione europea dei diritti dell’uomo*, coord. da SALERNO, F., SAPIENZA, R., 2011, Giappichelli, Torino, pp. 120-127.

FORLATI, S., “On Court Generated State Practice: The Interpretation of Treaties as a Dialogue between International Courts and States”, in *Austrian Review of International and European Law*, 2015, pp. 99-105.

GAMBERI, G., LORENZO MARIA PELUSI, L. M., MICHELE TIRABOSCHI, M., “Contratto a tutele crescenti”, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act* a cura di TIRABOSCHI, M., Giuffrè, Milano, 2016.

- GAMBINO, S., *Diritti fondamentali e Unione Europea – una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2009.
- GAROFALO, D., “Minori e formazione professionale”, in *Il lavoro dei minori* Coord. da MISCIONE, M., Ipsoa, Milano, 2002.
- GENTILI, A., “L’interpretazione giuridica: il contributo della dottrina”, in *Giustizia civile.*, fasc.1, 2014.
- GHEZZI, G., e ROMAGNOLI, U., *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1992.
- GIANNINI, M.S., “Rilevanza costituzionale del lavoro”, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1948.
- GIANNINI, M.S. e MORTATI, C., Il lavoro nella Costituzione, in *Diritto del lavoro*, p. 62; Rilevanza costituzionale del lavoro, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1949-1950, pp.3-10.
- GIUBBONI, S., “Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti”, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, Int. 242, 2015.
- GIUGNI, G., *Contratti collettivi di lavoro*, E.G.I., Roma, 1988, pp. 7 e 8; *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006.
- GIUGNI, G., *Fondata sul lavoro?* Ediesse, Bologna, 1994.
- GIUGNI, G., *Libertà Sindacale*, D. COM., IX, Torino, 1993.
- GRANDI, D., *Relazione al Codice civile*, 1943, Istituto poligrafico dello Stato, Roma.
- GRANDI, M., “Rappresentanza e rappresentatività sindacale”, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Coord. da SANSEVERINO, R., MAZZONI, L., PADOVA, G., 1971.
- GRANDI, M., *Giornale di Diritto del Lavoro*. D. lav., 1981.
- GRANDI, M., *Rivista di diritto del lavoro*, 65, II, pp. 53-55.
- GRATTAGLIANO, A. N., “Il giustificato motivo”, in *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, Coord. da RICCI, R., Vol. II, Utet, Torino, 2004, pp. 2166-2274

BIBLIOGRAFIA

- GRATTAGLIANO, A. N., “La giusta causa”, in *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, Coord. da RICCI, R., Vol. II, Utet, Torino, 2004.
- GRATTAGLIANO, A. N., “La reintegrazione”, in *Il rapporto di lavoro privato subordinato*, Coord. da RICCI, R., Vol. II, Utet, Torino, 2004.
- GROSSI, P., “Post-fazione”, in *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Coord. da MACARIO, F., LOBUONO, M., Cedam, Padova, 2010.
- GROSSO, E., “La Francia”, in *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, 2009.
- GUASTINI, R., *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- GUIGLIA, G., “Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi”, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 2/2016.
- IACOMETTI, M., “La Spagna”, in *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, 2009.
- ICHINO, P., “I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla metà degli anni '50 alla legge sui licenziamenti individuali”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 3, 2007.
- ILO, “Equality in Employment and Occupation. General Survey”, in *International Labour Conference, 75th Session, 1988*, pp. 15 e 16 (c.d. Report 1988).
- ILO, “Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts”, in *74 International Labour Review*.
- JOSEPH, S., CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- KELSEN, H., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- KENNER, J., “The EC Employment Title and the 'Third Way': Making Soft Law Work?”, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, fasc. 1, 1999, Kluwer Law International.
- KLAMERT, M., *The principle of loyalty in EU law*, Oxford, 2014.

LAI, P., “Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc. 4, dicembre 2018.

LAMARQUE, E., “I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* coord. da CAPPUCCIO, L., LAMARQUE, E., Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

LISO, F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.

LODIGIANI, R., “Un nuovo patto tra lavoro, cittadinanza e welfare”, in *Lavoro e cittadinanza “Dalla Costituente alla flessibilità: ascesa e declino di un binomio”*, Coord. da BALDISSARA, L, E BATTINI, M., Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano, 2017.

LOSANO, M., “Le costituzioni della Germania post-bellica e i diritti fondamentali”, in *Revista de la Facultad de Derecho n. 32*, Gen-Giu 2012.

LUKACS, J., *Democracy and Populism: Fear and Hatred*, Yale University Press, New Haven, 2005.

LYON CAEN, A., LYON CAEN, G., *Droit social international ed europeèn*, Dalloz-Sirey, 1993.

MANCINI, G. F., “sub. art. 4”, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1975.

MARCO FERRARESI, M., “Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento”, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 2, 2018.

MARESCA, A., “Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori”, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 2, 2012.

MARETTI S., “I licenziamenti collettivi”, in *I licenziamenti individuali e collettivi* a cura di PELLICANI, G, Giappichelli, Torino, 2013.

MARIANI, M., “art. 3 legge 11 maggio 1990, n. 108”, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Coord. da GRANDI, M., e PERA, G., Cedam, Padova, 2005.

MARINELLI, F., “Il divieto di discriminazione del lavoratore subordinato: ILO versus Unione europea”, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 2018, pp. 197-207.

MARINELLI, F., *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio delle fattispecie*, Giuffrè, Milano, 2017.

MARTELLONI, F., “Articolo 18: luoghi comuni italiani, e cosa si fa in Europa”, in <https://www.rassegna.it/articoli/articolo-18-luoghi-comuni-italiani-e-cosa-si-fa-in-europa> (consultato il 04.02.2019).

MARTELLONI, F., “I licenziamenti in Portogallo”, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, coord. da PEDRAZZOLI, M., Franco Angeli, Milano, 2014.

MARTONE, M., “Il Sindacato Europeo e la contrattazione collettiva”, in *Diritto del lavoro dell'Unione Europea* coord. da CARINCI, F., 2009, UTET giuridica, Torino.

MASSA, M., “Considerazioni sull’ammissibilità della questione”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020).

MAZZARESE, T., “Interpretazione della costituzione. Quali i pregiudizi ideologici?”, in *Ars interpretandi, Rivista di ermeneutica giuridica*, fasc.1, 2008.

MAZZIOTTI DI CELSO, M., *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956.

MAZZONI, G., *I rapporti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967.

MAZZOTTA O., “Articolo 8 – Le sanzioni per il licenziamento illegittimo nell’ambito della tutela obbligatoria”, in *I licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 1999.

MAZZOTTA O., “L’art. 11 della legge 604 del 1966”, in *I licenziamenti (commentario)*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1999.

MAZZOTTA O., “L’art. 18 dello statuto dei lavoratori”, in *I licenziamenti (commentario)* seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1999.

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2013.

MAZZOTTA O., *Manuale di Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2014.

MAZZOTTA O., “La retribuzione per il lavoro minorile: un caso di parità di trattamento nel diritto privato?”, in *Rivista Giurisprudenza Italiana*, 1976, I.

MENNITI-IPPOLITO, G., *Il licenziamento discriminatorio prospettive alla luce della giurisprudenza europea e recenti riforme del mercato del lavoro*, Brugine.

MENOTTI, R., “Raccontare l’Unione Europea: la cultura per il governo della complessità”, in *Il Mulino – Rivisteweb*, fasc. 1, aprile 2019.

MILITELLO, M., “Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)”, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, Int. 77, 2010.

MISCIONE, M., “I minori verso il lavoro”, in *Il lavoro dei minori*, Ipsoa, Milano, 2002.

MOLA, L., “Brevissime osservazioni sull’interpretazione della carta sociale europea. a margine della sentenza n. 120/2018 della Corte costituzionale in prospettiva di una prossima pronuncia”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, online su <http://www.forumcostituzionale.it> (consultato il 02.04.2020).

MONACO, R., “Consiglio (voce)”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Giuffrè, Varese, 1961.

MORTATI C., “Principi fondamentali”, in *Commentario della Costituzione* a cura di BRANCA. G., sub art. 1, Bologna-Roma, 1975.

MORTATI C., “Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (natura giuridica, efficacia, garanzie)”, in *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972.

MORTILLARO, F., *La retribuzione*, Bardi editore, Roma, 1979.

NANIA, R., Riflessioni sulla “Costituzione economica” in *Italia: il “lavoro” come “fondamento”, come “diritto”, come “dovere”*, in AA.VV., *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, 2009.

NAPOLETANO, D., “Natura ed efficacia della norma di cui all’art. 36, 1° comma, della Costituzione e la sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro”, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1951.

NASCIMBENE, B., “Il principio di attribuzione e l’applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l’orientamento della giurisprudenza”, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 1, 2015, pp. 55-60.

NATOLI, U., “Retribuzione sufficiente e libertà sindacale”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Vol. I, 1952.

NATOLI, U., *Limiti costituzionali all’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 1955.

NATULLO, G., *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Franco Angeli, Milano, 2004.

NICCOLAI, A., “L’art. 18 Statuto dei lavoratori”, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Coord. da GRANDI, M., e PERA, G., Cedam, Padova, 2005.

NICOLÒ, R., “L’art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Vol. II, 1951.

NOGLER, L., “La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali”, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007.

OLIVERI, F., La lunga marcia verso l’effettività. La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali, online su http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Carta_sociale_Oliveri_1.pdf (consultato il 06.07.2019).

OLIVERI, F., “La carta sociale europea come strumento vivente”, in *Jura gentium*, 2013 Vol. X, n. 1, pp. 43-50.

OLIVERI, F., “La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l’effettività”, in *Il Mulino - Rivisteweb Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, fasc. 3, dicembre 2008.

OLIVETTI, M., Art. 1, in *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006.

ONIDA, V., L'art. 1 della Costituzione, online su <http://www.fondazioneetica.it> (consultato il 03/04/2018).

ORLANDINI, G., “La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea”, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, fasc. 4, 2012.

ORLANDINI, G., “Il licenziamento individuale nell’Unione Europea”, in *atti del Convegno Nazionale organizzato dal Centro studi D. Napoletano, Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012*.

PADOAN, P. C., “EMU as an Evolutionary Process”, in *Governing the World’s Money*, coord. da S. ANDREWS, R. HENNING, L. PAULY, Cornell, University Press, 2002.

PALADIN, L., *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1991.

PALOMBINO, F. M., *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

PANZERA, C., *Per i cinquant’anni della carta Sociale Europea*, online su <https://www.gruppodipisa.it> (consultato il 18.09.2019).

PARODI, G., La Germania e l’Austria, in *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, 2009.

PASQUALETTO, E., “La capacità di lavoro”, in *Diritto del lavoro*, Coord. da CESTER, C, Milano, 2007.

PEDRAZZOLI, M., “Licenziamenti: vecchi paradigmi e nuove prospettive di regolazione Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie”, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 4, 2018.

PELUSI, L. M., “Il licenziamento disciplinare in violazione del CCNL applicabile: Statuto dei lavoratori e tutele crescenti a confronto”, in *Diritto delle Relazioni Industriali* 2/XXVI, Giuffrè, 2016.

BIBLIOGRAFIA

PERA, G., “Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune”, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Vol. V, Cedam, Padova, 1958, pp. 15-20.

PERA, G., “Lo sciopero di solidarietà nelle più recenti concezioni”, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1964.

PERA, G., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.

PERA, G., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2000.

PERA, G., Professioni, libertà di, *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXVI,

PERA, G., La giusta retribuzione dell’art. 36 della Costituzione, in *Il diritto del lavoro*, 1953, I.

PERONE, G., “La giurisprudenza costituzionale in materia di sciopero e serrata”, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, 1978.

PERRONE, F., “Il ruolo dell’art. 24 della Carta Sociale Europea nella sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale”, in *Labor- Il lavoro nel diritto*, 2019, online su <http://www.rivistalabor.it/> (consultato il 25.03.2020).

PERSIANI, M., “I commi 2° e 3° dell’art. 37 Cost.”, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1979.

PERSIANI, M., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012.

PERSIANI, M., *Saggio sull’autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972.

PICCARI, M., “Il regime del licenziamento nel contratto a tutele crescenti”, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017, pp. 1561-1568.

PICCARI, M., “L’ambito di residua applicazione del licenziamento ad nutum”, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017.

PICCININI, A., “Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”, in *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la L. n. 92/2012* coord. da ALLAMPRESE, A., CORRAINI, I., FASSINA, L., Ediesse, Bologna, 2012.

PICCONE, V., “Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell’ordinamento integrato”, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, Int. 127*, 2016.

PIEDIMONTE BODINI, S., “La Divisione della ricerca della Corte Edu: teoria, metodo, pratica”, in *Speciale di Questione Giustizia. La Corte di Strasburgo* coord. da BUFFA, F., CIVININI, M., G., fasc. 1, 2019, online su <http://www.questionegiustizia.it/speciale/2019-1> (consultato il 29.03.2020).

PROSPERETTI, U., “La libertà sindacale”, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*.

PROSPERETTI, U. e FLAMMIA, R., *Contributo all’analisi dei sindacati di fatto*, Giuffré, Milano, 1963.

PUGLIATTI, S., La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, n°50, Vol. I, 1949.

RANDAZZO, R., “Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le “sentenze gemelle” (e la sentenza n. 49 del 2015)”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, Il Mulino, Bologna, 2015.

ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012.

RODEAN, N., *La procedura dei reclami collettivi della Carta sociale europea – italian version*, in collaborazione con il Dipartimento della Carta sociale, Consiglio d’Europa, passim, online su www.coe.int/socialcharter (consultato il 10.01.2020).

ROMA, G., “Sufficienza della retribuzione e differenziazioni territoriali”, in GAROFALO, D, RICCI, M., *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006.

RORDORF, R., “Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra corti supreme europee” online su *Foro.it*.

ROSSI, P., “L’interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?”, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2018.

RUGGERI, A., “Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, ovvero sia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici” online su www.federalismi.it, (consultato il 15.01.2020).

RUGGERI, A., “Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali”, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Studi dell’anno 2014, Torino, 2015.

RUGGERI, A., “Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive”, in *Itinerari, Studi dell’anno 2015*.

RUSSO, D., “La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta sociale europea: il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, online su in <http://www.forumcostituzionale.it>, (consultato il 02.04.2020).

RUSSO, D., “La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta sociale europea: il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, online su in <http://www.forumcostituzionale.it>, (consultato il 02.04.2020).

SACCUCCI, A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2006.

SALERNO, F., “La coerenza dell’ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura”, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2018. n. 1/2018, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

SANDULLI P., “L’ambito di applicazione del rito del lavoro”, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milanofiori Assago, 2017.

SANSEVERINO, R., *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X.

SANTAGATA DE CASTRO, R., *Le discriminazioni sul lavoro nel "diritto vivente" - nozione, giustificazione, prova*, ESI, Napoli, 2019.

SANTAGATA, R., "La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale", in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, Int. 96*, 2012.

SANTONI, F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979.

SANTORO, E., SANTORO, P., *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2018.

SANTORO-PASSARELLI, F., *Diritto Sindacale*, Laterza, Bari, 2007.

SANTORO-PASSARELLI, F. e RUINI, M., *L'organizzazione sindacale e il diritto di sciopero della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1953.

SANTORO PASSARELLI, F., "Autonomia collettiva", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IV, 369.

SANTORO-PASSARELLI, F., *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961.

SANTORO-PASSARELLI, G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

SANTORO-PASSARELLI, F., *Diritto dei lavori*, G. Giappichelli, Torino, 2009;

SCARPELLI, F., "I nodi del neocorporativismo al pettine del diritto comunitario", in *Rivista Giuridica del Lavoro, fasc. 2*, 1999, Ediesse, Roma, p. 289-295.

SCOGNAMIGLIO, C., "Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore", in *Scritti giuridici*, Vol. II, Padova, 1996.

SCOGNAMIGLIO, R., "Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro", in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.4, 2013.

SCOGNAMIGLIO, R., "Intorno alla storicità del diritto del lavoro", in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, fasc. 4, 2006.

SCOGNAMIGLIO, R., "La tutela giuridica del lavoro giovanile", in *Dir. Lav.*, 1979.

SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, 2004.

SERMONTI, A., “L’adeguatezza della retribuzione di fronte ai contratti collettivi di diritto comune e al comma 1 dell’art. 36 della Cost.”, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1952.

SIGEMAN, T., “Employment Protection in Scandinavian Law”, in *Stability and change in Nordic labour law*, coord. da WAHLGREN, P., Stockholm Inst for Scandinavian law, 2002.

SMURAGLIA, C., *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958.

SMURAGLIA, C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967.

SPADARO, A., “Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL”, in *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*”, coord. da PANZERA, C., RAUTI, A., SALAZAR, C., SPADARO, A., Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

STRAZIUSO, E., *La Carta Sociale del Consiglio d’Europa e l’organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali nuovi sviluppi e prospettive di tutela*, online su <https://www.gruppodipisa.it> (consultato il 22.11.2019).

STREECK, W., “European Social Policy after Maastricht: The ‘Social Dialogue’ and ‘Subsidiarity’ in *Economic and Industrial Democracy*, vol. 15, no. 2, May 1994.

STREECK, W., “Il modello sociale Europe: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva”, in *Stato e mercato-Rivista quadrimestrale*, fasc.1, 2000.

STROZZI, G., MASTROIANNI, R., *Diritto dell’Unione Europea-parte istituzionale*, Giappichelli, Torino.

SUPPIEJ, G., *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1982.

TATARELLI, M., *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 1998.

TOFFOLETTO, F., *I licenziamenti individuali nei principali paesi dell'Unione Europea*, Legalcommunity, Milano, 2013.

TOZZOLI, S., “Il licenziamento nelle fonti internazionali e comunitarie”, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2002.

TREU, T., “European Collective Bargaining Levels”, in *European Community Labour Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

TREU, T., “Il Sindacato fuori della Costituzione: riconoscimento e rappresentatività”, in *Jus*, 1975.

TREU, T., “L'Europa Sociale: problemi e prospettive”, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2001, Giuffré, Milano, pp. 307-328.

TREU, T., “La contrattazione collettiva in Europa”, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2018, Giuffré, Milano.

TREU, T., “La tutela del minore nel diritto del lavoro”, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, COORD. DA DE CRISTOFARO, A., E BELVEDERE, M., Giuffré, Milano, 1980.

TREU, T., “I commi 2° e 3° dell'art. 37 Cost.”, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1979.

TREU, T., “Statuto dei lavoratori (voce)”, in *Enciclopedia del diritto, Annali XLIII*, Giuffré, Milano, 1990.

TREU, T., “Sub art. 35, co.1”, in *Commentario alla Costituzione*, Coord. da BRANCA, G., Utet, Bologna, 1975.

TREU, T. e SCOGNAMIGLIO, C., “Lavoro (disciplina costituzionale)”, *Enciclopedia Giuridica Italiana*, XVIII, 1990.

TREU, T., *Labour law in Italy*, Wolters Kluwer, 2016, Milano.

TREU, T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Milano, 1968.

TUFANO, M. L., “Il ruolo della commissione nella governance europea: quali prospettive?”, in *Diritto dell'Unione europea*, fasc.1, 2012.

TUFO, M., “La tutela contro i licenziamenti collettivi illegittimi di fronte alla Corte di Giustizia Europea: l’assalto al Jobs act continua”, in *Lavoro Diritti Europa* fasc. 3, 2019.

TUMMINELLO, F., *L’adesione dell’Unione Europea al sistema della CEDU, quali prospettive?* Online su <https://www.iusinitinere.it/ladesione-dellunione-europea-al-sistema-della-cedu-quali-prospettive-10627> (consultato il 27.11.2019).

TUPINI, U., *Assemblea costituente*, seduta del 4.3.1947.

VELTRI, A., “Il licenziamento collettivo”, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Coord. da SANTORO PASSARELLI, G., Utet, Milano, 2017.

VENTURA, L., “Licenziamenti collettivi (voce)”, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIX, Treccani, Roma, 1990.

VIDIRI, G., “L’evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto”, in *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell’Unione Europea*, coord. da COSIO, R., CURCURUTO, F., E FOGLIA, R., Giuffrè, Milano, 2016.

VIDIRI, G., “La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo”, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc. 4, 2012.

VIELLE, P., “La légitimité des mesures de droit social en temps de crise”, in *ASTRESS, Quel droit social en Europe après la crise? Rapport final*, 2012.

VINCENZO, V., “Le conseguenze dell’illegittimità del licenziamento”, in *I licenziamenti individuali e collettivi* a cura di PELLICANI, G, Giappichelli, Torino, 2013.

WEISS, M., “I licenziamenti collettivi per riduzione del personale in Germania”, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1992, fasc. 2.

WEISS, M., SCHMIDT, M., “Germany”, in *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations* coord. da BLANPAIN, R., Kluwer Law International, 2009.

WHITE, V., G., “The Principle of Good Faith”, in *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst*, coord. da LOWE, V., e WARBRICK, C., Londra/New York, 1994.

ZAGREBELSKY, V., “L’UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, fasc. 1, Il Mulino, Bologna.

ZANGARI, G., “Licenziamento (voce)”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, Giuffrè, Varese, 1974.

ZANOBETTI, A., *Diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011.

ZOPPOLI, A., *La titolarità sindacale*, Jovene, Napoli, 2006, p. 79; Pascucci, *La titolarità del diritto di sciopero*, 2007.

ZOPPOLI, A., “L’art. 36 della Costituzione e l’obbligazione retributiva”, in *La retribuzione. Struttura e regime giuridico* Coord. da CARUSO, B., ZOLI, C., ZOPPOLI, L., Vol. I, Jovene, Napoli, 1994.

ZOPPOLI, A., “La flexicurity dell’Unione europea: appunti per una riforma del mercato del lavoro in Italia”, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona*, Int. 141, 2012.

ZUCARO, R., “I licenziamenti cogestiti nel modello tedesco”, in *I licenziamenti in Italia e Germania-Prime riflessioni post-riforma Fornero*, coord. da ZUCARO, R., 2013 ADAPT University Press, Modena, 2013.