

**Numero 1 / 2019**

**(estratto)**

**Roberto Cosio**

**La sentenza n. 194/2018 della Corte  
Costituzionale e l'ordinamento complesso**

# La sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale e l'ordinamento complesso

Roberto Cosio

*Avvocato giuslavorista del Foro di Catania.*

Sommario: 1. Premessa: l'oscillazione del pendolo. – 2. Cenni sulla convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento. – 3. L'inutilizzabilità dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel caso di specie. Riflessione su possibili applicazioni future. – 4. (segue) L'art. 30 della Carta. Principio o diritto? – 5. L'art. 24 della Carta sociale europea si prende la scena. – 6. Verso un sistema di sistemi.

## 1. Premessa: l'oscillazione del pendolo.

La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale è l'evento normativo dell'anno appena trascorso.

Prima di tutto, sul piano del rispetto della giurisdizione<sup>1</sup>.

Secondo la Corte non risulta irragionevole il limite delle ventiquattro (ora trentasei) mensilità<sup>2</sup>, fissato dal Legislatore quale soglia massima del risarcimento.

Ciò che risulta irragionevole è la rigida dipendenza dell'aumento dell'indennità dalla sola crescita dell'anzianità di servizio, che *“mostra la sua incongruenza soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata, come nel giudizio a quo. In tali casi, appare ancor più inadeguato il ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo, senza che a ciò possa sempre ovviare la previsione della misura minima dell'indennità di quattro”*(e ora sei) *“mensilità”*.

---

<sup>1</sup> Sul tema si veda E. BALBONI, *Il “diritto al lavoro” da principio fondamentale a diritto fondamentale: propaggine estrema del costituzionalismo ad impronta personale e sociale*, in [www.Dirittilavoroeuropa](http://www.Dirittilavoroeuropa), fasc. n. 2/2018.

<sup>2</sup> Ritiene discutibile l'operazione “restrittiva” compiuta dalla Corte M. T. CARINCI, *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”. IT-378/2018, pag. 5. Occorre, comunque, evidenziare che la decisione della Corte, non incidendo sulla misura dell'indennità (nella sua misura massima definita dal Legislatore) non sembra porre in “crisi” la calcolabilità della decisione (sul tema si veda N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016) ma solo la sua modulazione in relazione al caso concreto.

Si veda altresì, il commento di P. ICHINO *licenziamenti: quando la consulta pecca di provincialismo*, che ha evidenziato che << *Su una questione sostanzialmente identica a quella decisa dalla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 194/2018, nel 2015 il Conseil Constitutionnel, che è la Corte costituzionale francese, si è pronunciato in modo opposto: cioè ha riconosciuto come pienamente ragionevole e compatibile con i principi di uguaglianza e di protezione del lavoro la nuova legge francese che stabilisce i parametri per l'indennizzo collegandoli all'anzianità di servizio della persona licenziata (la legge francese li collegava anche alle dimensioni dell'impresa, ma il Conseil Constitutionnel ha ritenuto questa parte della norma – e solo questa – incompatibile con il principio di parità di trattamento fra i lavoratori).* >>.

Il parametro di liquidazione, in altri termini, “*non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell’impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall’altro*”.

Il giudice torna a fare il suo mestiere, mettendo da parte i panni del notaio, effettuando quel delicato meccanismo che “*tende alla individuazione caso per caso di un punto di bilanciamento tra interessi contrapposti*”<sup>3</sup>.

Peraltro, considerato che la dichiarazione di illegittimità riguarda **anche** il testo “*modificato dall’art. 3, comma 1, del D. L. 12 luglio 2018 n. 87, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018 n. 96*” sembra assicurata, almeno per i licenziamenti intimati nel vigore del c.d. Decreto Dignità, quella funzione dissuasiva<sup>4</sup> che l’indennità (nella sua formulazione vigente) intende assicurare<sup>5</sup>.

La valenza sistemica della sentenza, peraltro, è destinata ad operare sia per le imprese di minori dimensioni<sup>6</sup> (in virtù del rinvio espresso del primo comma dell’art. 9 all’art. 3, comma 1) che in caso di licenziamenti collettivi (per effetto dell’espresso rinvio operato dalla seconda parte dell’art. 10 del D.lgs n. 23/2015 all’art. 3, comma 1, della stessa legge)<sup>7</sup>.

Una oscillazione del pendolo (rispetto alle riforme Fornero e dello Jobs Act) che, a parere di chi scrive, non poteva essere più opportuna.

Resta il fatto che appare opera impossibile esaminare nello spazio di un saggio tutti i passaggi argomentativi e le suggestioni che la sentenza propone<sup>8</sup>.

Il compito di questo scritto è molto più circoscritto.

Esaminare le parti della motivazione in cui entra il gioco il diritto europeo (nelle sue diverse articolazioni)<sup>9</sup>.

Ma l’attenzione deve essere posta non solo su ciò che la Corte afferma ma (soprattutto) su quello che “sussurra”.

---

<sup>3</sup> Cfr. R. SANLORENZO e A. TERZI, *Al centro, il giudice. La Corte costituzionale ed il jobs act*, in *Questione Giustizia*, 9 novembre 2018, pag. 5; C. PONTERIO *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, pp. 71-86; La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti? a cura di A. ANDREONI L. FASSINA, in *Bollettino ADAPT Ordinario* n. 3 del 21/1/2019.

<sup>4</sup> Su cui tanto insiste la Corte.

<sup>5</sup> Il profilo viene evidenziato nel saggio di G.Z.GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in [www.Dirittilavoroeuropa](http://www.Dirittilavoroeuropa), fasc. n. 2/2018.

<sup>6</sup> Cfr. Trib. Genova, 11/11/2018, [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it) del 17/01/2019.

<sup>7</sup> Sui nodi irrisolti della sentenza si veda S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto “a tutele crescenti” dopo l’intervento della Corte costituzionale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT- 379/2018, pagg. 8-12; nonché A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in corso di pubblicazione in *Il libro dell’anno del diritto - 2019*, Treccani.

<sup>8</sup> Su alcuni dei profili non esaminati si veda G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT- 382/2018, pag. 1 e ss.

<sup>9</sup> Sul tema si veda G. ORLANDINI *Le fonti di diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018*, p. 103-124 in *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?* a cura di A. ANDREONI L. FASSINA, in *Bollettino ADAPT Ordinario* n. 3 del 21/1/2019.

In altre parole, occorre cogliere i “messaggi” che la Corte invia nelle pieghe della sentenza con riferimento alle garanzie che si desumono da un ordinamento complesso<sup>10</sup> che travalica i confini nazionali in una dimensione che genera, progressivamente, un “sistema di sistemi”.

Sul tema, torneremo alla fine.

Ma conviene andare con ordine, esaminando, in primo luogo, i passaggi motivazionali della sentenza sul diritto europeo.

## **2. Cenni sulla convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento.**

La Corte ha dichiarato inammissibile la questione sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione allo specifico parametro interposto dell'art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento perché la stessa “*non è stata ratificata in Italia*”.

L'affermazione, in linea con l'opinione prevalente<sup>11</sup>, risulta ribadita anche in relazione al prospettato “*obbligo per lo Stato di non attuare, nelle more della ratifica, una legislazione in contrasto con l'obbligazione assunta a livello internazionale*”.

L'obbligo di buona fede sancito dall'art. 18 della Convenzione sul diritto dei Trattati (che si sostanzia, tra l'altro, nell'astensione degli Stati dal compiere atti suscettibili di privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo) “*non può spingersi?*”, come si legge nella sentenza “*fino ad escludere la discrezionalità della ratifica e l'ineludibilità di essa ai fini dell'obbligatorietà del trattato*”.

Altro sarebbe il discorso in presenza di una direttiva sui licenziamenti individuali.

In pendenza del termine di attuazione della direttiva gli Stati membri devono astenersi dall'adottare disposizioni che possono compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva<sup>12</sup>.

Ma questa direttiva, com'è noto, manca.

Questo non significa, però, che, nell'economia della sentenza, la Convenzione non abbia rilievo.

La rilevanza è indiretta operando attraverso l'utilizzo dell'art. 24 della Carta sociale europea “*che si ispira alla già citata Convenzione OIL n. 158 del 1982*”.

Non solo.

---

<sup>10</sup> Sul tema si veda A.A.V.V., *La complessità del diritto* (a cura di A. CALBUCCI), Napoli, 2009.

<sup>11</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Art. 30 – Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato* (a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO e O. RAZZOLINI), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 2017, Milano, 578 ss., G. BIANCHI, *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, comma 1, della Costituzione*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2008, pag. 3 e ss. Da ultimo si veda M.T. CARINCI, *ILO Convention 158*, in E. ALES, M.BELL, O.DEINERT, S. ROBIN-OLIVER (a cura di), *International and European Labour Law*, Nomos, 2018, 1149 e ss.

<sup>12</sup> CGUE sentenza 18 dicembre 1997, causa 129/96.

Nella sentenza vi è un messaggio per il futuro contenuto in un inciso.

Dopo la ratifica della Convenzione, da parte dell'Italia, la sua importanza sarà indubbia posta la sua “*vocazione costituzionale*”, come afferma la Corte.

### **3. L'inutilizzabilità dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel caso di specie. Riflessione su possibili applicazioni future.**

La Corte ha dichiarato “*non fondata*” la questione di legittimità sollevata in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., con cui il Tribunale di Roma deduceva che l'art. 3, 1 comma, del d.lgs n. 23 del 2015 violava le sopraindicate disposizioni costituzionali tramite il parametro interposto costituito dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte, dopo aver richiamato l'art. 52 della CDFUE e la sentenza della CGUE del 26 febbraio 2013, C-617/10, ribadisce, in linea con la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>13</sup>, che hai fini della applicabilità della CDFUE, “*l'art. 3, comma 1, del d.lgs n. 23 del 2015 dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione di una norma del diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta stessa*”

Ciò premesso, afferma che “*nessun elemento consente di ritenere che la censurata disciplina dell'art. 3, 1 comma, del d. lgs n. 23 del 2015 sia stata adottata per dare attuazione del diritto dell'Unione*”.

Tre sono gli argomenti a sostegno di tale affermazione.

Il primo poggia sulla constatazione che l'Unione non ha adottato “*direttive o prescrizioni minime*” in materia di licenziamenti individuali.

La seconda considerazione poggia sulla (ovvia) considerazione che il primo comma dell'art. 3 del d.lgs n. 23/2015 non è stato adottato in attuazione della direttiva 98/59, in materia di licenziamenti collettivi.

La terza, ed ultima considerazione, attiene al richiamo (“*in verità molto generico*”, afferma la Corte) alle raccomandazioni previste dall'art. 148, paragrafo 4, TFUE che “*rientrano nella discrezionalità del Consiglio e sono prive di forza vincolante*”.

Per tali ragioni la Corte esclude che “*l'art. 30 della Carta possa essere invocato, quale parametro interposto, nella presente questione di legittimità costituzionale*”.

La motivazione è sicuramente da condividere.

Le opinioni che ritengono applicabile l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonostante l'assenza di una direttiva<sup>14</sup> non convincono perché si scontrano contro una granitica giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>13</sup> Cfr. CGUE sentenza 1 dicembre 2016, C-395/15 e altre sentenze citate a pag. 32 della sentenza della Consulta.

<sup>14</sup> Sul tema si vedano le osservazioni di M. PEDRAZZOLI, *Art. 30 – Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, cit., pag. 597-598; F. BUFFA, *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia*, 2015, fasc. 3, pag. 43 e ss.; V. DE MICHELE, *La (in)compatibilità della riforma dei licenziamenti collettivi nel Jobs Act 2 nel prisma del diritto dell'Unione*

La giurisprudenza della CGUE<sup>15</sup> ritiene, come correttamente ricorda la Consulta, che la violazione delle norme della CDFUE può essere fatta valere dinanzi alla Corte soltanto nel caso in cui vi sia una norma interposta da intendersi come fonte normativa che espressamente disciplini la materia.

Nella fattispecie, anche se la materia dei licenziamenti è tra quelle di competenza dell'Unione, ai sensi dell'art. 153 del TFU, l'unica direttiva esistente è quella riguardante i licenziamenti collettivi<sup>16</sup>, mentre non esiste una direttiva sui licenziamenti individuali.

Ma questa è solo la superficie della sentenza.

L'inciso finale del paragrafo 8 della sentenza (“*l'art. 30 della Carta (non può) essere invocato, quale parametro interposto, nella presente questione di legittimità costituzionale*”) sembra contenere un messaggio per il futuro.

Nell'ipotesi in cui venga sollevata una questione di legittimità costituzionale con riferimento a materia governata da una direttiva (come nel caso dei licenziamenti collettivi) l'art. 30 della Carta potrebbe fungere da norma interposta per gli articoli della Costituzione che si assumono violati.

L'ipotesi poggia (al di là dell'esistenza di una norma che dà concretezza alla disposizione della Carta) sulla natura dell'art. 30 che esprime un “principio” e non un “diritto”.

L'affermazione richiede un chiarimento.

#### **4.(segue) L'art. 30 della Carta. Principio o diritto?**

La tutela “*in caso di licenziamento ingiustificato*”, all'interno della Carta dei diritti fondamentali<sup>17</sup>, trova la sua disciplina nell'art. 30 che recita:

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

---

europea, (in E. GHERA, E. GAROFALO, a cura di), *le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, 41 e ss. Si è, peraltro, evidenziato che l'esiguità dell'indennità risarcitoria prevista dal d.gs n. 23/2015 non garantirebbe il “*contenuto essenziale del diritto alla tutela contro il licenziamento, così come previsto dall'art. 52 della Carta stessa*”; cfr. A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015, pag. 32.

<sup>15</sup> Si veda CGUE sentenza 5 febbraio 2015, C-117/14, punti 27 e ss.

<sup>16</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in Riv. giur. Lav., 2017, I, pag. 111 e ss..

<sup>17</sup> Gli organi giurisdizionali dell'Unione europea fanno sempre più spesso riferimento alla Carta dei diritti fondamentali nelle loro decisioni. Il numero di decisioni degli organi giurisdizionali europei (Corte di giustizia, Tribunale e Tribunale della funzione pubblica) nella cui motivazione viene citata la Carta è passata da 43 nel 2011 a 87 nel 2012. Nel 2013 il numero di decisioni contenenti citazioni della Carta era di 114, quasi il triplo rispetto al 2011; cfr. Comunicato stampa della Commissione europea del 14 aprile 2014. Peraltro, il riferimento alla categoria dei “*diritti fondamentali*” non ha un nucleo semantico comune. I tentativi effettuati in prospettiva di teoria generale (Cfr. L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, Roma-Bari, 2001, pag. 121 e seg.) non sembrano riuscire a superare completamente la connotazione assiologica della nozione. Nella prospettiva della dogmatica giuridica (Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, 1994, trad.it, Bologna, 2012), d'altro canto, non risulta affatto agevole la ricostruzione della categoria in esame. Per una ricostruzione dei vari orientamenti, in prospettiva dello Stato costituzionale, si veda S. MORELLI, *I diritti senza legge*, 26 gennaio 2015, in [www.consulta](http://www.consulta) on line, 2015, fasc. I, estratto.

La disposizione si “ispira”, come si legge nelle spiegazioni relative alla Carta<sup>18</sup>, “all’art. 24 della Carta sociale riveduta<sup>19</sup>.”

Norma di carattere generale (“*diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*”)<sup>20</sup>, ma la cui applicazione concreta resta legata alle situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, e non al di fuori di esse<sup>21</sup>.

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

Si tratta di un principio che “*è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, tanto da essere formalmente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, dall’art. 2 della carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente configurata dal Costituente*”<sup>22</sup>.

Questa impostazione si ritrova nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dove si sottolinea “*l’indivisibilità dei diritti e si intitola alla solidarietà una delle sue parti, all’interno della quale l’art. 34 riconosce il diritto a un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti*”<sup>23</sup>.

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

Tra le novità introdotte dalla Carta<sup>24</sup> spicca, infatti, la distinzione tra “diritti” e “principi” introdotta nel 1 paragrafo dell’art. 51, enunciata nel titolo dell’art. 52 e i cui effetti sono precisati nel 5 paragrafo di quest’ultimo articolo.

Già la Convenzione incaricata di redigere la prima versione della Carta era consapevole dell’utilità di introdurre una distinzione tra “principi” e “diritti” sia al fine di conseguire un ampio consenso

---

<sup>18</sup> Che non hanno, di per sé, “*status di legge, esse rappresentano un prezioso strumento d’interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta*” (per una ricostruzione delle diverse posizioni assunte dalla dottrina si v. K. LENAERTS, *Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights in European Constitutional Law Review*, 2012, 377 e seg.) limitando la discrezionalità dell’interprete. Sul tema si veda la sentenza della Corte di giustizia dell’8 maggio 2014, C- 483/12, punto 19.

<sup>19</sup> Nonché alle direttive sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese e sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

<sup>20</sup> Sul contenuto ampio della tutela vedi BAYLOS-PEREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, 2009, pag. 76 e seg., nonché G. ORLANDINI, *Il licenziamento individuale in Europa*, in [www.europeanrights](http://www.europeanrights). (dello stesso Autore si veda *I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in [www.europeanrights](http://www.europeanrights)). Per una lettura restrittiva della norma si veda, invece, L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo d’Antona”. INT-58/2008, pag. 28 e seg..

<sup>21</sup> Come ribadito dalla Corte di giustizia nella sentenza 5 febbraio 2015, c- 117/14, in una domanda di pronuncia pregiudiziale, proveniente dalla Spagna, vertente sull’applicazione dell’art. 30 della Carta e della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

<sup>22</sup> Cfr. Corte costituzionale, 28 febbraio 1992, n. 75. E’ stato giustamente notato che l’art. 1 della Carta costituzionale attribuisce una fortissima impronta lavoristica allo Stato sociale italiano. Il suo impianto complessivo deve essere ripensato “*in profondità, nella direzione che ci viene indicata dagli artt. 2 e 3, comma 2, della Costituzione, se si intende restituire un minimo di contenuto di effettività al principio di solidarietà*” (cfr. S. GIUBBONI, *Solidarietà, in Politica del diritto*, n. 4, dicembre 2012, pag. 542-543).

<sup>23</sup> Cfr. S. RODOTA’, *Solidarietà, un’utopia necessaria*, Bari, 2014, Pag. 73.

<sup>24</sup> Nella versione del 2007. Per la ricostruzione del dibattito si veda L.TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea*, Torino, 2013.

all'interno della prima Convenzione sia per facilitare l'applicazione pratica delle disposizioni della Carta<sup>25</sup>.

Dal testo della Carta si evince che i “principi”, a differenza dei “diritti”<sup>26</sup> comportano un mandato ampio ai pubblici poteri<sup>27</sup>, specie al legislatore. Il suo enunciato non definisce una situazione giuridica soggettiva, bensì talune materie generali e taluni risultati che condizionano l'attività di tutti i pubblici poteri.

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

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

E ciò è in linea, come rilevato in dottrina<sup>28</sup>, sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>29</sup> sia con l'approccio ai “principi” negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, specialmente nella normativa sociale<sup>30</sup>.

La Carta, tuttavia, non colloca i diritti fondamentali<sup>31</sup> nelle due categorie come avviene normalmente nel diritto comparato<sup>32</sup>.

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

Una guida sicura, per orientarsi sul tema, è offerta dalle sentenze rese dalla Grande sezione della Corte di giustizia nella causa C-176/12 e, più di recente, nella causa C-684/16.

La Cour de cassation chiedeva (nella causa C-176/12), in primo luogo, alla Corte di esprimersi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione (nella fattispecie, l'art. 27 della Carta, come concretizzato nell'art. 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14) di un regime come quello di cui all'art. L. 1111-3 del codice del lavoro francese. Ai sensi di tale disposizione sono esclusi dal computo dell'organico dell'impresa, segnatamente per stabilire le soglie legali per la creazione

---

<sup>25</sup> L'importanza della distinzione tra “diritti” e “principi” al fine di conseguire un ampio consenso che conducesse a inserire nella Carta il capitolo sociale è sottolineato da S. BRAIBANT, nel suo contributo *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Parigi, 2001, pag. 44-46.

<sup>26</sup> Il cui oggetto è la tutela di una situazione giuridica soggettiva già definita.

<sup>27</sup> In altre parole, i pubblici poteri, e in particolare il legislatore, sono chiamati a promuovere e trasformare il “principio” in una realtà conoscibile, ma sempre nel rispetto dell'ambito oggettivo (la materia) e del carattere finalistico (i risultati) delineati dalla Carta che detto principio sancisce; in questi termini G. BOROWSKY, IN MAYER, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2010, pag. 697-699. Sul tema si veda V. SCIARABBA, *Le vicende dei diritti fondamentali nel quadro della Comunità europea e dell'Unione europea*, in *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.

<sup>28</sup> Cfr. G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, pag. 51.

<sup>29</sup> Richiamate nella nota 31 del saggio di G. VETTORI, *Diritti, Principi e tecnica rimediabile nel dialogo delle Corti*, in *Europa e diritto privato*, n. 1/2011, pag. 246.

<sup>30</sup> Nelle Spiegazioni si citano come esempi di principi riconosciuti nella Carta gli articoli 25 (diritto degli anziani), 26 (inserimento dei disabili) e 37 (tutela dell'ambiente). Si ricorda, altresì, che in alcuni casi è possibile che un articolo della Carta contenga elementi sia di un diritto sia di un principio, come negli articoli 23 (parità fra uomini e donne), 33 (vita familiare e vita professionale) e 34 (sicurezza sociale e assistenza sociale).

<sup>31</sup> Sul tema si veda A. BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, 2011.

<sup>32</sup> Cfr. A. SEIFERT, *L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, pag. 804 e seg.

delle istituzioni rappresentative del personale, i lavoratori titolari dei cosiddetti contratti “di iniziativa-impiego”, “di accompagnamento all’impiego” e “di professionalizzazione”.

La risposta, ampiamente prevedibile alla luce dei precedenti della Corte<sup>33</sup>, era nel senso che la direttiva 2002/14 (in particolare, l’art. 3, paragrafo 1) “*osta ad una norma nazionale, come l’art. L. 1111-3 del code du travail, la quale esclude i lavoratori titolari di contratti agevolati dal calcolo degli effettivi dell’impresa nel contesto della determinazione delle soglie legali di istituzione degli organismi di rappresentanza del personale*” (punto 29).

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

La Corte la enuncia chiaramente al punto 41 della motivazione.

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

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

La Corte, ritenuta la propria competenza<sup>34</sup> sulla base dell’orientamento Akerberg Fransson<sup>35</sup>, si poneva, in primo luogo, il problema dell’inquadramento del diritto dei lavoratori all’informazione e alle consultazioni nell’ambito della Carta.

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

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

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

---

<sup>33</sup> Cfr. Sentenza del 18 gennaio 2007, Confederation generale du travail e a., C-385/05. Sul tema si veda A. VIMERCATI, *Dimensioni delle imprese e diritti di partecipazione. Note a margine di un provvedimento in materia di occupazione giovanile*, in Riv. giur. lav., 2008, n. 1, parte II, pag. 85.

<sup>34</sup> “*Occorre ricordare come risulti da una costante giurisprudenza che i diritti fondamentali garantiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione sono destinati ad essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione. Quindi, poiché la normativa nazionale oggetto del procedimento principale costituisce l’attuazione della direttiva 2002/14, l’art. 27 della Carta è destinato a trovare applicazione nel procedimento principale*” (punti 42 e 43).

<sup>35</sup> Sentenza 26 febbraio 2013, C-617/10. Per un commento alla sentenza si veda R. COSIO, *Il rinvio pregiudiziale: il ruolo dei diritti fondamentali*, in Mass. giur. lav., 2013, fasc. 8/9, pag.556

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

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

Nella causa C-684/16 veniva in rilievo il 2 paragrafo dell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La questione sottoposta alla Corte di giustizia atteneva, in sostanza, al problema se l'art. 7 della direttiva 2003/88 e l'art. 31, paragrafo 2, della Carta dovevano essere interpretati nel senso che ostavano a una normativa nazionale in applicazione della quale se il lavoratore non chiedeva, nel corso del periodo di riferimento interessato, di poter esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite, perdeva il diritto a tali ferie (e, correlativamente, il diritto al pagamento dell'indennità sostitutiva di riferimento).

La Corte, nella sentenza 6 novembre 2018, C-684/16, dopo aver ricordato di avere già ammesso “*che il divieto sancito all'art. 21, paragrafo 1, della Carta e di per sé sufficiente a conferire ai soggetti privati un diritto invocabile in quanto tale in una controversia che li vede opposti a un altro soggetto privato*”, ha precisato, per quanto rileva, che l'art. 31, paragrafo 2, della Carta attribuisce un diritto a ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite e che questo diritto “*implica, per sua stessa natura, un corrispondente obbligo in capo al datore di lavoro*” (punto 79), con la possibilità, per il giudice nazionale, di disapplicare all'occorrenza la normativa nazionale.

Le coordinate fornite dalla Corte di giustizia, nelle sentenze menzionate, inducono a ritenere che, anche, l'art. 30 **vada inquadrato tra i principi (e non fra i diritti)** per evidenti ragioni sistematiche.

Anche l'art. 30 (come l'art. 27) rinuncia, infatti, a definire una situazione giuridica soggettiva, lasciando al legislatore dell'Unione e a quello nazionale il compito di concretizzare il contenuto e gli scopi enunciati nel “principio”<sup>36</sup>.

Essendo priva di efficacia diretta, la disposizione può, quindi, fungere da norma interposta<sup>37</sup> per gli articoli della Costituzione che si assumono violati.

Una finestra aperta per il futuro.

<sup>36</sup> Sul tema, se si vuole, si veda R. COSIO, *La Corte di giustizia precisa i limiti dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati*, Lav. giur., 2014, fasc.10, pag.871 e seg..

<sup>37</sup> Sulla norma interposta si veda G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2/2009, pag. 196 e ss..

## 5.L'art. 24 della Carta sociale europea si prende la scena.

La sentenza n. 194/2018, nel 14 paragrafo, ritiene che il primo comma dell'art. 3 del d.lgs 23/2015 “*viola anche gli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea*”.

La Corte dopo aver ricordato di avere affermato “*l'idoneità della Carta sociale europea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.*” (nella sentenza n. 120 del 2018) e “*di avere riconosciuto l'autorevolezza delle decisioni del Comitato*” (viene richiamata la decisione del reclamo collettivo n. 106/2014), “*ancorchè non vincolanti per i giudici nazionali*” conclude che “*per il tramite dell'art. 24 della Carta sociale, risultano violati sia l'art. 76 che il primo comma dell'art. 117 della Cost.*”

Viene, quindi, riconosciuta la correttezza della violazione prospettata dal Tribunale di Roma sulla scorta delle opinioni di una parte della dottrina<sup>38</sup>.

Non solo. Viene confermata l'acquisizione della Carta sociale come parametro interposto nei giudizi di costituzionalità che, per molto tempo, la Consulta aveva negato<sup>39</sup>.

L'art. 24 della Carta sociale riveduta, che “*ispira*”<sup>40</sup> l'art. 30 della Carta, prevede che:

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

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

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

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

---

<sup>38</sup> Si vedano i contributi di V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele del lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, 313 e ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione al XVII Congresso Nazionale AIDLASS, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Pisa (7-9 giugno 2012), in [www.aidlass.it/convegni/archivio/congresso-2012](http://www.aidlass.it/convegni/archivio/congresso-2012), 1 e ss., 2012, 32; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in DLRI, 2012, pag. 625; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in WP CSDLE “massimo D'Antona”.IT, 246, 2015, pag. 22.

<sup>39</sup> Sul tema si veda A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionali* (nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL), in Consultaonline.it, II/2015, 504 e ss..

<sup>40</sup> Insieme alle direttive sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese e sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro.

Il Protocollo aggiuntivo alla CSE ha previsto un “Comitato di esperti indipendenti<sup>41</sup>” (il Comitato Europeo dei Diritti Sociali) che ha il compito di vigilare sulla correttezza della Carta che ha già creato una propria “giurisprudenza<sup>42</sup>”.

Sul valore di queste pronunce si discute<sup>43</sup>.

Se, per un verso, appare riduttivo parlare di meri “pareri autorevoli” sembra, d’altra parte, escluso il loro carattere vincolante.

La tesi più corretta appare quella di un aggravamento dell’onere motivazionale incombente sul giudice nazionale (nel senso che lo stesso se vuole dissentire dalla giurisprudenza del Comitato deve indicarne espressamente le ragioni<sup>44</sup>).

Per comprendere la portata della motivazione esaminata è imprescindibile l’esame di alcuni passaggi della sentenza n. 120/2018 della Consulta<sup>45</sup>.

In detta sentenza, la Corte afferma:

*“Che a differenza della CEDU, la Carta sociale europea non contiene una disposizione di effetto equivalente all’art. 32, paragrafo 1, secondo cui “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 ad essa (...). A sua volta, il Protocollo addizionale della Carta sociale europea, che istituisce e disciplina il sistema dei reclami collettivi, non contiene una disposizione di contenuto analogo all’art. 46 della CEDU, ove si afferma che le Altre Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti, disposizione che fonda l’autorità di res iudicata delle sentenze rese dalla Corte EDU relativamente allo/agli Stati in causa ed alla controversia decisa dalla Corte stessa.*

*Pertanto, rispetto alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, non può trovare applicazione quanto affermato da questa Corte nella sentenza n. 348 del 2007 che precisava che “poiché (...) le norme CEDU*

---

<sup>41</sup> Sul tema si veda L. BORLINI, L. CREMA, *Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini della interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale, intervento al Seminario La normativa italiana sui licenziamenti; quali compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Ferrara, 28 giugno 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2018; M. CAVINO, *Il contratto a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale, Relazione al Seminario La normativa italiana sui licenziamenti; quali compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Ferrara, 28 giugno 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2018; C. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta Sociale europea*, in *www.AIC*, 2017, 1 e ss.; G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *www.costituzionalismo.it*, 2016, 13 e ss.

<sup>42</sup> Sul tema si veda G. GUIGLIA, *La rilevanza della carta sociale europea nell’ordinamento italiano: La prospettiva giurisprudenziale*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2013, pag. 1 e ss.

<sup>43</sup> Sul dibattito si veda M. T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018*, cit., pag. 22-24.

<sup>44</sup> Sul tema, oltre agli scritti già citati, si veda D. AMOROSO, *Sull’obbligo della Corte costituzionale italiana di prendere in considerazione le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali* e D. RUSSO, *La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta sociale europea: il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali*, Interventi al Seminario La normativa italiana sui licenziamenti; quali compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?, Ferrara, 28 giugno 2018, in *Forum di Quaderni costituzionali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2018.

<sup>45</sup> Sulla sentenza si veda M. RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, in [www.Associazioneitalianacostituzionalisti.it](http://www.Associazioneitalianacostituzionalisti.it), n. 3/2018, pag. 1 e ss.

*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<sup>46</sup>.

La sentenza n. 194/2018 si allinea al suo precedente valorizzando la giurisprudenza del Comitato (con riferimento al reclamo collettivo n. 106/2014) laddove evidenzia che *“il filo argomentativo che guida il Comitato (...) attraverso l'apprezzamento del sistema risarcitorio in quanto dissuasivo e, al tempo stesso, congruo rispetto al danno subito”.*

Una valorizzazione dei risultati ermeneutici che pone la decisione del Comitato in un circuito di decisioni (delle Alte Corti) che concorrono, nel loro integrarsi, ad assicurare le garanzie predisposte da un ordinamento complesso.

Ma è questo il tema più interessante della decisione su cui occorre indugiare.

## **6. Verso un sistema di sistemi.**

La Corte costituzionale, nella parte finale della sentenza n. 194, afferma che:

*“A ben vedere, l'art. 24, che si ispira alla (..) Convenzione OIL n. 158 del 1982, specifica sul piano internazionale, in armonia con l'art. 35, terzo comma, Cost. e con riguardo al licenziamento ingiustificato, l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento, in linea con quanto affermato da questa Corte sulla base del parametro costituzionale interno dell'art. 3 Cost.. Si realizza, in tal modo, un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite (sentenza n. 317 del 2009, punto 7, del Considerando in diritto), secondo cui: il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo”.*

L'affermazione della Corte apre le porte di un mondo ancora largamente inesplorato.

L'integrazione tra fonti che la Corte evoca richiama un sistema in cui convivono forme di coordinamento (con l'ordinamento dell'Unione europea) e di utilizzo (quali parametri interposti) di disposizione della CEDU e (ora) della CSE.

Quindi, più di una “integrazione di fonti” si intravede una “integrazione di norme” che vivono nell'interpretazione di Corti diverse e che, progressivamente, costituisce un “sistema di sistemi”<sup>47</sup>.

*“La sovranità statale si diluisce”, scrive Cassese<sup>48</sup>, “I poteri pubblici si riarticolano in forme pluralistiche e policentriche (...). Questo pluralismo ha bisogno di un ordine: occorre riempire i vuoti tra i diversi sistemi (...) indurli a cooperare; stabilire gerarchie di valori e principi”.*

<sup>46</sup> Cfr. da ultimo R. ROMBOLI, *La influenza della CEDU e della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*. Consulta online 2018 Fasc. III, 24/12/2018.

<sup>47</sup> Sul tema si veda A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del sistema di sistemi come problema*, in <https://www.rivistaaic.it/it/>, n. 2 del 2014.

<sup>48</sup> S. CASSESE, *I Tribunali di Babele*, Roma, 2009, 3.

Ordine sempre precario perché si basa (non su un rapporto gerarchico) ma su una forma di “*primazia per cooperazione quasi volontaria*”<sup>49</sup>.

La creazione di un “sistema di sistemi” si basa, quindi, sull’interpretazione di norme appartenenti a sistemi diversi.

In questo contesto, l’interpretazione conforme (alla Costituzione, all’Ordinamento europeo e a diverse Convenzioni) costituisce il pilastro del sistema.

Tutto ciò può creare, però (ed inevitabilmente), dei veri e propri corti circuiti di carattere interpretativo<sup>50</sup>.

L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea “*rischia nei fatti non già di restringere, ma di ampliare la discrezionalità dei giudici come degli organi amministrativi interni*” (...) “*il mito della certezza giuridica – già intaccato proprio dalle molteplici forme di interpretazione non orientate in senso gerarchico-preminenziale e dunque a tutti gli effetti discrezionali – può dunque finire col risultare eroso persino dal vincolo della conformità a fonti sovraordinate*”<sup>51</sup>.

La certezza del diritto, intesa come “*coerenza tra normative che si susseguono nel tempo*”<sup>52</sup> aveva trovato nei pilastri solenni del codice civile una rassicurante risposta.

L’età della decodificazione ha travolto tali certezze<sup>53</sup>.

Crisi che si è accentuata con la creazione di un ordinamento complesso nel quale la disciplina nazionale deve fare i conti con Carte e Corti di natura diversa.

Viene a mutare, in sostanza, la stessa definizione di “certezza del diritto”, da intendersi, nell’attuale momento storico, come “*prevedibilità della decisione giuridica*”<sup>54</sup>.

In tale ottica, viene definito “certo” quel diritto le cui applicazioni ai casi particolari sono coerenti coi principi fondamentali dell’ordinamento giuridico. La certezza del diritto consiste, secondo questo modo di vedere, nella possibilità di dimostrare che all’interno di un sistema giuridico le decisioni applicative non sono arbitrarie, ma costituiscono il risultato dell’utilizzo di procedure argomentative razionalmente fondate.

In questa direzione si muovono quei teorici del diritto che si sono dedicati alla teoria dell’argomentazione.

---

<sup>49</sup> S. CASSESE, *I Tribunali*, cit., 7.

<sup>50</sup> Sul rapporto tra la sentenza 194/2018 e la 269/2017 della Consulta, si veda R. Cosio, “la sentenza n. 194/2018 della C. Cost. e il diritto europeo. Prime riflessioni” in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu) relazioni 1/12/2018.

<sup>51</sup> A. BERNARDI, *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, 2015, pag. XXXII-XXXIII. Sul tema si veda anche M. LUCIANI, Interpretazione conforme e costituzione, in *Enciclopedia del Diritto – Annuali IX*, Milano, pag. 473.

<sup>52</sup> Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Voce, Certezza del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, SACCO (a cura di), Torino, 2001. Sul tema si veda il classico contributo di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, 1942, Milano.

<sup>53</sup> Cfr. N. IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979.

<sup>54</sup> Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Voce, Certezza del diritto*, cit.

MACCORMICK definisce la certezza del diritto come fedeltà al precedente: un diritto è certo se nel tempo casi simili trovano soluzioni analoghe<sup>55</sup>.

HABERMAS reputa sia indispensabile porre in relazione il tema della certezza con quello del procedimento argomentativo attraverso il quale si perviene alla decisione del caso specifico. In sostanza, la certezza del diritto oggi assumerebbe un carattere procedurale<sup>56</sup>.

Per ALEXY<sup>57</sup> la certezza del diritto può essere garantita allorchè le procedure di bilanciamento sono assoggettate a controlli razionali che escludono il carattere arbitrario delle decisioni particolari.

MENGONI ritiene che *“la decisione è giustificata quando sia traducibile in termini dogmatici che la rendano comprensibile come deduzione da un concetto o da un principio sistematico, garantendone la coerenza con la razionalità globale dell'ordinamento e quindi l'idoneità a stabilizzarsi come modello di decisione di altri casi aventi la medesima struttura tipica. Dal punto di vista della dottrina di base la dogmatica giuridica assume la funzione di assicurare una recezione controllata delle valutazioni sociali nell'ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categoria sistematiche. In questa funzione essa è un accumulatore di informazioni, sotto forma di concetti ordinatori o di principi, relative a casi già decisi, così che l'accordo intersoggettivo, che fonda l'oggettività della decisione del nuovo caso, è da essa reso possibile attraverso la prassi”*<sup>58</sup>.

Sviluppando tali considerazioni, MENGONI fornisce una preziosa indicazione: *“l'esigenza di una dottrina del precedente giudiziario compatibile con gli ordinamenti di civil law”*<sup>59</sup>.

Si chiede al precedente giudiziario ciò che si perde sul piano normativo: il vincolo a un criterio preconstituito<sup>60</sup>.

Una via, percorsa in solitudine nella riflessione di Gino Gorla<sup>61</sup>, ripresa da Martin Kriele, in un saggio del 1967, dove si metteva in rilievo come ormai, anche nei sistemi di civil law, è tale l'influenza di fatto dei precedenti nell'orientare l'interpretazione e la decisione giudiziale che si può tranquillamente parlare di una loro *“vincolatività presuntiva”*<sup>62</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. MacCormick *Argumentation and Intertation in Law*. Ratio Iuris, 1993, pag. 16.

<sup>56</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 1996, pag. 220.

<sup>57</sup> Cfr. R. ALEXY, *Sistema juridico, principio Juridicos y razon pratica*. Doxa, 1988, pag. 139-151.

<sup>58</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, pag. 87.

<sup>59</sup> L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, (Atti dei convegni dei Lincei), Roma, 1992, pag. 328.

<sup>60</sup> Il precedente, purchè autorevole, può, infatti, costituire un importante fattore di razionalizzazione, di uniformità pur flessibile, di prevedibilità e di uguaglianza di trattamento nell'incontrollabilità quantità e varietà dei casi che vengono decisi dalle Corti. Sul tema si veda l'ordinanza della Suprema Corte n. 15513 del 26 luglio 2016.

<sup>61</sup> G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIII, Roma, 1990, pag. 13 e seg..

<sup>62</sup> Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlino, 1967, pag. 243.

I precedenti, in sostanza, rappresentano dei topoi “*che orientano l'interpretazione della norma nella complessa fase dialettica della Rechtsfindung e che danno supporto all'interpretazione adottata come valida nell'ambito della argomentazione giustificativa*”.<sup>63</sup>

Naturalmente, il vincolo del precedente ha una consistenza diversa in base alla Corte che lo enuncia e al sistema da cui promana.

**I precedenti dettati dalla Corte di giustizia**, ovviamente, si pongono all'apice del “sistema di sistemi” che si va formando.

Il vincolo, infatti, non opera, solo, per il giudice remittente<sup>64</sup> ma si estende anche al di fuori del giudizio principale (efficacia extraprocessuale<sup>65</sup>) con effetto anche per gli altri giudici e le amministrazioni nazionali<sup>66</sup> che devono fare applicazione delle norme dell'Ue nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia<sup>67</sup>.

L'interpretazione della Corte di giustizia vincola, peraltro, la stessa Corte costituzionale “*chiamata a decidere un giudizio incidentale di costituzionalità nell'ipotesi in cui la pregiudizialità comunitaria e quella costituzionale siano tra di loro in rapporto di consequenzialità necessaria*”<sup>68</sup>.

Vincolo che non sembra “ledere” le prerogative della Consulta considerato che solo avanti alla Corte costituzionale possono farsi valere eventuali “controlimiti” che siano invocati per escludere l'applicabilità di specifiche norme dell'ordinamento UE contrastanti con principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Anche la **giurisprudenza della Corte di Strasburgo** ha grande rilevanza.

Alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la “*parola ultima*”<sup>69</sup> in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli.

Ma la Corte costituzionale italiana, a partire dal 2009, ha precisato che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla “*giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente*”<sup>70</sup>, “*in modo da rispettare*

---

<sup>63</sup> Cfr. M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, 3, pag. 709 e seg. Sul tema, da ultimo, si vedano gli atti del Convegno su “*I precedenti*” tenuto a Roma, sotto il patrocinio dell'Accademia Nazionale dei Lincei il 6 luglio 2017. Atti raccolti nel Volume *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti* (a cura di A. CARLEO) 2018.

<sup>64</sup> Cfr. CGUE Sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97, punti 26 e seg.

<sup>65</sup> La tesi, sostenuta dalla dottrina francese e dalla giurisprudenza, secondo cui la pronuncia interpretativa si “incorporerebbe” nella norma interpretata, dando vita ad un provvedimento esegetico generale ed astratto idoneo a produrre effetti normativi erga omnes anche al di fuori del processo che originò il rinvio pregiudiziale non è da tutti condivisa. Per approfonditi rilevi critici si veda E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, pag. 392 e seg..

<sup>66</sup> Cfr. CGUE sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00.

<sup>67</sup> In questo senso Corte cost., sentenza n. 284 del 2007.

<sup>68</sup> Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, cit., pag. 342-346.

<sup>69</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 349 del 2007.

<sup>70</sup> Cfr. Corte cost. sentenze nn. 236 del 2011 e n. 311 del 2009.

la **sostanza**<sup>71</sup> di quella giurisprudenza<sup>72</sup>, fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro<sup>73</sup>.

E' pertanto solo un "diritto consolidato"<sup>74</sup>, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo.

Gli indici per cogliere un adeguato consolidamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sono descritti nella sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale.

Essi sono: "la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea, gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano poco confacenti al caso italiano".

Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, "non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una sentenza pilota in senso stretto"<sup>75</sup>.

In sostanza, il vincolo del precedente, con riferimento alle sentenze della Corte di Strasburgo, risulta fortemente ridimensionato con il riferimento al "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, secondo un approccio non da tutti condiviso<sup>76</sup>.

Resta il fatto che anche per la Corte EDU va progressivamente affermandosi la tecnica dell'argomentazione tipica di una decisione che non intende porsi come monade, ma piuttosto quale anello di una "catena di precedenti", al fine di propiziare la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni e delle interpretazioni, cui uniformare i comportamenti.

Attraverso la sentenza n. 194 della Consulta entra in gioco, anche, l'interpretazione della Carta sociale europea fornita dal Comitato europeo per i diritti sociali.

E' indubbio che tale intervento non ha carattere "vincolante".

---

<sup>71</sup> Sulla ambiguità di tale definizione si veda A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 maggio 2015.

<sup>72</sup> Cfr. Corte cost. sentenze n. 311 del 2009 e n. 303 del 2011.

<sup>73</sup> Cfr. Corte cost. sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009.

<sup>74</sup> Per un approfondimento, critico, alla nozione si veda V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in [www.AIC](http://www.AIC), maggio 2015.

<sup>75</sup> Da ultimo si veda la Sentenza della C. Cost. del 2/3/2018 n. 43, A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, 13/03/2018, per g.c. di Diritto Penale Contemporaneo; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, 7/9/2018, per g.c. di Federalismi.it

<sup>76</sup> Cfr. A. RUGGERI, *L'intensità del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riferimento al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, in [www.Consulta](http://www.Consulta) ONLINE.

Ma ciò non significa che sia una mera opinione (più o meno autorevole).

Il dovere di “collaborazione” sancito dall’art. 3 dello Statuto del Consiglio d’Europa implica l’obbligo dei giudici nazionali di “prendere in considerazione le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali” ogniqualvolta venga in rilievo l’interpretazione della CSE.

Obbligo che si traduce, secondo l’opinione che si condivide, in un aggravamento dell’onere motivazionale (in senso positivo o negativo) che trova autorevole riscontro nella sentenza n. 194 che si commenta.

Viviamo nell’età della complessità<sup>77</sup>.

Prendiamo atto.

---

<sup>77</sup> Cfr. M. CERRATI, *Il tempo della complessità*, 2018.