

La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?

**Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della
Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di
costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015**

**Università degli Studi di Ferrara
Dipartimento di Giurisprudenza
28.06.2018**

INDICE

Ordinanza n. 195 del 26 luglio 2017 che solleva questioni di legittimità costituzionale sugli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 (*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*):

http://www.giuri.unife.it/it/post-lauream/dottorato-di-ricerca/convegni/jobstatediritti/1_Ord195del2017inGUUn.3del17genn2018.pdf

Reclamo collettivo al Comitato europeo dei diritti sociali N. 158/2017, *CGIL c. Italia*:

https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/pending-complaints/-/asset_publisher/lf8ufoBY2Thr/content/no-158-2017-confederazione-generale-italiana-del-lavoro-cgil-v-italy?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Fen%2Fweb%2Fturin-european-social-charter%2Fpending-complaints%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_lf8ufoBY2Thr%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-4%26p_p_col_count%3D1

Relazioni

<u>Massimo Cavino, <i>Il contratto di lavoro a tutele crescenti al vaglio della Corte Costituzionale</i>.....</u>	<u>4</u>
<u>Valerio Speciale, <i>Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti</i>.....</u>	<u>21</u>
<u>Serena Forlati, <i>Corte Costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la “giurisprudenza” del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?</i>.....</u>	<u>67</u>

Interventi

<u>Daniele Amoroso, <i>Sull’obbligo della Corte Costituzionale italiana di “prendere in considerazione” le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali</i>.....</u>	<u>81</u>
<u>Leonardo Borlini e Luigi Crema, <i>Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell’interpretazione della Carta Sociale Europea nel diritto internazionale</i>.....</u>	<u>86</u>
<u>Alessia Ottavia Cozzi, <i>Sull’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE e sulla Carta Sociale Europea come parametro interposto</i>.....</u>	<u>107</u>
<u>Michele Massa, <i>Considerazioni sull’ammissibilità della questione</i>.....</u>	<u>113</u>

<u>Lorenza Mola, <i>Brevissime osservazioni sull'interpretazione della Carta Sociale Europea. A margine della sentenza n. 120/2018 della Corte Costituzionale in prospettiva di una prossima pronuncia</i></u>	<u>119</u>
<u>Sylvain Nadalet, <i>L'applicazione dell'art. 24 della Carta Sociale Europea: il punto di vista dell'ordinamento francese</i></u>	<u>123</u>
<u>Deborah Russo, <i>La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta Sociale Europea: il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali</i></u>	<u>128</u>
<u>Maria Del Carmen Salcedo Beltrán, <i>Efectividad de la Carta Social Europea en las instancias judiciales españolas: «control de convencionalidad versus «control de constitucionalidad»</i></u>	<u>135</u>

Forum di Quaderni Costituzionali

RELAZIONI

Forum di Quaderni Costituzionali

IL CONTRATTO DI LAVORO A TUTELE CRESCENTI AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma e il reclamo collettivo della CGIL. 2. I diritto al lavoro o il diritto alla conservazione del posto di lavoro? 3. Violazione degli articoli 4 e 35 della Costituzione determinata dalla modesta quantificazione del diritto al lavoro. 4. Violazione dell'articolo 3 Cost. per irragionevolezza. 5. Violazione dell'articolo 3 Cost. per incoerenza da disparità di trattamento. 6. Contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione per violazione di obblighi internazionali. 7. Violazione dell'art. 76 della Costituzione per eccesso di delega.

1. *Premessa. L'ordinanza di rimessione e il reclamo collettivo della CGIL*

Il Tribunale di Roma, sezione lavoro, con ordinanza del 26 luglio 2017¹ ha sollevato una questione di legittimità costituzionale² avente ad oggetto l'articolo 1, comma 7, lettera c, della legge n.183/2014 e degli articoli 2, 3 e 4 del d. lgs. n.23/2015 (c.d. Jobs Act) che hanno istituito un nuovo regime per i licenziamenti senza giustificato motivo o senza giusta causa, che, escludendo il diritto alla reintegrazione, prevede una tutela indennitaria, predeterminata dal legislatore e di importo crescente in relazione all'anzianità (contratto a tutele crescenti).

Il giudice rimettente ha indicato quali parametri della questione di legittimità costituzionale gli articoli 3, 4, 35, 117 e 76 della Costituzione:

a) l'art. 3 della Costituzione, in quanto l'importo dell'indennità risarcitoria disegnata dalle norme del Jobs Act non riveste carattere compensativo né dissuasivo ed ha conseguenze discriminatorie; ed inoltre in quanto l'eliminazione totale della discrezionalità valutativa del giudice finisce per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro;

b) l'art. 4 e l'art. 35 della Costituzione, in quanto al diritto al lavoro, valore fondante della Carta, viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso;

c) l'art. 117 e l'art. 76 della Costituzione, poiché la sanzione per il licenziamento illegittimo appare inadeguata rispetto a quanto statuito da fonti sovranazionali come la Carta di Nizza e la Carta sociale europea riveduta, mentre il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni sovranazionali costituiva un preciso

¹ Un errore materiale nel dispositivo dell'ordinanza relativo all'oggetto della questione ha imposto al giudice *a quo* di adottare, il 2 agosto 2017, un decreto correttivo ai sensi degli articoli 287 e 288 c.p.c.

² L'ordinanza è stata oggetto di un vivace dibattito presso la dottrina giuslavoristica. Tra i molti contributi si rinvia a V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, II, pp. 333 e ss.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs act"*, in *ADL*, 2017, I, pp. 1039 e ss.; F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2017, pp. 902 e ss.; P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di Un'ordinanza ... annunciata*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2174 e ss.; E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, pp.1195 e ss.; S. D'ASCOLA, *Appunti sulla questione di costituzionalità del licenziamento a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018/2, pp. 228 e ss.

criterio di delega, che sarebbe stato pertanto violato.

A distanza di pochi mesi, il 6 ottobre 2017, la CGIL ha depositato presso il Comitato europeo dei diritti sociali un reclamo collettivo³ lamentando il contrasto tra la stessa disciplina legislativa e l'articolo 24 della Carta sociale europea riveduta, in forza del quale «1. 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. 2. 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».

Nelle nostre considerazioni procederemo secondo un ordine logico diverso da quello seguito dal giudice *a quo*, prendendo le mosse da una riflessione intorno al contenuto degli articoli 4 e 35 della Costituzione.

Pare infatti di potere affermare che la possibile incoerenza e irragionevolezza delle disposizioni impugnate, così come il loro eventuale contrasto con norme di diritto internazionale, debbano essere valutati alla stregua di una corretta definizione del bene protetto dalla Costituzione di cui determinerebbero la lesione; che solo dopo avere chiarito cosa si debba intendere per diritto al lavoro, per politiche che lo rendano effettivo e lo tutelino, sia possibile valutare se le norme impugnate portino a una lesione dei diritti costituzionali dei lavoratori.

2. Il diritto al lavoro o il diritto alla conservazione del posto di lavoro?

La lettura dell'ordinanza di rimessione mostra chiaramente come il giudice *a quo* muova dalla premessa di una identità tra diritto al lavoro e diritto alla conservazione del posto di lavoro che fa discendere dalla interpretazione degli articoli 4 e 35 Cost.⁴; e alla luce di questa interpretazione dubiti della legittimità di norme che avrebbero condotto ad una "svalutazione" economica del diritto al lavoro.

Si tratta di una interpretazione non condivisibile che non tiene conto delle implicazioni sottese alle disposizioni costituzionali considerate.

Nella interpretazione del primo comma dell'art. 4 della Costituzione⁵ sono emersi, fin dalle prime letture, due temi: quali dovessero essere le politiche di favore alla piena occupazione, e in quale misura potessero limitare l'iniziativa privata⁶; se accanto ad una pretesa alla creazione di condizioni favorevoli alla instaurazione di rapporti di lavoro fosse possibile ricavare dalla disposizione costituzionale il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro.

³ Reperibile all'URL <https://rm.coe.int/complaint-158-2017-cgil-v-italy/1680761627>.

⁴ Si tratta di una lettura delle disposizioni costituzionali suffragata anche dalla dottrina costituzionalistica (si veda da ultimo E. FERIOLI, *Articolo 35*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, il Mulino, Bologna, 2018, p. 237) che ha il limite, come vedremo, di cristallizzare l'interpretazione che di esse è stata fornita in un determinato momento storico, economico e sociale, ormai superato.

⁵ Il dibattito su lavoro e Costituzione ha prodotto una bibliografia ricchissima. In questa sede pare opportuno rinviare ai contributi più recenti che ne hanno richiamato una parte significativa. In particolare i saggi pubblicati in M. CAVINO, I. MASSA PINTO, (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, il Mulino, Bologna, 2013; M. SALVATI, *Costituzione italiana: articolo 4*, Carocci, Roma, 2017; M. CAVINO, *Articolo 4*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana*, cit., pp. 35 e ss.

⁶ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.

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

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

Nel corso della prima legislatura la disoccupazione rappresentava un problema drammatico. In tal senso deve essere letta l'istituzione della Commissione Parlamentare di Inchiesta sulla Disoccupazione presso la Camera dei Deputati dal 21 giugno 1952 al 24 giugno 1953. La dottrina costituzionalistica notava come l'attuazione del diritto al lavoro, di cui al primo comma dell'art. 4 Cost. e il corrispondente obbligo dello Stato a renderlo effettivo, non avessero senso se non in presenza di una pianificazione economica. Si sottolineava come l'art. 4 Cost. ponesse il lavoro tra le finalità preminenti dello Stato, e che pertanto la piena occupazione dovesse essere inclusa tra i "fini sociali" rispetto ai quali l'attività economica pubblica e privata avrebbe dovuto essere indirizzata e coordinata per mezzo dei programmi stabiliti dal legislatore, secondo quanto dispone l'art. 41, comma 3, Cost.⁷

La prospettiva è però mutata rapidamente con il boom economico.

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

Ciò ha spostato l'interesse prevalentemente sull'altra questione, ovvero sul diritto alla tutela del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro e quindi sul necessario⁸ superamento della disciplina codicistica del licenziamento individuale che consentiva il libero recesso unilaterale da parte del datore di lavoro.

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

Ma certamente in questo percorso riveste una importanza decisiva la sentenza n. 45 del 1965 della Corte costituzionale che ha chiarito (n.3 e 4 del *Considerato in diritto*) come «dal complessivo contesto del primo comma dell'art. 4 della Costituzione – [...] – si ricava che il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino – l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento –

⁷ C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in Camera dei Deputati, Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione, Vol. IV, Roma, 1953, p. 75

⁸ Per il vero il superamento della disciplina codicistica del licenziamento *ad nutum* non è stato considerato unanimemente necessario dalla nascente dottrina giuslavoristica. Così R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, Giappichelli, Torino, 1950, pp.145 e s., riteneva utile che tale superamento fosse assistito da importanti cautele per non «irrigidire eccessivamente la struttura economica delle imprese, togliendo la possibilità di mantener fermo il rapporto fra produzione e consumo». Si tratta di posizioni fortemente influenzate dal pensiero di L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1901. Sul tema cfr. P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, in particolare pp. 179 e ss.

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. Da siffatta interpretazione deriva che l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto. Con ciò non si vuol dire che la disciplina dei licenziamenti si muova su un piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 della Costituzione. Se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro».

Il legislatore ha seguito il monito della Corte costituzionale con la legge n. 604 del 1966, accogliendo il principio della necessaria giustificazione del licenziamento e riconoscendo il diritto del lavoratore di adire il giudice avverso un licenziamento arbitrario. Ma anche la soluzione adottata con l'articolo 8 della legge n. 604/1966, l'alternativa tra la riassunzione o il risarcimento, non è stata ritenuta sufficiente e ha portato la dottrina giuslavoristica a sostenere che «la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto restava pur sempre assai scarsa»⁹. Solo con l'articolo 18 della n. 300 del 1970, lo "Statuto dei lavoratori", con l'introduzione della tutela reale, si ritenne che tale interesse avesse trovato un effettivo riconoscimento.

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

La necessità dell'intervento legislativo è quindi stata intesa dalla Corte costituzionale, non già come risposta ad una esigenza di tutela individuale, ma piuttosto come elemento di una politica della piena occupazione. E in effetti, a partire dalla seconda metà degli anni sessanta, giungendo al culmine con l'approvazione dello Statuto, le politiche di piena occupazione si sono risolte nella tutela dei lavoratori occupati.

Ma «come mai nell'alternativa tra una regolamentazione del mercato del lavoro basata sulla tutela dei lavoratori occupati (ostacolandone il licenziamento) e una basata sul sostegno dei lavoratori disoccupati (con sussidi di disoccupazione e agenzie per il matching) in Italia, nel 1970, si è scelto di tutelare gli occupati?»¹⁰.

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

Abbiamo già ricordato che il ventennio che precede l'approvazione dello Statuto è una stagione di grande crescita economica nella quale, sia pure con drammatiche

⁹ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di Diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, II, CEDAM, Padova, 1971, p. 697.

¹⁰ Cfr. G. RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in www.pietroichino.it, 29 aprile 2015, pp. 9 e ss.

differenze tra nord e sud del Paese, la domanda di lavoro è pari, e spesso superiore, all'offerta, così che il problema dell'accesso al rapporto di lavoro sostanzialmente non si pone.

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

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

Con il superamento del contesto economico e sociale in cui era maturato, già a partire dalla seconda metà degli anni ottanta, esso mostrò i suoi limiti strutturali che consistevano «a) nella residualità del suo ambito di applicazione (limitato alle medie-grandi imprese); b) nelle resistenze giurisprudenziali e dottrinali alla effettività dell'ordine (il totem indistruttibile della incoercibilità dell'obbligo di *facere specifico*); c) nella trasformazione in via di fatto dell'ordine di reintegra in tutela indennitaria super-rafforzata, con la monetizzazione del diritto ad essere reintegrati (l. n. 108/90), per cui la trasformazione della tutela reale in variante assistenziale della tutela obbligatoria»¹¹.

L'articolo 18 ha così finito per esaurirsi nella sua valenza meramente simbolica di strumento di reazione alla limitazione delle libertà dei lavoratori e all'uso del licenziamento come strumento di pressione nelle relazioni sindacali.

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

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

Emblematica è la vicenda del referendum abrogativo del 15 e 16 giugno 2003. Il quesito referendario concerneva le norme relative all'ambito (volendolo ampliare) e ai limiti di operatività della tutela reale apprestata dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 in favore del lavoratore illegittimamente licenziato. Esso ha rappresentato, con la partecipazione del solo 25,7% dell'elettorato, un clamoroso insuccesso¹².

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

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

Il sistema produttivo italiano è costituito nella sua quasi totalità da microimprese e da piccole e medie imprese¹³ che faticano a raggiungere la soglia della

¹¹ S.B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 265/2015, pp. 7 e s.; nello stesso senso v. P. ALBI, *La Costituzione come argomento. Giudici del lavoro e "interpretazione costituzionalmente orientata"*, in *Lavoro e diritto*, 2014, pp. 526 e ss.

¹² A. MORRONE, *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2003, pp. 597 e ss.

¹³ V. il report ISTAT *Struttura e competitività del sistema delle imprese industriali e dei servizi*, anno 2013. Esso fotografa il sistema produttivo tra la "riforma Fornero" e il "Jobs Act" e ci dice: «Le microimprese (quelle con meno di 10 addetti) sono circa 4,1 milioni e pesano per il 95,3% delle imprese attive, il 47,4% degli addetti e il 30,6% del valore aggiunto realizzato. Tra le microimprese, quelle con meno di un addetto sono più di 2,4 milioni e contribuiscono per circa un terzo al valore aggiunto di questo segmento di imprese. Le piccole e medie imprese (quelle con 10-249 addetti) impiegano il 32,9% degli addetti e contribuiscono per il 38,4% al valore aggiunto, mentre nelle grandi imprese (quelle con almeno 250 addetti) si concentrano il 19,7% degli addetti e il 31,0% del valore aggiunto».

competitività¹⁴. E certamente la rigidità del “modello articolo 18”, inducendo le imprese a rimanere fuori dal suo ambito applicativo dimensionale, ha rappresentato uno degli ostacoli organizzativi più rilevanti al raggiungimento di quella soglia. L’effetto complessivo della rigidità del sistema era quello di rendere difficili le nuove assunzioni e di mettere a rischio – in ragione della scarsa competitività delle imprese – anche i posti di lavoro esistenti.

In questa prospettiva si devono leggere gli interventi legislativi della “riforma Fornero” (legge 92/2012) e del “Jobs Act” (d. lgs. 23/2015 in attuazione della legge 183/2014)¹⁵ quali misure adottate per rendere effettivo il diritto al lavoro in relazione alle mutate esigenze di competitività del sistema produttivo¹⁶.

¹⁴ V. ISTAT, *Rapporto sulla competitività dei settori produttivi*, 2017, reperibile all’URL <https://www.istat.it/storage/settori-produttivi/2017/Rapporto-competitivita-2017.pdf>, ove si sottolinea, p. 69, che «dall’inizio del decennio a oggi la capacità di operare sui mercati esteri ha costituito un fattore cruciale per l’attività economica delle imprese italiane. In questo contesto, la crescente complessità dei processi produttivi, il progressivo sviluppo delle catene globali del valore e l’aumento della competitività sui mercati internazionali rendono l’attività estera delle imprese fortemente legata alla capacità di disegnare assetti produttivi (e organizzativi) in grado da un lato di soddisfare le condizioni strutturali per l’accesso ai mercati esteri e, dall’altro, di raggiungere i livelli di performance necessari per operare con successo su scala internazionale. A tale proposito, la letteratura economica ha da tempo mostrato come, ai fini della tenuta competitiva del sistema produttivo italiano, la ricerca delle condizioni strutturali e dei livelli di performance richieda un recupero in termini di dimensioni d’impresa e produttività».

¹⁵ Sul tema v. P. BOZZAO, *I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015.

¹⁶ Sulla efficacia del Jobs Act sul piano dell’incremento della occupazione e della competitività delle imprese il dibattito è aperto. Trattandosi di una riforma strutturale pare ragionevole rinviare al medio periodo il giudizio sulla sua efficacia (v. I. FELLINI, *Jobs Act e contratto a tutele crescenti: alcuni effetti attesi sul mercato del lavoro*, in *Politiche Sociali*, 2015, pp. 331 e ss). Non mancano però elementi che permettono di formulare un giudizio positivo sulla riforma (G. CROCE, *Il Jobs Act due anni dopo: obiettivi, fatti, prospettive*, in *Economia & Lavoro*, 2/2017, pp. 23 e ss.).

In particolare risulta di particolare interesse lo studio di T. BOERI, P. GARIBALDI, *Graded Security and Labor Market Mobility. Clean Evidence from the Italian Jobs Act*, pubblicato il 19 febbraio 2018 sul sito dell’INPS all’URL

https://www.inps.it/docallegatiNP/Mig/InpsComunica/WorkInps_Papers/10_WorkINPS_Papers_19febbraio_2018.pdf e sintetizzato dagli stessi autori nel breve articolo *Effetto Jobs Act: cosa dicono i dati, ne lavoce.info*, del 27 marzo 2018. Essi notano che «Lo studio ha selezionato tutte le imprese che tra gennaio 2013 e dicembre 2016 sono entrate almeno una volta nel corridoio tra 10 e 20 addetti. Si tratta di circa 220 mila imprese. Sono poi state seguite le carriere lavorative di tutti i 6,2 milioni di lavoratori che hanno lavorato in queste imprese, in modo da analizzare un data-base con più di 250 milioni di osservazioni. Gli effetti del nuovo contratto sono scientificamente identificabili dal momento che oltre alla differenza tra imprese sopra e sotto la soglia, si può anche distinguere il comportamento delle aziende prima e dopo il 7 marzo 2015, il giorno in cui il contratto a tutele crescenti è stato introdotto in Italia. Il metodo delle “differenze delle differenze” è internazionalmente e scientificamente riconosciuto come un approccio rigoroso e naturale alla valutazione delle politiche economiche. I risultati dello studio sono i seguenti. Innanzitutto, la mobilità delle imprese intorno alla soglia è aumentata. Il numero di quelle che supera la soglia dei 15 addetti è passato da 10 mila al mese prima della riforma a circa 12 mila al mese nei 15 mesi dopo la sua introduzione, anche se i passaggi di soglia dopo il dicembre 2016 – quando la decontribuzione è stata fortemente ridotta – hanno subito una sensibile decelerazione. La parte scientificamente più rigorosa riguarda però gli effetti del nuovo contratto sulle assunzioni e sui licenziamenti a tempo indeterminato con i nuovi contratti. Lo studio mostra che le imprese sopra la soglia (quelle che indubbiamente operano con maggior flessibilità) hanno aumentato le assunzioni a tempo indeterminato del 50 per cento in più rispetto alle imprese più piccole dopo marzo 2015. Le piccole imprese – va ricordato – non hanno subito alcun cambiamento sostanziale dal nuovo contratto. Inoltre, la decontribuzione non influisce sul risultato dal momento che si applica uniformemente sia alle piccole che alle grandi imprese. Simili risultati e simili differenze tra piccole e grandi imprese si applicano anche alle conversioni di contratti a termine in contratti a tutele crescenti. Quando lo studio guarda ai licenziamenti, il risultato è molto simile e viene evidenziato un aumento dei licenziamenti di circa il 50 per cento tra le imprese più grandi rispetto alle piccole prima e dopo il marzo 2015. Il nuovo contratto ha chiaramente reso più flessibile il mercato del lavoro e aumentato la mobilità di imprese e lavoratori. Va peraltro ricordato che l’aumento di assunzioni del 50 per cento corrisponde a un numero molto più grande rispetto all’aumento dei licenziamenti del 50 per cento e che l’occupazione totale è aumentata nel triennio analizzato».

Non è pertanto corretta l'identificazione compiuta dal giudice *a quo* tra la conservazione del rapporto di lavoro e il contenuto degli articoli 4 e 35 della Costituzione, che certamente esprimono *anche* «il principio della necessaria giustificazione del recesso e del potere di adire il giudice, riconosciuto al lavoratore, in caso di licenziamento arbitrario» (Corte costituzionale sentenza n. 41/2003), ma in esso non si esauriscono.

Il contenuto degli articoli 4 e 35 della Costituzione che impongono alla Repubblica il compito di rendere effettivo il diritto al lavoro trova oggi la sua declinazione legislativa in un quadro normativo che tutela la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro piuttosto che nel singolo rapporto di lavoro¹⁷.

3. *Violazione degli articoli 4 e 35 della Costituzione determinata dalla modesta quantificazione del diritto al lavoro.*

Alla luce delle considerazioni che precedono pare di poter affermare che la questione di legittimità sia, in relazione agli articoli 4 e 35 Cost., infondata.

Il giudice rimettente ravvisa la violazione di queste disposizioni costituzionali nella esiguità e nella fissità della quantificazione del diritto al lavoro che ripristinerebbe, di fatto, la libertà di licenziare *ad nutum*, così affievolendo anche i diritti individuali e sindacali dei lavoratori in azienda, dal momento che la spada di Damocle di un facile licenziamento ingiustificato li condurrebbe a rinunciare al loro esercizio.

Questa posizione del giudice *a quo* è stata elogiata¹⁸ sostenendo che essa ribadisca i valori solidaristici della democrazia costituzionale che integrano e superano quelli dell'individualismo liberale.

Ma se essa non ci pare fondata, non è certo perché riteniamo la cornice costituzionale superata e inadatta a comprendere le mutate condizioni sociali ed economiche (che pure tuttavia non possono non essere prese in considerazione¹⁹), con

¹⁷ Questa evoluzione ha acceso un vivace dibattito nell'ambito della dottrina giuslavoristica intorno al "posto" che dovrà assumere il Diritto del lavoro nel nuovo contesto. Sul tema si rinvia a A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 3 e ss.; V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 322/2017; V. BAVARO, *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2018, pp.243 e ss.

¹⁸ Cfr. A PERULLI, *Una questione di "valore". Il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, Working Paper n.15, www.bollettinoadapt.it, 2017, pp. 13 e s.: «emerge prepotentemente, fra le righe della motivazione, una visione schiettamente antropologica del diritto del lavoro, che senza dubbio è matrice del "discorso" costituzionale sul lavoro e che è figlia di una visione novecentesca dell'agire, in cui la dignità della persona che lavora è misura – à la Marshall – della sua *Social Citizenship*, e attraverso la quale i grandi ideali della giustizia sociale veicolati dalle costituzioni europee del dopoguerra hanno potuto inverarsi nei sistemi giuridici occidentali, completando un percorso di affermazione dei diritti fondamentali espressi dallo Stato liberale e segnando il passaggio epocale dallo Stato di diritto verso il *Welfare State*. Si tratta di una visione in cui il diritto del lavoro partecipa direttamente, e a pieno titolo, della nuova democrazia costituzionale che suggerisce l'immagine del soggetto assai distante dall'individualismo liberale, opponendo la solidarietà all'egoismo e i diritti sociali alla mera libertà negativa».

¹⁹ S.B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, cit., p. 6: «Per questo, senza per nulla sottovalutare le considerazioni critiche, a volte si ha la sensazione che alcuni critici del Jobs act e del CTC finiscano per porsi in un'altra dimensione esistenziale, in un altro mondo, dove ci sono due lune, due tempi, due fluire della storia, come accade ai personaggi del capolavoro di Murakami Haruki, 1Q84. Nulla vieta di vivere in una dimensione parallela della storia, se non proprio onirica, nessuno può impedirlo perché in tal modo si coinvolge la fantasia e ci si rifugge nei buoni e rassicuranti ideali *old labour*, ma di ciò occorre essere consapevoli; altrimenti le realtà, quella vera e quella parallela, finiscono per essere incrociate con rischi di confusione. Ciò per dire che, nel valutare il Jobs Act, non si può prescindere dal valutare il contesto storico e la realtà (non il desiderio di realtà) in cui l'intervento si inserisce; se la dignità della persona che lavora è un diritto, oltre che un principio

ciò celebrando il trionfo dell'economia sui diritti.

È proprio in relazione a quei valori della democrazia costituzionale che la lettura del giudice rimettente risulta parziale e inadeguata. Essi trovano la propria affermazione al secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione che impone alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Si badi bene: la partecipazione di *tutti* i lavoratori, compresi quelli in attesa di occupazione.

Quanto all'affievolimento dei diritti di libertà in azienda si deve ricordare che licenziamenti diretti a limitarne il godimento rientrerebbero nelle ipotesi di nullità per le quali è ancora prevista la tutela reale²⁰.

Non solo. Pare utile sottolineare che la nuova disciplina del licenziamento per giustificato motivo o giusta causa potrebbe determinare una espansione interpretativa delle altre fattispecie. «Storicamente, infatti, il licenziamento per motivi discriminatori ha fatto rarissimi ingressi nelle aule di giustizia; ma tale difficoltà di accesso non escludeva, ed anzi consentiva comunque, la massima sanzione in caso di licenziamento illegittimo, grazie all'originaria funzione dell'art. 18 St. lav., la quale rendeva di fatto inutile la ricerca in positivo del "reale" motivo del recesso bastando al lavoratore l'accertamento in negativo della generica insussistenza dei giusti motivi dell'atto. Oggi, con il superamento della tutela reintegratoria nei casi di "ordinaria" ingiustificatezza del recesso, la sanzione ripristinatoria potrebbe essere parzialmente recuperata nell'ambito di una più attenta considerazione (in positivo) dei motivi discriminatori dell'agire datoriale; e ciò non tanto perché si debba ritenere discriminatorio ogni licenziamento ingiustificato, quanto in ragione della tendenza alla valorizzazione legislativa del comportamento discriminatorio nella sua valenza oggettiva e non psicologico-soggettiva, e quindi riscontrabile anche in presenza di misure neutre, nonché al riconoscimento di un regime probatorio particolare nel caso rilevi un rischio tutelato dalla legislazione antidiscriminatoria»²¹.

4. *Violazione dell'articolo 3 Cost. per irragionevolezza.*

Il giudice *a quo* ritiene che la disciplina di cui agli articoli 3 e 4 del d. lgs n.23/2015 violi l'articolo 3 della Costituzione sul piano della ragionevolezza, perché la sproporzionata esiguità della riparazione del danno da licenziamento illegittimo contrasterebbe con la *ratio legis* non attribuendo alla norma un adeguato valore dissuasivo verso il datore di lavoro e compensativo verso il lavoratore.

Per il datore di lavoro la nuova disciplina del licenziamento individuale anziché avere un effetto dissuasivo rappresenterebbe un autentico "affare", dal momento che il costo del licenziamento ingiustificato sarebbe inferiore agli incentivi ricevuti al momento della nuova assunzione.

Rispetto a questi argomenti pare utile ricordare che la misura degli incentivi alla assunzione ha carattere temporaneo e che in ogni caso l'effetto dissuasivo delle disposizioni impugnate deve essere letto alla luce del quadro normativo complessivo in cui si inseriscono.

universale, non possono essere tali le norme che la veicolano. Le norme positive, a differenza dei principi, posseggono in sé la finitezza della storia».

²⁰ Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act*, in *ADL*, 2/2015, pp. 322 e ss. e 335 e s.; G. PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *RIDL*, 4/2017, pp. 780 e ss.

²¹ A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *RIDL*, 3/2015, p. 429 e s.

Ci si riferisce in particolare a quanto dispone l'articolo 2, comma 31, della legge n. 92/2012 che impone al datore di lavoro che abbia intimato il licenziamento di contribuire al finanziamento della Assicurazione sociale per l'impiego (ASPI, ora NASPI). Contributo che certamente acuisce l'effetto dissuasivo della disciplina del licenziamento.

Analoghe considerazioni valgono per quanto concerne il valore compensativo a vantaggio del lavoratore. Si deve valutare il quadro normativo complessivo di cui gli articoli 3 e 4 del d. lgs. n. 23/2015 (che pure assicurano la tutela risarcitoria più alta in Europa²²) non sono che una parte.

Esso prevede che il lavoratore che abbia perduto involontariamente la propria occupazione sia destinatario della già citata assicurazione sociale per l'impiego, la NASPI di cui al d. lgs. 22/2015, condizionata al solo onere (articolo 7 dello stesso decreto) di partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professionale; onere che trova la sua copertura nell'art. 4, comma 2, della Costituzione e che viene sostenuto dall'impegno pubblico a facilitare la ricollocazione (d. lgs. n.150/2015)²³.

Il quadro normativo complessivo illumina le singole disposizioni mostrando che la disciplina dei licenziamenti individuali non è irragionevole rispetto alla *ratio legis*: «Nel nuovo regime la protezione della persona che lavora nel settore privato non è dunque più impostata (come invece resta impostata la protezione dell'impiegato pubblico, per effetto dell'art. 21 del d.lgs. n. 75/2017) in termini di garanzia di "stabilità del posto di lavoro salvo eccezioni", bensì in termini di flexsecurity, cioè di tutela della sicurezza economica e professionale nel mercato molto più che nel singolo rapporto di lavoro: l'indennizzo a carico del datore di lavoro è solo una componente di questa sicurezza»²⁴.

5. Violazione dell'articolo 3 Cost. per incoerenza da disparità di trattamento

Il giudice a quo sostiene che la nuova disciplina dei licenziamenti individuali contrasti con l'art. 3 della Costituzione anche sotto il profilo della coerenza, determinando una ingiustificata differenza di trattamento:

a) tra i lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, poiché si applica una normativa differente in presenza di rapporti di lavoro identici²⁵;

b) tra i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 poiché, escludendo la valutazione del giudice del lavoro, si giunge alla conseguenza di fornire la stessa tutela a situazioni differenti;

c) tra lavoratori e dirigenti poiché questi ultimi sono esclusi dall'ambito applicativo del decreto legislativo n. 23/2015.

a) Per quanto concerne la differente posizione dei lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, occorre ricordare che sul tema della disparità di trattamento nella disciplina dei licenziamenti la giurisprudenza costituzionale si è sviluppata su due percorsi distinti, ma coerenti, in relazione ai criteri di carattere oggettivo (i limiti di

²² Si veda la nota elaborata da F. TEOLDI per la Presidenza del Consiglio dei ministri e pubblicata col titolo *L'indennità di licenziamento nei paesi europei maggiori*, in www.pietroichino.it, il 17 dicembre 2017.

²³ G. PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., p.783; R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act*, in *Lavoro e diritto*, 2016, pp.281 e ss.

²⁴ Cfr. P. ICHINO, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in www.pietroichino.it, 3 agosto, 2017, p. 7.

²⁵ Questa lettura è condivisa da C. SALAZAR, *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 95 e ss.

applicazione della disciplina vincolistica basati sulla dimensione dell'impresa) o soggettivo (le categorie di lavoratori escluse dalle tutele)²⁶ che giustificano le scelte del legislatore.

Rispetto ai primi la Corte costituzionale ha affermato che «la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini di una disciplina non uniforme dei licenziamenti individuali, sfugge, per se stessa a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa, aventi riguardo ad equilibri economico - sociali che ne hanno consigliato l'adozione nell'interesse generale»²⁷.

I profili oggettivi della organizzazione delle imprese giustificati da esigenze di equilibrio economico e sociale rappresentano un interesse costituzionale che deve essere bilanciato con la tutela dei lavoratori; così che una disciplina differenziata del licenziamento per lavoratori occupati nelle stesse mansioni, con un rapporto di lavoro identico, rientra nella discrezionalità del legislatore.

Discrezionalità che non può invece essere riconosciuta quando le scelte legislative implicanti una disparità di trattamento siano giustificate soltanto sulla base di criteri soggettivi²⁸; quando cioè «La sostanziale omogeneità delle relative situazioni afferenti ai lavoratori comuni ed a quelli [esclusi] impone l'uniformità delle discipline, nella mancanza di fondate ragioni per differenziarle»²⁹.

La disparità di trattamento determinata dall'applicazione di un diverso regime di

²⁶ Cfr. M. NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di licenziamenti*, in *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro. Annuario INPDAl*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 207 e ss.; più recentemente G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016, in particolare pp. 97 e ss.

²⁷ Sentenza n. 55/1974 pronunciata su una questione sollevata in relazione all'art. 35 dello Statuto dei lavoratori nella parte in cui prevede che, per le imprese industriali e commerciali, l'art. 18 della legge medesima, recante la disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro, si applica a ciascuna loro sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di 15 dipendenti. Questa decisione ha ripreso il principio già affermato dalla Corte con la sentenza n.81 del 1969 con la quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 11 della legge 604/1966 che escludeva l'applicabilità ai lavoratori impiegati presso imprese con meno di 35 dipendenti, della garanzia della stabilità del posto, ebbe ad affermare che «la componente numerica dei lavoratori ha riflessi sul modo di essere e di operare del rapporto di lavoro organizzato. Non è solo e non tanto il criterio della diretta fiducia che vale a qualificare il rapporto nell'ipotesi di un numero inferiore di dipendenti, quanto il criterio economico suggerito per regolare gli interessi delle aziende aventi un minor numero di dipendenti, pur senza trascurare gli interessi dei lavoratori, tanto che (artt. 4 e 9 della legge in relazione all'art. 11) è sempre salva la nullità del loro licenziamento, se effettuato per ragioni politiche, religiose o di appartenenza a sindacati e relative attività ed è sempre salva la indennità di anzianità. [...] per quanto concerne la misura numerica, la valutazione del Parlamento risulta essersi svolta secondo autonome e motivate scelte tenendo conto dei fattori di equilibrio economico-sociale che ne consigliavano, nel determinato momento, l'adozione, nell'interesse generale. Si tratta, del resto, di criteri che il Parlamento può sempre rivedere, anche in considerazione dell'evolvere delle esigenze organizzative, collegate, tra l'altro, al progresso tecnologico». Il principio sarà confermato dalle sentenze: n.152 del 1975, su questione analoga a quella decisa con la n. 55 del 1974; n.189 del 1975 sulla applicabilità dell'art. 35 dello Statuto a datori di lavoro non imprenditori; n.2/1986, relativa al differente regime del risarcimento dei danni; n.44/1996 relativa all'art. 8 della legge n.604/1966, così come modificato dall'art. 2 della n. 108/1990, nella parte in cui prevede il diritto di scelta fra la riassunzione ed il risarcimento a favore del datore di lavoro.

²⁸ Si veda la giurisprudenza costituzionale relativa alle tre vicende a) dei lavoratori ultrasessantacinquenni, b) degli apprendisti e c) dei lavoratori marittimi o portuali. E in particolare:

a) le sentenze n. 174/1971 e n. 176 del 1986 sulla legittimità costituzionale dell'art. 11, della legge n. 604/1966 che rendeva inapplicabile nei riguardi dei lavoratori in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia, o che avessero comunque superato il sessantacinquesimo anno di età, gli articoli 2 e 5 della stessa legge, in forza dei quali il licenziamento e l'indicazione dei relativi motivi, se richiesta, devono essere comunicati per iscritto, ed il datore di lavoro è tenuto a provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento.

b) Sentenze n.14/1970, 169/1973 e 181/1989. Sul punto v. G. FONTANA, *La riforma del lavoro*, cit., p. 104: «Chiave del ragionamento della Corte è l'assimilabilità del rapporto di apprendistato all'ordinario rapporto di lavoro, da cui discende *de plano* la non giustificazione della disparità di trattamento».

c) Sentenza n. 96/1987 e n.41/1991.

²⁹ Sentenza n. 96/1987.

tutela ai lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015 non può certo essere ricondotta nell'ambito di quelle censurate perché fondate su criteri di carattere soggettivo.

La situazione in cui si trovano i lavoratori assunti prima e dopo tale data non è logicamente diversa da quella che distingue i lavoratori occupati in imprese con più o meno di quindici dipendenti, dal momento che la differenza di regime giuridico dipende da un elemento oggettivo che il legislatore ha assunto quale criterio per organizzare il bilanciamento di interessi tra la produttività delle imprese e la tutela del lavoro. E il fatto che la differente disciplina si applichi a lavoratori occupati nella stessa impresa non ha, sotto questo profilo, alcuna rilevanza.

Abbiamo ricordato poco sopra che la *ratio* dell'intervento legislativo consiste nell'incremento delle assunzioni che deve produrre il risultato di migliorare strutturalmente la competitività delle imprese.

Alla luce di questa finalità sociale ed economica deve essere letta la disparità di trattamento e in tale prospettiva assai significativa è la norma di cui al comma 3, dell'art.1 d. lgs. n. 23/2015, che estende la nuova disciplina anche ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, dello Statuto dei lavoratori.

b) La disparità di trattamento tra i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, determinata dall'esclusione della valutazione del giudice sulla gravità della colpa del datore di lavoro, è il risultato della applicazione di un automatismo legislativo: dall'accertamento dell'assenza dei presupposti per il licenziamento e della anzianità nel rapporto di lavoro discende la condanna al pagamento dell'indennità stabilita³⁰.

E «ogni automatismo, proprio perché regola meccanica che attinge la propria ratio alla sussistenza di un fatto presunto sulla base di una massima di esperienza, porta inevitabilmente con sé l'assimilazione di situazioni che nella realtà possono invece non corrispondere. L'automatismo, dunque, sacrifica l'uguaglianza (intesa come "a ciascuno il suo") sull'altare della generalizzazione, in linea teorica contravvenendo infatti al divieto, anch'esso discendente dall'art. 3 Cost., di pareggiare situazioni che siano oggettivamente diverse»³¹. Per questo la Corte costituzionale sottopone gli automatismi legislativi ad un rigoroso controllo di ragionevolezza³².

Ma il controllo di ragionevolezza deve rispondere ad un interrogativo complesso. Come è stato giustamente osservato «bisognerebbe infatti intendersi sull'esatta valenza del principio di uguaglianza. Se infatti è vero che, alla luce di una ormai incontrovertibile interpretazione, male fa l'ordinamento ad accomunare situazioni che accomunabili non sono, dovendo invece provvedere a disgiungerle nel trattamento, fino a che punto questo compito deve spingersi? Quali sono, e quante sono, le differenze che l'ordinamento è tenuto a "vedere" e quindi a considerare? E quale autorità, e come, ha il compito di farsi garante dell'uguaglianza? Il legislatore mediante l'astrazione normativa, che è inevitabilmente portatrice di approssimazione, ancorché idonea ad assicurare la certezza del diritto, o l'organo dell'applicazione, nella condizione di valutare ogni sfumatura della fattispecie concreta e di produrre "regole del caso" ad

³⁰ Sul concreto funzionamento dell'automatismo v. R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *RIDL*, 2018, pp. 75 e ss.

³¹ Cfr. S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2018, p. 8.

³² Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 2013, in particolare pp. 12 e ss. Per una ricca rassegna della giurisprudenza costituzionale sul tema cfr. L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2014.

hoc, ma che messe a sistema potrebbero restituire un quadro irrazionale e non soggetto a controlli?»³³.

Pare convincente la risposta formulata prendendo le mosse da autorevole dottrina secondo cui «*due situazioni sono analoghe non in assoluto ... ma in relazione al punto di vista assunto*, che, giuridicamente parlando, è quello “*dato dalla ratio legis*”. Ne consegue che un problema di *ingiustificata parificazione di fattispecie diverse*” si pone solo quando in quella considerata *non sussistono elementi collegabili alla ratio legis ... e non quando sussistono ulteriori fattori potenzialmente diversificanti (perché la valorizzazione o non di questi è compito del legislatore...)*. Dunque non tutte le differenze tra gli individui e le situazioni rilevano, ma solo quelle che siano strettamente pertinenti rispetto alla giustificazione e alla finalità della regola di volta in volta considerata»³⁴.

Considerando l'automatismo della misura indennitaria alla luce della *ratio legis* che illumina, non solo il d. lgs. 23/2015, ma, più in generale, il contesto normativo in cui si inserisce, pare di poter affermare che esso non sia irragionevole.

Come abbiamo più volte ricordato la *ratio* complessiva dell'intervento legislativo consiste nella instaurazione di una dinamica che favorisca le assunzioni rendendo le imprese strutturalmente più competitive e protegga il lavoratore non tanto nel rapporto quanto nel mercato del lavoro.

La determinazione automatica della misura della indennità risponde a queste finalità.

Agendo sull'alea del processo essa permette di predeterminarne i costi, con un vantaggio per tutte le parti in termini di certezza del diritto; certezza che porta un beneficio sul piano della organizzazione delle le aziende ma anche sul piano della tutela del lavoratore nel mercato.

Rispetto a quest'ultimo profilo «sarebbe controproducente rispetto alle finalità di protezione perseguite dal legislatore commisurare l'indennizzo alla situazione particolare di bisogno o di difficoltà della singola persona, adottando come indice il suo carico di famiglia, e/o la sua età anagrafica: una siffatta scelta legislativa, infatti, avrebbe l'effetto di aumentare il contenuto assicurativo a cui ha inderogabilmente diritto la persona con maggiori carichi di famiglia o maggiore età, finendo col condannarla a una minore appetibilità, *coeteris paribus*, nel mercato del lavoro; cioè riducendo la sua *employability*»³⁵.

c) La disparità di trattamento determinata dall'esclusione dei dirigenti dall'ambito applicativo della nuova disciplina è giustificata dalla differente posizione nella struttura dell'azienda. In ogni caso, vista la natura convenzionale del trattamento dei lavoratori con qualifica dirigenziale non è sostenibile il confronto con quello disposto dalla fonte legislativa per quanti ne siano sprovvisti.

6. *Contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione per violazione di obblighi internazionali.*

Il Tribunale di Roma ritiene che la nuova disciplina dei licenziamenti individuali economici sia costituzionalmente illegittima per violazione del primo comma dell'articolo 117 Cost. perché in contrasto con obblighi di diritto internazionale.

³³ Cfr. S. LEONE, *Automatismi*, cit., p. 8.

³⁴ Ancora S. LEONE, *Automatismi*, cit., p. 9, che richiama (in corsivo), A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, 1994, p. 10.

³⁵ Cfr. P. ICHINO, *La questione*, cit., p. 7.

Per la stessa ragione essa contrasterebbe anche con l'articolo 76 Cost. poiché l'articolo 1, comma 7, della legge 183/2014 nel conferire la delega al Governo ha indicato tra i criteri direttivi l'adozione di una disciplina coerente con le norme comunitarie e internazionali. Ma proprio in ragione del vincolo disposto dal primo comma dell'articolo 117 Cost. l'indicazione di quel criterio da parte del legislatore e di questo parametro da parte del giudice *a quo* sono pleonastiche. Vedremo che l'ipotesi di violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega può essere presa in considerazione per ragioni che il giudice rimettente ha trascurato.

Per quanto concerne le fonti sovranazionali richiamate dal giudice *a quo* pare di poter affermare che la vaghezza del tenore letterale dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁶ – in forza del quale «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali» – impedisca di ravvisare un contrasto censurabile con le norme impugnate.

Analoghe considerazioni valgono per quanto dispone l'articolo 10 della Convenzione ILO del 1982 sulla Cessazione della relazione di lavoro a iniziativa del datore di lavoro³⁷.

Particolare attenzione merita invece l'asserito contrasto con l'articolo 24 della Carta sociale europea riveduta³⁸. E non già perché tale disposizione sia formulata in termini più stringenti; ma piuttosto perché, come abbiamo ricordato, la CGIL ha presentato un reclamo collettivo sulla disciplina del licenziamento senza giusta causa avanti al Comitato europeo dei diritti che, rispetto alla interpretazione dell'articolo 24 della Carta, ha elaborato una propria dottrina (puntualmente richiamata nel reclamo della CGIL) in forza della quale le tutele apprestate devono essere adeguate, effettive e dissuasive.

In particolare il Comitato ha precisato con proprie conclusioni e decisioni³⁹

³⁶ Più in generale sui limiti di efficacia della Carta di Nizza si rinvia a R. CABAZZI, *Il diritto del lavoro nell'ordinamento europeo: tra concorrenza sovranazionale e tramonto dei suoi paradigmi costituzionali*, in *Federalismi.it*, 3 gennaio, 2018, pp. 9 e ss.

³⁷ «Se gli organismi menzionati all'articolo 8 della presente convenzione giungono alla conclusione che il licenziamento sia ingiustificato e se, tenuto conto della legislazione e della prassi nazionale, tali organismi non hanno il potere di annullare il licenziamento, e/o di ordinare o di proporre il reintegro del lavoratore, o non ritengono che ciò sia possibile nella situazione data, dovranno essere abilitati ad ordinare il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata».

³⁸ Sul valore della Carta sociale europea nella prospettiva del diritto costituzionale si rinvia a F. OLIVERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, pp. 509 e ss.; G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus*, 2010/3, pp. 505 e ss.; F. BIONDI, *Il diritto alla sicurezza sociale: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo dell'Associazione Nazionale dei Giudici di pace e le sue ricadute sulla riforma della magistratura onoraria*, in *Rivista AIC*, 2/2017.

Con specifico riguardo ai temi che stiamo considerando v. L. MOLA, *Carta sociale europea e riforme strutturali del mercato del lavoro in tempi di crisi economica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, pp. 206 e ss.

³⁹ Il Comitato europeo dei diritti sociali è istituito col compito di vigilare sulla corretta applicazione della Carta sociale europea. Dispone di due strumenti di controllo. Il primo consiste in un esame dei rapporti che gli Stati devono presentare periodicamente dando conto della effettiva applicazione della Carta nell'ordinamento nazionale. I rapporti formano l'oggetto delle *conclusioni* del Comitato che hanno un seguito sostanzialmente politico: in caso di non conformità con la Carta sarà infatti il Comitato dei ministri ad adottare una risoluzione, e se, del caso, a rivolgere una raccomandazione allo Stato interessato.

Il secondo strumento di controllo, che deve essere espressamente accettato dagli Stati, è rappresentato dal sistema dei reclami collettivi coi quali le parti sociali e le organizzazioni non governative possono rivolgersi direttamente al Comitato che rispetto ad essi si esprime con *decisioni*. I reclami (che possono essere proposti senza applicare il principio di sussidiarietà, vale a dire non avendo necessariamente esaurito le vie interne) possono essere presentati soltanto da parti sociali nazionali e internazionali, cioè da organizzazioni nazionali e internazionali di lavoratori o di datori di lavoro, oppure da organizzazioni internazionali non governative (OING). I reclami possono

rispetto a legislazioni nazionali⁴⁰ che contrasta con l'articolo 24 della Carta l'indicazione di un limite massimo della indennità che non tenga conto del danno effettivamente patito se il lavoratore non dispone di altri strumenti di tutela.

Rispetto alla legislazione italiana il Comitato, nelle conclusioni del 2016, ha formulato una richiesta di precisazioni relativa all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori così come novellato nel 2012.

Il Comitato «ricorda che è vietato ogni massimale che faccia sì che le indennità concesse non siano in rapporto col pregiudizio subito e non siano sufficientemente dissuasive. In caso sia stabilito un limite massimo delle indennità a compensazione del danno materiale, la vittima deve potere ricorrere ad altre vie legali per il risarcimento del danno morale (per esempio la legislazione antidiscriminatoria); e le giurisdizioni competenti per accordare una indennità per i danni materiali e morali devono pronunciarsi in tempi ragionevoli (Conclusioni 2012, Slovenia e Finlandia). Il Comitato chiede se, in caso sia stabilito un limite massimo, sia possibile chiedere un ristoro per altre vie legali. In attesa esprime la sua riserva».

E si possono certamente nutrire perplessità sulla possibilità che la disciplina introdotta con il decreto legislativo n.23/2015 superi la riserva espressa dal Comitato e rispetti il principio da esso elaborato in forza del quale l'indennità deve essere proporzionata al danno effettivamente subito.

Ciò ha indotto il Governo francese, a depositare, il 31 maggio 2018, una memoria (Ministero dell'Europa e degli Affari esteri, n.2018-1340199) in relazione al reclamo Collettivo CGIL c. Italia.

L'interesse francese alla vicenda discende dalla recente riforma della disciplina del licenziamento individuale senza giusta causa (ord. 2017-1387 del 22 settembre 2017, ratificata dalla legge 2018-217 del 29 marzo 2018, pur essa oggetto di reclamo collettivo da parte della CGT-FO, n.160/2018⁴¹) che ha recepito oltralpe la stessa logica alla base della legislazione italiana.

avere ad oggetto le legislazioni nazionali e le relative prassi applicative. Anche questo secondo tipo di controllo si conclude con un esito politico posto che il seguito delle decisioni può portare il Comitato dei Ministri del Consiglio ad adottare raccomandazioni e risoluzioni.

Per una dettagliata ricostruzione delle procedure e degli effetti delle conclusioni e delle decisioni si rinvia a G. GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo delle crisi economica*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

⁴⁰ Con le conclusioni del 2013 sulla legislazione finlandese il Comitato ha stabilito che «l'indennità accordata in caso di licenziamento ingiustificato deve essere al contempo proporzionata al pregiudizio subito dal lavoratore e sufficientemente dissuasiva per il datore di lavoro. Ogni limite massimo delle indennità che possa avere l'effetto di impedire che siano in rapporto con il pregiudizio subito e sufficientemente dissuasive deve essere vietato».

E ancora rispetto alla legislazione finlandese con la decisione dell'8 settembre 2016 (reclamo n. 106/2014, *Finnish Society of Social Rights c. Finlandiae*), il Comitato ha stabilito che: il limite massimo all'indennità previsto dalla legge relativa ai contratti di lavoro può permettere che sussistano situazioni nelle quali l'indennità non copra il pregiudizio subito. Inoltre non si può concludere per l'esistenza di soluzioni di diritto alternative per presentare un ricorso in tali situazioni. Di conseguenza il Comitato afferma che si è presenza di una violazione dell'articolo 24».

Con le conclusioni del 2016 sulla legislazione della Bulgaria il Comitato ha affermato che «la decisione interpretativa adottata all'inizio del 2013 dalla Corte di cassazione (che è vincolante per gli organi giudiziari ed esecutivi, le amministrazioni territoriali e tutti gli enti che adottino atti amministrativi) dispone che in caso di inadempimento di un'obbligazione contrattuale, il tribunale può accordare una riparazione per il pregiudizio morale che appaia come la conseguenza diretta e immediata dell'atto in questione. In questo tipo di controversie non è stabilito un limite massimo all'indennità (legge sulle obbligazioni e i contratti, codice di procedura civile). Poiché i rapporti di lavoro sono delle relazioni contrattuali ne discende che in caso di licenziamento ingiustificato il lavoratore dispone di un altro strumento essenziale di protezione in forza della legge sulle obbligazioni e sui contratti. Il Comitato chiede in quali circostanze precise altre vie legali sono disponibili». In argomento v. F. BUFFA, *Due decisioni importanti del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento*, in *Questione giustizia*, 2017.

⁴¹ Reperibile all'URL <https://rm.coe.int/cc160casedoc1-fr-reclamation/1680796b2d>.

La memoria francese sottolinea due aspetti essenziali.

Per quanto concerne l'adeguatezza dell'indennità, il Comitato non ha mai affermato che la determinazione di un limite massimo sia *di per sé* inadeguata a prescindere dalla legislazione complessivamente considerata; inoltre la fissità della misura in relazione all'anzianità di servizio rappresenta uno dei tanti possibili criteri che il legislatore può adottare per garantire con misure certe il diritto del lavoratore ad una tutela adeguata.

Quanto invece alla dissuasività il Governo francese ricorda che quella fissità non vale di per sé a rendere lo strumento meno efficace, posto che la sanzione per il datore di lavoro non consiste nell'incertezza intorno alla misura dell'indennità da corrispondere, ma nel dovere di corrisponderla.

Si tratta di argomenti condivisibili (ad essi abbiamo aderito nelle pagine che precedono) ma che difficilmente potranno essere accolti dal Comitato che pare ancorato ad una concezione della tutela del lavoratore nel rapporto e non già nel mercato del lavoro, rispetto alla quale il potere discrezionale del giudice nella determinazione della misura dell'indennità riveste una importanza notevole.

Resta però da chiarire quale valore assuma la dottrina elaborata dal Comitato nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale si è espressa sul punto con la sentenza n.120/2018⁴² stabilendo (13.4 del Considerato in diritto) 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 a essa [...]". A sua volta, il Protocollo addizionale alla 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 Alte 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 Stato/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: «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 costituzionali».

Alla luce di questa posizione – condivisibile – della Corte costituzionale pare di poter affermare che, ferma la possibilità di indicare l'articolo 24 della Carta sociale europea quale norma interposta, non vi siano ostacoli ad interpretare l'obbligo di adeguatezza della indennità per licenziamento ingiustificato, che esso impone, secondo la lettura del diritto costituzionale al lavoro che abbiamo considerato nelle pagine precedenti. E di affermare quindi che non vi sia contrasto con l'articolo 117, comma 1,

⁴² La Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1475, comma 2, del decreto legislativo n.66/2010 (Codice dell'ordinamento militare), che limita la libertà sindacale degli appartenenti alle forze armate, in relazione al parametro interposto all'art.117, comma 1, Cost., rappresentato dagli artt. 11 e 14 CEDU e dall'art. 5, paragrafo unico, terzo periodo, della Carta sociale europea riveduta.

della Costituzione.

7. Violazione dell'art. 76 della Costituzione per eccesso di delega.

Benché non rilevante nel giudizio *a quo*, e quindi non sollevata dal giudice rimettente, pare opportuno dedicare la nostra riflessione alla possibile violazione dell'articolo 76 Cost. da parte dei commi 2 e 3 dell'articolo 1 del d. lgs. n.23/2015 che stabiliscono «2. Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato. 3. Nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto».

L'articolo 1, comma 7, lettera c, della legge di delegazione n. 183/2014 stabilisce che la nuova disciplina si applichi alle nuove assunzioni. Estendendola ai lavoratori già assunti e agli apprendisti il Governo avrebbe pertanto ecceduto la delega⁴³.

Pare però opportuno ricordare che secondo la Giurisprudenza costituzionale⁴⁴ «Il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro relativo alla norma delegata da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi. Il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, che costituiscono non solo base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata. La delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente” (*ex plurimis*: sentenze [n. 230 del 2010](#), [n. 98 del 2008](#), nn. [340](#) e [170 del 2007](#)). In particolare, circa i requisiti che devono fungere da cerniera tra i due atti normativi, “i principi e i criteri direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega” ([sentenza n. 341 del 2007](#), [ordinanza n. 228 del 2005](#))».

I criteri direttivi non devono quindi essere considerati come la *ratio legis* del decreto delegato. I principi e i criteri direttivi della legge delega, così come le disposizioni del decreto delegato, devono essere interpretati alla luce di una *ratio* non necessariamente espressa e che anzi può emergere dall'impianto normativo complessivamente considerato, che certo deve tenere conto della prevalenza dei primi sulle seconde.

⁴³ Cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015, pp.12 e ss.

⁴⁴ V. Corte costituzionale sentenza n.272/2012.

La Corte⁴⁵ ha così precisato che «In particolare, l'art. 76 Cost. non impedisce l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante (tra le molte, [sentenza n. 426 del 2006](#), [ordinanza n. 73 del 2012](#)), dovendosi escludere che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo (sentenze [n. 230 del 2010](#) e [n. 98 del 2008](#)). Di conseguenza, neppure il silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato ([sentenza n. 134 del 2013](#)), trattandosi in tal caso di verificare che le scelte di quest'ultimo non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega ([sentenza n. 272 del 2012](#))».

Pare di poter affermare che l'estensione della nuova disciplina, nei termini indicati, possa essere considerata coerente, per le ragioni che abbiamo sopra esposte, con la *ratio* complessiva della legge delega e possa essere considerata come uno sviluppo ed un completamento delle sue disposizioni⁴⁶.

⁴⁵ Sentenza n.47/2014; ma poi si vedano anche le sentenze nn. 98/2015; 146/2015; 210/2015; 59/2016; 250/2016; 10/2018.

⁴⁶ Giunge a conclusioni opposte alle nostre V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 259/2015, pp. 18 e ss., che però riduce la *ratio legis* del decreto legislativo ai criteri direttivi della legge delega. Pare invece condividere la nostra lettura in M. CORTI, *Jobs Act e Costituzione: i molti interrogativi di un rapporto difficile*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 100.

IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

SOMMARIO: 1. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma del 26.7.2017. 2. I dubbi sulla inammissibilità della ordinanza: critica. 3. La violazione dell'art. 3 Cost. per la irragionevole differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti. 4. I principi costituzionali in materia di lavoro e il loro riflesso sulla disciplina dei licenziamenti. 5. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di recesso del datore di lavoro. 6. L'indennità risarcitoria prevista dal d.lgs. 23/2015 e il licenziamento ai sensi dell'art. 2118 c.c. 7. L'esiguità dell'indennità risarcitoria e il suo riflesso sull'esercizio dei diritti del lavoratore a fondamento costituzionale. 8. La violazione dell'art. 3 Cost. in relazione all'entità dell'indennità e ad altri profili. 9. La violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto dell'indennità con l'art. 30 della Carta di Nizza e con la Convenzione ILO n. 158/1982. 10. La violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto dell'indennità con l'art. 24 della Carta Sociale Europea. 11. Il carattere vincolante o meno delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali. 12. Gli effetti della riforma del d.lgs. n. 23/2015 conseguente all'emanazione del decreto legge «Dignità».

1. *L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma del 26.7.2017.*

Dopo poco più di due anni dalla entrata in vigore della riforma sui licenziamenti, il Tribunale di Roma ha sollevato la questione di legittimità del d.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti per contrasto con gli articoli 3, 4, 76 e 117, comma 1, della Costituzione¹. La questione verrà discussa dinanzi alla Corte costituzionale nella udienza pubblica del 25 settembre 2018. E, in tale ambito, sembra più che mai opportuno approfondire tutte le problematiche coinvolte al fine di fornire materiali di riflessione e di analisi sul tema.

La possibile incostituzionalità della normativa era stata ipotizzata dalla dottrina, sia in relazione ad un potenziale eccesso di delega per violazione della l. n. 184/2014, sia per quanto attiene alla possibile non conformità del d.lgs. alla Costituzione e a norme di diritto europeo ed internazionale². L'ordinanza si occupa della violazione dell'art. 76 Cost. per gli aspetti connessi al mancato rispetto di queste ultime discipline. La decisione poi individua una serie di profili di contrasto del contenuto sostanziale

¹ Il Tribunale, con ordinanza del 2.8.2017, ha corretto il provvedimento originario, che conteneva alcuni errori materiali nella indicazione delle norme del d.lgs. 23/2015 sospettate di incostituzionalità. Esse, dopo la correzione, sono gli artt. 2, 3 e 4 del decreto delegato.

² Si vedano, tra gli altri, Celentano 2015, 383 ss., 395 ss.; Speziale 2014, 9 ss., 26 ss.; Id. 2015, 16 ss., 21 ss., 34 ss., 49 ss.; Id. 2016b, 118 ss., 131 ss., 139 ss.; Giubboni 2015, 12 ss., 18 ss., 21 ss.; Marazza 2015, 316 ss.; Perulli 2015a, 32 ss., 35 ss., 45 ss.; Gentile 2015, 58 ss.; F. Ghera 2015, 21 ss.; Pisani 2015, 20 ss.; Proia 2015, 71; Buffa 2015, 43 ss.; Santoni 2015, 119; Roselli 2015, 743 ss.; Bavaro, D'Onghia 2016, 17 ss., 22 ss.; Fontana 2016, 92 ss., 106 ss., 110 ss.; Ballestrero 2015, 41 ss.; Cester 2017, 1024 ss., 1034 ss., 1040, 1049, 1070, 1097 - 1098, 1123, 1134; Di Michele 2015, 39 ss.

della normativa con la legge fondamentale e con fonti sovranazionali, accogliendo alcune delle sollecitazioni provenienti dalla letteratura giuridica in materia³.

Altri elementi di mancato rispetto della Costituzione (particolarmente dell'art. 3) non sono invece stati presi in considerazione dall'ordinanza e non verranno in questa sede esaminati⁴. Infatti, per giurisprudenza costante, la Corte costituzionale non può tenere conto di questioni o censure di incostituzionalità che non siano state fatte proprie dal giudice *a quo* e dirette ad ampliare o modificare successivamente il contenuto dell'ordinanza di rimessione⁵. Tuttavia, nel contesto dei «motivi» che sono stati adottati e delle «disposizioni evocate», la Corte può «sempre argomentare come ritiene più corretto e il suo è, in quell'ambito, un giudizio pieno che non si riduce puramente ad un controllo sui buoni o cattivi argomenti impiegati dal giudice *a quo* nel prospettare la questione». In sostanza non è «un controllo su un giudizio già fatto da altri, ma un giudizio da farsi in proprio» (Zagrebelsky, Marcenò 2018, 129).

La motivazione della decisione è tutta incentrata sulla inadeguatezza dell'indennità risarcitoria in caso di mancanza della giusta causa o del giustificato motivo, in una situazione in cui il Giudice rileva anche la «estrema genericità» della motivazione utilizzata nel licenziamento. Il Tribunale censura la nuova normativa quasi esclusivamente sotto il profilo della sanzione prevista per l'assenza sostanziale di una ragione giustificativa del recesso, con qualche cenno ai vizi formali (e su questo si tornerà in seguito) e senza alcun riferimento alla tutela prevista in altri casi.

Ho già commentato la decisione del Tribunale e, anche se ho sottolineato alcuni passaggi critici dell'ordinanza, ho già espresso una mia valutazione positiva sulle ragioni di possibile incostituzionalità della normativa nel senso prospettato dal Giudice⁶. In questa sede torno ad analizzare il tema e prenderò in considerazione anche alcuni contributi scritti in occasione di questo Convegno⁷.

2. I dubbi sulla inammissibilità della ordinanza: critica.

In una sintetica ed approfondita analisi delle decisione del Tribunale di Roma, sono stati sollevati numerosi dubbi sulla ordinanza, sottolineando la presenza di vari profili di inammissibilità⁸. Si tratta di argomentazioni di indubbio rilievo che, se fondate, precluderebbero una valutazione da parte della Corte sul merito e richiedono, quindi, un'attenta analisi.

Il primo elemento di critica si concentra sul fatto che l'ordinanza ha censurato l'art. 1, comma 7, lettera c), della legge delega n. 183 del 2014. Questa disposizione, si è detto, non è la fonte della disciplina concreta e nulla dice sulla misura dell'indennizzo economico, che è al contrario la questione principale di incostituzionalità su cui si è concentrato il Tribunale⁹. In verità l'art. 1, comma 7, nel delegare il Governo ad emettere uno o più decreti legislativi (uno dei quali in materia di licenziamento), sostiene che la delega deve essere esercitata, oltre che nel rispetto dei principi e criteri

³ Questi profili di illegittimità erano stati da me già rilevati (Speziale 2015, 21 ss., 34 ss., 49 ss.; Id. 2016b, 118 ss., 131 ss., 139 ss.).

⁴ Su tali aspetti cfr. i saggi citati nella nota precedente.

⁵ Si rinvia, sul punto e anche per le citazioni della giurisprudenza della Corte costituzionale, a Zagrebelsky, Marcenò 2018, 129.

⁶ Speziale 2017a, 333 ss.

⁷ Massa 2018, 1 ss.; Cavino 2018, 1 ss.

⁸ Massa 2018, 1 ss.

⁹ Massa 2018, 2.

direttivi ivi contenuti, «in coerenza con la regolazione dell'unione europea e le convenzioni internazionali». L'ordinanza afferma la violazione dell'art. 76 Cost. in relazione alla disposizione sopra descritta, in quanto il risarcimento appare inadeguato «rispetto a quanto statuito da fonti sovranazionali come la Carta di Nizza e la Carta Sociale, mentre il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni sovranazionali costituiva un preciso criterio di delega, che è stato pertanto violato» (p. 4). Se quanto affermato dal Tribunale è fondato, nessun dubbio può sussistere sulla violazione dell'art. 76 Cost., perché il principio o criterio direttivo contenuto nell'art. 1, comma 7, della l. 183/2014 non è stato rispettato. Non mi sembra, dunque, che le conclusioni del Giudice possano essere censurate per questo aspetto.

Viene rilevato poi che l'ordinanza solleva la questione di costituzionalità di alcune disposizioni del d.lgs. 23/2015 che non sono connesse ai profili di illegittimità sollevati. Infatti, il Tribunale argomenta in modo approfondito l'inadeguatezza, per varie ragioni, dell'indennizzo economico, che è regolato dall'art. 3, comma 1, del decreto delegato. Non si comprende, dunque, perché vengano censurati anche l'art. 2 (che riguarda i licenziamenti discriminatori, nulli o in forma orale) e il 3, comma 2 (che attiene alla «reintegra attenuata» in caso di «insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore»). Ulteriori considerazioni critiche vengono poi estese all'art. 4, relativo ai vizi formali. Infatti «il rimettente considera questa ipotesi per dire che, [...] quand'anche nel caso si ravvisasse un vizio meramente formale (un difetto di motivazione in senso solo formale e non sostanziale), comunque il regime attuale sarebbe meno protettivo del precedente. Ma è una considerazione puramente ipotetica, preceduta dalla netta asserzione che, nella fattispecie concreta, il difetto è sostanziale. Quindi, anche la questione sollevata sull'art. 4 potrebbe risultare irrilevante»¹⁰.

In effetti, in relazione all'art. 2 e all'art. 3, comma 2, del d.lgs. 23/2015 avevo sollevato analoghe considerazioni critiche¹¹. Tuttavia questi problemi possono essere superati alla luce della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia. In tale ambito, infatti, si è affermato che «le inesattezze o ambiguità riscontrate nell'indicazione del petitum, dell'oggetto e dei parametri non sempre conducono all'inammissibilità delle questioni: nei limiti in cui il tenore complessivo dell'ordinanza renda chiaro il significato della questione posta, è la Corte stessa a operare una correzione (sentenze nn. 21, 85, 104, 127, 153, 180, 214, 219, 236, 263, 267, 272)»¹². Si è poi rilevato che è possibile «circoscrivere l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale ad una parte della disposizione censurata, se ciò è chiaramente suggerito è [...] dalla complessiva motivazione dell'ordinanza»¹³.

In base a questa giurisprudenza, mi sembra che i riferimenti errati contenuti nell'ordinanza non debbano necessariamente comportare la sua inammissibilità. La lettura della decisione del Tribunale dimostra come essa sia assolutamente chiara nel

¹⁰ Massa 2018, 2.

¹¹ Speciale 2017a, 334. Avevo rilevato come «tali norme [...] non presentano quei profili di inadeguatezza e irragionevolezza che il giudice – come è evidente leggendo la motivazione – rileva in relazione alla sola indennità risarcitoria predeterminata nel minimo di 4 mesi e nel massimo di 24».

¹² Ed ancora la Corte, con la sentenza n. 219 del 2017, ha sostenuto che «la corretta individuazione del petitum richiede la lettura coordinata del dispositivo dell'ordinanza di rimessione e della motivazione». Inoltre per la decisione n. 236 del 2017 «le eventuali “distonie con i diversi dispositivi” delle ordinanze di rimessione non sono decisive “se superate dal tenore della motivazione”». Le citazioni nel testo ed in questa nota sono tratte da *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2017*, in www.cortecostituzionale.it, 57.

¹³ C. cost., sentenza n. 35 del 2017, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2017*, in www.cortecostituzionale.it, 55.

prospettare, in base a diverse argomentazioni, la incostituzionalità della normativa del d.lgs. 23/2015 in relazione alla esiguità dell'indennizzo. Con la conseguenza che non credo sia difficile per la Corte, alla luce dei principi descritti, circoscrivere l'oggetto del *thema decidendum*, sia in relazione alle disposizioni invocate, sia in rapporto ai «motivi» adottati.

Per quanto attiene poi al richiamo, contenuto nell'ordinanza, all'art. 4 del decreto delegato non mi sembra che il Tribunale abbia voluto affermare quanto gli viene attribuito dalla tesi qui criticata. Piuttosto il Giudice sostiene che vi sarebbe un profilo di disparità di trattamento irragionevole «fra lavoratori licenziati con provvedimenti affetti da illegittimità macroscopiche ovvero da vizi meramente formali, tutti irragionevolmente tutelati, oggi, con un indennizzo del medesimo importo» (p. 7). In realtà così non è, in quanto l'art. 4, nel caso di violazioni procedurali o per vizi connessi alla motivazione del licenziamento, stabilisce una indennità che è pari alla metà di quella stabilita dall'art. 3, comma 1.

In verità ho già rilevato che la legge si presta a censure diverse. La procedura di contestazione è considerata dalla Corte costituzionale come un principio di «civiltà giuridica», espressione della parità di trattamento garantita dall'art. 3 Cost.¹⁴. Un diritto fondamentale di tale portata, certamente non inferiore all'assenza di giustificazione del recesso, avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta per carenza di g.causa o g. motivo. Mentre una differenza economica così grande rivela una violazione del test di «proporzionalità» e di «ragionevolezza», in coerenza con i principi in materia¹⁵.

Il Tribunale non ha esaminato i profili sopra descritti. Da questo punto di vista, peraltro, si potrebbe ritenere che l'accoglimento della questione relativa alla esiguità dell'indennità risarcitoria sarebbe in grado, in base ai principi in tema di invalidità derivata di cui all'art. 27 della l. 87/1953, di produrre effetti anche sull'ammontare del risarcimento previsto dall'art. 4. Se non è costituzionale, in caso di illegittimità del recesso per assenza di giusta causa o giustificato motivo, un indennizzo così ridotto per vizi sostanziali, tale conclusione potrebbe estendersi anche alla disciplina sulle violazioni formali e procedurali. Infatti, nonostante i beni tutelati siano diversi, la esiguità del risarcimento nel primo caso si potrebbe riflettere anche sul secondo, perché la differenza tra le due situazioni non giustificerebbe comunque somme di ammontare così ridotto, visto il carattere fondamentale del diritto di difesa a cui è preordinata la disciplina dell'art. 4. E questo anche in considerazione dell'orientamento della Corte costituzionale, che, ai fini della invalidità derivata, non distingue tra vizi formali e

¹⁴ C. cost. sentenze n. 204/1982 e 427/1989. Tali principi, tra l'altro, sono stati ribaditi dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 27.12.2017, n. 30985, che ha risolto il contrasto giurisprudenziale sul regime risarcitorio, previsto dall'art. 18 della l. 300/1970 (post riforma del 2012), nel caso di licenziamento disciplinare preceduto da una contestazione tardiva. Nell'assumere tale decisione, la Suprema Corte ha ribadito l'essenzialità della procedura prevista dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, ai fini dell'esercizio del diritto di difesa e per la tutela di altri profili connessi a suoi diritti essenziali.

¹⁵ Sui principi indicati nel testo v. *infra*. Ho espresso tali opinioni in Speciale 2017a, 334. Rinvio, per l'approfondimento di questi aspetti (e per le indicazioni bibliografiche) a Speciale 2013, 312, dove ho anche esaminato la possibile violazione dell'art. 24 Cost. In senso contrario Pisani 2015, 42 ss., con argomenti che non posso qui esaminare. Questo a., peraltro, per affermare le proprie tesi, è costretto a svalutare quanto affermato dalla Corte costituzionale sul carattere fondamentale, rispetto all'art. 3 Cost., della procedura di irrogazione del licenziamento, la cui essenzialità ha indotto la Corte ad estenderla anche alle imprese di piccole dimensioni.

sostanziali e richiede che tra le norme vi sia un nesso di interdipendenza o di semplice connessione o collegamento¹⁶.

In ogni caso, se non si ritenesse di poter seguire tali principi, mi sembra evidente che il riferimento ai vizi formali del licenziamento costituisce un aspetto del tutto secondario della motivazione dell'ordinanza in relazione alle ragioni di violazione della Costituzione o di fonti europee o internazionali. E, dunque, anche in questo caso, la Corte potrebbe applicare la propria giurisprudenza in tema di «inesattezze o ambiguità riscontrate nell'indicazione del *petitum*, dell'oggetto e dei parametri» già descritta in precedenza, senza necessariamente dover arrivare a una decisione di inammissibilità riferita all'intera ordinanza.

Si afferma anche che il *petitum* non sarebbe stato formulato correttamente, perché non è stata sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 1 del d.lgs. 23/2015 che applica la nuova disciplina soltanto a determinate categorie di lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore della legge. E questo anche in considerazione del fatto che il Tribunale intenderebbe estendere anche a questi ultimi la normativa applicabile ai dipendenti con contratto anteriore al 7 marzo 2015. In presenza dell'art. 1, l'annullamento dell'art. 3 del decreto delegato non consentirebbe l'applicazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori. Non si tratta, infatti, di una norma speciale che, eliminata, consentirebbe la estensione di quella generale, ma di un regime giuridico nuovo tale da sostituire integralmente il precedente, che rimane in vigore per fattispecie sorte in passato e ancora esistenti.

Si sostiene poi che, se si intende ottenere l'applicazione dell'art. 18 della l. 300/1970, sarebbe necessaria «almeno una manipolazione dell'art. 3, comma 1: verosimilmente un intervento sostitutivo che, da un lato demolisca il regime vigente e, dall'altro, lo integri con ciò che in via di semplice interpretazione è arduo affermare, ossia l'applicabilità dell'art. 18, comma settimo, dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge 92 del 2012». Tuttavia «l'art. 1 non è stato colpito da censure, né alcuna manipolazione è stata richiesta, almeno non espressamente», anche se in realtà si voleva riesperire il contenuto della norma dello Statuto dei lavoratori. Pertanto si sarebbe in presenza di «un'incoerenza tra gli argomenti (orientati a una sostituzione normativa) e il *petitum* (invece di illegittimità secca)», o di una «omessa indicazione del cd. verso della manipolazione richiesta (si veda a contrario la sentenza n. 231 del 2013 e quanto esso osserva al par. 5.2 in diritto)». Oppure si tratterebbe di un «*petitum* formulato in modo (se non contraddittorio, quantomeno) non univoco» e forse «anche [di] aberratio ictus (parziale: la censura bersaglia il nuovo regime, ma non anche lo sbarramento posto dall'art. 1 all'applicazione del regime anteriore)¹⁷».

In realtà, la lettura della ordinanza dimostra che il Tribunale non afferma che il regime sanzionatorio corretto dal punto di vista costituzionale sarebbe quello previsto dall'art. 18 post Fornero. Si sostiene soltanto che, per varie ragioni, l'entità del risarcimento è palesemente inadeguata rispetto ad una pluralità di parametri costituzionali ed europei. Solo nel primo periodo del paragrafo 3 (p. 10), l'ordinanza sostiene che l'accoglimento della questione di costituzionalità consentirebbe di estendere al caso oggetto di giudizio la tutela di cui all'art. 18. Ma in tal modo il Tribunale sta soltanto prefigurando un possibile effetto della pronuncia di

¹⁶ Si vedano, sul punto, l'analisi di Crisafi 2017, 10 ss., con l'indicazione della giurisprudenza della Corte in materia, e le osservazioni di Zagrebelsky, Marcenò 2018, 131 ss.

¹⁷ Massa 2018, 3 - 4.

costituzionalità, senza che vi sia una esplicita domanda in tal senso e senza dunque che sia richiesto un intervento manipolativo (come, d'altra parte, ammette anche chi esprime l'opinione qui criticata). E questa conclusione dovrebbe consentire di rigettare le obiezioni secondo le quali vi sarebbe una incoerenza del *petitum* perché mancherebbe l'indicazione del «verso» della manipolazione o perché la domanda del giudice *a quo* sarebbe formulata in modo contraddittorio.

Le considerazioni svolte consentono di superare anche il problema della mancata richiesta di incostituzionalità dell'art. 1. Il Tribunale è assai chiaro nel dire che la illegittimità non è legata al fatto che il legislatore ha inteso introdurre una diversa disciplina per i nuovi assunti (ed è questo il contenuto dell'art. 1), ma che essa è in contrasto con vari parametri costituzionali. E' vero che l'ordinanza ritiene che vi sia una ingiustificata disparità di trattamento tra lavoratori soggetti all'art. 18 dello Statuto e quelli soggetti alle nuove regole (§ 3). Ma le argomentazioni a sostegno di questa tesi non mettono in discussione la facoltà del legislatore di differenziare le discipline, ma solo il modo con cui tale distinzione è stata fatta. Pertanto, il *petitum* doveva necessariamente essere riferito alla norma che concretamente riguarda gli effetti del licenziamento e non alla disposizione che si limita ad individuare l'ambito di applicazione temporale delle nuove regole, di cui non si discute la contrarietà alla Costituzione o ad altre fonti sovranazionali.

Inoltre, se – con una interpretazione che va al di là di quanto espresso nella motivazione - si volesse ritenere che il Tribunale ha richiesto un intervento manipolativo, mi sembra che il primo periodo del terzo paragrafo (p. 10) esprima chiaramente il «verso» della manipolazione e quali sarebbero i commi dell'art. 18 che dovrebbero essere applicati¹⁸. E' vero che alcune di queste disposizioni non sono conferenti in quanto riferite anche alla tutela reintegratoria. Tuttavia la Corte costituzionale, alla luce della giurisprudenza sopra indicata in tema di correzione dell'ordinanza di rimessione, potrebbe limitare a ripristinare solo il comma 5 della disposizione dello Statuto dei lavoratori, che riguarda esclusivamente la disciplina risarcitoria, con un indennizzo compreso tra le 12 e le 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

D'altra parte, anche chi ha sollevato le perplessità descritte, rileva come «il *petitum* e la tessitura delle censure elaborate dal giudice *a quo* non sono vincoli assolutamente inviolabili per il giudice costituzionale. Sono a disposizione alcuni grimaldelli: ad esempio, l'interpretazione sostanzialistica dell'ordinanza; l'illegittimità consequenziale; la logica della continenza, che alla domanda di annullamento integrale permette di rispondere con un'ablazione solo parziale (così può essere letto, in ultima analisi, l'esito della recente sentenza n. 120 del 2018)» (Massa 2018, 4). Qui vengono richiamati alcuni principi già descritti, relativi ai poteri correttivi, sotto il profilo processuale, di cui la Corte dispone (*retro*, 2). Se questi strumenti sono nella «cassetta degli attrezzi» della Corte, non si comprende perché essa non dovrebbe utilizzarli, nella misura in cui ritenga che le questioni sostanziali di illegittimità poste hanno un rilievo fondamentale.

Vengono poi espresse ulteriori perplessità. Anche se si volesse ritenere che il Giudice abbia formulato in modo tecnicamente corretto la richiesta di un intervento

¹⁸ Indubbiamente la Corte costituzionale spesso pretende il «verso» dell'intervento richiesto al giudice delle leggi. Si è rilevato tuttavia che la richiesta al giudice *a quo* di prospettare la soluzione del problema di costituzionalità non sia corretta, perché il *petitum* non può essere interpretato come tale da contenere «una vera e propria domanda circa il provvedimento che [...] si chiede» alla Corte (Zagrebelsky, Marcenò 2018, 131).

manipolativo, ci si chiede se sussistano le «rime obbligate» o se la Corte, ripristinando la disciplina dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori a tutti i dipendenti a prescindere dalla data di assunzione, non venga necessariamente ad invadere la discrezionalità del legislatore¹⁹. Infatti la tutela contro i licenziamenti illegittimi non ammette una sola soluzione costituzionalmente obbligata ma può essere realizzata con discipline differenti la cui scelta è riservata esclusivamente alla politica. Tuttavia l'a. ritiene poi che «si può forse spezzare una lancia a favore dell'ordinanza di rimessione». Il Tribunale, con la sua richiesta di estendere il contenuto dell'art. 18 della l. 300/1970 – che è una disposizione «destinat(a) a coesistere con il nuovo regime quotidianamente, all'interno delle stesse imprese» - non chiede di «creare una regola nuova [...] bensì di estendere uno dei due regimi attualmente esistenti», con una soluzione che può «contenere il grado di creatività dell'intervento manipolativo»²⁰.

Si può innanzitutto obiettare che, come si è già detto, l'ordinanza non ha questo contenuto. Comunque, anche volendo ritenere che il Tribunale abbia richiesto una sentenza additiva, mi sembra che le riflessioni svolte siano condivisibili. Nella misura in cui si ritenga che la discrezionalità del legislatore sia stata esercitata in modo irragionevole, poiché esiste già una disciplina positivamente scelta dalla legge per sanzionare una certa forma di licenziamento illegittimo, si potrebbe affermare che – limitatamente al comma 1 dell'art. 3 (che riguarda solo il regime risarcitorio) – l'art. 18, comma 5, sarebbe la via costituzionalmente obbligata per superare la ingiustificata disparità di trattamento. Si potrebbe affermare che in questo caso la Corte «procede ad una estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata»²¹, senza necessità di dover scegliere tra diverse soluzioni tutte possibili. E tale conclusione potrebbe essere confermata anche nel caso in cui si ritenesse che l'art. 3, comma 1, debba essere censurato per ragioni diverse dal principio di ragionevolezza, in considerazione, ad es., degli stessi precedenti della Corte costituzionale in materia di licenziamenti o in base a quanto disposto da norme della legge fondamentale o da altre fonti sovranazionali.

D'altra parte, la recente sentenza additiva della Corte costituzionale n. 120/2018 (relativa alle associazioni militari e alla loro possibile sindacalizzazione), mi sembra dimostri la flessibilità dei criteri utilizzabili per decisioni di tipo manipolativo. Infatti la Corte modifica il contenuto dell'art. 1475, comma 2, del d.lgs. 66/2010 («I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali»), e lo trasforma in modo consistente («I militari possono

¹⁹ Come è noto, la Corte costituzionale «ha ripetutamente affermato (sentenze n. 308 e 258 del 1994, n. 298 del 1993, tra le altre) che le pronunce additive sono consentite solamente quando la questione si presenti a rime obbligate [...], cioè quando la soluzione sia logicamente necessitata ed implicita nello stesso contesto normativo» (C. cost. 14.11. 2006 n. 380). Il principio è ribadito da altre decisioni: 275 del 2003; 224 del 2004; 380 del 2006; 33 e 185 del 2007; 270 e 431 del 2008; 7, 134 e 255 del 2012; 279 del 2013; 266 del 2014. Inoltre, in tempi recenti, si è confermato che questo tipo di decisione «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, presuppone l'impossibilità di superare la "norma negativa", affetta da incostituzionalità, per via d'interpretazione, nonché l'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata (cosiddetta a "rime obbligate"; ex plurimis, sentenze n. 241, n. 81 e n. 30 del 2014)» (Corte Costituzionale 30 maggio 2016 n.122). Infatti, il giudice delle leggi non ha «il potere di estendere o creare una disposizione normativa quando ne sia costituzionalmente ammissibile più d'una, atteso che la scelta fra di esse appartiene alla discrezionalità del legislatore (interno o internazionale)» (Cass. 22 agosto 2013 n. 19423). Sul tema, per tutti, si rinvia a Iannuccilli 2008, 1 ss.

²⁰ Massa 2018, 6 - 7. «Ripescare sic e simpliciter il regime del 2012 potrebbe non essere, in fin dei conti, un'operazione più creativa dello scegliere, nel regime del 2015, quali dimensioni modificare e come» (ivi, 7).

²¹ C. cost. ordinanza n. 380 del 2006, in Iannuccilli 2008, 9.

costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali»²². Tale risultato – a cui si giunge perché la norma censurata è in contrasto con la CEDU, la Carta sociale europea e altre disposizioni costituzionali (art. 52, art. 39) – viene realizzato «per non rinviare il riconoscimento del diritto di associazione». E la Corte ritiene che «il vuoto normativo possa essere colmato con la disciplina dettata per i diversi organismi della rappresentanza militare e in particolare con quelle disposizioni (art. 1478, comma 7, del d.lgs. n. 66 del 2010) che escludono dalla loro competenza “le materie concernenti l’ordinamento, l’addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale e l’impiego del personale”. Tali disposizioni infatti costituiscono, allo stato, adeguata garanzia dei valori e degli interessi prima richiamati»²³.

Il confronto tra la disposizione utilizzata dalla Corte per colmare il «vuoto normativo» - assai lontana sia da quella censurata sia da quella scaturente dalla «manipolazione» poi cristallizzata nel dispositivo - con quella che dovrebbe essere usata nel nostro caso (l’art. 18, comma 5, l. 300/1970) dimostra che in questa ipotesi verrebbe richiesto alla Corte un intervento di carattere «assai meno additivo» di quello recentemente effettuato con la sentenza n. 120/2018. Da questo punto di vista, inoltre, anche se si tratta di sentenze assai risalenti nel tempo, le decisioni della Corte costituzionale in tema di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro hanno avuto (ed hanno tutt’ora) un *effetto creativo* che mi sembra vada ben al di là delle «rime obbligate»²⁴. Perché in quel caso, oltre a «riscrivere» più disposizioni del codice civile, la decorrenza della prescrizione è stata connessa a determinati regimi di tutela in materia di licenziamento, con una soluzione tutt’altro che «costituzionalmente obbligata». In queste ipotesi, infatti, la Corte ha scelto diverse opzioni che certamente non scaturivano *de plano* dalla Costituzione, ma ha selezionato presupposti e regimi di tutela con scelte molto più vicine alla discrezionalità tipica del legislatore.

Si sostiene, infine, che «un problema aggiuntivo» sarebbe rappresentato dal fatto che il Comitato Europeo per i Diritti Sociali si sarebbe espresso in termini dubitativi anche in relazione all’art. 18 della l. 300/1970 dopo la riforma del 2012²⁵. Pertanto «sarebbe contraddittorio usare proprio quella normativa come riferimento per correggere i difetti del d.lgs. n. 23 del 2015: ci si appellerebbe al CEDS per patrocinare l’estensione di una normativa sulla quale lo stesso organo è scettico»²⁶.

Per quanto attiene al ruolo del CEDS, rinvio a quanto dirò successivamente in relazione alla Carta sociale europea (§§ 10 e 11). Ora, a parte in fatto che il Tribunale non chiede che la Corte estenda l’art. 18 anche ai nuovi assunti (su tale aspetto, a lungo esaminato, non occorre aggiungere altro), a me sembra che non vi sia alcun profilo di illogicità. L’ordinanza è ben consapevole delle riserve del CEDS anche in relazione alla disciplina conseguente alla l. n. 92/2012 (p. 9), ma sa anche che le sue

²² C. cost. n. 120 del 2018, in <http://www.giurcost.org>, 13.

²³ C. cost. n. 120 del 2018, cit., 12.

²⁴ Il riferimento è alle decisioni della Corte n. 63 del 1966 ed a quelle successive n. 143 del 1969, n. 86 del 1971, n. 115 del 1975, n. 174 del 1972.

²⁵ Il dubbio sarebbe connesso al fatto che l’art. 18 pone un limite massimo al risarcimento del danno derivante al licenziamento, mentre il Comitato «ricorda che è vietato ogni massimale che faccia sì che le indennità concesse non siano in rapporto con il pregiudizio subito e non siano sufficientemente dissuasive». Per tale ragione il CEDS ha chiesto ulteriori precisazioni e, in attesa, ha espresso «la sua riserva». Le parole citate sono riportate da Cavino 2018, 20.

²⁶ Massa 2018, 7.

opinioni non hanno lo stesso carattere vincolante delle decisioni della CEDU, pur se la Carta deve essere considerata come «norma interposta» (pp. 9 e 10). Per tale ragione il riferimento ai giudizi del Comitato è finalizzato esclusivamente a mettere in rilievo la totale inadeguatezza dell'indennità risarcitoria prevista dal d.lgs. n. 23/2015. E se è vero che, per il CEDS, anche l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori desta perplessità, a maggior ragione tali problemi si pongono per la nuova disciplina che ha un contenuto protettivo (dal punto di vista dissuasivo e compensativo) nettamente inferiore a quello garantito dalla norma statutaria. Il che, alla luce del valore della Carta sociale europea quale norma interposta, dovrebbe indubbiamente porre un problema di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., che è quanto il Tribunale sostiene.

In conclusione mi sembra si possa affermare che l'ordinanza, pur presentando alcuni aspetti critici, possa superare il controllo preventivo di ammissibilità, alla luce della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia e di una lettura della motivazione che cerchi di coglierne gli aspetti fondamentali.

3. La violazione dell'art. 3 Cost. per la irragionevole differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti.

Il Tribunale di Roma ritiene che un primo profilo di incostituzionalità per violazione dell'articolo 3 vada rinvenuto nella irragionevolezza di una disciplina che discrimina tra vecchi e nuovi assunti a prescindere dalla qualità della loro prestazione. Il Giudice sottolinea che il contrasto con la Costituzione non è conseguente alla marginalizzazione della reintegrazione ed alla sua sostituzione con una indennità risarcitoria. Infatti «la Corte costituzionale ha già più volte statuito che la tutela reintegratoria non costituisce l'unico possibile paradigma attuativo dei precetti costituzionali di cui agli art. 4 e 35 (cfr. sent. n. 46/2000, n. 303/2011)». Tuttavia, il risarcimento in forma specifica costituito dalla reintegrazione è stato sostituito da una indennità che «avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata». E lo squilibrio tra le due discipline comporterà che «a parità di necessità di ridurre il personale, l'azienda privilegerà la sempre meno costosa e problematica espulsione dei lavoratori in regime di Jobs Act».

Nei commenti sulla riforma del d.lgs n. 23/2015 si era sottolineata questa incongruenza²⁷. Se, infatti, la reintegra non è costituzionalmente obbligata²⁸, tuttavia l'esiguità della indennità risarcitoria prevista per il contratto a tutele crescenti pone un evidente problema di disparità di trattamento ed espone la disciplina ad una censura di possibile violazione dell'art. 3 Cost. Come è noto, la differenza nei contenuti delle norme non contrasta con la Costituzione quando devono essere regolate situazioni differenti²⁹. Inoltre la diversità di disciplina deve essere valutata in base a due forme di

²⁷ Seppure con diversi esiti interpretativi a favore o contro la incostituzionalità, il problema era stato analizzato da Celentano 2015, 395 ss.; Giubboni 2015, 21; Perulli 2015a, 46 ss. (in relazione, peraltro, al tentativo obbligatorio di conciliazione ed al rito Fornero); Marazza 2015, 316 ss.; Gentile 2015, 58 ss.; Speciale 2015, 19 ss.; F. Ghera 2015, 24 ss.; Pisani 2015, 21 ss.; Proia 2015, 71; Buffa 2015, 43; Fontana 2016, 110 ss.; Ballestrero 2015, 46 ss.; Cester 2017, 1034 ss.

²⁸ Rinvio, sul punto a Speciale 2016b, 131 ss. (con indicazione della giurisprudenza costituzionale); Celentano 2015, 308 ss.; Fontana 2016, 93 ss.

²⁹ La inosservanza del principio di eguaglianza si verifica «qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alle diversità di disciplina corrispondono situazioni non assimilabili (ex plurimis: sentenze nn. 108 del 2006, 340 e 136 del 2004)» (C.cost. n. 155/2014, *DeJure*, 14). In senso analogo C. cost. 192/2016; n. 206 e 220/2016, tutte in Corte Costituzionale 2016, 128. Gli stessi principi sono stati recentemente ribaditi da C. cost. n. 148 del 2017.

controllo. Il primo, che mette a confronto diverse normative della stessa materia (*tertium comparationis*), impone un giudizio di coerenza e razionalità delle differenze di regolazione. Il secondo «prescinde da raffronti con termini di paragone» «per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavati dalla tavola costituzionale o al bilanciamento degli stessi»³⁰ ed in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza delle disposizioni»³¹. D'altra parte, la Corte costituzionale ha affermato che, pur nella piena discrezionalità del legislatore nella scelta dei regimi sanzionatori in materia di licenziamenti, «la disciplina, per essere conforme a Costituzione, deve rispettare l'esigenza di un trattamento uguale per situazioni uguali, e, in relazione a queste, può essere diversificata solo in presenza di giustificate ragioni»³².

A seguito della riforma del 2015 gli stessi lavoratori, operanti in un'unica organizzazione imprenditoriale ed addetti alle medesime prestazioni (o a compiti analoghi), per effetto esclusivo della data di assunzione vengono sottoposti a discipline giuridiche radicalmente diverse e squilibrate nel livello di tutela garantito. La violazione dell'art. 3 Cost. deriva dalla identità delle situazioni tutelate (a parte il momento di costituzione del rapporto), e dalla inesistenza di «giustificate ragioni» di distinzione. In relazione ai licenziamenti la Corte costituzionale ha più volte affermato la legittimità di differenti regimi sanzionatori connessi al numero dei lavoratori occupati, in considerazione del diverso atteggiarsi dell'elemento fiduciario e per la necessità di evitare costi eccessivi per le piccole imprese³³. Oppure, è giunta alle medesime conclusioni per le peculiarità di alcune figure professionali (ad es. i dirigenti), tenendo conto delle particolari caratteristiche della prestazione, (stretta collaborazione e particolare rilievo della «fiducia»)³⁴. Non si vede, invece, come la data di inizio della relazione contrattuale possa costituire una valida giustificazione della differenza di trattamento. Senza dimenticare l'incoerenza ed irrazionalità intrinseca di discipline caratterizzate da evidente sproporzione nei regimi sanzionatori, sia per l'assenza della reintegra, sia per l'enorme differenza nell'entità del risarcimento del danno.

Le conclusioni descritte sono state contestate. Si è detto, infatti, che la giurisprudenza della Corte costituzionale esclude trattamenti differenziati quando «la sostanziale omogeneità delle relative situazioni afferenti ai lavoratori comuni ed a quelli [esclusi] impone l'uniformità delle discipline, nella mancanza di una fondata ragione per differenziarle»³⁵. Tale condizione non sussisterebbe nel caso del raffronto tra vecchi e nuovi assunti. In questa ipotesi la differenza di disciplina sarebbe giustificata dal momento temporale in cui si è assunti, che sarebbe un «elemento oggettivo che il legislatore ha assunto quale criterio per organizzare il bilanciamento di interessi tra la produttività delle imprese e la tutela del lavoro. E il fatto che la differente disciplina si applichi a lavoratori occupati dalla stessa impresa non ha, sotto questo profilo, alcuna rilevanza». Infatti lo scopo dell'intervento legislativo «consiste nell'incremento delle assunzioni che deve produrre il risultato di migliorare strutturalmente la competitività delle imprese»³⁶.

³⁰ Casavola 1995, 10; Celotto 2006, 77.

³¹ Corte Costituzionale 2009,1. La Corte, nella relazione indicata, cita numerosissime sentenze che confermano tali principi (ribaditi da C. cost. 192/2016, cit.). Su tale evoluzione del giudice delle leggi v. Sorrentino 2011; Celotto 2006, 77 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Scaccia 2000, 25 ss.

³² C. cost. 8.1.1986, n. 2, *DeJure*, 12; conf. C. cost. n. 176/1986; n. 4/1965.

³³ Tra le tante: C. cost. 6.3.1974, n.55 e C. cost. 8.1.1986, n. 2. Su tale giurisprudenza v. anche Fontana 2016, 98 ss.

³⁴ C. cost. 6.7.1972, n. 121; C. cost. 7.5.1975, n. 101; C. cost. 26.10.1992, n. 404.

³⁵ C. cost. n. 96 del 1987.

³⁶ Cavino 2018, 14 e 15.

Sulle finalità di tipo economico descritte si tornerà in seguito. Ora è sufficiente rilevare che, come correttamente affermato dall'ordinanza, «la data di assunzione appare come un dato accidentale ed estrinseco a ciascun rapporto che in nulla è idoneo a differenziare un rapporto da un altro a parità di ogni altro profilo sostanziale»³⁷. In effetti si tratta di un elemento di distinzione che prescinde completamente dalle condizioni economiche e sociali delle imprese (con i riflessi sui costi e sull'elemento fiduciario) o dalle caratteristiche soggettive del lavoratore³⁸ e che è connesso semplicemente ad un fattore (il tempo della assunzione) che non incide minimamente sulla sostanziale omogeneità delle relative situazioni. Infatti, i dipendenti sono in tutto e per tutto uguali dal punto di vista della professionalità, del ruolo svolto all'interno dell'impresa, del tipo di organizzazione produttiva in cui vengono lavorare e così via. E, come si è visto, è proprio tale omogeneità ad imporre, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, un trattamento non differenziato.

Una parte della dottrina ha ritenuto che la questione di costituzionalità possa essere superata in base alla giurisprudenza secondo cui «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza, un trattamento differenziato applicato alla stessa fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, perché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»³⁹. L'ordinanza del Tribunale conosce questo orientamento e supera il problema, come si è già detto, sottolineando la irrilevanza, per giustificare un diverso trattamento, della data di assunzione. In questo caso, il Giudice conferma le riflessioni di una parte della dottrina, che ha sottolineato come la differenza di disciplina in tempi diversi presuppone comunque una diversità nelle situazioni di fatto concretamente regolate, certamente non coincidente con il momento di costituzione del rapporto⁴⁰. Ad ogni modo, anche se non si condividesse questa interpretazione, vi sono altre ragioni che impediscono di utilizzare la giurisprudenza costituzionale sul «fluire del tempo». Le decisioni della Corte costituzionale in materia, infatti, hanno sempre sottolineato che la discrezionalità del legislatore «incontra il solo limite della manifesta irragionevolezza»⁴¹. In definitiva, il diverso momento storico di regolazione di una materia non è *in sé e per sé* tale da giustificare le discipline normative differenti. Esse sono sempre soggette ad un controllo di razionalità della scelta, per evitare che situazioni uguali vengano regolate in modo diverso e rispettare così l'essenza del principio di eguaglianza. In questo contesto la differenza di trattamento deve essere motivata da ragioni serie, soprattutto quando si tratta di situazioni che sono - come nel nostro caso - caratterizzate da piena omogeneità. Quest'ultima, infatti, come si è visto, è uno dei parametri fondamentali per applicare regole uniformi. Mi sembra che la sola data di assunzione - in presenza di condizioni tutte uguali - non possa essere un elemento di distinzione sufficiente, in assenza di ragioni ulteriori che possano giustificare la differenza di trattamento.

Si è ipotizzato che non vi sarebbe incostituzionalità perché la ragionevolezza della diversità di trattamento sarebbe giustificata dalla necessità di incrementare le

³⁷ Questa parte della motivazione è fortemente criticata da Ichino (2017, 4). L'a. afferma che, in un contratto di durata, la data di stipula del contratto è sempre un elemento esterno che inibirebbe riforme differenziate nel tempo della medesima fattispecie. In verità il Giudice ha accolto una impostazione teorica che è immediatamente illustrata nel testo. Inoltre Ichino non considera affatto altri aspetti che rendono la giurisprudenza della Corte cost. non applicabile al nostro caso (*v. infra*).

³⁸ Si rinvia *retro* alla giurisprudenza cit. nelle nt. 33 e 34.

³⁹ C. Cost. 13.11.2014 n. 254, che parla di «costante giurisprudenza di questa Corte» e cita numerosi precedenti (*Dejure*, 6). In base a questa giurisprudenza la tesi della costituzionalità della riforma è stata sostenuta da Marazza 2015, 316 ss.; Celentano 2015, 395 ss.; Santoni 2015, 119; Gentile 2015, 59; Ichino 2017, 4.

⁴⁰ Fontana 2016, 115 ss.; Ballestrero 2015, 48; Buffa 2015, 43.

⁴¹ C. cost. n. 60/2014, *Dejure*, 22; Conf. C. cost. ord. n. 61/2010, *Dejure*, 5. In senso analogo, più recentemente, C. cost. n. 240/2015 e C. cost. n. 104/2018.

assunzioni, oltre che da esigenze di certezza del diritto connesse alla predeterminazione dell'indennità ed alla esclusione della discrezionalità del giudice nel definire l'entità del risarcimento⁴². Per quanto riguarda il secondo profilo, l'obiettivo di ridurre l'incertezza del giudizio prescinde dalla entità della indennità, che, anche se fissata in un ammontare molto più elevato, avrebbe consentito ugualmente di eliminare la discrezionalità del giudice. In sostanza, l'esiguità delle somme non ha nulla a che vedere con la certezza del diritto ed è irrazionale a prescindere da tale aspetto.

Quanto poi all'obiettivo di incrementare l'occupazione, a parte la sua genericità, tale da legittimare «qualunque deregolazione delle tutele»⁴³, vi è in primo luogo la difficoltà, sul piano empirico e scientifico, di dimostrare una positiva correlazione tra riduzione della *job employment protection* ed incremento dell'occupazione⁴⁴. Da questo punto di vista, l'esperienza applicativa del contratto a tutele crescenti è molto significativa. Ad oltre tre anni dall'entrata in vigore della legge, i risultati sperati – aumento delle occupazioni stabili – si è rilevato del tutto deficitario. Infatti, esauriti gli effetti degli sgravi contributivi connessi alle assunzioni a tempo indeterminato, si è assistito alla utilizzazione in misura preponderante dei contratti a termine (nonostante il loro maggiore costo contributivo)⁴⁵. A riprova di come la drastica riduzione in materia di tutele nei licenziamenti non ha prodotto i risultati sperati⁴⁶. Questa situazione mette in discussione la stessa finalità della legge e la razionalità della riforma peggiorativa introdotta.

Inoltre, anche se questa relazione positiva potesse essere presa in considerazione⁴⁷, la riduzione dello standard normativo è così radicale da determinare esclusivamente la considerazione del fine occupazionale a totale detrimento della tutela della «stabilità» del lavoro, che, pur non imponendo la reintegrazione, richiede solide garanzie contro il licenziamento⁴⁸. In questo caso è mancato qualsiasi bilanciamento tra art. 4 Cost., che pone a carico dello Stato il compito di promuovere l'occupazione, e tutela contro il recesso ingiustificato, che il giudice delle leggi ha ribadito avere un riconoscimento nella Costituzione con questa disposizione ed in altre norme della legge fondamentale (art. 35, art. 41, c. 2). L'introduzione, infatti, di un risarcimento così modesto, non può essere considerata come un corretto «bilanciamento» tra due diritti di rango costituzionale, ma esprime l'evidente prevalenza assegnata ad un ipotetico interesse (tutto da dimostrare) a promuovere il «diritto al lavoro», con sacrificio sproporzionato del diritto ad un efficace protezione contro il licenziamento ingiustificato⁴⁹.

⁴² In tal senso Pisani 2015, 21 ss.; Proia 2015, 71.

⁴³ Cester 2017, 1036.

⁴⁴ Su tali aspetti mi permetto di rinviare a Speciale, 2012, 321 ss.; Id. 2013, 305 ss.; Id. 2014, 15 ss.

⁴⁵ I dati dell'Osservatorio sul precariato dell'Inps mettono in evidenza che, dopo il forte incremento del 2015, con un 42% di rapporti stabili determinato dall'elevato sgravio contributivo che è all'origine del 60,8% di queste assunzioni – i contratti a tempo indeterminato si sono già drasticamente ridotti nel 2016 (32,9%), per poi diminuire ulteriormente nel 2017 (23, 2%). E tale tendenza continua a manifestarsi anche nel 2018, con una crescita sempre preponderante dei rapporti a tempo determinato. Per una recente analisi di questa situazione cfr. Ludovico 2018, 63 ss. (particolarmente 92 ss.).

⁴⁶ Alcuni studi recenti, in verità affermano il contrario, rilevando come la riforma dei licenziamenti avrebbe avuto un impatto positivo sull'aumento delle assunzioni stabili (Sestito, Viviano 2018, 101 ss.; Boeri, Garibaldi 2018, 1 ss.). Non posso analizzare in modo approfondito queste analisi. Rilevo, soltanto, che i dati complessivi indicati nella precedente nota 45 dimostrano come l'effetto macroeconomico non sia stato quello sperato, perché non è stata invertita la tendenza a privilegiare i contratti a termine.

⁴⁷ Questo elemento è particolarmente enfatizzato da Cavino 2018, 5 ss.

⁴⁸ V. *retro* nt. 28. Il tema è analizzato anche nei paragrafi successivi.

⁴⁹ Per l'approfondimento di questo tema cfr. Speciale 2015, 19 – 20.

4. I principi costituzionali in materia di lavoro e il loro riflesso sulla disciplina dei licenziamenti.

Il Tribunale ritiene che gli artt. 4 e 35 della Costituzione «non possono dirsi invertebrati in una normativa come quella in esame, che sostanzialmente “valuta” il diritto al lavoro, come strumento di realizzazione della persona e mezzo di emancipazione sociale ed economico, con una qualificazione tanto modesta ed evanescente» (p. 7). Il richiamo a queste disposizioni della Costituzione dimostra come esse siano state utilizzate quale parametro della legittimità costituzionale della nuova normativa. Il che impone l'analisi del valore che il lavoro assume nella nostra legge fondamentale.

In primo luogo, l'inserimento del lavoro nell'art. 1 e in altre disposizioni dei primi 12 articoli ha lo scopo di «affermare un carattere di preminenza di ogni attività lavorativa nel sistema dei diritti-doveri spettanti ai cittadini»⁵⁰ e attribuisce ad esso un valore equordinato agli altri principi costituzionali (democratico, pluralista, personalista)⁵¹, tale da sottrarlo alla possibilità di una sua revisione costituzionale⁵². La tutela del lavoro è un «principio di struttura, necessario alla individuazione e definizione dell'ordinamento italiano vigente»⁵³, esprime «la sintesi fra il principio personalistico...e quello solidarista»⁵⁴ e non può essere considerato «come fine a se stesso, né come mero strumento per il conseguimento dei mezzi di sussistenza, bensì come tramite necessario per l'affermazione della personalità» del lavoratore⁵⁵.

Il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, nel riconoscere che la società è fondata sulle disuguaglianze di fatto⁵⁶, «è stata considerata una sorta di “super norma” di carattere programmatico che indirizza l'intera legislazione ordinaria (...) e giustifica la funzione “correttiva” del diritto del lavoro, nonché gli interventi pubblici diretti a consentire la effettiva partecipazione dei lavoratori, in condizioni di parità, a tutte le attività socio-economiche»⁵⁷. In tale disposizione trovano riconoscimento «sia diritti e aspettative di diritti che mirano a realizzare una maggiore eguaglianza tra lavoratore e datore di lavoro (e dunque un principio di eguaglianza o giustizia commutativa) sia diritti e aspettative di diritti che mirano a realizzare una maggiore eguaglianza tra i lavoratori stessi (e dunque un principio di eguaglianza, o giustizia distributiva)»⁵⁸. Questa norma attribuisce al lavoro il valore di «strumento costituzionalmente necessario e privilegiato di un processo permanentemente aperto di *emancipazione* e di *socializzazione* dei consociati, che per ciò solo lo rende *irriducibile alla sua mera dimensione economica*»⁵⁹. Il rapporto di lavoro, in sostanza, non è solo un contratto a prestazioni corrispettive diretto a formalizzare la nascita di un posto di lavoro, bensì uno strumento di emancipazione, inclusione e crescita della cittadinanza attiva di una intera classe sociale⁶⁰.

⁵⁰ C. cost. 5.5.1967 n. 60, in motivazione.

⁵¹ Mortati 1991, 152 ss.; Onida 1997, 99 ss.; Napoli 2008, 750.

⁵² Benvenuti 2009, 3 (a cui si rinvia per l'indicazione della giurisprudenza costituzionale su tale principio); Napoli, 2008, 750.

⁵³ Benvenuti 2009, 4.

⁵⁴ Mortati 1975, 12.

⁵⁵ Mortati 1991, 157. In senso analogo Luciani 2008, 8.

⁵⁶ Romagnoli 1975, 165.

⁵⁷ Tullini 2013, 13 (con l'indicazione degli autori che hanno espresso i concetti sopra descritti).

⁵⁸ Giorgis 2006, 95.

⁵⁹ Benvenuti 2009, 4.

⁶⁰ D'Antona 1999, 23. Ho approfondito il tema in Speciale 2016a, § 3, testo e nt. 54 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici).

Il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., sicuramente riferito anche al contratto di cui all'art. 2094 c.c., non garantisce un posto di lavoro a ciascun cittadino, né il diritto alla sua conservazione⁶¹, anche se, in tempi recenti Massimo D'Antona ne aveva proposto una lettura differente. Egli riteneva che la disposizione costituzionale ha «un nucleo che può essere ascritto a ciascun cittadino, “independentemente” dalle politiche del lavoro a carico dello Stato, consistente “nella garanzia dell’uguaglianza (formale e sostanziale) delle persone rispetto al lavoro disponibile, un’uguaglianza che significa equilibrata concorrenza tra le persone, e sicurezza rispetto ad abusi legati a qualità personali, sia nel mercato del lavoro sia durante il rapporto». Questo autore fondava su tale principio anche la tutela in materia di licenziamenti⁶². Anche se non si volesse accogliere tale interpretazione, la dottrina e, per alcuni aspetti, la giurisprudenza costituzionale hanno affermato che il diritto del lavoro assume comunque una pluralità di significati. E' un diritto di libertà allo svolgimento di una attività nella quale si realizza la propria personalità. E' un diritto sociale nei confronti dei pubblici poteri, obbligati a creare le condizioni per la creazione di occupazione di qualità⁶³. Affermare la promozione del diritto al lavoro quale principio fondamentale e quale programma essenziale dello Stato ne dimostra l'assoluta centralità dal punto di vista assiologico, secondo le acquisizioni della dottrina costituzionalista.

Oltre a definire la «forma Stato», ad essere strumento di emancipazione e cittadinanza sociale, a concorrere alla formazione della identità e della personalità dell'essere umano, i principi costituzionali in tema di lavoro sono funzionali ad attribuire al lavoratore una serie di diritti che, contemplati negli artt. 35 e ss. della Costituzione, disegnano un incisivo programma di tutele. Si tratta di disposizioni che riguardano profili individuali e collettivi del lavoro ed attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive in tema di retribuzione, formazione ed elevazione professionale, mobilità e lavoro all'estero, tempo di lavoro, eguaglianza tra generi, tutela della madre, del bambino, del disabile, protezione contro la disoccupazione, legittimazione del contropotere sindacale (anche in azienda), diritto di sciopero ecc.

Il testo costituzionale, dove il lavoro è fortemente presente anche dal punto di vista quantitativo, perché richiamato direttamente «in ben 23 commi della Costituzione repubblicana»⁶⁴, esprime quindi un *favor* costituzionale «per il lavoratore dipendente rispetto al datore di lavoro, lavoratore anch'esso»⁶⁵. Tra l'altro, l'inclusione del lavoro tra i principi fondamentali comporta che esso assuma «un ruolo centrale nell'interpretazione costituzionale, specialmente nell'ambito del bilanciamento tra diversi valori costituzionali in gioco, prevalendo su altre regole e principi che supremi non sono»⁶⁶.

In tempi recenti sono state espresse critiche a questa interpretazione. Si è prospettata la formulazione di un indirizzo dottrinario definito come «revisionista»⁶⁷, che individua «nel “principio lavorista” un corollario della libertà dell'individuo, da esplicitarsi, nel caso specifico, nei rapporti economici» e dal quale «non emerge, in particolare,

⁶¹ Sull'art. 4 Cost., oltre agli autori citati nelle nt. precedenti, cfr. Mancini 1975, 199 ss. e Cariola 2006, 114 ss.; Giubboni 2006, 1 ss. (a questi. a. si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici). Per le sentenze della Corte costituzionale in materia di licenziamenti v. *infra* § 5, testo e nt. 82 ss.

⁶² D'Antona 1999, 17.

⁶³ Cfr. gli a. citati nella nt. 61 e in quelle precedenti. Si veda anche *infra* nel testo e nt. 81.

⁶⁴ Luciani 2008, 4. E questo a. sottolinea che, se ai riferimenti diretti contenuti nel testo costituzionale si aggiungono quelli indiretti, il valore del lavoro nella legge fondamentale diventa ancora più rilevante.

⁶⁵ Barile, 1984, 105.

⁶⁶ Groppi 2011, 18, che riprende la tesi di Mortati.

⁶⁷ Massa Pinto, 2012, 3.

alcun progetto implicito di affermazione del lavoro dipendente, in quanto tale, o di una sua specifica affrancazione a scapito di altre forme di lavoro o di attività socialmente utili»⁶⁸. Oppure si è sostenuto che la Costituzione italiana in materia di lavoro è «un testo eminentemente contraddittorio» che consentirebbe soluzioni legislative di qualsiasi tipo⁶⁹.

Indubbiamente la nostra legge fondamentale non delinea «un modello, rigido, compatto, chiuso» di tutela del lavoro e ne contiene una nozione «molto ampia e molto articolata», tale da ricomprendere forme di attività non necessariamente coincidenti con il lavoro subordinato. Essa, tuttavia, contiene un «nucleo di senso profondo», identificabile con la protezione e l'emancipazione dei lavoratori subordinati e che, in chiave moderna, consente di estendere tali obiettivi a tutti coloro che prestano lavoro «in condizioni di dipendenza socio – economica, al di là della forma giuridica in cui ciò avviene»⁷⁰.

E' importante sottolineare che questa dimensione essenziale del lavoro nella nostra legge fondamentale non è stata enunciata soltanto dalla dottrina, ma ha trovato riscontro anche nelle sentenze della Corte costituzionale. Esse, con riferimento al lavoro subordinato, hanno individuato nella Costituzione «principi», «garanzie», «diritti» «sottratti alla disponibilità delle parti». «Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi devono trovare attuazione ogni volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico – sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti», con la conseguenza che neanche il legislatore ne può disporre negando la qualificazione di lavoro subordinato⁷¹. Queste decisioni, dunque, confermano il carattere speciale della tutela del lavoro, che costituisce un valore talmente forte da condizionare anche la discrezionalità politica del legislatore, impedendogli di «disporre» di tutele che connotano la nostra Carta costituzionale in questa materia. E il carattere assai recente di queste decisioni dimostra che la Corte non ha certamente assecondato gli indirizzi interpretativi «revisionisti» in precedenza descritti, ma, al contrario, si muove nella valorizzazione dei diritti fondamentali del lavoro sopra descritta.

In tale ambito deve essere valutato anche il potere di recesso attribuito al datore di lavoro. Il licenziamento può certamente essere ricondotto alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41, c. 1, Cost.). Ma le limitazioni a tale potere non trovano fondamento soltanto nell'art. 4 della Costituzione o nel secondo e terzo comma dell'art. 41, ma devono essere rinvenute in tutte le disposizioni in materia di lavoro e nel superiore rilievo costituzionale sopra delineato⁷². In questo contesto, si può certamente affermare «l'idea del carattere fondante del lavoro» e «la sua prevalenza rispetto alla libertà di iniziativa economica privata»⁷³. Senza dimenticare che il riferimento alla

⁶⁸ Di Gaspare, 2008, 863 ss., spec. 877. Si vedano anche gli ulteriori riferimenti bibliografici indicati da Massa Pinto, 2012, 15, nt. 5.

⁶⁹ Rescigno G.U. 2009a, 21 ss., 47, 50, 53 – 54; Id., 2009b, 105.

⁷⁰ Groppi, 2011, 7 – 8.

⁷¹ C. cost. 31.3.1994 n. 115, *Dejure*, 6, a conferma di quanto già affermato da C. cost. n. 121/1993. Tale principio è stato di recente ribadito da C. cost. 7.5.2015 n. 76, *Dejure*, 7.

⁷² Mentre, al contrario, gli a. che hanno analizzato i limiti costituzionali al potere di licenziamento lo hanno fatto basando le proprie interpretazioni esclusivamente sugli artt. 4 e 41 Cost., senza una valutazione del rilievo complessivo del «principio lavoristico» nella nostra Costituzione.

⁷³ «Quest'ultima non solamente compare solo all'art. 41, ma è subordinata rispetto all'utilità sociale, cioè a quel congiunto di diritti contenuti negli art. 2 e 3, c. I, e art. 41, c. II e III, che, affidando alla legge i programmi ed i controlli per indirizzare e coordinare l'iniziativa economica privata a fini sociali, fa da *pendant* con il II c. dell'art. 3» (Loy 2009, 203).

sicurezza, libertà e dignità contenuto nel comma 2 dell'art. 41 determina «l'attrazione all'interno della Carta costituzionale di valori attinti dai pilastri portanti dell'esercizio dei diritti umani: valori che *in re ipsa* pongono argini d'ordine negativo all'esercizio e al libero dispiegarsi dell'iniziativa economica privata»⁷⁴. Tuttavia, se non si volesse accedere a tale interpretazione e si ritenesse che iniziativa economica e tutela del lavoro sono diritti fondamentali equiordinati⁷⁵, il giudizio di bilanciamento tra essi sarebbe comunque sempre necessario. Esso dovrebbe essere effettuato in base ai «test» di «necessità», «sufficienza» e «proporzionalità», oltre che di «ragionevolezza»⁷⁶. Ed il criterio della «proporzionalità» implica che «la compressione di un diritto o interesse costituzionale» sia «non eccessiv(o) in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può essere tale da annullarne il contenuto essenziale»⁷⁷.

Il quadro dei principi costituzionali sopra delineato non mi sembra sia compatibile con la tesi secondo cui «il contenuto degli articoli 4 e 35 della Costituzione che impongono alla Repubblica il compito di rendere effettivo il diritto al lavoro trova la sua declinazione legislativa in un quadro normativo che tutela la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro piuttosto che nel singolo rapporto di lavoro»⁷⁸. Questa conclusione troverebbe fondamento nella presunta «rigidità» dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, tale da scoraggiare nuove assunzioni e la crescita delle imprese, con pesanti conseguenze sulla competitività del nostro sistema produttivo. In tale contesto, la riduzione dei diritti nel contratto di lavoro esprimerebbe la moderna declinazione del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione «che impone alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese. Si badi bene: la partecipazione di *tutti* i lavoratori, compresi quelli in attesa di occupazione»⁷⁹.

La prima obiezione a questa interpretazione è quella che essa si fonda su un presupposto – la riduzione delle tutele in materia di licenziamento incrementa l'occupazione e stimola la crescita dimensionale delle imprese – assai controversa sul piano scientifico e difficile da riscontrare sul piano empirico. E la stessa esperienza applicativa di oltre tre anni di contratto a tutele crescenti conferma tutte le perplessità descritte⁸⁰.

Ma non è solo questo. La lettura qui criticata non considera come la tutela del lavoro nella nostra Costituzione implica necessariamente la realizzazione di quei «principi», «diritti» e «garanzie» (per usare le parole della Corte costituzionale) che riducono la soggezione giuridica ed economica del lavoratore subordinato nella sua relazione contrattuale e svolgono quella funzione di emancipazione e realizzazione della propria personalità già analizzata. E, non a caso, gli artt. 35 e ss. della legge fondamentale delineano una serie di diritti fondamentali che hanno la funzione di

⁷⁴ Varva 2015, 63.

⁷⁵ In coerenza con quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale, secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri» (C. cost. 5. 2015, n. 85; conf. C. cost. n. 63/2016, in Corte Costituzionale 2016, p. 150).

⁷⁶ Su tali test v. Morrone 2008, 196; Cartabia 2013, 10 ss.; Cerri 2016, 625 ss. (part. 650 ss.); Loy 2009, 225 ss. Si vedano anche C. cost., sentenze n. 35 del 2017, n. 241/2017; C. cost. n. 192/2016 e molte altre.

⁷⁷ Morrone 2008, 196. In tal senso, tra le tante, C. cost. sentenze n. 10/2016 e n. 63/2016.

⁷⁸ Cavino 2018, 9.

⁷⁹ Cavino 2018, 10 - 11.

⁸⁰ Si veda *retro* testo e nt. 43 ss.

riequilibrare il contenuto del rapporto operando sia nella sua fase di costituzione, sia nella concreta gestione del contratto (formazione ed elevazione professionale, retribuzione, orario di lavoro, ferie e riposi settimanali, tutela della madre e del bambino, tutela del disabile, età lavorativa, lavoro dei minori, parità tra uomini e donne ecc.). Essi introducono limiti che condizionano la legislazione, l'interpretazione della legge – che deve essere sempre coerente a tali principi – e lo stesso contenuto del contratto (si pensi solo «diritto vivente» pluridecennale sulla retribuzione sufficiente). D'altra parte, la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di licenziamento – che come vedremo ha influenzato la stessa dinamica legislativa in materia – esprime il carattere precettivo delle disposizioni costituzionali anche in relazione alla interruzione del rapporto di lavoro.

Da questo punto di vista, dunque, una interpretazione della legge fondamentale che consenta di porre in alternativa tutela nel contratto di lavoro e tutela nel mercato del lavoro, prevedendo la possibilità di una drastica riduzione della prima a favore della seconda, significa adottare una visione non coerente con quanto previsto dalla Costituzione. Le garanzie sul mercato del lavoro – in relazione, ad es., al sostegno al reddito in caso di disoccupazione e di riqualificazione professionale – sono certamente tra gli scopi perseguiti dalla legge fondamentale (art. 38, c. 2; art. 35, c. 2). Ma esse si affiancano, senza, escluderle, a quelle che sono appunto finalizzate a garantire i diritti fondamentali «nel contratto» in precedenza analizzati.

Lo stesso impegno dello Stato a promuovere l'occupazione ai sensi dell'art. 4 – quale diritto sociale – non consente di favorire politiche che subordinino la creazione di posti di lavoro alla perdita dei diritti fondamentali di origine costituzionale. Infatti, «nella prospettiva costituzionale...l'efficienza economica non è mai uno scopo, ma è solo un mezzo. Ed è anche e soprattutto la *qualità* del lavoro (non solo per i suoi contenuti ma anche per le sue modalità organizzative) che conta»⁸¹. E l'art. 3, c. 2 Cost., come si è visto va letto anche come riconoscimento di «diritti e aspettative di diritti che [realizzino] una maggiore eguaglianza tra lavoratore e datore di lavoro (e dunque un principio di eguaglianza o giustizia commutativa)» (Giorgis 2006, 95). La disposizione, dunque, non può essere interpretata in modo tale da scambiare possibilità occupazionali con riduzione dei diritti a fondamento costituzionale.

Si può concludere dunque che l'approccio adottato dal Tribunale di Roma in relazione agli artt. 4 e 35 Cost. sia coerente con l'elaborazione dottrina prevalente e con la stessa giurisprudenza costituzionale in materia di lavoro, oltre che con quella, come si vedrà, in tema di licenziamenti (§ 5).

Al contrario, una lettura della Costituzione come quella qui criticata, tutta in chiave di mutato contesto economico e sociale e di scambio tra «efficienza» del sistema produttivo e riduzione delle tutele nel contratto di lavoro – oltre ad essere controvertibile nei suoi presupposti economici – deve necessariamente ignorare un complesso di disposizioni come quelle descritte che sono connesse a diritti fondamentali della persona *nel* contratto di lavoro. Diritti che riguardano (non solo ma) anche la tutela contro il licenziamento ingiustificato e sono basati su una pluralità di disposizioni costituzionali, contenute nei Trattati europei o nelle «Carte» da essi recepiti o comunque vincolanti per l'Italia. E sembra difficile che essi possano essere «rimossi» attraverso una sorta di «interpretazione abrogatrice» giustificata da esigenze di promozione dell'occupazione e della competitività del sistema produttivo. La loro

⁸¹ Luciani 2008, 8.

eliminazione richiederebbe una revisione radicale di tutte le fonti nazionali ed europee già descritte, mentre non è certo possibile, con la loro rilettura, depotenziarne completamente il contenuto.

D'altra parte, la stessa pretesa di abbandonare una interpretazione degli artt. 4 e 35 Cost. che si sarebbe formata «in un determinato momento storico, economico e sociale, ormai superato» (Cavino 2018, 3, nt. 4) deve tenere conto di quanto afferma la Corte costituzionale. Essa, infatti, ha sostenuto che «l'ermeneutica costituzionale non può in alcun caso prescindere dall'ispirazione che presiedette al processo formativo della norma costituzionale assumendo in essa particolare rilievo la essenza storico politica» (C. cost. 10.11.1992, n. 429). E non a caso si è ribadito che la lettura della Costituzione esige «una stabilità interpretativa maggiore di quella richiesta dalla legge e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico» (Luciani 2016, 441). Dunque i mutamenti nel contesto sociale politico ed economico, pur se considerati, non possono certo condurre ad una interpretazione delle disposizioni costituzionali che *prescinda* dagli scopi perseguiti dai Costituenti e dalla ispirazione che ne è alla base. Mentre è esattamente questo il risultato a cui si perviene con l'adozione di una lettura dei principi costituzionali esclusivamente alla luce degli assiomi della *Law and Economics*.

5. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di licenziamenti.

Il Tribunale di Roma, nella valutazione della costituzionalità della disciplina del contratto a tutele crescenti, richiama la giurisprudenza costituzionale secondo la quale «la tutela reintegratoria non costituisce l'unico possibile paradigma attuativo dei precetti costituzionali di cui agli art. 4 e 35». Tuttavia l'ordinanza ritiene che l'indennità, destinata «a prendere il posto del concorrente risarcimento in forma specifica costituito dalla reintegrazione» «avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata» (p. 4).

Il Giudice ha dunque tenuto conto degli interventi della Corte costituzionale in materia, che, per la loro importanza, devono essere esaminati, al fine di comprendere il loro rilievo nella valutazione della illegittimità o meno della nuova disciplina.

La Corte si è espressa in materia con una pluralità di sentenze, a partire dalla n. 45 del 1965, enucleando una serie di principi molto importanti. In questa prima decisione si era rilevato che «il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale (n.d.r. art. 4 Cost.) [doveva adeguare], sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine di assicurare a tutti la continuità del lavoro e [doveva circondare] di doverose garanzie... e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo al licenziamento. Già in altra occasione (cfr. sentenza n. 7 del 1958) la corte aveva rilevato che il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce un principio generale del nostro ordinamento. Aspetto particolare della disciplina che, in quanto riguarda tutti i contratti di durata a tempo indeterminato, non concede la dovuta rilevanza alla peculiare natura del rapporto di lavoro e alla posizione del lavoratore nell'impresa, l'art. 2118 del codice civile è stato progressivamente ristretto della sua sfera di efficacia sia da provvedimenti legislativi [...] sia, soprattutto, anche da recentissimi accordi sindacali».

Sin da questa prima sentenza, dunque, si sottolineava il rapporto tra «continuità del lavoro», recesso ed art. 4 della Costituzione, a dimostrazione, dunque, di come la

tutela contro il licenziamento ingiustificato abbia un preciso fondamento costituzionale. E tale principio è stato confermato dalle numerose pronunce successive. Si è sostenuto, infatti, che la disciplina in materia di licenziamenti è espressione «di quell'indirizzo di progressiva garanzia al diritto del lavoro previsto dagli art. 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 di attuazione»⁸². Ed analoghe considerazioni sono rinvenibili nella sentenza dei giudici di legittimità 2/1986, nella quale si afferma che «questa Corte (sent. n. 194/70), a proposito della denunciata illegittimità delle norme di queste leggi, che dettano la disciplina dei licenziamenti, ha rilevato anzitutto che dall'art. 4 Cost. discendono principi che esprimono l'esigenza di contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro e l'ampliamento della tutela del lavoratore quanto alla conservazione del posto di lavoro»⁸³.

Ora è indiscutibile che, anche alla luce della recente decisione n. 46/2000, la tutela reintegratoria non costituisce una sanzione obbligata e la garanzia al diritto al lavoro può essere realizzata anche con tecniche diverse, di tipo indennitario⁸⁴. Ed è anche certo che la Corte non si è mai espressa sulla entità del risarcimento per valutarne la sua adeguatezza o meno, ai sensi delle norme costituzionali che impongono una protezione contro i licenziamenti.

Tuttavia per la giurisprudenza della Corte la «continuità dell'impiego» si sostanzia nel divieto del recesso *ad nutum* e nella necessità che esso sia sorretto da causali giustificative e da un regime sanzionatorio la cui scelta è rimessa al legislatore. Tale discrezionalità, tuttavia, non è illimitata, perché, come si è già visto, in materia di licenziamenti «la disciplina, per essere conforme a Costituzione, deve rispettare l'esigenza di un trattamento uguale per situazioni uguali, e, in relazione a queste, può essere diversificata solo in presenza di giustificate ragioni»⁸⁵. A me sembra, dunque, che questi orientamenti, pur non avendo affrontato direttamente il tema dell'entità del risarcimento, siano tali da fornire alcune indicazioni che, almeno indirettamente, forniscono parametri utili per la soluzione del problema.

Si è proposta una diversa lettura della sentenza n. 45 del 1965, secondo la quale, con questa decisione la Corte avrebbe «definito l'adeguamento della disciplina dei licenziamenti come strumento per "assicurare a tutti la continuità del lavoro". La necessità dell'intervento legislativo è quindi stata intesa dalla Corte costituzionale, non già come risposta ad una esigenza di tutela individuale, ma piuttosto come elemento di una politica di piena occupazione».⁸⁶ Nel tempo l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori avrebbe rivelato i suoi effetti dannosi sull'incremento dell'occupazione. Di qui la necessità di garantire una riduzione delle tutele in materia di licenziamento e spostare la protezione sul mercato del lavoro. «Non è pertanto corretta l'identificazione compiuta dal giudice *a quo* tra la conservazione del rapporto di lavoro e il contenuto degli articoli 4 e 35 della Costituzione, che certamente esprimono *anche* "il principio della necessaria giustificazione del recesso e del potere di adire il giudice, riconosciuto al

⁸² C. cost 46/2000 e C. cost. 419/2000 in motivazione.

⁸³ Per l'analisi delle varie sentenze della Corte in materia di licenziamenti rinvio agli autori citati nella nt. 28.

⁸⁴ Ho approfondito tali aspetti in Speziale, 2016b, 131 ss.

⁸⁵ V. *retro*, testo e nt. 32, con le citazioni delle sentenze che affermano tale principio.

⁸⁶ Cavino 2018, 5.

lavoratore, in caso di licenziamento arbitrario” (Corte costituzionale sentenza n. 41/2003), ma in esso non si esauriscono»⁸⁷.

Va subito detto che l'interpretazione proposta della sentenza n. 45 del 1965 non è coerente con il suo contenuto. La Corte affronta il problema del compito dello Stato di promuovere l'occupazione, ma – come dimostrano le parti della motivazione di questa decisione sopra indicate – non lega assolutamente al profilo occupazionale la limitazione al potere di recesso e la considera al contrario come una proiezione della tutela individuale del lavoratore. Infatti, continua la Corte, «il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce un principio generale del nostro ordinamento». E la sua applicazione al rapporto di lavoro «non concede la dovuta rilevanza alla peculiare natura del rapporto di lavoro e alla posizione del lavoratore nell'impresa». Probabilmente la tesi contraria risente di una lettura effettuata in coerenza con gli assiomi dell'analisi economica del diritto – che erano completamente estranei ai giudici che si espressero nel 1965. D'altra parte, anche le successive decisioni della Corte in materia si muovono in questa «logica individuale», tanto che anche chi sostiene l'interpretazione qui contestata è costretto ad ammetterlo.

Quanto poi al fatto che gli artt. 4 e 35 della Costituzione possano essere letti come tali da giustificare la riduzione delle tutele contro il licenziamento per aumentare l'occupazione e spostare la protezione del lavoratore sul mercato del lavoro, è sufficiente rinviare alle critiche già espresse nel precedente paragrafo. Si tratta, infatti, di una lettura non coerente con la nostra legge fondamentale.

6. L'indennità risarcitoria prevista dal d.lgs. 23/2015 e il licenziamento ai sensi dell'art. 2118 c.c.

L'art. 3, c. 2, del d.lgs. 23/2015 prevede una indennità risarcitoria da un minimo di 4 ad un massimo di 24 mesi, crescente di due mesi per ogni anno di anzianità. Le somme erogate in caso di licenziamento ingiustificato, particolarmente nei primi anni di lavoro, sono esigue e possono essere ulteriormente ridotte in base al meccanismo dell'offerta di conciliazione (art. 6 del d.lgs.) che non è obbligatorio per il lavoratore, ma fortemente incentivato dalla legge. Il Tribunale osserva che l'ammontare così ridotto costituisce «quasi un ripristino di fatto della libertà assoluta di licenziamento» ed elimina «l'effetto “vincolistico” derivante dalla esistenza di fattispecie autorizzatorie inderogabili (giusta causa e giustificato motivo)» (p. 7).

Per comprendere la fondatezza di quanto sostenuto dall'ordinanza, è sufficiente considerare le principali discipline in tema di preavviso previste dai ccnl dei più importanti settori produttivi. In relazione agli impiegati, infatti, - per gli operai sono in genere previsti periodi temporali inferiori – il preavviso è determinato, in relazione all'anzianità di servizio, da 2 a 4 mesi, da 3 o 5 mesi, da 1 a 4 mesi e così via⁸⁸. E, in

⁸⁷ Cavino 2018, 9.

⁸⁸ Si vedano, ad esempio, senza alcuna pretesa di esaustività: art. 72 ccnl Aziende Industriali Alimentari del 5 febbraio 2016; art. 111 ccnl Aziende Industriali Calzature del 14 giugno 2010; art. 72 del ccnl Aziende Artigiane Edilizia del 23 luglio 2008; art. 41 del ccnl Aziende Industriali Chimica del 15 ottobre 2015; art. 56 del ccnl Aziende Industriali Gomma e Plastica dell'8 gennaio 2014; art. 98 del Verbale di accordo per le Aziende Industriali Lapidei del 3 maggio 2013; art. 116 del ccnl Aziende Industriali legno Arredamento del 12 maggio 2010; art. 1 del ccnl Aziende Industriali Metalmeccaniche del 26 novembre 2016; art. 234 del ccnl Confcommercio Terziario del 18 luglio 2008; art. 113 del ccnl Aziende Industriali Tessili del 2 settembre 2010; art. 36 del ccnl Autotrasporto merci e

applicazione dell'art. 2118, c. 2, c.c., tutti i contratti collettivi indicati consentono al datore di lavoro di «monetizzare» il periodo temporale di riferimento con l'erogazione di una indennità sostitutiva equivalente alla retribuzione che si sarebbe percepita qualora si fosse svolta l'attività lavorativa⁸⁹.

Secondo l'interpretazione prevalente in dottrina, l'indennità di cui al d.lgs. 23/2015 non potrebbe mai eccedere i 4 mesi fino ai primi due anni di anzianità di servizio. In relazione a tale situazione, dunque, la legge di fatto consente l'esercizio del potere di recesso – nonostante l'esistenza di causali giustificative – con le stesse modalità previste dall'art. 2118 c.c. Tale situazione coinvolge un numero elevatissimo di lavoratori e per alcuni di essi – almeno per quei settori dove sono previsti 5 mesi di preavviso per le anzianità più elevate – questo effetto di «completa libertà di recesso» si estende, in relazione alla disciplina del d.lgs. 23/2015, anche al terzo anno di durata del contratto.

A me sembra che in tal modo vi sia una evidente violazione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della interpretazione degli artt. 4 e 35 Cost. da essa espressa in rapporto alla facoltà del datore di lavoro di interrompere il contratto (§ 5). La discrezionalità del legislatore nella scelta del sistema sanzionatorio non può arrivare a ripristinare una forma di licenziamento «libero». Infatti, la differenza formale tra le due ipotesi – recesso causale nel caso del d.lgs. 23/2015, assenza di necessaria giustificazione nell'ambito dell'art. 2118 c.c. – non esclude che, dal punto di vista delle conseguenze economiche, esse sono in larga misura analoghe, con conseguente riaffermazione, sotto il profilo sostanziale, del recesso *ad nutum*.

Ma vi è di più. Non va dimenticato che «il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce un principio generale del nostro ordinamento» (C. cost. n. 45/1965) e vi è «l'esigenza di contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro e l'ampliamento della tutela del lavoratore quanto alla conservazione del posto di lavoro» (C. cost. n. 2/1986). In questo contesto, è indiscutibile che l'indennità risarcitoria deve avere un contenuto che determini un *evidente discontinuità* con la disciplina del licenziamento ai sensi dell'art. 2118 c.c. E tale discontinuità implica necessariamente che la sanzione economica sia nettamente superiore a quella corrispondente con quanto dovuto a titolo di preavviso. Perché, in caso, contrario, una differenza molto ridotta non sarebbe in grado di esprimere la necessaria «intensità» della tutela, alla luce sia dei principi costituzionali coinvolti sia della necessità di superare definitivamente il principio del «libero recesso».

7. L'esiguità dell'indennità risarcitoria e il suo riflesso sull'esercizio di diritti del lavoratore a fondamento costituzionale.

L'ordinanza afferma che «le tutele dei licenziamenti, inoltre, hanno una rilevanza che va ben oltre la specifica vicenda del recesso e la tutela della stabilità di reddito e occupazione, poiché sostengono la forza contrattuale del lavoratore nella relazione quotidiana sul luogo di lavoro. Di più: una tutela efficace nei confronti di un

logistica dell'1 agosto 2013; art. 138 del ccnl Turismo Confindustria del 9 luglio 2010. I contratti collettivi indicati sono quelli stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi.

⁸⁹ Tra l'altro, la facoltà di interrompere subito il rapporto previo pagamento dell'indennità sostitutiva è una scelta lasciata al datore di lavoro, in coerenza con la giurisprudenza più recente che ha negato il cosiddetto «effetto reale» del preavviso, affermando la sua efficacia obbligatoria (tra le tante, Cass. 6 giugno 2017 n. 13988).

licenziamento ipoteticamente ingiustificato – diritto non a caso espressamente sancito a livello internazionale, come meglio si dirà — protegge le libertà fondamentali di lavoratrici e lavoratori, nei luoghi di lavoro: la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc. Il sistema del Jobs Act ed in particolare, per quanto qui interessa, la quantificazione dell'indennità in discorso, è all'opposto costruito su una consapevole rottura del principio di uguaglianza e solidarietà nei luoghi di lavoro che non può non spiegare i propri effetti anche sugli altri diritti dei lavoratori costituzionalmente tutelati (libertà sindacale, libertà di espressione eccetera)» (p. 7).

In effetti, come avevo già avuto modo di sostenere in passato, la disciplina in materia di licenziamenti riveste un valore particolare, perché una tutela adeguata è strumentale alla “agibilità” di altri diritti fondamentali, che – per l'evidente timore di perdere l'occupazione - non vengono esercitati qualora il rapporto di lavoro possa essere interrotto senza limiti stringenti⁹⁰. Ed è chiaro che la nuova disciplina determina una violazione degli artt. 4 e 35 Cost. (e delle altre disposizioni costituzionali a tutela del lavoro), soprattutto in relazione all'obbligo di promuovere «le condizioni che rendano effettivo» il diritto al lavoro (art. 4) e di tutelarlo «in tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35). I diritti sopra descritti infatti – a cui ne vanno aggiunti altri quali la retribuzione, la professionalità, la *privacy*, la sicurezza - realizzano concretamente la tutela costituzionale del lavoro e sono garantiti dalla legge fondamentale.

L'effetto potenzialmente negativo che si sta analizzando trova un riscontro empirico dalla realtà delle controversie di lavoro in materia. Infatti, i dati a nostra disposizione dimostrano che nel settore privato le controversie sono diminuite di un terzo dal 2012 al 2016⁹¹. Ora, indubbiamente, tale fenomeno è legato a molti fattori, tra cui il costo fiscale del processo e la disciplina in tema di spese legali (con una situazione che, da questo ultimo punto di vista, potrebbe peraltro mutare, a seguito della recente sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 2018 relativa all'art. 92, c. 2, c.p.c.). Ed è anche evidente che i dati a disposizione riguardano solo un periodo di circa due anni dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 23/2015. Tuttavia sembra difficile non ritenere che una diminuzione così drastica nel numero delle controversie non sia anche legata alla riduzione delle tutele in materia di licenziamento, già realizzata con la riforma della n. 92/2012, ma ulteriormente accentuata con l'introduzione del d.lgs. n. 23/2015. E tale situazione costituisce una dimostrazione evidente di quali conseguenze sulla concreta effettività dei diritti – che necessariamente trova uno dei suoi momenti attuativi nel processo – possa avere una riforma come quella introdotta nel 2015.

Le argomentazioni espresse dal Tribunale sono state criticate in base alla necessità di affievolimento delle tutele per incrementare i livelli occupazionali e garantire così l'inclusione sociale – ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost. - anche dei lavoratori «in attesa di occupazione»⁹². Questa tesi è stata già criticata ed è quindi sufficiente rinviare a quanto si è già detto (§ 4). Per quanto riguarda il possibile affievolimento dei diritti di libertà in azienda, si è aggiunto che il d.lgs. 23/2015 protegge in modo efficace nei confronti del licenziamento diretto a limitare il loro godimento, che

⁹⁰ Questo aspetto era stato da me analizzato in Speciale 2012, 535; Id. 2013, 320.

⁹¹ V., sul punto, Speciale 2017b, 173.

⁹² Cavino 2018, 11.

sarebbe nullo con applicazione della tutela reale. Non solo. In adesione ad un autorevole opinione dottrinale, si ipotizza un possibile effetto «espansivo» della disciplina del recesso nullo anche ad ipotesi diverse che potrebbero estendersi anche a situazioni caratterizzate da «motivi discriminatori dell'agire datoriale»⁹³.

In realtà, la disciplina del licenziamento discriminatorio o nullo, si presta ad una interpretazione restrittiva limitata alle ipotesi di discriminazione previste dall'ordinamento nazionale ed europeo e ai casi di nullità «espressamente previsti dalla legge» (art. 2, c. 1, d.lgs. 23/2015)⁹⁴. E, se tale opzione interpretativa fosse accolta, molti dei diritti fondamentali sopra descritti non troverebbero tutela, in quanto la loro violazione non è assistita dalla previsione espressa della nullità. In ogni caso, anche se il comma 1 dell'art. 2 fosse interpretato in senso estensivo, tale disposizione non potrà mai ricomprendere le ipotesi di recesso basate sulla giusta causa o sul giustificato motivo⁹⁵. Ne consegue che la possibile interruzione del contratto di lavoro anche in assenza di giustificazione ed a costi contenuti costituirà per il lavoratore uno straordinario deterrente a non attivare i diritti fondamentali sopra descritti, nel timore di poter essere licenziato. Anche perché il datore di lavoro non interromperà mai il rapporto motivando il recesso con l'esercizio di tali diritti ma lo baserà sulle ordinarie ipotesi risolutive del contratto previste dagli artt. 2119 c.c e 3 della l. 604/1966. Con la conseguenza che spetterà al dipendente dimostrare che il licenziamento è fondato su ragioni discriminatorie o affetto da motivo illecito o da contrasto con norma imperativa, con una prova particolarmente complessa⁹⁶. E questo spiega perché «storicamente [...]il licenziamento per motivi discriminatori ha fatto rarissimi ingressi nella aule di giustizia»⁹⁷.

D'altra parte, la fondatezza delle argomentazioni espresse dal Tribunale trova una diretta conferma nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di decorrenza della prescrizione⁹⁸. Queste decisioni infatti, come è noto, hanno influenzato la disciplina di questo istituto in materia di crediti di lavoro. La Corte infatti ha rilevato che «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» e per tale ragione ha stabilito che la prescrizione cominciasse a decorrere soltanto alla cessazione del rapporto di lavoro, quanto tale timore non poteva sussistere⁹⁹. Successivamente, in considerazione dell'entrata in vigore dell'art. 18 della l. 300/1970, la Corte ha mutato il proprio orientamento. Infatti, essa ha rilevato che, dopo la decisione del 1966, il quadro normativo era cambiato con l'emanazione della legge 604 – con l'introduzione della causali del recesso – e soprattutto con l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, con la reintegrazione nel posto di lavoro. A seguito di queste riforme «la Corte, con sentenza n. 143 del 1969, ebbe a ritenere che il principio [in precedenza] affermato non dovesse

⁹³ Cavino 2018, 11. Le ultime parole citate nel testo sono riferibili a Perulli 2015b, 429 ss.

⁹⁴ Per la dottrina favorevole a tale tesi cfr. Speciale 2016b, 117 ss.; Perulli 2015b, 431 ss.

⁹⁵ Su tali aspetti rinvio a Speciale 2016b, 115 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici in materia).

⁹⁶ In relazione a tale regime probatorio nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (dopo la riforma del 2012) e con principi estensibili anche alla nuova disciplina del 2015 cfr. Chieco 2013, 288 ss. e gli a. citati in Speciale 2016b, 115 ss.

⁹⁷ Perulli 2015b, 429 – 430.

⁹⁸ V. *retro* le sentenze citate nella precedente nt. 24.

⁹⁹ C. cost. n. 63/1966. Infatti, afferma la Corte, «vi sono tuttavia ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento». Il riferimento, in questo caso, era alla retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 Cost.

trovare applicazione tutte le volte che il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione» (C. cost. n. 174 del 1972). E già in precedenza si era ribadito che «la sentenza di questa Corte n. 63 del 1966 pone una netta differenza fra lavoratori dell'impiego privato e lavoratori dipendenti da enti pubblici: per i primi soltanto sussiste quel timore del licenziamento che possa indurre il lavoratore alla rinuncia ai propri diritti, mentre per i secondi, che sono garantiti dalla stabilità dell'impiego e dai rimedi giurisdizionali contro l'illegittimità di una risoluzione del relativo rapporto, non sussiste alcun motivo che possa indurre a derogare alle normali disposizioni in materia di prescrizione.» (C. cost. n. 86 del 1971).

Le varie decisioni della Corte, dunque, si basano su un elemento comune: la disciplina in materia di licenziamenti è uno strumento fondamentale per consentire l'effettiva applicazione di diritti costituzionalmente garantiti. Infatti, il riferimento all'art. 36 Cost. in tema di retribuzione sufficiente è estensibile anche ad altri diritti previsti dalla legge fondamentale. E tale disciplina deve essere tale da garantire «una vera stabilità», che «non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare» (C. cost. n. 174 del 1972). Ora, anche se la stessa Corte ha ribadito la possibilità di tutele diverse da quella ripristinatoria, non vi è dubbio che rimane fermo il principio secondo cui una protezione efficace contro i licenziamenti ingiustificati è condizione essenziale per l'effettivo godimento, da parte del lavoratore, di diritti fondamentali. Tale principio è assolutamente coerente con quanto affermato dal Tribunale di Roma. E, ovviamente, mi sembra indiscutibile che l'esiguità del risarcimento previsto dal d.lgs. 23/2015 sia tale da configurare quella «situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento» (C. cost. n. 63/1966).

8. La violazione dell'art. 3 Cost. in relazione all'entità dell'indennità e ad altri profili.

A) Il Tribunale sostiene che «la previsione di una indennità in misura così modesta, fissa e crescente solo in base alla anzianità di servizio non costituisce adeguato ristoro per il lavoratori assunti dopo il 7.3.2015 e ingiustamente licenziati e viola il principio di eguaglianza», in quanto «il regresso di tutela» è «irragionevole e sproporzionato» (p. 5).

I principi enucleati dalla Corte costituzionale in relazione all'art. 3 Cost. sono stati già analizzati¹⁰⁰. In effetti, l'esiguità dell'indennità viola la disposizione costituzionale anche sotto il profilo della «proporzionalità» e della «ragionevolezza». Il legislatore, in mancanza della costituzionalizzazione della reintegra, avrebbe certamente potuto introdurre anche solo una sanzione risarcitoria. Tuttavia l'entità del risarcimento in ogni caso avrebbe dovuto essere adeguata per evitare che la «compressione» della tutela del lavoro non fosse «eccessiva» e per scongiurare la «evidente incapacità» dell'indennità a perseguire la protezione del lavoro. Infatti il test di proporzionalità

¹⁰⁰ V. retro § 3, testo e nt. 30 e ss. e § 4, testo e nt. 76 e 77.

impone di considerare anche la «non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti per conseguire un determinato risultato»¹⁰¹. La disciplina adottata contraddice tali requisiti. Infatti l'ammontare così ridotto della indennità «comprime» il diritto ad un recesso non ingiustificato in modo «eccessiv(o) in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può essere tale da annullarne il contenuto essenziale»¹⁰². Inoltre, la legge è «inidonea» sotto il profilo del perseguimento di un determinato risultato in primo luogo in relazione alla protezione contro il licenziamento illegittimo, perché l'esiguità del risarcimento vanifica tale obiettivo. D'altra parte, anche se la legge intendeva perseguire lo scopo dell'incremento dell'occupazione riducendo le tutele in materia di recesso – con una finalità controvertibile in linea teorica (§ 3) – in ogni caso le regole introdotte sono inadeguate alla luce dei risultati concreti ad oggi ottenuti (§ 3). Per tutte queste ragioni, dunque, la normativa viola l'art. 3 Cost. per i profili sopra descritti. Senza dimenticare l'aspetto, già esaminato, della mancata realizzazione di un corretto «bilanciamento» tra protezione contro il recesso ingiustificato e (presunta) esigenza di incrementare l'occupazione riducendo le tutele¹⁰³.

B) L'ordinanza sostiene che «la Corte costituzionale ha invero affermato a più riprese, da ultimo nella citata pronuncia n. 303/2011, che “la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale” (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991): ed è appunto questo lo specifico profilo rispetto al quale la normativa non si sottrae al dubbio di costituzionalità» (p. 5). Il principio, che nella sentenza n. 303/2011 viene legato alla violazione dell'art. 3 Cost. in relazione alla «irragionevolezza del trattamento indennitario forfettizzato» regolato dall'art. 32, c. 5, della l. 183/2010, si adatta evidentemente anche all'indennità risarcitoria prevista dal d.lgs. 23/2015.

In linea generale va osservato che la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità di disposizioni di legge che prevedevano un (modesto) indennizzo e non riuscivano a «garantire un ristoro serio e non fittizio del danno subito»¹⁰⁴. E tale conclusione si lega ai principi in tema di adeguatezza del risarcimento prima descritti.

Ora, mi sembra indiscutibile che l'entità economica prevista dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. 23/2015 sia completamente «inadeguata»¹⁰⁵. E questo tenendo conto che tale requisito deve essere valutato con maggior rigore quando è in questione il diritto al lavoro costituzionalmente tutelato¹⁰⁶. Anche se la reintegrazione non è una sanzione obbligata, è difficile poter negare che la rilevanza dei valori costituzionali in gioco impone una tutela economica che abbia un certa consistenza e quindi «appropriata» in considerazione della necessità di risarcire un «bene» protetto in modo così rilevante

¹⁰¹ Corte Costituzionale 2009, 1. In tempi più recenti il principio è stato ribadito dalle sentenze della Corte costituzionale n. 10 e 63 del 2016 e n. 241 del 2017 (con ulteriori riferimenti di altre decisioni di analogo contenuto).

¹⁰² V. *retro* nt. 77.

¹⁰³ Cfr. *retro* § 4, testo e nt. 47 ss.

¹⁰⁴ C. cost. n. 1104 del 1988, in relazione ai pregiudizi connessi a comportamenti colposi di un concessionario del servizio telefonico.

¹⁰⁵ Speciale 2015, 37 ss.; Id. 2016b, 134 – 135. In senso analogo Bavaro, D'Onghia 2016, 17. Arrivano alle medesime conclusioni, seppure in base a diverse argomentazioni sempre connesse alla violazione di principi costituzionali, Giubboni 2015, 21; Fontana 2016, 109 ss.; Ballestrero 2015, 49 ss.; Cester 2017, 1024 ss. *Contra* Celentano 2015, 397 – 398; Ichino 2017, 8 ss.

¹⁰⁶ Cfr. Celentano 2015, 399 (ma questo a. esprime dubbi sulla incostituzionalità della disposizione sotto questo profilo: 400 ss.).8

dalla Costituzione¹⁰⁷. Qui, in sostanza, il carattere «compensativo» dell'indennità – che in ogni caso deve essere «serio e non fittizio» - deve avere una consistenza «rafforzata» in rapporto agli interessi costituzionali coinvolti.

Inoltre, afferma l'ordinanza, «la misura fissa dell'indennità non consente al giudice di valutare in concreto il pregiudizio sofferto» in rapporto a vari elementi (comportamenti opportunistici del datore di lavoro, «gravità del vizio riscontrato», «durata del processo»). Mentre, con riferimento all'indennità di cui all'art. 32, c. 5, della l. 183/2010, proprio «l'esistenza di margini di valutazione riferiti ai criteri di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966» indusse la Corte, con la sentenza 303/2011, a rigettare la questione di costituzionalità (p. 5). Indubbiamente si è in presenza di un ulteriore profilo di «irragionevolezza» della normativa, con violazione dell'art. 3 Cost. L'adeguatezza del risarcimento, anche se non richiede una esatta proporzionalità con il danno, presuppone una correlazione con il pregiudizio prodotto, certamente non identificabile soltanto con gli anni di lavoro effettuati. Dal lato del lavoratore, ad es., può assumere rilievo la durata del processo (la cui più o meno accentuata lunghezza può penalizzare in modo diverso il dipendente), l'entità concreta del salario percepito ed a cui sono commisurate le indennità dovute (che potrebbe suggerire un incremento delle mensilità al fine di aumentare la compensazione monetaria) o le ragioni che sono alla base del recesso ingiustificato (che potrebbero aver leso in modo particolare la sua dignità). E non è un caso che, proprio in considerazione di tali aspetti, l'art. 18, c. 5, della l. n. 300/1970 preveda che il risarcimento tenga conto, oltre che dell'anzianità di servizio, anche «del comportamento e delle condizioni delle parti»¹⁰⁸.

Si è sostenuto che il valore compensativo dell'indennità dovrebbe essere valutato in un contesto più ampio tenendo conto del fatto che il lavoratore, in conseguenza della perdita del posto di lavoro, ha diritto alla Naspi, condizionata soltanto alla eventuale partecipazione a corsi di riqualificazione professionale. Il nuovo quadro normativo, pertanto, non sarebbe irrazionale rispetto alla finalità della legge di garantire, nell'ottica della *flexicurity*, la tutela nel mercato del lavoro più che nel rapporto. Pertanto, «l'indennizzo a carico del datore di lavoro è solo una componente di questa sicurezza»¹⁰⁹.

Per quanto attiene alla argomentazione secondo cui l'adeguatezza dell'indennizzo dovrebbe essere giudicata esclusivamente (o prevalentemente) nell'ambito della tutela nel mercato del lavoro, si sono già espresse considerazioni critiche e non occorre aggiungere altro. Si tratta, infatti, di una lettura parziale e non corretta dei principi costituzionali in materia di lavoro e di protezione contro il licenziamento ingiustificato. In ogni caso, l'indennità di disoccupazione (Naspi) ha scopi che non hanno nulla a che vedere con il risarcimento del pregiudizio subito dal lavoratore. Si tratta, infatti di un sostegno economico al lavoratore per affrontare la mancanza di lavoro (art. 38, c. 2, Cost.) che *prescinde* dalla ingiustificatezza del licenziamento, tanto da dover essere corrisposto anche nel caso di recesso per giusta causa, o addirittura in presenza di dimissioni ai sensi dell'art. 2119 c.c. o in caso di risoluzione consensuale di un contratto di lavoro ai sensi dell'art. 7 della l. 604/1966 (quando, dunque, manca un atto interruttivo del contratto su iniziativa del datore di lavoro). Ora, non si vede come si possa attribuire valore risarcitorio a erogazioni

¹⁰⁷ Non a caso la Cassazione (S.U., 10.1.2006, n. 141) aveva affermato che “il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma” (*Dejure*, 6). *Contra* Ichino 2017, 8 ss.

¹⁰⁸ Questa norma, d'altra parte, prende in considerazione anche il numero dei dipendenti o le dimensioni dell'impresa, legando la quantificazione del pregiudizio alle caratteristiche del datore di lavoro, che possono incidere sul risarcimento “esigibile”.

¹⁰⁹ Cavino 2018, 12, che richiama le tesi di Ichino 2017, 7.

economiche che sono legate allo stato di «disoccupazione involontaria» e non al licenziamento (che ne può costituire la mera «occasione»). E questo anche in considerazione del fatto che la Naspi non ha valore «compensativo» ma «assistenziale», perché serve a garantire, entro certi limiti, il sostentamento del soggetto privo di lavoro.

C) Un ulteriore aspetto di mancanza di «coerenza», «adeguatezza» e «proporzionalità» intrinseca della normativa, con violazione dell'art. 3 Cost., è sottolineato dal Tribunale, quando rileva che «l'indennità che il datore di lavoro dovrà pagare all'esito del giudizio è fissa, predeterminata e prescinde dalla gravità dell'illegittimità» (p. 5).

Si è sottolineato come l'automatismo legislativo (e cioè la predisposizione di una regola giuridica legata a parametri fissi e non modificabili) «sacrifica l'uguaglianza (intesa come a "ciascuno il suo") sull'altare della generalizzazione, in linea teorica contravvenendo [...] al divieto, anch'esso discendente dall'art. 3 Cost., di pareggiare situazioni che siano oggettivamente diverse»¹¹⁰. E, proprio per tale ragione, «la Corte costituzionale sottopone gli automatismi legislativi ad un rigoroso controllo di ragionevolezza»¹¹¹.

Nel caso di licenziamento per ragioni soggettive, l'indennità esclude qualsiasi giudizio di proporzionalità con il comportamento del dipendente – connotato al carattere disciplinare del recesso (art. 2106 c.c.) – ed è collegata esclusivamente agli anni di lavoro prestato¹¹². Una disciplina «razionale» dovrebbe graduare l'entità della sanzione in relazione alla valutazione complessiva dell'azione del lavoratore (sotto il profilo soggettivo, della esistenza di cause di giustificazione, del livello di responsabilità e della tipologia delle mansioni ecc.), in base agli elementi che la giurisprudenza considera come determinanti per la valutazione della legittimità del recesso. Inoltre, il risarcimento dovrebbe tenere conto anche della condotta del datore di lavoro in relazione alla gravità del fatto contestato, alla sua plausibilità, alla proporzionalità tra contestazione e sanzione ecc.¹¹³ Al contrario, nessuno di questi parametri viene previsto.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per il licenziamento economico. Anche in questo caso il risarcimento dovrebbe essere modulato in relazione alla maggiore o minore serietà della ragione organizzativa addotta, alla effettività della sua sussistenza, al suo carattere strutturale o congiunturale, alla mancata prova della impossibilità del *repechage* ecc. In sostanza, l'indennità dovrebbe essere commisurata alla diversità delle varie situazioni di ingiustificatezza del licenziamento, di cui si trova riscontro nell'art. 18 della l. n. 300/1970 (con la distinzione – peraltro infelice - tra «manifesta insussistenza» e «altre ipotesi», a cui corrispondono differenti regimi sanzionatori) e nella stessa elaborazione della dottrina¹¹⁴.

Mi sembra dunque, che, alla luce dell'orientamento rigoroso della stessa Corte costituzionale, «l'uguaglianza» sia effettivamente «sacrificata», perché vengono «pareggiate» «situazioni oggettivamente diverse».

In senso contrario si è affermato che la ragionevolezza delle differenze di trattamento deve essere valutata in relazione agli scopi ed alle giustificazioni della

¹¹⁰ Cartabia 2013, 12 ss.

¹¹¹ Cavino 2018, 15.

¹¹² *Contra* Ichino 2017, 6, che critica l'ordinanza in correlazione al fatto che l'indennizzo è modulato sull'entità del contenuto assicurativo del rapporto di lavoro. In realtà il carattere disciplinare del licenziamento non consente di escludere i principi propri delle sanzioni (art. 2106 c.c.), impedendo una valutazione solo in termini di «massimale assicurativo».

¹¹³ Ho sottolineato questi aspetti in Speziale 2016b, 135 – 136 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹¹⁴ Rinvio, sul punto, all'analisi da me fatta in Speziale 2013, 344 ss.

regola di volta in volta utilizzata. In questo contesto, legare l'indennità all'anzianità non è una misura irragionevole, in considerazione della finalità perseguita dal legislatore (consentire una dinamica che favorisca le assunzioni rendendo le imprese strutturalmente più competitive e proteggere il lavoratore non tanto nel rapporto quanto nel mercato del lavoro). Infatti, in tal modo si agisce sull'alea del processo e si consente di predeterminare i costi con un vantaggio per tutte le parti in termini di certezza del diritto. E questa situazione determinerebbe un beneficio alla organizzazione delle aziende ed anche in relazione alla tutela del lavoratore nel mercato. Tra l'altro, in coerenza con la tesi di un'autorevole dottrina¹¹⁵, si afferma che sarebbe controproducente collegare l'indennizzo alla situazione di bisogno o di difficoltà della singola persona. Infatti, tale scelta avrebbe l'effetto di aumentare il contenuto assicurativo a cui ha inderogabilmente diritto una persona con maggiori carichi di famiglia e maggiore età, finendo con condannarla a una minore appetibilità nel mercato del lavoro e riducendo la sua occupabilità¹¹⁶.

Ancora una volta si propone una lettura delle disposizioni costituzionali a tutela del lavoro esclusivamente in base alle categorie della *Law & Economics*, come dimostra, ad esempio, l'utilizzazione del concetto del «contenuto assicurativo» del contratto di lavoro. Ora, a prescindere o meno dalla sua fondatezza, è un approccio sicuramente parziale rispetto ai principi espressi dalla Costituzione sia in relazione alla tutela contro il licenziamento ingiustificato sia più in generale in rapporto al lavoro¹¹⁷. Senza dimenticare che se il giudizio di costituzionalità, secondo l'interpretazione qui criticata, dovesse essere espresso in relazione solo ad obiettivi economici (incremento dell'occupazione e aumento della competitività del sistema delle imprese), i risultati ottenuti dal d.lgs. 23/2015 non sono tali da consentire un giudizio positivo in relazione alla «adeguatezza, pertinenza, proporzionalità [e] coerenza delle disposizioni»¹¹⁸.

Comunque, a prescindere da tali aspetti, non va dimenticato che, in presenza di un automatismo legislativo, è necessario un controllo più rigoroso di «ragionevolezza». In tale contesto, ci si chiede come sia possibile «appiattare» il regime sanzionatorio su un aspetto (l'anzianità di servizio) che è del tutto indifferente in relazione al comportamento delle parti (nel licenziamento disciplinare) o rispetto alle esigenze economiche ed organizzative delle imprese (recesso per giustificato motivo oggettivo). Si è in presenza, evidentemente, di una «contraddittorietà intrinseca della legge» (C. cost. n. 86 del 2017) connessa alle stesse finalità da essa perseguite.

Non si vede, poi, come la predeterminazione esatta dell'indennizzo possa essere positiva – sotto il profilo della certezza del diritto – per l'impresa e per il lavoratore. Per quanto riguarda il datore di lavoro, indubbiamente la esatta quantificazione del *firing cost* gli consente di prevedere con esattezza il «costo dell'inadempimento» (inteso come individuazione preventiva degli effetti economici del licenziamento ingiustificato). Ma non si comprende come tale situazione possa agevolare il lavoratore, nella misura in cui l'indennità «certa» è del tutto inadeguata a compensarlo del pregiudizio subito. Non mi sembra poi che il giudizio di «ragionevolezza» possa essere svolto solo in termini di «occupabilità» e senza valutare il contenuto in sé e per sé considerato della protezione contro il licenziamento ingiustificato, alla luce della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di recesso e, più in generale, in tema di tutela del lavoro (§ 4 e 5).

¹¹⁵ Ichino 2017, 7.

¹¹⁶ Cavino 2018, 16 - 17.

¹¹⁷ Cfr. *retro* §§ 4 e 5.

¹¹⁸ V. *retro* § 3, testo e nt. 31 e § 4, testo e nt.76.

D'altra parte, anche in una prospettiva di maggiore possibilità per il lavoratore di trovare una nuova occupazione, sembra difficile ritenere che un potenziale maggiore costo connesso all'incremento dell'indennità di licenziamento possa essere un criterio che scoraggi la possibile assunzione di un lavoratore. E questo in base alla semplice considerazione che la costituzione di un contratto di lavoro non viene effettuata in relazione al *firing cost* (che è un evento futuro ed incerto) ma in base a fattori quali le esigenze di lavoro delle imprese, le qualità soggettive e professionali del lavoratore, il costo del lavoro connesso al contratto (e non alla sua interruzione) e così via. Inoltre, evitare di graduare l'indennità di licenziamento in relazione alla situazione di bisogno o alle caratteristiche individuali (con riferimento, ad es., ai carichi di famiglia o all'età) significherebbe penalizzare soggetti più deboli nel mercato del lavoro. In tal modo, in sostanza, si accrescerebbe la loro situazione di minor forza invece di ridurla, con un vero e proprio fenomeno di «discriminazione alla rovescia» (perché si colpiscono soggetti che, per la loro debolezza, sono generalmente più protetti nel contratto e nel mercato del lavoro).

D) L'ordinanza sottolinea che l'indennità risarcitoria, oltre ad avere natura compensativa, svolge una funzione dissuasiva e sanzionatoria, analogamente ad altri istituti lavoristici (art. 18 l. n. 300/1970; art. 32 l. n. 183/2010) ed in coerenza con le acquisizioni raggiunte dalla giurisprudenza in tema di risarcimento del danno¹¹⁹. Il Tribunale rileva, peraltro, come la «quantificazione irrisoria» dell'indennità non consente ad essa di avere effettiva efficacia deterrente e sanzionatoria e, al contrario, «si risolve in un incentivo all'inadempimento». E quindi, anche nella logica della *Law and Economics*, che ha ispirato la riforma del 2015, è stato introdotto un *firing cost* tale da non assicurare una effettiva protezione al lavoratore e da non scoraggiare comportamenti opportunistici dell'impresa (pp. 5 – 6). Non a caso, continua l'ordinanza, la «XI Commissione Lavoro del Parlamento», nella seduta del 17 febbraio 2015, aveva raccomandato di «incrementare la misura minima e massima dell'indennizzo economico dovuto al lavoratore», con un invito che è stato «del tutto disatteso dal Governo» (p. 7).

Non è possibile, in questa sede, una disamina approfondita di come la decisione utilizzi i principi propri dell'analisi economica del diritto. Indubbiamente, particolarmente per i lavoratori con bassa anzianità di servizio, l'indennità non può svolgere la tipica funzione sanzionatoria e deterrente che è riservata al risarcimento del danno per il licenziamento illegittimo. Il che costituisce espressione di una ulteriore dimostrazione della «inadeguatezza» della tutela e della sua intrinseca irragionevolezza rispetto al parametro dell'art. 3 Cost. D'altra parte, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in tema di licenziamenti collettivi e discriminatori, l'indennizzo monetario deve essere «adeguato, effettivo e dissuasivo»¹²⁰, in modo da costituire «*efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento al danno sofferto dalla vittima*»¹²¹. E, quindi, anche in relazione a tali principi che costituiscono ormai «diritto

¹¹⁹ Cass., S.U., n. 9100/2015; Cass., S.U., 5.7.2017, n. 16601.

¹²⁰ Orlandini 2012, 639.

¹²¹ M. T. Carinci 2012, 33. Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, si veda la recente sentenza *Camacho* (17 dicembre 2015, causa C -407/14), secondo cui, in caso di discriminazione fondata sul sesso, il risarcimento in denaro «deve essere adeguato, nel senso che deve consentire un'integrale riparazione del danno effettivamente subito a seguito del licenziamento discriminatorio, sulla base delle pertinenti norme nazionali» (punto 33, con citazione di altri precedenti della Corte).

vivente» dell'Unione Europea, la irragionevolezza della disciplina è ancora più indiscutibile, in considerazione della «supremazia» dell'ordinamento giuridico della UE.

Le considerazioni espresse dal Tribunale sono state criticate. In relazione alla mancanza del carattere dissuasivo della indennità, tale elemento dovrebbe essere valutato anche prendendo in considerazione la somma imposta a carico del datore di lavoro in caso di licenziamento, diretta a finanziare la Naspi. Tale importo, infatti, «certamente acuisce l'effetto dissuasivo della disciplina del licenziamento»¹²².

In verità, il contributo non è dovuto in tutti i casi di licenziamento (ad es. in caso di recesso effettuato in conseguenza di cambi di appalto con riassunzione presso altro datore di lavoro a seguito dell'applicazione di clausole sociali che garantiscano la continuità dell'occupazione)¹²³. Inoltre, per i recessi individuali, esso è «pari al 41 per cento del massimale mensile ASpi [*ndr*: ora NaSpi] per ogni dodici mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni» (art. 2, c. 31, l. 92/2012). Per l'anno 2018, la somma prevista è pari a circa Euro 538 per anno, sino ad un massimo di circa 1615 Euro per tre anni¹²⁴. Si tratta, come ben si vede, di somme del tutto irrisorie, che certamente non sono in grado di svolgere alcun effetto dissuasivo.

9. La violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto dell'indennità risarcitoria con l'art. 30 della Carta di Nizza e con la Convenzione ILO n. 158/1982.

Il Tribunale, in base al principio secondo cui, ai sensi dell'art. 117 Cost., il legislatore è vincolato alle regole imposte dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali (che assumono il ruolo di "norme interposte"), ritiene che il risarcimento del danno previsto dal d.lgs. 23/2015 sia in contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza, con la Convenzione ILO n. 158/1982 e con l'art. 24 della Carta Sociale europea. Il richiamo alle diverse fonti a cui ha fatto riferimento l'ordinanza richiede l'analisi separata di ciascuna di esse.

In relazione all'art. 30 della Carta di Nizza, una parte della dottrina ha sostenuto che l'esiguità dell'indennità risarcitoria non garantirebbe il «contenuto essenziale» del diritto alla tutela contro il licenziamento, così come previsto dall'art. 52 della Carta stessa¹²⁵. Sul punto va detto preliminarmente che, per giurisprudenza costante della CGE, la violazione delle norme del Trattato può essere fatta valere dinanzi alla Corte soltanto nel caso in cui vi sia una fonte normativa europea che espressamente disciplini la materia (ad es. Regolamento o Direttiva)¹²⁶. Nel nostro caso, anche se la materia dei licenziamenti è tra quelle di competenza dell'Unione, ai sensi dell'art. 153 del Trattato sul Funzionamento della UE¹²⁷, l'unica Direttiva esistente riguarda i licenziamenti collettivi e non quelli individuali.

¹²² Cavino 2018, 12.

¹²³ Si rinvia, per l'esame dei vari casi di esclusione, alla Circolare Inps n. 44 del 22 marzo 2013.

¹²⁴ Per l'individuazione del massimale mensile di indennità Naspi per il 2018, pari ad Euro 1313, 40, cfr. la Circolare Inps n. 19 del 31 gennaio 2018, 5.

¹²⁵ Perulli 2015a, 32. Dubbi sono stati espressi anche da Marazza 2015, 326 – 327.

¹²⁶ Si veda, da ultimo, Cgce 5.2.2015, *Poclava*, causa C-117/14, punti 27 ss. In senso analogo Cester 2017, 1023. La «rigidità» della giurisprudenza della Corte di Giustizia su tale aspetto è analizzata da Pedrazzoli 2017, 588 – 589. *Contra* Buffa 2015, 43 ss.; Di Michele 2015, 41 ss.

¹²⁷ Il comma 1, lettera d), di questa disposizione, infatti, include la «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro» tra le materie nelle quali l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri. In senso contrario, Giubboni, 2015, 22.

In verità vi sono opinioni che ritengono applicabile l'art. 30 nonostante l'assenza di una direttiva¹²⁸. E, in tal senso, si è espressa anche la Corte costituzionale, secondo la quale «questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»¹²⁹. Sembrerebbe, dunque, che, ai fini della utilizzazione dell'art. 30 della Carta di Nizza quale «norma interposta» non vi siano particolari difficoltà.

Il problema in realtà è un altro. L'art. 30 ha una dizione assai generica, che apparentemente rende difficile un giudizio di adeguatezza tra risarcimento e protezione contro il recesso¹³⁰. Tuttavia si può affermare che l'esiguità dell'indennità risarcitoria finisce inevitabilmente per incidere proprio sul contenuto essenziale del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Infatti, un ammontare così ridotto rende irrilevante la protezione garantita al lavoratore sia in relazione all'effetto dissuasivo che (non) è in grado di svolgere, sia in rapporto all'entità del risarcimento, privo di un reale contenuto compensativo della perdita del posto di lavoro (anche in considerazione del rilievo costituzionale della disciplina limitativa dei licenziamenti). La questione della violazione dell'art. 117 Cost. potrebbe dunque porsi.

La Convenzione OIL n. 158 del 1982, invece, all'art. 10 stabilisce che, qualora il reintegro non sia possibile, il datore di lavoro dovrà essere condannato al «versamento di un indennizzo adeguato o [di] ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata». Non mi sembra che questa disposizione abbia un grado di «vaghezza» pari a quella dell'art. 30 della Carta di Nizza¹³¹. Tuttavia, la Convenzione non è stata ratificata dall'Italia e non dovrebbe quindi essere vincolante per il nostro Paese, almeno secondo l'opinione prevalente¹³².

10. La violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto dell'indennità risarcitoria con l'art. 24 della Carta Sociale Europea.

Il Tribunale, tuttavia, ritiene che la fonte sovranazionale che maggiormente pone un problema di legittimità costituzionale, quale «norma interposta», sia l'art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE)¹³³. Questa disposizione, al comma 1, lettera b), prevede

¹²⁸ Si vedano le osservazioni di Pedrazzoli 2017, 597 – 598; Buffa 2015, 43 ss.; Di Michele 2015, 41 ss. In generale, sui problemi connessi all'applicazione della Carta di Nizza, cfr. Ziller 2017, 1043 ss.

¹²⁹ C. cost. n. 269 del 2017, punto 5.2 della parte in Diritto.

¹³⁰ In tal senso Marazza 2015, 327; Pedrazzoli 2017, 580; Buffa 2015, 43; Speciale 2016b, 139; Fontana 2016, 77 ss.; Cester 2017, 1026; Cavino 2018, 17. La disposizione, infatti, afferma «il diritto di ogni lavoratore alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». Al contrario di quanto affermato dal Tribunale di Roma, l'art. 30 non fa alcun riferimento ad «una adeguata tutela».

¹³¹ Cavino 2018, 18.

¹³² Cfr. Pedrazzoli 2017, 578 ss.; Bianchi 2008, 3 ss., con ampi riferimenti dottrinari sulle diverse interpretazioni che, dopo la riforma dell'art. 117 Cost. e la sentenza della C. cost. n. 348/2007, ritengono un trattato internazionale direttamente vincolante solo a seguito di legge di ratifica.

¹³³ La Carta è stata sottoscritta a Torino il 18 ottobre 1961 e poi emendata a Strasburgo il 3 maggio 1996. E' entrata in vigore il 26 febbraio 1965 (dal 1° luglio 1999 nella versione modificata). Il Protocollo addizionale alla Carta sociale europea che prevede un sistema di reclami collettivi – di grande importanza, come si vedrà – è stato reso esecutivo dall'Italia con la legge 28.11.1997, n. 298. L'intera Carta, nella sua ultima versione, è stata ratificata e resa esecutiva dall'Italia con la legge 9.2.1999 n. 70. L'art. 2 di quest'ultima normativa prevede il recepimento

che «per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti si impegnano a riconoscere [...] il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

Il Protocollo aggiuntivo alla CSE ha previsto un «Comitato di esperti indipendenti», che ha attualmente assunto il nome di «Comitato Europeo dei Diritti Sociali» (CEDS). Tale organismo ha il compito di vigilare sulla corretta applicazione della Carta ed è composto da «15 esperti indipendenti eletti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per un periodo di sei anni rinnovabili una sola volta»¹³⁴. Il Comitato svolge le sue funzioni di controllo, in primo luogo attraverso l'esame dei Rapporti nazionali con cui gli Stati aderenti danno conto della attuazione delle disposizioni della CSE, con l'emanazione di *conclusioni*, che impegnano gli Stati aderenti¹³⁵. Il secondo sistema di controllo è quello dei *reclami collettivi*, presentati da soggetti diversi, tra cui le organizzazioni sindacali. Il reclamo può «avere ad oggetto le legislazioni nazionali e le relative prassi applicative»¹³⁶, di cui si lamenta la mancata conformità alle regole della Carta. Dopo un giudizio preventivo di ammissibilità, «una procedura di dialogo con il Paese interessato basata su uno scambio di documentazione scritta tra le parti» ed eventualmente anche una udienza pubblica, il Comitato emette una decisione. Essa viene inviata «alle parti interessate e al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sotto forma di un rapporto, reso successivamente pubblico entro quattro mesi dall'invio. Il Comitato dei Ministri adotta quindi una risoluzione, in cui, se lo ritiene opportuno, può raccomandare allo stato di prendere specifiche misure per portare la situazione in linea con la Carta sociale europea»¹³⁷.

Si è sottolineato come, in relazione alle decisioni sui reclami collettivi, il CEDS abbia una struttura «quasi giurisdizionale», in considerazione della sua composizione (membri indipendenti), del carattere processuale del contraddittorio tra le parti e del giudizio finale (controllo di ammissibilità, udienza pubblica, atti difensivi scritti, struttura e stile argomentativo delle decisioni ecc.)¹³⁸. E, anche se, come si vedrà, non è possibile equiparare le decisioni del Comitato ad una sentenza di una Corte internazionale, mi sembra improprio poter affermare che si sarebbe in presenza di una «dottrina» (intesa come opinione estranea alla funzione giurisdizionale)¹³⁹, mentre è assai più opportuno parlare di una vera e propria «giurisprudenza»¹⁴⁰.

Il Tribunale di Roma, in relazione all'art. 24 della Carta Sociale, valorizza le decisioni assunte dal Comitato (CEDS) che «pur dando atto che la misura può anche non essere di natura ripristinatoria bensì meramente indennitaria, ha statuito che il ristoro deve essere adeguato (dal punto di vista del lavoratore) e dissuasivo (dal punto di vista del datore di lavoro) e dunque, in sostanza, costituisce conferma a livello internazionale di quanto sin qui detto». Il Tribunale esamina poi alcune recenti decisioni del Comitato che definiscono, in relazione a casi concreti, i concetti sopra esposti (su cui tornerò in seguito) e, alla luce di tali precedenti, arriva alla conclusione della insufficienza dell'indennità prevista dal d.lgs. 23/2015.

nell'ordinamento nazionale del testo integrale della CSE, senza alcuna limitazione (che era una delle opzioni consentite dalla fonte sovranazionale).

¹³⁴ Borlini, Crema, 2018, 3.

¹³⁵ Borlini, Crema, 2018, 3. Su tale funzione vedi anche Cavino 2018, 18; Panzera 2017, 1 ss.; Fontana 2016, 13 ss. Sugli obblighi giuridici scaturenti dalle decisioni del Comitato v. anche *infra* in questo §, testo e nt. 158.

¹³⁶ Cavino, 2018, 18, nt. 39.

¹³⁷ Borlini, Crema, 2018, 4; Cavino 2018, 18 – 19.

¹³⁸ Panzera 2017, 4, nt. 11; 16 ss. In tal senso anche Borlini, Crema, 2018, 12 – 13.

¹³⁹ Cavino 2018, 18.

¹⁴⁰ Panzera 2017, 15 ss. Sulla Carta Sociale Europea, oltre agli a. citati nelle note precedenti, cfr. Panzera 2011, 1 ss.; Oliveri 2008, 509 ss.; Guiglia 2013, 1 ss.; Mola 2013, 206 ss.; Liberali 2017, 5 ss.

Il giudice è consapevole che «nella Carta Sociale manca una Corte con poteri analoghi a quelli che, a tutela dei diritti umani, sono attribuiti alla Corte di Strasburgo, in grado cioè di esercitare una vera e propria giurisdizione». «Nondimeno, la Carta Sociale deve essere considerata, al pari della CEDU, quale fonte interposta (ed in tal senso Corte Cost. n. 178/2015): in ogni caso, come accennato, la ritenuta violazione di principi sopranazionali vale a supportare la valutazione del contrasto della normativa in esame con gli artt. 3, 4 e 35 Cost. [...] e della violazione dell'impegno a promuovere gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro (terzo comma dell'art. 35)» (pp. 8 – 10).

La qualificazione della Carta Sociale Europea come «norma interposta» ai fini del giudizio ai sensi dell'art. 117 Cost. è stata a lungo tempo oggetto di discussione. In realtà, tale conclusione era in qualche misura inevitabile dopo le sentenze gemelle 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale relative alla CEDU e la stretta correlazione di quest'ultima con la Carta Sociale, sia dal punto di vista dei contenuti, sia per quanto attiene alla struttura delle due fonti sovranazionali (Trattati internazionali recepiti dall'Italia)¹⁴¹. La Corte costituzionale aveva già manifestato l'opinione sul valore che la Carta poteva assumere a questi fini¹⁴², anche se i riferimenti in materia non erano molti¹⁴³.

In tempi recenti, tuttavia, la Corte si è espressa in modo netto, sottolineando innanzitutto come la Carta ha un collegamento strutturale con la CEDU, di cui costituisce il completamento in relazione ai diritti sociali¹⁴⁴. Pertanto «per queste sue caratteristiche la Carta, dunque, deve qualificarsi come fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Essa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta»¹⁴⁵.

Il Tribunale, come si è visto, attribuisce particolare rilievo alla interpretazione dell'art. 24 della Carta da parte del CEDS (e su tale aspetto si tornerà in seguito). Tuttavia anche la stessa formulazione letterale di questa disposizione, pur mancando una esatta predeterminazione del *quantum* risarcitorio, consente di individuare un criterio interpretativo sulle caratteristiche dell'indennità dovuta in caso di licenziamento ingiustificato. La norma, infatti, parla di «un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione». In primo luogo il termine «congruo» impone che l'entità economica deve essere *di per sé* di una certa misura e non potrà mai avere un valore simbolico o irrisorio. Il che, a ben vedere, non è certamente la caratteristica di quanto previsto dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. 23/2015, particolarmente nei primi anni di vigenza del contratto. L'ammontare dell'indennità, infatti, è così ridotto da non poter mai avere l'adeguatezza richiesta da questa disposizione.

Ma vi è un ulteriore elemento, sempre connesso alla formulazione letterale, che rafforza l'opinione espressa. L'art. 24, attraverso la disgiuntiva «o» fa chiaramente

¹⁴¹ Ho espresso queste mie considerazioni in Speciale 2016b, 141 ss. Lo stretto rapporto tra CEDU e Carta Sociale Europea è stato recentemente ribadito da C. cost. n. 120/2018, punto 10.1 (v. *infra* nel testo). Tuttavia la tesi era stata già sostenuta dalla dottrina costituzionalista.

¹⁴² Ad esempio, con le sentenze n. 175/2015 e 46 del 2000 (quest'ultima relativa ai licenziamenti).

¹⁴³ Cfr., sul punto, Liberali 2017, 5 ss.; Guiglia 2013, 29 ss.; Fontana 2016, 2 ss.

¹⁴⁴ Se la CEDU, infatti, «ha inteso costituire un “sistema di tutela uniforme” di diritti fondamentali civili e politici (sentenza n. 349 del 2007), la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo» (C. cost. n. 120 del 2018, punto 10.1 della parte in Diritto).

¹⁴⁵ C. cost. n. 120 del 2018, secondo capoverso del punto 10.1 della parte in Diritto.

intendere che l'indennizzo è un equivalente funzionale di «altra adeguata riparazione». In tutte gli ordinamenti giuridici dei paesi europei, i regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo si fondano o su forme di risarcimento del danno o su tecniche di tipo ripristinatorio (riassunzione/reintegra). E questo spiega perché la Carta Sociale, in coerenza con tale situazione, li preveda in via alternativa, in conformità alla realtà giuridica comune a molte discipline nazionali. In questo contesto il «congruo indennizzo» deve svolgere una funzione se non identica quantomeno analoga alle forme diverse di «riparazione». Il che implica che esso deve avere una elevata consistenza economica che ne consenta l'accostamento alla reintegra/riassunzione, al fine di svolgere la medesima finalità deterrente e risarcitoria. La giurisprudenza del CEDS in materia si fonda *anche* su tale equivalenza. In tempi recenti il Comitato ha ricordato che il lavoratore licenziato illegittimamente deve avere «adequate compensation». In tale contesto i «compensation systems» «sono considerati appropriati, se essi includono quanto segue:

- il rimborso delle perdite finanziarie subite dalla data del licenziamento sino a quella dell'organo che decide la controversia;
- la possibilità della reintegrazione;
- un risarcimento ad un livello elevato tale da dissuadere il datore di lavoro e da risarcire i danni subiti dal lavoratore»¹⁴⁶.

La motivazione adottata dimostra lo stretto collegamento tra risarcimento e reintegrazione, in piena aderenza con quanto testualmente scritto nell'art. 24. Mi sembra dunque evidente che, *anche a prescindere dalla stessa giurisprudenza del Comitato*, è lo stesso contenuto dell'art. 24 ad imporre un indennizzo che sia certamente superiore a quello molto modesto previsto dall'art. 3, comma 1, del d.lgs 23/2015.

La giurisprudenza della CEDS non è dunque *il solo* elemento che possa dimostrare la incostituzionalità dell'indennità prevista dal decreto delegato, ricavabile anche dal testo della disposizione. Non vi è dubbio, peraltro, che l'interpretazione adottata dal Comitato sia pienamente confermativa di tale conclusione. Il CEDS, infatti, ha ribadito che «il risarcimento per il licenziamento illegittimo deve essere allo stesso tempo proporzionato rispetto alla perdita sofferta dalla vittima e sufficientemente dissuasivo per i datori di lavoro. Qualsiasi limite massimo al risarcimento che impedisce che i danni siano commisurati al pregiudizio subito e che non abbia un carattere sufficientemente dissuasivo è proibito»¹⁴⁷. Il principio descritto ha carattere generale ed è stato più volte espresso dal Comitato¹⁴⁸. Esso è stato recentemente ribadito con la decisione, già analizzata, del 31 gennaio 2017, riferita alla Finlandia e ampiamente descritta nell'ordinanza del Tribunale, dove si è censurato il tetto massimo risarcitorio di 24 mesi¹⁴⁹. Il semplice confronto tra i principi descritti e il contenuto del d.lgs. n. 23/2015 ne rende evidente il contrasto. In tal caso, inoltre, il conflitto è riferito anche alla previsione, nell'art. 3, comma 1, di un ammontare massimo di risarcimento di 24 mesi e si estende all'intera disciplina e non solo a quella prevista per i primi anni di servizio.

A seguito di un reclamo collettivo presentato dalla CGIL in relazione alla riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la legge. 92/2012, il Comitato ha richiesto delle precisazioni, visto che la nuova disciplina pone limiti massimi al risarcimento e, nel

¹⁴⁶ European Committee of Social Rights, Finnish Society of Social Rights v. Finland, Complaint n. 106/2014, Decision January 31 2017, p. 13.

¹⁴⁷ European Committee of Social Rights 2012 (Finland), 41.

¹⁴⁸ Cfr. Orlandini, 2012, 636 e Speciale, 2013, 314, con riferimento a paesi che sono stati censurati perché pongono limiti massimi al risarcimento del danno per licenziamento illegittimo. Si veda anche Cavino 2018, 19 ss.

¹⁴⁹ European Committee of Social Rights 2017 (Finland), 13 ss. (con commento di Buffa 2017, 1 ss.).

frattempo, ha espresso la propria «riserva»¹⁵⁰. Il 31 maggio 2018 il Governo francese ha depositato una memoria in relazione al reclamo del sindacato, motivando la propria azione con la riforma introdotta in quel Paese ed ispirata alla legislazione italiana. La Francia ritiene che il Comitato «non ha mai affermato che la determinazione del limite massimo all'indennità sia di per sé inadeguata a prescindere dalla legislazione complessivamente considerata; inoltre la fissità della misura in relazione all'anzianità di servizio rappresenta uno dei tanti criteri che il legislatore può adottare per garantire con misure certe il diritto del lavoratore ad una tutela adeguata. Quanto invece alla dissuasività il Governo francese ricorda che quella fissità non vale di per sé a rendere lo strumento meno efficace, posto che la sanzione per il datore di lavoro non consiste nell'incertezza intorno alla misura dell'indennità da corrispondere, ma nel dovere di corrisponderla»¹⁵¹. Tali argomenti sono stati considerati come «condivisibili [...] ma [essi] difficilmente potranno essere accolti dal Comitato che pare ancorato ad una concezione della tutela del lavoratore nel rapporto e non nel mercato del lavoro, rispetto alla quale il potere discrezionale del giudice nella determinazione della misura dell'indennità prevista riveste una importanza notevole»¹⁵².

Ora, a parte quanto si è già detto sulla tutela nel mercato del lavoro (§ 4), è l'art. 24 della Carta a prevedere una protezione contro il licenziamento ingiustificato, che certamente non può essere «espunta» dall'ordinamento, quasi che si trattasse di una disciplina ormai superata e non più attuale. Per quanto attiene, poi, alle osservazioni del Governo francese, il Comitato si è più volte espresso in relazione alla illegittimità di limiti massimi del risarcimento che non siano tali da garantire l'effettivo pregiudizio subito. D'altra parte sia la disciplina dell'art. 18 della l. 300/1970, sia quella del d.lgs. n. 23/2015 sono assolutamente inequivocabili nello stabilire che il danno patrimoniale subito trova *esclusivo* risarcimento nelle indennità ivi previste, senza possibilità di richiedere pregiudizi ulteriori connessi alla perdita del posto di lavoro. Con la conseguenza che questi ultimi non troverebbero alcuna forma di tutela per equivalente in primo luogo in relazione alle conseguenze dannose derivanti dalla perdita delle retribuzioni quando l'indennità forfettizzata non sia in grado di risarcirle. Tale situazione può verificarsi in molte ipotesi, quando, ad es., il giudizio che porta alla liquidazione dell'indennizzo abbia durata molto più lunga del tempo in cui si è persa la retribuzione (evenienza oggi sicuramente più frequente in considerazione della durata ordinaria del processo del lavoro e della impossibilità di avere un rito accelerato come quello previsto dalla legge Fornero). Oppure, quando il periodo temporale necessario a trovare un'altra occupazione sia più lungo dei mesi di salario erogati a titolo di indennità. E tali conclusioni sono ovviamente estensibili anche eventuali danni patrimoniali ulteriori (ad es., interessi bancari non pagati, canoni di locazione non corrisposti ecc.). Per tale ragione il riferimento del Governo francese alla «legislazione complessivamente considerata» - che sottintende la possibilità di ottenere, con discipline ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa sui licenziamenti, il risarcimento di tutti i pregiudizi effettivamente subiti - non è nel nostro caso rilevante. Le tutele risarcitorie previste dall'art. 18 ed anche e soprattutto dal d.lgs. n. 23/2015 hanno natura «onnicomprensiva» e non lasciano spazio a forme compensative diverse, fondate sul regime ordinario della responsabilità contrattuale o di quella extracontrattuale¹⁵³.

¹⁵⁰ Si rinvia, sul punto, a Cavino 2018, 18 ss.

¹⁵¹ Cavino 2018, 20.

¹⁵² Cavino 2018, 20.

¹⁵³ Il discorso può essere diverso per i danni non patrimoniali (morale, all'immagine, esistenziale ecc.). Anche se, come è noto, a parte il caso del licenziamento «ritorsivo» o effettuato con modalità «ingiuriose» - che costituiscono ipotesi non particolarmente diffuse - la concreta possibilità di dedurre e provare queste tipologie di pregiudizi è assai remota e non trova mai adeguata compensazione.

La stessa giurisprudenza del CEDS si è espressa in tal senso. Nella recente decisione del 31 gennaio 2017, relativa alla Finlandia, tra gli argomenti a sostegno della legittimità della disciplina censurata si era affermato che, oltre al risarcimento previsto dalla legislazione in tema di licenziamento, era possibile avere la liquidazione di danni ulteriori in base alla normativa antidiscriminatoria o sulla parità di trattamento tra uomini e donne o in base alla disciplina generale sul risarcimento del danno (*Tort Liability Act*). Il Comitato sottolinea come i «danni da discriminazione» non riguardano tutte le forme di licenziamento, ma solo quello discriminatorio. Inoltre, «*the Committee notes that the Tort Liability Act does not apply in all situations of unlawful dismissal, and may be only applicable in restricted situations. In particular, it notes that the Tort Liability Act does not apply in respect of contractual liability or liability provided for in another act, unless otherwise specified [...]. The Committee considers that the upper limit to compensation provided for by the Employment Contracts Act may result in situations where compensation awarded is not commensurate with the losses suffered. In addition, it cannot conclude that adequate alternative other legal avenues are available to provide a remedy in such cases. Therefore the Committee holds that there is a violation of Article 24 of the Charter*»¹⁵⁴.

Come è evidente il CEDS ha utilizzato argomenti che, con gli opportuni adattamenti, sono perfettamente applicabili al caso italiano. E questo in relazione, come si è visto, al carattere onnicomprensivo e non «congruo» dell'indennità di cui al d.lgs. 23/2015 rispetto all'art. 24 della Carta Sociale Europea, in coerenza con l'interpretazione del Comitato.

Il Governo francese, inoltre, in relazione al carattere dissuasivo o meno dell'indennità, ritiene che la sua esatta predeterminazione «non vale di per sé a rendere lo strumento meno efficace, posto che la sanzione per il datore di lavoro non consiste nell'incertezza intorno alla misura dell'indennità da corrispondere, ma nel dovere di corrisponderla». In realtà, l'effetto di deterrenza non è certamente escluso dall'ammontare predefinito dell'indennità e dall'obbligo di corrisponderla in presenza di un recesso ingiustificato. Tuttavia, come sottolinea il Comitato, tale funzione è connessa ad «un risarcimento ad un livello elevato tale da dissuadere il datore di lavoro». E, nel caso italiano, è proprio questo il presupposto mancante, per la chiara esiguità dell'indennità.

Alla luce dei principi indicati dal CEDS sembra difficile poter escludere che la legislazione italiana del 2015 non violi l'art. 24 della Carta Sociale Europea.

11. *Il carattere vincolante o meno delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali.*

Vi è peraltro il problema di quale valore possa essere attribuito alle decisioni del CEDS.

Da questo punto di vista la recente sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2018 ha espresso una posizione precisa. Essa sottolinea come la CSE non contiene una disposizione come quella dell'articolo 32, paragrafo 1, della CEDU, che sancisce la competenza della Corte in tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione. Non vi è, inoltre, una norma come l'articolo 46 del medesimo testo che attribuisce valore vincolante alle sentenze definitive della Corte, con una «disposizione che fonda l'autorità di res iudicata delle sentenze rese dalla Corte EDU relativamente allo/agli Stato/Stati in causa ed alla controversia decisa dalla

¹⁵⁴ European Committee of Social Rights, Finnish Society of Social Rights v. Finland, Complaint n. 106/2014, Decision January 31 2017, p. 14.

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: «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* (ndr: corsivo mio), 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 costituzionali»¹⁵⁵.

In base a tale decisione si è subito affermato che vi sarebbe la piena coerenza tra la disciplina del d.lgs. 23/2015 e l'art. 117 della Costituzione, «secondo la lettura del diritto costituzionale del lavoro che abbiamo considerato nelle pagine precedenti»¹⁵⁶. La interpretazione della Costituzione a cui fa riferimento questo autore è stata già criticata in precedenza (§ 4 e ss.). Qui va osservato che, con questa conclusione, di fatto si elimina qualsiasi valore giuridico alla giurisprudenza della CEDS. Un risultato che, a ben vedere, non corrisponde neppure alle tesi della Corte costituzionale, che ne riconosce la autorevolezza e l'influenza che essa deve avere per risolvere il problema di compatibilità con l'art. 117 Cost.

La recente statuizione della Corte costituzionale sembra, in primo luogo, segnare una netta cesura tra contenuti dei due Trattati (CEDU e CSE) ed effetti giuridici degli organismi deputati al controllo della loro attuazione da parte degli Stati nazionali. Mentre sotto il primo profilo le due Carte sono pienamente equiparate quale espressione della garanzia di diritti fondamentali anche a carattere sociale e come «norme interposte» ai fini del giudizio di costituzionalità, le differenze sono rilevabili in relazione alle conseguenze scaturenti dalle decisioni degli organi di controllo. Infatti le sentenze della Corte EDU hanno valore di *res iudicata* che non può essere acquisita dalle pronunce della CEDS. E tale diversità impedirebbe di attribuire al Comitato, nella interpretazione della Carta, lo stesso valore di «diritto vivente» che è invece proprio delle decisioni CEDU.

In verità, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, il carattere di giudicato di queste sentenze è relativo solo alle parti in causa e non ha efficacia *erga omnes* se non in casi particolari¹⁵⁷. Pertanto quando non vi sono tali presupposti le decisioni della Corte Edu e del CEDS dovrebbero avere il medesimo valore di «precedente interpretativo autorevole» senza che se ne possano far discendere le conseguenze a cui la Corte costituzionale è pervenuta. Tra l'altro, questa è esattamente la situazione del d.lgs. 23/2015, che non è stato oggetto di alcuna decisione da parte del Comitato, le cui pronunce sono quindi equiparabili a quelle della Corte dei diritti umani relative a soggetti non coinvolti nella controversia su cui è stata espressa la statuizione.

In ogni caso, se non si volesse condividere tale impostazione, non è possibile ritenere che i principi enucleati dalla CEDS sia considerabili quali «pareri autorevoli» privi di effetti. La Carta Sociale Europea impone obblighi giuridici nei confronti degli Stati che l'hanno sottoscritta e ratificata. Ed infatti «se uno Stato non intraprende alcuna azione a seguito di una conclusione del Comitato europeo dei diritti sociali in cui viene indicata una non conformità con la Carta, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CM) adotta una risoluzione con la quale chiede allo Stato coinvolto di modificare la

¹⁵⁵ C. cost. n. 120 del 2018, punto 13.4 della parte in Diritto.

¹⁵⁶ Cavino 2018, 21.

¹⁵⁷ In realtà si assiste, in via interpretativa, alla tendenza ad estendere *ultra partes* gli effetti delle sentenze della CEDU, anche se si tratta di un processo non ancora compiutamente consolidato e riferito in particolare alle decisioni «pilota» e non a tutte le pronunce. Cfr. sul punto e per tutti, Gori 2015, 1 ss. (particolarmente 27 ss.).

situazione a livello del quadro normativo o adottando specifiche politiche pubbliche»¹⁵⁸. Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, regolato nel Protocollo addizionale alla Carta Sociale relativo ai reclami collettivi e reso esecutivo dall'Italia con la legge 28.11.1997, n. 298, va incluso tra le «misure per migliorare la concreta attuazione dei diritti sociali garantiti dalla Carta»¹⁵⁹. Esso è dunque uno *strumento di attuazione* della CSE. E non a caso si è sottolineato che «la Carta rientra sicuramente tra gli obblighi internazionali cui rinvia l'art. 117, c. 1, e questo consente alla stessa – se non abbassa il livello di tutela garantito dalla Costituzione – di prevalere sulla legislazione interna meno favorevole o di orientarne l'interpretazione. Se si accetta questa premessa, è poi difficile negare ogni rilievo alla “interpretazione eminente” fornita dall'organo creato apposta per garantire la Carta, poiché - lo si ribadisce – il rispetto di quell'interpretazione è parte integrante di un vincolo giuridico che è, insieme, internazionale (e nel rispetto delle condizioni sopra elencate) costituzionale»¹⁶⁰.

In definitiva, la mancanza di una disposizione come l'art. 46 della CEDU, rende le decisioni del Comitato meno «cogenti» rispetto agli effetti di un giudicato, eventualmente esteso anche *ultra partes*. Tuttavia questa situazione non consente di «degradare» le pronunce del CEDS a semplici opinioni di cui gli organi giurisdizionali nazionali (Corte costituzionale inclusa) possono non tenere conto in quanto non costituenti un vero e proprio «vincolo giuridico». Le statuizioni del Comitato, infatti, sono ugualmente obbligatorie sia perché trovano fondamento in un Trattato ratificato dall'Italia, sia perché destinate a garantire l'attuazione della Carta ed a invertere i principi in essa contenuti, con un meccanismo che è funzionalmente analogo a quello svolto dalla CEDU. Esse, dunque, al contrario di quanto sostenuto dalla Corte costituzionale, «vincolano i giudici nazionali nell'interpretazione della Carta» alla luce di obblighi scaturenti dal diritto internazionale *diversi* da un giudicato, ma non certo meno rilevanti.

La tesi qui espressa, come si è visto, attribuisce decisioni del CEDS un valore certamente superiore a quello enunciato dai giudici delle leggi con la sentenza n. 120 del 2018. Peraltro, se non si volesse accettare questa conclusione, non vi è dubbio che, sempre *sul piano strettamente interpretativo*, le pronunce del Comitato assumono comunque un rilievo determinante anche per ragioni differenti da quelle descritte.

In un'analisi diretta ad approfondire il ruolo dei «meccanismi internazionali di controllo», tra cui vanno inclusi anche i Comitati di Esperti previsto dalla CSE e da altri Trattati¹⁶¹, si sottolinea che tali meccanismi, senza eccezione, «assolvono alla funzione di garanzia di “integrità dei valori giuridici” dell'ordinamento giuridico internazionale “contro attività o fatti che potrebbero infrangerla”, che è propria dell'istituto. [...] Detto altrimenti, è nell'ambito della dialettica tra organo controllante e Stato controllato propria di tali meccanismi che essi possono contribuire a determinare il contenuto normativo delle disposizioni dei trattati oggetto della loro supervisione, contribuendo, di volta in volta, a dare significato concreto agli obblighi giuridici gravanti sullo Stato parte e, per tale via, nel caso dei trattati in materia di diritti umani, definire la portata dei diritti soggettivi da tali strumenti protetti e promossi»¹⁶². Ancora una volta, dunque, si rileva

¹⁵⁸ Borlini, Crema, 2018, 3.

¹⁵⁹ Le parole sopra citate sono contenute nelle Premesse del Protocollo, dove gli Stati membri si dichiarano «DETERMINATI ad adottare» le misure indicate nel testo.

¹⁶⁰ Panzera 2017, 32 – 33.

¹⁶¹ Borlini, Crema, 2018, 4 ss. Gli a. sottolineano che «nel settore dei diritti umani, numerosi meccanismi di questo tipo sono stati costituiti sia a livello universale, ad esempio nel contesto delle Nazioni unite o di istituti specializzati come l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), sia nel quadro di organizzazioni regionali con competenza nella materia in esame, come, appunto il Consiglio d'Europa»: 4. Nelle note vi è l'indicazione dei vari organismi a cui gli a. si riferiscono, ulteriormente analizzati nelle pp. 6 e ss.

¹⁶² Borlini, Crema, 2018, 6.

come i Comitati di Esperti (CEDS incluso) sono lo strumento effettivo di realizzazione dei principi espressi nei Trattati, definendo concretamente i contenuti dei diritti soggettivi da essi garantiti. Il che non può non attribuire alle loro decisioni un valore determinate a fini interpretativi.

Ma tale ruolo non deriva soltanto dalla funzione dei meccanismi di controllo appena descritta. Essa è anche legata alle regole sulle interpretazioni dei Trattati contenute negli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna¹⁶³. Tra le varie ipotesi previste dall'art. 31, nell'ambito della nozione di «contesto» all'interno del quale occorre ricostruire il significato del Trattato, vanno inclusi «a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato» (comma 2). A me sembra che il Protocollo addizionale alla Carta Sociale abbia le caratteristiche di accordo *a latere* diretto a garantire l'attuazione della CSE nel senso più volte spiegato e corrispondente, quindi, alle ipotesi a) e b) sopra descritte. Con la conseguenza che le decisioni del Comitato assumono il valore di elemento di «contesto» indispensabile per individuarne il significato.

Questa opinione non è condivisa da chi sostiene che il Protocollo non potrebbe svolgere tale ruolo perché l'art. 31 fa riferimento ad accordi o strumenti «sempre cronologicamente successivi e funzionalmente distinti dalla sua conclusione»¹⁶⁴. In verità, dal punto di vista cronologico il Protocollo (stipulato il 9 novembre 1995) è posteriore alla stipulazione originaria della CSE (18 ottobre 1961) e comunque distinto dalla versione emendata, sottoscritta il 3 maggio 1996. Ora, anche se esso è precedente all'ultima versione del Trattato, non mi sembra che tale elemento sia sufficiente a negare la sua distinzione formale rispetto al testo originario e la sua stretta funzionalità a individuare, tramite le decisioni sui reclami collettivi, la concreta attuazione della Carta Sociale. Anche perché la formulazione letterale del comma 2 dell'art. 31 non fa riferimento all'elemento cronologico di stipulazione dell'«accordo» o dello «strumento» bensì al suo collegamento funzionale con il Trattato. E tale requisito è certamente presente nel nostro caso.

Se, tuttavia, l'art. 31 della Convenzione di Vienna non si ritenesse applicabile nei commi descritti o in altre disposizioni in esso contenute¹⁶⁵, il rilievo interpretativo delle pronunce del CEDS potrebbe esser affermato ai sensi dell'art. 32 di questo Trattato. Questa disposizione, come si è visto, consente di fare riferimento a «mezzi

¹⁶³ Il contenuto di queste disposizioni è il seguente: **Art. 31 Regola generale per l'interpretazione:** 1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo. 2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato. 3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti. 4. Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti.

Art. 32 Mezzi complementari di interpretazione: si potrà ricorrere a mezzi complementari d'interpretazione, ed in particolare ai lavori preparatori ed alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il significato risultante dall'applicazione dell'articolo 31, che di definire un significato quando l'interpretazione data in base all'articolo 31: a) lasci il significato ambiguo od oscuro; o b) porti ad un risultato chiaramente assurdo o non ragionevole.

¹⁶⁴ Borlini, Crema 2018, 9.

¹⁶⁵ E' questa l'opinione di Borlini, Crema, 2018, 9 ss. (anche in relazione alla parte della disposizione che fa riferimento alla «prassi successiva seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo»: art. 31, comma 3, lettera b).

complementari di interpretazione» quando l'ascrizione di significato al testo effettuata ai sensi dell'art. 31 gli attribuisce un «senso ambiguo o oscuro». Tra questi strumenti «complementari» vanno inclusi i «lavori preparatori» e le «circostanze nelle quali il trattato è stato concluso». Si è rilevato come «la giurisprudenza internazionale più autorevole ha [...] da sempre incluso, sotto l'art. 32, ogni altra prassi che contribuisca anche solo a *confirmare* l'interpretazione raggiunta applicando le regole previste dall'art. 31 della CVDT»¹⁶⁶. E, attraverso l'analisi delle decisioni della Corte internazionale di giustizia, si sottolinea come essa abbia attribuito «*great weight to the interpretation adopted by [...] independent body*»¹⁶⁷.

In tale ambito si è affermato che «le decisioni prese da comitati tecnici preposti al monitoraggio e alla corretta esecuzione del trattato internazionale, come quelle del Comitato europeo dei diritti sociali della Carta Sociale Europea» assumono «un “grande peso” nell'interpretazione del trattato a cui si riferiscono, e (sono) rilevanti ex art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Ciò è tanto più vero perché, come accennato, soprattutto nel contesto delle procedure dei reclami collettivi, il CEDS ha assunto connotati “quasi giurisdizionali”, operando secondo parametri propriamente giuridici (alcuni mutuati dall'esperienza della CEDU), costruendo un importante corpo di precedenti “quasi giurisdizionali”, svolgendo, pertanto, una funzione autorevole nell'interpretazione delle norme contenute nella CSE, e valutando nel contempo la conformità del comportamento degli Stati negli impegni assunti»¹⁶⁸.

Si è già visto che l'art. 24 della CSE, pur consentendo di attribuire al «congruo indennizzo» un valore «adeguato» che sia tale da consentirne l'efficacia dissuasiva e quella compensatoria (§ 10), non individua con esattezza l'ammontare della somma spettante al lavoratore. In questo contesto, dunque, è possibile affermare che la disposizione possa essere di «difficile determinazione» e consenta quindi, ai sensi dell'art. 32 della Convenzione di Vienna, di utilizzare, come «mezzo complementare di interpretazione» le decisioni della CEDS¹⁶⁹.

E tale conclusione è ulteriormente rafforzata dal fatto che le decisioni del Comitato, per usare le parole della Corte costituzionale, trovano «conferma nei nostri principi costituzionali», in relazione al valore del lavoro nella nostra legge fondamentale, in generale e con particolare riferimento anche alla disciplina dei licenziamenti¹⁷⁰.

12. Gli effetti della riforma del d.lgs. n. 23/2015 conseguente all'emanazione del decreto legge «Dignità».

Il Governo si propone di introdurre alcune innovazioni in materia di lavoro intervenendo anche sulla disciplina dei licenziamenti individuali. Infatti, il decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 2 luglio 2018 (c.d. decreto «Dignità»), ancora in attesa di pubblicazione sulla G.U., modifica l'art. 3, comma 1, del d.lgs. 23/2015. La riforma consiste nell'innalzare il limite minimo e massimo dell'indennità risarcitoria, che, nel primo caso, viene elevata da 4 a 6 mesi e nella seconda ipotesi, viene incrementato da 24 a 36 mesi¹⁷¹.

¹⁶⁶ Borlini, Crema 2018, 11.

¹⁶⁷ Borlini, Crema, 2018, 11 – 12, che sottolineano come tale principio sia stato confermato anche in altri documenti internazionali (Report del 2004 della *International Law Association*; Conclusione n. 13 di Georg Nolte, quale Relatore speciale alla Commissione di diritto internazionale del 2016).

¹⁶⁸ Borlini, Crema, 2018, 12 – 13.

¹⁶⁹ Borlini, Crema, 2018, 13.

¹⁷⁰ V. *retro* § 4 e ss.

¹⁷¹ Art. 3, comma 1, del decreto, che modifica l'art. 3, comma 1, del d.lgs. 23/2015.

La modifica – se effettivamente entrerà in vigore - non influenza molte delle questioni di illegittimità costituzionale che sono state in precedenza esaminate, in considerazione della esiguità della indennità risarcitoria nei primi anni di anzianità di servizio. In ogni caso la nuova normativa, che non ha effetto retroattivo e si applicherà soltanto ai licenziamenti successivi alla entrata in vigore¹⁷², non può avere rilievo sul giudizio di costituzionalità in corso. Infatti, per costante giurisprudenza della Corte, l'abrogazione o la modifica della disposizione in contestazione, operando *ex nunc*, non esclude di per sé la rilevanza della questione, nella misura in cui la disposizione abrogata o modificata continui ad essere applicabile al processo *a quo*¹⁷³. L'art. 3, comma 1, del d.lgs 23/2015 (nella formulazione probabilmente tra poco abrogata) è la disciplina di tutte le ipotesi di licenziamenti comminati anteriormente alla modifica introdotta dal decreto legge. Essa, pertanto, non solo continua ad avere specifico rilievo nel procedimento in cui l'ordinanza del Tribunale di Roma ha sollevato la questione di costituzionalità, ma è la normativa che regola tutti i recessi effettuati prima della entrata in vigore della riforma. Il che rende del tutto attuale la questione di costituzionalità. Infatti, «per costante giurisprudenza, il sindacato costituzionale deve trovare spazio ove la norma, seppure successivamente abrogata o a efficacia temporale limitata, abbia prodotto effetti (sentenze n. 139 e n. 80 del 2017, n. 20 del 2012)»¹⁷⁴.

Forum di Quaderni Costituzionali

¹⁷² Art. 12, comma 1, del decreto.

¹⁷³ Per le sentenze in materia cfr. *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2017*, in [www.giurisprudenza costituzionale.it](http://www.giurisprudenza-costituzionale.it), 46 – 47.

¹⁷⁴ C. cost. n. 260 del 2017, punto 3 della parte in Diritto.

Riferimenti bibliografici

- Ballestrero M. V. (2015), *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 39 ss.
- Barile P. (1984), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna.
- Bavaro V., D'Onghia M. (2016), *Profili costituzionali del licenziamento nullo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 305, <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.
- Benvenuti M. (2009), *Lavoro (principio costituzionale del)*, *EGT*, XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1 ss.
- Bianchi G. (2008), *L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, c.1, della Costituzione*, in www.altalex.com, 1 ss.
- Boeri T., Garibaldi P. 2018, *Graded Security and Labor Market Mobility: Clean Evidence from the Italian Jobs Act*, in *WorkINPS Papers*, 10, in <http://www.inps.it>, 1 ss.
- Borlini L., Crema L. (2018), *Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale*, *Intervento al Seminario La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Ferrara, 28 giugno 2018, 1 ss. (dattiloscritto).
- Buffa F. (2015), *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione Giustizia*, 3, <http://www.questionegiustizia.it>, 41 ss.
- Buffa F. (2017), *Due decisioni importanti del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento*, in *Questione Giustizia*, in www.questionegiustizia.it, 22.3.2017, 1 ss.
- Carinci M. T. (2012), *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 <http://www.aidlass.it/convegni/archivio/congresso-2012>, 1 ss.
- Cariola A. (2006), *Art. 4*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino.
- Cartabia M. (2013), *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in <http://www.cortecostituzionale.it>, 1 ss.
- Casavola P. (1995), *La giustizia costituzionale nel 1994*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1 ss.
- Cavino M. (2018), *Il contratto a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale*, *Relazione al Seminario La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Ferrara, 28 giugno 2018, 1 ss. (dattiloscritto).
- Celentano C. (2015), *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in *RIDL*, I, 377 ss.
- Celotto A. (2006), *Art. 3, 1° co. Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 65 ss.
- Cerri A. (2016), *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *DP*, n. 2, 625 ss.

Cester C. (2017), *I licenziamenti nel Jobs Act*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, V, Wolters Kluwer – Cedam, 655 ss.

Chieco P. (2013), *Il licenziamento nullo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, Cacucci, 277 ss.

Corte Costituzionale (2009), *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1 ss.

Corte Costituzionale (2016), *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2016*, in www.cortecostituzionale.it, Documentazione, relazioni annuali, 1 ss.

Crisafi G. (2017), *Illegittimità consequenziale delle leggi e discrezionalità. Commento alla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale*, in AIC – Associazione italiana dei costituzionalisti, 3, in <http://www.osservatorioaic.it>, 1 ss.

D'Antona M. (1999), *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in RGL, 3, *Supplemento*, 17 ss.

Di Gaspare G. (2008), *Il lavoro quale fondamento nella Repubblica*, in DP, 2008, 863 ss.

Di Michele V. (2015), *La (in)compatibilità della riforma dei licenziamenti nel Jobs Act 2 nel prisma del diritto dell'Unione Europea*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 27 ss.

Fontana G. (2016), *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2, <http://www.costituzionalismo.it>, 77 ss.

Gentile G. (2015), *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 51 ss.

Ghera F. (2015), *Profili di costituzionalità del decreto legislativo n. 23/2015 in materia di contratto a tutele crescenti*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 20 ss.

Giorgis A. (2006), *Art. 3, 2° co, Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino.

Giubboni S. (2006), *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in WP C.S.D.L.E "M D'Antona", INT, 46, 1 ss.

Giubboni S. (2015), *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 246, <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.

Gori P. (2015), *Il ruolo del giudice ordinario dopo il parere della Corte di Giustizia C-2/13 del 18.12.2014, tra efficacia ed esecuzione delle sentenze CEDU*, in <http://www.europeanrights.eu>, 1 ss.

Groppi T. (2011), «*Fondata sul lavoro*». *La scelta della Costituzione*, in RTDPub, 2012, 665 ss. e in www.acli.it, 1 ss.

Guiglia G. (2013), *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 18, 1 ss.

- Iannuccilli L. (2008), *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*, in <https://www.cortecostituzionale.it>, 1 ss.
- Ichino P. (2017), *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in <http://www.pietroichino.it>, 3.8.2017, 1 ss.
- Liberali B. (2017), *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in *Federalismi.it*, 17, 1 ss.
- Loy G. (2009), *Una repubblica fondata sul lavoro*, in *DLRI*, 197 ss.
- Luciani M. (2008), *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, www.costituzionalismo.it, 1 ss.
- Luciani V. (2016), *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 391 ss.
- Ludovico G. (2018), *Contratto a tempo determinato versus contratto a tutele crescenti: gli obiettivi e i risultati del Jobs Act tra flessibilità e incentivi economici*, in *DRI*, p. 63 ss.
- Mancini G. F. (1975), *Art. 4*, in G. Branca (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma.
- Marazza M. (2015), *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2, 310 ss.
- Massa M. (2018), *Dubbi sull'ammissibilità della questione*, Intervento al Seminario *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Ferrara, 28 giugno 2018, 1 ss. (dattiloscritto).
- Massa Pinto I. (2012), *Costituzione e lavoro: totem e tabù*, *Costituzionalismo.it*, 3, in <http://www.costituzionalismo.it>, 1 ss.
- Mola L. (2013), *Carta sociale europea e riforme strutturali del mercato del lavoro in tempi di crisi economica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 206 ss.
- Morrone A. (2008), *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. Dir. – Annali*, II, 2, Giuffrè, Milano, 185 ss.
- Mortati C. (1975), *Art. 1*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna – Roma.
- Mortati C. (1991), *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova.
- Napoli M. (2008), *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Studi in onore di E. Ghera*, Cacucci, Bari, 2008.
- Oliveri F. (2008), *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazioni delle corti nazionali. La lunga marcia verso la effettività*, in *RDSS*, 509 ss.
- Onida V. (1997), *Le Costituzioni*, in G. Amato – A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna.
- Orlandini G. (2012), *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *DLRI*, 619 ss.
- Panzerà C. (2011), *Per i cinquant'anni della Carta Sociale Europea*, (dattiloscritto) 1 ss.

- Panzerà C. (2017), *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta Sociale Europea*, in *Rivista AIC – Associazione Italiana Costituzionalisti*, 1, 1 ss.
- Pedrazzoli M. (2017), *Art. 30 – Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in Mastroianni R., Pollicino, O., Allegrezza S., Pappalardo F., Razzolini O., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 570 ss.
- Perulli A. (2015), *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 3 ss.
- Perulli A. (2015b), *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *RIDL*, I, p. 413 ss.
- Pisani C. (2015), *Il nuovo regime delle tutele per il licenziamento ingiustificato*, in Pessi R., Pisani C., Proia G., Vallebona A., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 17 ss.
- Proia G. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in Pessi R., Pisani C., Proia G., Vallebona A., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 55 ss.
- Romagnoli U. (1975), *Art. 3, comma 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1975.
- Rescigno G. U. (2009a), *Lavoro e Costituzione*, in *DP*, 2009, 21 ss.
- Rescigno G. U. (2009b), *Il progetto consegnato nell’art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in E. Ghera - A. Pace (a cura di), *L’attuazione dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Roselli F. (2015), *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull’ordinamento costituzionale?*, in *Giust. Civ.*, 743 ss.
- Santoni F. (2015), *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23*, in Ferraro G. (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, *Quad ADL*, 14, Cedam, Milano, 113 ss.
- Scaccia G. (2000), *Gli strumenti di ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Sestito P., Viviano E. (2018), *Firing costs and firm hiring: evidence from Italian reform*, in *Economy Policy*, 33, p. 101 ss.
- Sorrentino F. (2011), *Eguaglianza*, Giappichelli, Torino.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *RIDL*, I, 521 ss.
- Speziale V. (2013), *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 305 ss.
- Speziale V. (2014), *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WPCSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 233, <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.

Speziale V. (2015), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 259, <http://csdle.lex.unict.it>, 1 ss.

Speziale V. (2016a), *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, In M.P. Iadicicco, V. Nuzzo (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, Quaderni della Rivista Diritti Lavori e Mercati, 2/2016, Napoli: Editoriale Scientifica: 33 ss.

Speziale V. (2016b), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, I, 111 ss.

Speziale V. (2017a), *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, II, 333 ss.

Speziale V. (2017b), *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per gmo: giurisprudenza e dottrina a confronto* (in corso di pubblicazione), Giappichelli, Torino, 1 ss.

Tullini P. (2013), *Art. 3 Cost.*, in R. De Luca Tamajo – O. Mazzotta (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova.

Varva S. (2015), *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica di giudizio*, Giappichelli, Torino.

Zagrebelsky G., Marcenò V. (2018), *Giustizia costituzionale*, II, Il Mulino, Bologna.

Ziller J. (2017), *Art. 51 – Ambito di applicazione*, in Mastroianni R., Pollicino O., Allegrezza S., Pappalardo F., Razzolini O., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1044 ss.

CORTE COSTITUZIONALE E CONTROLLO INTERNAZIONALE: QUALE RUOLO PER LA “GIURISPRUDENZA” DEL COMITATO EUROPEO PER I DIRITTI SOCIALI NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ DELLE LEGGI?

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La carta sociale europea. 3. Il Comitato europeo dei diritti sociali: un meccanismo “quasi-giudiziario” di controllo internazionale. 4. Gli effetti delle conclusioni e delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali. 5. La procedura di controllo internazionale quale elemento chiave degli obblighi assunti dall'Italia attraverso la ratifica della Carta sociale europea riveduta e del Protocollo addizionale sui reclami collettivi.

1. *Introduzione*

Il mio intervento non toccherà gli aspetti sostanziali della questione sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale con l'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017¹. Altri meglio di me possono discutere il contenuto delle tutele offerte rispettivamente dalla disciplina del “*Jobs Act*”, dalla Costituzione italiana, dei parametri internazionali pertinenti (in particolare dall'art. 24 della Carta sociale europea, che impegna le Parti contraenti, fra cui l'Italia, a riconoscere al lavoratore illegittimamente licenziato un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione) e loro reciproca compatibilità². Intendo piuttosto offrire qualche spunto di riflessione sui rapporti fra le diverse fonti normative in gioco: più specificamente, sul rapporto fra ordinamento italiano e Carta sociale europea e sulla rilevanza che la “giurisprudenza” del Comitato europeo per i diritti sociali può avere nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi.

E' opportuno esplicitare fin da subito, come punto di partenza per la mia analisi, una preoccupazione di fondo rispetto all'atteggiamento della Corte costituzionale in anni recenti, che denota una minore apertura nella valutazione dei rapporti fra ordinamento italiano e ordinamento internazionale complessivamente inteso rispetto a ciò che emergeva dalle “sentenze gemelle” nn. 348 e 349 del 2007 e dalla giurisprudenza immediatamente successiva³. La sentenza n. 238/2014 costituisce la manifestazione più eclatante, ma certo non l'unica, di questo atteggiamento, che va oltre l'applicazione concreta dei controlimiti in un caso eccezionale ed obiettivamente molto delicato come quello delle immunità.

¹ Reg. ord. 195/2017, *GURI* n. 3 del 17 gennaio 2018. L'udienza pubblica è fissata per il 25 settembre 2018.

² Si vedano su questo punto le diverse posizioni prospettate, in questo seminario, da M. Cavino, “Il contratto di lavoro a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale”, e V. Speciale, “Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti”.

³ V. le osservazioni di F. Salerno nella premessa alla IV edizione del suo manuale, *Diritto internazionale – Principi e Norme*, Padova, Cedam, 2017, p. XXII ss.

La preoccupazione di cui dicevo non è dovuta all'adesione a teorie moniste che non sono in linea con la nostra tradizione costituzionale, né alla convinzione che l'ordinamento giuridico internazionale sia necessariamente "migliore" di quello interno: in particolare per quanto attiene ai diritti fondamentali della persona umana, la vicenda delle immunità dovute alla Germania evidenzia bene le difficoltà che ancora permangono nell'assicurare piena efficacia a tali diritti nell'ambito di un ordinamento tuttora modellato in larga parte dagli Stati e per gli Stati. Neppure si vuole sostenere che le deliberazioni dei giudici internazionali o di altri organismi di controllo siano in ogni caso da condividere o debbano sempre essere recepite acriticamente nelle deliberazioni dei tribunali interni. La recente sentenza *GIEM c. Italia* della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani⁴ mostra bene l'importanza di un confronto anche serrato fra giurisdizioni interne e internazionali: se espresso in termini di dialogo giudiziario, questo può portare ad una migliore attuazione delle norme internazionali – pur se non necessariamente alla scomparsa di qualunque profilo di frizione.

Le ragioni di preoccupazione derivano piuttosto dalla consapevolezza delle fragilità che tutt'ora caratterizzano l'ordinamento internazionale, nel quale i meccanismi di attuazione del diritto sono ancora per taluni versi "primitivi", e comunque poco efficaci specificamente con riferimento alle norme internazionali in materia di diritti umani, la cui attuazione da parte degli ordinamenti interni costituisce garanzia essenziale di effettività. Ancora, si deve tenere presente che ogni scollamento⁵ rispetto agli orientamenti della giurisprudenza internazionale da parte di tribunali interni di Paesi a salda tradizione democratica come l'Italia, pur se giustificato alla luce di possibili contrasti con principi o norme costituzionali, rischia di legittimare l'utilizzo di tesi simili anche da parte di Paesi nei quali il grado di effettiva garanzia dei diritti fondamentali della persona desta ben altro livello di preoccupazione⁶.

Considerazioni di questo tipo non possono evidentemente escludere il ricorso ai limiti e controlimiti costituzionali rispetto all'ingresso di norme internazionali nell'ordinamento italiano. Esse rendono peraltro auspicabile, per un verso, che questi siano applicati solo in ipotesi assolutamente eccezionali e, per altro verso, una piena valorizzazione nell'ordinamento interno italiano della portata degli impegni internazionali gravanti sul nostro Paese. Tale valorizzazione è di norma assicurata dai giudici italiani, segnatamente dalla Corte costituzionale; ma qualche dubbio emerge, specificamente per il tema di cui discutiamo, dalla lettura della recente sentenza n. 120/2018, che pare prefigurare come non problematico, dal punto di vista del Diritto internazionale, discostarsi dall'interpretazione della Carta sociale europea adottata dal Comitato europeo dei Diritti sociali.

2. La Carta sociale europea

⁴ Sentenza del 28 giugno 2018, La pronuncia della Grande Camera, a lungo attesa, molto complessa ed articolata, recepisce alcune posizioni espresse dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015 pur contestandone altre (in particolare in ordine al valore da attribuire alla giurisprudenza di Strasburgo). In particolare, la Corte di Strasburgo ha ridimensionato la portata della sua sentenza *Varvara*, evidentemente anche alla luce delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015, dichiarando non incompatibile con l'art. 7 CEDU, nel caso di specie, la confisca disposta nei confronti di un soggetto sottoposto a procedimento penale ma assolto per prescrizione (paragrafi 252 ss.).

⁵ Per "scollamento" si intende qui un effettivo rifiuto di dare esecuzione a pronunce di tribunali internazionali, non la "semplice" formulazione di *caveat* di principio come quelli contenuti nelle sentenze *Solange I* della Corte costituzionale tedesca e *FRAGD* della Corte costituzionale italiana.

⁶ Si veda, a titolo di esempio, la pronuncia della Corte costituzionale russa n. 12-II del 19 luglio 2016, con cui è stata esclusa l'esecuzione della sentenza *Anchugov e Gladkov c. Russia* della Corte europea dei diritti umani.

Per meglio valutare questo aspetto può essere utile innanzitutto richiamare brevemente le caratteristiche della Carta sociale europea – un trattato con numerose peculiarità che, come nota la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 120/2018, è strettamente collegato alla CEDU⁷. Nella sua versione originaria⁸ la Carta sociale ha ricevuto la ratifica da parte di 27 Stati membri del Consiglio d'Europa. La Carta di Torino è al centro di un complesso sistema normativo, evolutosi nel tempo grazie all'adozione di una serie di protocolli addizionali che hanno ampliato il novero dei diritti tutelati sotto il profilo sostanziale⁹, riformando nel contempo i meccanismi di controllo internazionale che sovrintendono alla sua attuazione¹⁰. Tale processo è culminato con l'adozione, nel 1996, della Carta sociale riveduta¹¹, che è stata ratificata da 34 Paesi¹². Non tutti i Membri del Consiglio d'Europa hanno dunque accettato la Carta riveduta (come invece avviene per la CEDU) ma comunque il tasso di partecipazione è piuttosto significativo. L'Italia, in particolare, ha accettato tutte le disposizioni contenute nella Parte II della Carta riveduta, ad eccezione dell'articolo 25 sulle garanzie per i lavoratori in caso di insolvenza¹³.

La Carta sociale riveduta è oggi considerata la “Costituzione sociale per l'Europa”¹⁴; anche nella sua versione originaria la Carta sociale europea è stata appunto concepita come il complemento della CEDU sotto il profilo dei diritti sociali. Ciò in analogia con quanto si è verificato nell'ambito dell'ONU: anche in quel contesto sono stati elaborati due trattati distinti e complementari (rispettivamente il Patto sui diritti civili e politici e quello sui diritti economici, sociali e culturali)¹⁵, che insieme alla Dichiarazione universale dei diritti umani costituiscono il cosiddetto *International Bill of Human Rights*. Questa duplicazione è spiegabile con la contrapposizione fra diritti cosiddetti “di prima generazione” – che costituivano nella prospettiva originariamente adottata dai Paesi del blocco occidentale gli unici “veri” diritti umani perché il loro contenuto essenzialmente negativo avrebbe consentito un controllo di natura giurisdizionale sul loro rispetto – e diritti di “seconda generazione” – il cui soddisfacimento era ritenuto prioritario in particolare dai Paesi socialisti ma il cui contenuto eminentemente programmatico avrebbe invece sostanzialmente escluso tale

⁷ Par. 10.1 del considerato in diritto.

⁸ Torino, 18 ottobre 1961, *European Treaty Series* n. 35. Questo trattato ha ricevuto 27 ratifiche: v. www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/035/signatures?p_auth=IF3AABRg.

⁹ Si veda in particolare il Protocollo addizionale adottato a Strasburgo il 5 maggio 1988, *European Treaty Series* n. 128.

¹⁰ Vengono in rilievo a questo proposito il Protocollo di Torino del 21 ottobre 1991, *European Treaty Series* n. 142, e il Protocollo che prevede l'istituzione di un sistema di reclami collettivi, concluso a Strasburgo il 9 novembre 1995, *European Treaty Series* n. 158.

¹¹ Strasburgo, 3 maggio 1996, *European Treaty Series* n. 163. La Carta riveduta presenta tutt'ora alcune significative peculiarità; essa lascia in particolare agli Stati parti un certo margine di scelta in ordine alle disposizioni della Parte B da accettare specificamente. Sull'applicazione *ratione personae* di questo strumento v. J-F Akandij-Kombé, “L'applicabilité *ratione personae* de la Charte sociale européenne: ombres et lumières”, in O. De Schutter (a cura di), *The European Social Charter: A social constitution for Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 79 ss.

¹² Le informazioni sono reperibili all'indirizzo www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/163/signatures?p_auth=IF3AABRg.

¹³ Si veda la dichiarazione effettuata dall'Italia all'atto della ratifica della Carta riveduta, il 5 luglio 1999.

¹⁴ Ad es. secondo il Segretario generale del Consiglio d'Europa “the European Social Charter of the Council of Europe represents an essential pillar of the continent's architecture of fundamental rights and is therefore seen as the social constitution of Europe (*Opinion of the Secretary General of the Council of Europe on the European Union initiative to establish a European Pillar of Social Rights*, 2 December 2016, p. 2). Cf., anche sull'evoluzione del sistema della CSE, O. De Schutter, “The Two Lives of the European Social Charter”, in O. De Schutter (a cura di), *The European Social Charter*, cit., p. 11 ss.

¹⁵ I due strumenti sono stati adottati dall'Assemblea generale con la Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966.

possibilità, alla luce dell'ampio margine di apprezzamento lasciato agli Stati nella loro realizzazione¹⁶. Non a caso, il dibattito tradizionale in ordine alla distinzione fra diritti di prima e seconda generazione spiega una delle principali differenze fra gli strumenti internazionali preposti alla loro tutela, che risiede appunto nei relativi meccanismi di controllo¹⁷.

Peraltro, oggi tale dicotomia è sostanzialmente superata¹⁸, alla luce della consapevolezza che ogni diritto umano internazionalmente tutelato contiene in sé tre dimensioni, cui corrispondono diverse tipologie di obblighi per gli Stati: obblighi (negativi) di rispetto, obblighi (positivi) di protezione (essenzialmente obblighi di *due diligence* che si declinano a loro volta in obblighi di prevenzione, limitazione del pregiudizio e repressione/riparazione); e obblighi di soddisfacimento (a realizzazione progressiva, ma che possono comunque avere ricadute giuridiche puntuali). Questo approccio unitario ai diritti umani è ormai consolidato nell'ambito delle Nazioni unite¹⁹, ma si riflette anche nel contesto del Consiglio d'Europa. In particolare la Corte europea dei diritti umani esclude l'esistenza di una rigida separazione fra l'ambito di applicazione materiale dalla CEDU, da un lato, e i diritti economici e sociali dall'altro lato²⁰.

Ciò non sembra per la verità trovare piena eco nella sentenza n. 120/2018, in cui si sottolinea che la struttura della Carta sociale si caratterizzerebbe «prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva imponendo in tal modo una particolare attenzione nella verifica dei tempi e dei modi della attuazione»²¹. La Corte costituzionale sottolinea comunque il carattere indivisibile dei diritti umani, riconoscendo al diritto alla libertà sindacale per come prefigurato nella Carta sociale (che era al centro della questione di costituzionalità) contenuto puntuale²² ed in parte sovrapposto alle garanzie previste a questo proposito dalla CEDU.

Più che condivisibile è poi l'apprezzamento della Corte costituzionale in ordine al fatto che la Carta sociale costituisce un parametro interposto, alla luce del quale vagliare la costituzionalità delle leggi con riferimento all'art. 117 Cost.²³. In piena coerenza con l'approccio adottato dalle "sentenze gemelle" del 2007, la sentenza n. 120/2018 esclude che la Carta sociale possa produrre "effetti diretti" nel nostro ordinamento: ciò quantomeno nel senso che il giudice ordinario non può disapplicare leggi ordinarie eventualmente incompatibili con essa, ma deve se del caso richiedere «l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 Cost»²⁴. Desta per la verità un po' di sorpresa l'assenza di qualunque riferimento al principio del "trattamento più favorevole"

¹⁶ Per una ricostruzione di questi profili v. A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, Laterza, 4° ed, 1998, pp. 31 ss., 65-67; C. Tomuschat, *Human Rights Between Idealism and Realism*, 3a ed., Oxford, OUP, 2014.

¹⁷ V. *infra*, par. 3.

¹⁸ Cfr. anche R.R. Churchill, U. Khaliq, "The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?", *European Journal of International Law*, 2004, p. 417 ss.

¹⁹ V. già Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, *Substantive issues arising from the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: General Comment 12 (Twentieth session, 1999), the right to adequate food (art. 11)*, doc. E/C.12/1999/5 del 12 maggio 1999, para 15: "The right to adequate food, like any other human right, imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to respect, to protect and to fulfil. In turn, the obligation to fulfil incorporates both an obligation to facilitate and an obligation to provide" (il corsivo è di chi scrive).

²⁰ *Stec e altri c. Regno Unito* (dec.) [GC], nn. 65731/01 e 65900/01, parr. 25, 34 and 52, ECHR 2005-X.

²¹ V. par. 10.1 del considerato in diritto.

²² Ivi, par. 10.2.

²³ Par. 10.1 del considerato in diritto.

²⁴ Ibid.

che invece secondo la Corte costituzionale opera rispetto alla CEDU, posto che dall'incidenza delle sue norme sulla legislazione italiana «deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali»²⁵. Tale assenza stupisce a maggior ragione vista l'enfasi posta sulla specificità della Carta sociale, che «presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU. Se quest'ultima, infatti, ha inteso costituire un "sistema di tutela uniforme diritti fondamentali civili e politici" (sentenza n. 349 del 2007), la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo»²⁶.

Tali ultime considerazioni sono certamente convincenti, anche alla luce della particolare rilevanza che la Carta sociale europea ha nella giurisprudenza della stessa Corte europea dei diritti umani²⁷.

Esse sono però fatte «ai fini dell'ammissibilità dell'evocazione di tale parametro interposto», quasi a preconizzare che trattati di tipo diverso, pur se compatibili con la Costituzione sia dal punto di vista del loro contenuto che per la procedura adottata ai fini della loro conclusione, non possano fungere da parametro interposto con riferimento all'art. 117 Cost. Se questo fosse il significato da attribuire all'inciso ora citato, esso implicherebbe un mutamento di prospettiva significativo rispetto alla lettura più ampia della portata dell'art. 117 Cost. che si poteva ricavare dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007²⁸ – con un arretramento corrispondente delle garanzie costituzionali di attuazione del diritto internazionale nel nostro ordinamento.

Questo è peraltro un aspetto relativamente marginale della pronuncia, mentre qualche preoccupazione maggiore, ai fini anche della valutazione che attende la Corte costituzionale (laddove essa dovesse giungere a una decisione di merito nel procedimento attualmente pendente²⁹), riguarda il modo in cui la sentenza n. 120 ha apprezzato il valore e gli effetti nel nostro ordinamento dell'interpretazione della Carta sociale europea fornita dal Comitato europeo dei diritti sociali.

3. Il Comitato europeo dei diritti sociali: un meccanismo "quasi-giudiziario" di controllo internazionale

E' innanzitutto necessario, a questo fine, collocare il Comitato europeo dei diritti sociali nel contesto del più ampio ventaglio di organismi composti da esperti

²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 317 /2009, punto 7 del considerato in diritto. Sul principio, che è del resto specificamente enunciato nella Carta sociale europea riveduta, art. H, si veda F. Salerno, "La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo", in F. Salerno, R. Sapienza, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 9.

²⁶ Così la sentenza n. 120/2018, par. 10.1.

²⁷ Si tratta infatti del trattato diverso dalla CEDU più citato nella giurisprudenza della Corte europea: v. European Court of Human Rights – Research Division, *The Use of Council of Europe treaties in the case-law of the European Court of Human Rights*, 2011, p. 1, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/researchreports&c=>.

²⁸ Tesi restrittive rispetto alla portata della nuova norma costituzionale erano state prospettate in dottrina sotto questo specifico profilo: v. E. Cannizzaro, "La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali", in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 921 ss.; L. Condorelli, "La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss.

²⁹ Dubbi a questo proposito emergono fra l'altro con riferimento alla disciplina prevista dallo schema di Decreto recante "Disposizioni urgenti per la tutela della dignità dei lavoratori e delle imprese", approvato dal Consiglio dei Ministri il 2 luglio 2018. La riforma, se approvata nei termini oggi previsti, costituirebbe *ius superveniens* e gli atti di causa verrebbero verosimilmente restituiti al giudice *a quo*.

indipendenti che, secondo il modello inaugurato fin dal periodo interbellico dall'Organizzazione internazionale del lavoro, svolgono oggi un ruolo essenziale nel monitorare il rispetto degli obblighi internazionali assunti dagli Stati in particolare (anche se non esclusivamente) nel campo dei diritti umani³⁰.

Specificamente nell'ambito dell'ONU non è per il momento maturato un consenso in ordine all'istituzione di un "Tribunale dei diritti umani" cui si possano rivolgere anche gli individui. Il Patto sui diritti civili e politici (come già la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale³¹) prevede peraltro immediatamente l'istituzione di un comitato di esperti, che esercitano le proprie funzioni "in their personal capacity"³². Al Comitato per i diritti umani fu affidato l'esame dei rapporti periodici degli Stati parti – mentre la competenza ad esaminare comunicazioni interstatali ed individuali dipende dalla specifica accettazione di questi.

Tale schema si è affermato nel corso del tempo come strutturalmente diverso dalla funzione di controllo internazionale affidata ad organi politici (che pure è anch'esso un fenomeno significativo) ed affine piuttosto ad un meccanismo giurisdizionale di controllo. L'indipendenza che caratterizza il loro mandato implica infatti che i membri del Comitato per i diritti umani, come quelli del Comitato europeo dei diritti sociali³³ e di tutti i comitati omologhi, non agiscono sulla base di istruzioni ricevute; questo favorisce un esercizio della funzione di controllo internazionale sulla base di parametri propriamente giuridici, piuttosto che politici. Ciò sia nel contesto dell'esame dei rapporti periodici che nell'esercizio delle altre funzioni del Comitato, segnatamente quella di esame delle comunicazioni individuali che più si avvicina, anche dal punto di vista procedurale, a un meccanismo giudiziario. Questo tratto, che porta a qualificare tali organi come "quasi giudiziari", non era da darsi per scontato in origine, ma è oggi accettato nel contesto delle Nazioni Unite secondo uno schema ormai riprodotto per tutte le otto *core conventions* in materia di diritti umani promosse dall'Organizzazione. Lo stesso Patto sui diritti economici, sociali e culturali, per il quale era stato in origine previsto un meccanismo di controllo basato sui soli rapporti periodici degli Stati da parte di un organo politico quale il Consiglio economico e sociale delle Nazioni unite, è oggi assistito da un meccanismo di monitoraggio quasi-giudiziario. Il Consiglio economico e sociale ha infatti provveduto a costituire un Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, anch'esso composto da esperti indipendenti, che lo sostituisce in questa funzione di monitoraggio – ritenendo evidentemente poco soddisfacente il modo in cui svolgeva il compito affidatogli dal Patto³⁴ –; mentre nel 2008 è stato adottato un Protocollo addizionale che conferisce al Comitato competenza

³⁰ V. su tale funzione A. Cassese, *Il controllo internazionale: Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 1971. Sulla situazione attuale v. *amplius* il contributo a questo seminario di L. Borlini, L. Crema, "Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale".

³¹ La Convenzione fu adottata nel 1965, un anno prima dei Patti.

³² Art. 28(3) del Patto. Va ricordato che le disposizioni relative, previste "for the implementation" del Patto, non escludono il ricorso ad altri meccanismi di soluzione delle controversie, inclusi meccanismi giudiziari. La Corte internazionale di giustizia è poi specificamente competente a conoscere di controversie relative ad altre convenzioni promosse dall'ONU che prevedono *anche* l'istituzione di un Comitato di esperti: in particolare l'art. 22 della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 è stato invocato quale base giurisdizionale in alcuni ricorsi dinanzi alla Corte internazionale di giustizia.

³³ V. art. 25 della Carta sociale europea del 1961 (applicabile *in parte qua* anche alla Carta sociale riveduta); art. 3 del Regolamento di procedura del Comitato.

³⁴ Risoluzione 985/17 del 28 maggio 1985.

ad esaminare (fra l'altro) comunicazioni individuali relative ai diritti tutelati dal Patto stesso³⁵.

La dicotomia fra strumenti deputati alla salvaguardia dei diritti umani di "prima" e "seconda" generazione, nonché fra i relativi meccanismi di controllo, si è presentata in termini leggermente diversi nell'ambito del Consiglio d'Europa³⁶: infatti la CEDU ha previsto fin dalle origini un meccanismo propriamente giudiziario di garanzia per le libertà civili e i diritti politici che essa tutela. Va comunque ricordato che la competenza della Corte di Strasburgo è stata accettata solo gradualmente, a partire da un contesto in cui ad essa erano affiancati sia la Commissione, per quanto riguarda la valutazione sull'ammissibilità dei ricorsi, sia il Comitato dei Ministri. Prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11 quest'ultimo organo poteva essere chiamato a decidere sul merito di tali ricorsi in vece della Corte EDU³⁷, mentre attualmente mantiene una competenza solo relativamente all'esecuzione delle sentenze della Corte, con una possibilità di ulteriore coinvolgimento della stessa Corte nella fase di esecuzione³⁸. Il coinvolgimento di organi politici nell'esecuzione di sentenze internazionali è peraltro un tratto tipico dei tribunali internazionali, le cui pronunce, pur essendo formalmente vincolanti per le parti in causa, non sono di norma assistite da meccanismi di esecuzione forzata paragonabili a quelli dei tribunali interni. In particolare l'art. 94(2) della Carta ONU prevede che, se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza «which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment». Non è un caso, del resto, che taluni meccanismi giudiziari o arbitrali internazionali facciano leva sui procedimenti interni di esecuzione forzata per assicurare efficacia alle relative decisioni, attribuendo loro efficacia esecutiva nel diritto interno degli Stati parti al meccanismo; è quanto avviene ad esempio in forza degli articoli 280 e 299 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (mentre ha questo effetto solo indirettamente il meccanismo del rinvio pregiudiziale, previsto dai Trattati UE e di altri strumenti internazionali che si ispirano a questo modello).

Se comunque nel 1950 la scelta di istituire la Corte europea dei diritti umani è stata per molti versi rivoluzionaria, nel contesto della Carta sociale europea è stato invece istituito un meccanismo di controllo affidato ad un Comitato di esperti indipendenti (per come esso si chiamava originariamente). Non solo il suo nome e il mandato conferito ai suoi componenti, ma anche le sue funzioni sono quelle tipiche degli organi di controllo di natura quasi-giurisdizionale. In particolare il modo in cui il meccanismo di controllo sul rispetto della CSE si è evoluto nel corso del tempo ne conferma la natura ed ha portato la stessa Corte europea dei diritti umani a citarne la giurisprudenza ed a recepirne le posizioni, definendolo «a particularly well-qualified committee»³⁹. Ciò è in linea con l'autorevolezza che la Corte EDU più generalmente

³⁵ Il Protocollo prefigura anche l'attribuzione al Comitato di un potere di inchiesta, in analogia con quanto previsto da altre *core conventions* (ma non dal Patto sui diritti civili e politici); mentre tutti i Comitati ONU hanno ricostruito una propria competenza a formulare commenti generali.

³⁶ Ulteriori variazioni esistono rispetto ai numerosi meccanismi di controllo quasi-giudiziari operanti nel contesto di istituti specializzati (valga appunto l'esempio dell'OIL) e di altre organizzazioni regionali quali l'OSA o l'Unione Africana.

³⁷ V. M. De Salvia, *La CEDU – Procedure e contenuti*, 1° ed., Napoli, Editoriale scientifica, 1997, p. 44 ss.

³⁸ Art. 46(4) e (5) CEDU.

³⁹ *Tüm Haber Sen e Çinar c. Turchia*, n. 28602/95, par. 39, ECHR 2006-II. La Corte europea dei diritti umani valorizza ampiamente anche la "giurisprudenza" di altri comitati di esperti, istituiti sia nell'ambito del Consiglio d'Europa che in altri contesti.

riconosce alla giurisprudenza dei comitati di esperti che operano anche in contesti diversi dal Consiglio d'Europa⁴⁰.

Il Comitato esamina i rapporti periodici sottomessi dagli Stati parte, che nel caso della CSE riguardano anche l'attuazione di disposizioni *non* accettate dagli Stati interessati⁴¹, formulando a tale proposito delle conclusioni⁴². Con l'entrata in vigore del Protocollo addizionale del 1995 esso ha inoltre acquisito una competenza ad esaminare reclami collettivi proposti da enti rappresentativi⁴³ (fra cui la CGIL, che ha proposto un reclamo contro l'Italia sulle questioni che sono oggetto di esame anche da parte della Corte costituzionale⁴⁴); rispetto a tali reclami il Comitato adotta delle decisioni⁴⁵. L'istituzione di tale ultimo meccanismo è uno degli elementi che hanno maggiormente contribuito a consolidare e rivitalizzare la Carta sociale europea, consentendo lo sviluppo di una «focused jurisprudence that puts flesh upon the Charter rights»⁴⁶.

4. *Gli effetti delle conclusioni e delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*

Qual è dunque il valore da attribuire alle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali? Sotto questo profilo la sentenza n. 120/2018 solleva qualche perplessità. Dopo aver ribadito, infatti, che la Carta sociale in quanto tale costituisce parametro interposto di costituzionalità, la Corte costituzionale afferma: «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 costituzionali»⁴⁷.

Questa conclusione appare eccessivamente riduttiva rispetto al ruolo del Comitato, né sembrano convincenti le argomentazioni su cui fa leva la Corte costituzionale per giustificarla. Da un lato, la sentenza n. 120/2018 giustamente rileva l'assenza di una disposizione analoga all'art. 46 CEDU nel Protocollo sui reclami collettivi; né una disposizione di quel tenore si rinviene negli altri strumenti collegati alla Carta sociale europea. Se è vero che gli effetti delle pronunce degli *expert treaty bodies*

⁴⁰ Cfr. *amplius* i rilievi di L. Borlini, L. Crema, «Il valore», cit.

⁴¹ Art. 22 Carta sociale europea 1961.

⁴² Art. 22 del Regolamento di procedura.

⁴³ Artt. 1 *bis* e 2 del Protocollo.

⁴⁴ Reclamo n. 158/2017, *CGIL c. Italia: v. www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/pending-complaints/-/asset_publisher/lf8ufoBY2Thr/content/no-158-2017-confederazione-generale-italiana-del-lavoro-cgil-v-italy?inheritRedirect=false*.

⁴⁵ Articoli 30 e 35 del Regolamento. In realtà questa distinzione terminologica non si rinviene negli strumenti pattizi rilevanti: in particolare l'art. 7 del Protocollo del 1995 prevede che il Comitato adotti «conclusioni» anche relativamente ai reclami collettivi.

⁴⁶ Queste le valutazioni di C. o' Cinneide, «Social Rights and the European Social Charter – New Challenges and Fresh Opportunities», in De Schutter (a cura di), *The European Social Charter*, cit., p. 167 ss., p. 170. L'autore era all'epoca Vicepresidente del Comitato per i diritti sociali.

⁴⁷ Sentenza 120/2018, par. 13.4.

dipendono dalle specifiche peculiarità dei sistemi pattizi cui ineriscono⁴⁸, tale assenza, congiuntamente agli elementi discussi sopra relativi alla composizione e alle funzioni del Comitato (valutati anche in chiave di evoluzione storica e comparata), induce comunque ad escludere che l'organo abbia natura propriamente giurisdizionale. Né le sue "decisioni" né le "conclusioni" sono formalmente vincolanti, in quanto tali, per lo Stato a cui sono indirizzate, come invece sembrerebbe ricavarsi dalla descrizione degli effetti delle pronunce del Comitato rinvenibile in uno strumento, pur informale, come la sua pagina web⁴⁹.

Peraltro, dal punto di vista pratico, la differenza fra tribunali internazionali e *quasi-judicial bodies* è attenuata dalla ricordata mancanza di meccanismi "automatici" di esecuzione forzata delle sentenze internazionali. Inoltre, diversamente da quanto sembra indicare la Corte costituzionale, il Comitato europeo per i diritti sociali ha un mandato espresso (ed anzi particolarmente chiaro se comparato con altri organismi omologhi) a verificare sotto il profilo giuridico l'attuazione della Carta sociale europea da parte degli Stati contraenti. Tale mandato è effettivamente solo implicito nel Protocollo sui reclami collettivi (il quale pure precisa, all'art. 12, che l'applicazione degli obblighi sanciti dalla Carta è assoggettata *solo* al controllo previsto nella parte IV della Carta stessa e alle norme del Protocollo)⁵⁰. Esso è però esplicitato nell'art. 24 della Carta sociale del 1961, per come modificato dal Protocollo del 1991: «With regard to the reports referred to in Article 21, the Committee of Independent Experts shall assess from a legal standpoint the compliance of national law and practice with the obligations arising from the Charter for the Contracting Parties concerned»⁵¹. Tale strumento ha inoltre chiarito il ruolo del Comitato nei suoi rapporti con il Comitato governativo, le cui funzioni sono ora più nettamente delineate nel senso di un ausilio al Comitato dei ministri nel facilitare il rispetto della Carta sociale europea⁵², come emerge anche dalla lettura del Rapporto esplicativo⁵³. Quest'ultimo precisa, fra l'altro, che «the Committee

⁴⁸ V. 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" (disponibile all'indirizzo http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml). Altre posizioni espresse in quella sede evidenziano come il ruolo che i Comitati di esperti si sono ricavati non è accettato pacificamente a livello internazionale: si veda in particolare il documento "Comments from the United States On the International Law Commission's Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation To the Interpretation of Treaties As Adopted by the Commission in 2016 on First Reading", pp. 12-13, disponibile *ibid.* V. ancora L. Borlini, L. Crema, "Il valore", *cit.*

⁴⁹ 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". V. <https://www.coe.int/it/web/turin-european-social-charter/collective-complaints-procedure1> (pagina visitata il 6 luglio 2018).

⁵⁰ Cfr. D. Russo, "La definizione del parametro interposto di costituzionalità fondato sulla Carta sociale europea: il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali".

⁵¹ V. anche l'art. 2 del Regolamento di procedura attualmente in vigore: "Rule 2: Role of the Committee, 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". Il Regolamento è peraltro uno strumento adottato dallo Stesso comitato, mentre il Protocollo ed il suo Rapporto esplicativo sono documenti di diretta matrice statale.

⁵² Non tutte le difficoltà sono peraltro superate: v. ancora Churchill, Khaliq, "The Collective Complaints System", p. 438 ss.

⁵³ Il Rapporto esplicativo indica al riguardo: "The role of the Governmental Committee would be to examine national situations and provide a specific viewpoint based on social, economic and other policy considerations. It could select the most problematical situations for consideration by the Committee of Ministers, suggesting, where appropriate, that the Ministers adopt one or more recommendations for the attention of this or

of Independent Experts *alone* would be competent to make a legal assessment of whether the national legislation, regulations and practices of a Contracting Party complied with its undertakings under the Charter»⁵⁴.

La capacità del Comitato di orientare l'interpretazione della Carta sociale attraverso la sua giurisprudenza si fonda innanzitutto su tale mandato esplicito, univoco e sotto questo profilo non difforme da quello conferito alla Corte di Strasburgo dall'art. 32 CEDU. A questo si aggiungono il suo carattere di organo indipendente; l'utilizzo di parametri rigorosamente giuridici nella valutazione dei comportamenti degli Stati; un procedimento che si svolge in contraddittorio e si conclude con decisioni ragionate e, in particolare per il meccanismo di reclami collettivi, secondo un modello sostanzialmente giurisdizionale, alla luce del quale tale mandato sembra valere *a fortiori*⁵⁵. In quest'ottica, le pronunce del Comitato costituiscono un ausilio per le autorità nazionali ai fini una migliore ed (internazionalmente) uniforme applicazione della Carta sociale europea⁵⁶.

Più in generale, la *ratio* sottesa al ruolo di questo e di altri comitati di esperti indipendenti si rinviene nell'esistenza stessa di un meccanismo di controllo internazionale sul rispetto degli impegni pattizi assunti dagli Stati. Laddove l'Italia abbia accettato di assoggettarsi a tali procedure, anche i giudici italiani devono confrontarsi con i loro esiti costruttivamente, argomentando se del caso le ragioni per le quali intendono discostarsene; ma ciò con riferimento ai canoni interpretativi propri del diritto internazionale e non alla Costituzione, che potrà semmai fungere da limite all'applicazione nel nostro ordinamento delle norme internazionali così intese⁵⁷. Da questo punto di vista non sembrano esservi differenze significative fra gli effetti delle pronunce rispettivamente del Comitato e della Corte europea dei diritti umani, nei casi in cui per queste ultime non entri in gioco la forza formale del giudicato sulla base dell'art. 46 CEDU – perché la sentenza di 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”⁵⁸.

that state. In this context, the Governmental Committee would not be a political organ per se, but rather a guide assisting the Committee of Ministers in reaching its decisions. Through its role as a forum of governmental experts examining the reasons for the various states' main difficulties in the implementation of the provisions of the Charter, the Governmental Committee could play an important part in instigating measures to ensure social progress in Europe” (disponibile all'indirizzo <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5df>).

⁵⁴ Rapporto esplicativo, par. 9; il corsivo è di chi scrive. Va ricordato che, secondo l'art. C della Carta riveduta, l'attuazione degli impegni giuridici ivi previsti è sottoposta allo stesso regime di controllo previsto per la Carta sociale europea. Su questo aspetto v. H. Cullen, “The Collective Complaints System of the European Social Charter; Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights”, *Human Rights Law Review*, 2009, 61 ss.

⁵⁵ Non pare invece che le pronunce dei Comitati possano venire in rilievo in quanto prassi successiva, ai sensi dell'art. 31(3)(b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, per ragioni analoghe a quelle espresse a proposito degli effetti delle sentenze internazionali in S. Forlati, “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, p. 99 ss. Neppure sembra particolarmente convincente il riferimento all'art. 32 della Convenzione di Vienna (cfr. però per il dibattito a questo proposito le osservazioni e i riferimenti contenuti in Borlini e Crema, “Il valore”, cit.).

⁵⁶ Sull'esigenza di evitare interpretazioni unilateralistiche dei trattati, e di applicare in tale esercizio i criteri propri del diritto internazionale, piuttosto che quelli applicabili nell'interpretazione di norme “puramente” interne, v. con accenti diversi le posizioni espresse in questo seminario da D. Amoroso, “Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di ‘prendere in considerazione’ le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali”; Borlini, L. Crema, “Il valore”, cit.

⁵⁷ V. ancora Amoroso, “Sull'obbligo della Corte costituzionale”, cit.

⁵⁸ Ci si permette di rinviare su questo punto a S. Forlati, “Il margine di apprezzamento lasciato ai giudici nazionali dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: l'esperienza britannica”, in Salerno, Sapienza, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 117 ss.

5. *La procedura di controllo internazionale quale elemento chiave degli obblighi assunti dall'Italia attraverso la ratifica della Carta sociale europea riveduta e del Protocollo addizionale sui reclami collettivi*

Dunque, le valutazioni del Comitato europeo per i diritti sociali non sono in quanto tali vincolanti, costituendo piuttosto, anche per lo Stato cui si rivolgono direttamente, un ausilio interpretativo. Come si accennava, l'accettazione di tale controllo e la partecipazione alla relativa procedura in buona fede costituiscono veri e propri obblighi internazionali per gli Stati parte degli strumenti pertinenti (inclusa la Carta sociale europea riveduta). Anche da questo punto di vista il ruolo del Comitato europeo per i diritti sociali non si discosta da quello di altri comitati, come il Comitato per i diritti umani, e presenta delle similitudini con i meccanismi giudiziari internazionali. Per entrambe le tipologie di meccanismi, comportamenti degli Stati ad essi sottoposti che impediscano il loro efficace funzionamento sono considerati incompatibili con i trattati rilevanti, e dunque fonte diretta di responsabilità internazionale a prescindere dall'esito (formalmente vincolante o meno) della procedura di volta in volta in questione.

Un esempio significativo a tale riguardo è quello relativo alle misure provvisorie adottate dai comitati di esperti. Le misure provvisorie sono ormai considerate espressione di un potere inerente della giurisdizione internazionale; la questione dei loro effetti (vincolanti o meno per le parti alla procedura) è stata molto controversa in passato con riferimento in particolare alla Corte internazionale di giustizia, ma anche alla Corte europea dei diritti umani. Il potere di quest'ultima di adottare misure provvisorie non trova infatti una base testuale esplicita nella Convenzione, essendo prefigurato solo nell'art. 39 del Regolamento di procedura (che è adottato dalla Corte e non dagli Stati). Gli episodi di violazione delle misure provvisorie non sono infrequenti, e hanno riguardato anche il nostro Paese⁵⁹: ma dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 11 la giurisprudenza della Corte EDU è saldamente attestata nel senso della natura vincolante di tali misure, fondata direttamente sull'art. 34 CEDU che sancisce il diritto individuale ad un ricorso dinanzi alla Corte⁶⁰, secondo una prospettiva accettata anche dalla Corte di cassazione italiana⁶¹.

Le stesse conclusioni possono essere tratte con riferimento alle misure provvisorie indicate dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni unite: quest'ultimo ha in molte occasioni reiterato che la violazione di tali misure costituisce *in quanto tale* una violazione degli obblighi previsti dal Patto e dal Primo protocollo addizionale. Particolarmente chiara è la posizione espressa nelle sue conclusioni sulla comunicazione *Piandiong c. Filippine*:

«5.1 By adhering to the Optional Protocol, a State party to the Covenant recognises the competence of the Human Rights Committee to receive and consider communications from individuals claiming to be victims of violations of any of the rights set forth in the Covenant (Preamble and article 1). Implicit in a State's adherence to the Protocol is an undertaking to cooperate with the Committee in good faith so as to permit and enable it to consider such

⁵⁹ V. causa *Ben Khemais c. Italia*, ricorso n. 246/07, sentenza del 24 febbraio 2009, par. 18 ss.

⁶⁰ *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, ricorsi nn. 46827/99 e 46951/99, sentenza di Grande Camera del 4 febbraio 2005, spec. par. 108 ss. V. A Saccucci, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁶¹ Nel senso che le misure provvisorie emesse dalla Corte siano vincolanti per i giudici italiani v. Corte di Cassazione, n. 20514 del 28 aprile-28 maggio 2010.

communications, and after examination to forward its views to the State party and to the individual (art 5 (1), (4)). It is incompatible with these obligations for a State party to take any action that would prevent or frustrate the Committee in its consideration and examination of the communication, and in the expression of its Views.

5.2. Quite apart then from any violation of the Covenant charged to a State party in a communication, a State party commits grave breaches of its obligations under the Optional Protocol if it acts to prevent or frustrate consideration by the Committee of a communication alleging a violation of the Covenant, or to render examination by the Committee moot and the expression of its Views nugatory and futile. In respect of the present communication, the authors allege that the alleged victims were denied rights under articles 6 and 14 of the Covenant. Having been notified of the communication, the State party breaches its obligations under the Protocol, if it proceeds to execute the alleged victims before the Committee concludes its consideration and examination, and the formulation and communication of its Views»⁶².

Il Comitato per i diritti umani ha poi qualificato come violazione del Patto l'esecuzione di un'espulsione prima che il Comitato stesso si potesse pronunciare al riguardo, anche in assenza di misure provvisorie indicate dal Comitato stesso⁶³.

La situazione oggi all'attenzione della Corte costituzionale è molto diversa da quelle considerate dal Comitato per i diritti umani nelle vicende citate: non è in gioco la pena capitale né l'espulsione verso un Paese ove vi sono seri rischi di violazione dei diritti fondamentali; il Comitato europeo dei diritti sociali non ha indicato misure cautelari, comunque non previste dal suo Regolamento di procedura; il reclamo proposto dalla CGIL è un reclamo collettivo, non relativo a specifiche situazioni in cui sia in gioco una lesione irreparabile di un diritto tutelato dalla Carta. Ma il punto resta: l'Italia è vincolata non soltanto a rispettare le disposizioni sostanziali della CSE riveduta (rispetto alle quali si pone un possibile divario interpretativo); essa è vincolata anche, e innanzitutto, a partecipare in buona fede al procedimento di controllo internazionale dinanzi al Comitato europeo dei diritti sociali. A quest'obbligo sono soggetti non solo il Governo (in particolare per mezzo dei funzionari che sono attivamente coinvolti nel meccanismo di esame dei rapporti periodici e dei reclami collettivi relativi all'Italia) ma anche tutti gli altri organi dello Stato, inclusi quelli giurisdizionali, quando l'applicazione della Carta sociale europea venga in rilievo ai fini dell'esercizio delle rispettive competenze.

Dal punto di vista dell'effettività del meccanismo di supervisione approntato dalla Carta sociale europea riveduta, la sospensione del procedimento dinanzi alla Corte costituzionale in attesa della presa di posizione del Comitato specificamente sulla normativa italiana – in analogia con quanto avviene rispetto a procedimenti pendenti di fronte a giurisdizioni internazionali propriamente dette – sarebbe stata auspicabile. Ciò non significa che la mancata sospensione del processo dinanzi alla Corte costituzionale integri necessariamente, in quanto tale, una violazione della Carta o del Protocollo sui

⁶² *Piandiong, Morallos e Bulan c. Filippine*, comunicazione n. 869/1999, osservazioni del 19 ottobre 2000, UN Doc CCPR/C/70/D/869/1999, paragrafi 5.1 – 5.2 V. *amplius* sulla giurisprudenza del Comitato, che comunque non è pacificamente accettata dagli Stati parti, G. Naldi, "Interim Measures in the Human Rights Committee", *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 445 ss.; Saccucci, *Le misure provvisorie*, cit.; S. Gandhi, "The Human Rights Committee and Interim Measures of Relief", *Canterbury Law Review*, 2007, p. 203 ss.; S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Oxford University Press, 3° ed, 2013, pp. 25-26.

⁶³ *Alzery c. Svezia*, comunicazione n. 1416/05, par. 11.11.

reclami collettivi⁶⁴; ma essa sembrerebbe imporre un particolare onere di diligenza, da parte della Corte costituzionale, nel considerare la giurisprudenza pregressa del Comitato. Ciò al fine di ricercare una soluzione che sia nei limiti del possibile compatibile con il parametro internazionale per come interpretato dal Comitato, anche nell'ottica della ricerca di quel "plus di tutele" cui la Corte costituzionale ha fatto riferimento in relazione alla CEDU.

Ove poi la Corte ritenesse di non potersi conformare alla lettura dell'art. 24 della Carta proposta dal Comitato, dovrebbe quantomeno spiegare compiutamente perché, nel caso italiano, le tutele offerte al lavoratore illegittimamente licenziato costituirebbero un "congruo indennizzo o altra adeguata riparazione" – confrontandosi non solo con la lettera della Carta europea dei diritti sociali, ma anche con le argomentazioni che il Comitato ha posto alla base della propria interpretazione di questa norma.

Se, infine, la Corte non dovesse giungere ad un giudizio di merito sulla costituzionalità del *Jobs Act* questa vicenda potrebbe comunque costituire l'occasione per una riflessione sul trattamento anche strettamente procedurale da riservare, nel processo costituzionale italiano, ai procedimenti dinanzi al Comitato europeo dei diritti sociali e agli altri meccanismi quasi-giurisdizionali al cui controllo l'Italia è internazionalmente impegnata ad assoggettarsi.

⁶⁴ Nella vicenda *Alzery* era evidente la strumentalità del comportamento del Governo svedese, teso specificamente ad evitare che il Comitato per i diritti umani si occupasse del caso prima dell'esecuzione dell'espulsione.

Forum di Quaderni Costituzionali

INTERVENTI

DANIELE AMOROSO
Università di Cagliari

SULL'OBBLIGO DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA DI “PRENDERE IN CONSIDERAZIONE” LE DECISIONI DEL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI

1. Nella recente sentenza n. 120/2018, la Corte costituzionale – dopo aver riconosciuto l'idoneità della Carta sociale europea (Carta o CSE) a fungere da parametro interposto di costituzionalità delle leggi ex art. 117 Cost. (punto 10 del “Considerato in diritto”) – ha reso alcune interessanti indicazioni sul valore giuridico da accordare nel nostro ordinamento alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali (Comitato EDS), che vale la pena riportare per esteso:

13.4. [...] 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 a essa [...]». A sua volta, il Protocollo addizionale alla 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 Alte 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 Stato/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: «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 costituzionali.

Senza negare la correttezza dell'assunto da cui muove la Corte (non c'è dubbio, infatti, che le decisioni del Comitato EDS si distinguano da quelle della Corte europea per essere prive di efficacia vincolante), questo breve intervento intende promuovere un approccio più equilibrato al problema, che sia al tempo stesso rispettoso del ruolo del Comitato EDS e della Corte costituzionale, nonché della natura di “trattato internazionale” della Carta sociale europea. A questo fine, per un verso, si cercherà di dimostrare l'esistenza in capo alla Corte costituzionale di un obbligo di “prendere in considerazione” le decisioni del Comitato EDS nell'interpretazione della Carta sociale europea quale parametro interposto ex art. 117 Cost.; per altro verso, si proverà a definire il contenuto di quest'obbligo, precisandone le implicazioni concrete nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto la CSE.¹

¹ A ben vedere, le osservazioni che seguono si pongono come ideale prosecuzione della suggestione lanciata da Serena Forlati nella sua relazione su *Corte costituzionale e controllo internazionale: quale spazio per la “giurisprudenza” del Comitato europeo dei Diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?*.

2. Il fondamento dell'obbligo di "prendere in considerazione" le decisioni del Comitato va rinvenuto nel dovere di leale collaborazione incombente sullo Stato italiano in ragione della sua partecipazione al Consiglio d'Europa, nel cui ambito è stata negoziata e adottata la Carta. Tale dovere di collaborazione, che costituisce espressione di un principio-cardine del diritto delle organizzazioni internazionali,² è sancito in termini espliciti dall'art. 3 dello Statuto del Consiglio, il quale obbliga gli Stati membri a "collaborare sinceramente e operosamente al perseguimento" dell'obiettivo indicato nel Capo I dello Statuto, vale a dire la creazione 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 – come specificato dalla successiva lett. b – anche "mediante la tutela e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", da parte degli "organi del Consiglio".

Lo *status* di membro del Consiglio d'Europa, in altri termini, implica l'obbligo di agire in modo da promuovere i fini dell'Organizzazione, *coordinandosi con le sue istituzioni*, tra le quali va annoverato il Comitato europeo dei diritti sociali. Questa osservazione consente di fissare un primo punto, di rilevanza non secondaria. Le relazioni tra giudici italiani e Comitato non si collocano in vuoto giuridico, nell'ambito del quale a venire in rilievo sarebbe esclusivamente l'"autorevolezza" che i primi possono riconoscere (o meno) al secondo.³ Al contrario, sui giudici italiani – in quanto organi dello Stato italiano – grava un vero e proprio obbligo, derivante da una previsione di diritto positivo (l'art. 3 dello Statuto del Consiglio), di collaborare "sinceramente ed operosamente" con il Comitato nella promozione della tutela dei diritti sociali.

3. Se questo dato è tutto sommato poco problematico, essendo ricavabile da una lettura piana degli artt. 1 e 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa, ben più complesso è far discendere da tale dovere – formulato in termini generalissimi – degli obblighi specifici.

La precisa definizione del contenuto del principio di leale collaborazione costituisce un tema ampiamente dibattuto in riferimento al diritto dell'Unione europea, nell'ambito del quale il principio in parola è richiamato dall'art. 4 co. 3 del Trattato sull'UE.⁴ Non è certamente possibile, né invero particolarmente utile, ripercorrere i termini di questo dibattito. Preme tuttavia richiamare in questa sede la conclusione raggiunta dalla dottrina più avveduta secondo cui il principio di leale collaborazione nel diritto dell'UE non si distinguerebbe *qualitativamente* dall'omologo principio stabilito dal diritto internazionale, derivando entrambi dal più generale principio di buona fede nella interpretazione ed esecuzione dei trattati.⁵ Tale analogia, infatti, rende legittimo

² V. 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, par. 43.

³ V. *supra* C. Cost. n. 120/2018, punto 13.4 del "Considerato in diritto", la quale riconosce l'"autorevolezza" delle decisioni del Comitato senza farne discendere alcuna conseguenza concreta.

⁴ V., *ex multis*, M. Klamert, *The principle of loyalty in EU law*, Oxford, 2014.

⁵ G. De Baere e T. Roes, *EU Loyalty as Good Faith*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 829 ss. Non si vuole con ciò negare che, in ragione delle indiscutibili specificità dell'ordinamento dell'UE, il principio di leale collaborazione possa ivi tradursi in obblighi difficilmente trasponibili negli ordinamenti di altre organizzazioni internazionali. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di leale cooperazione in materia di PESC (sui quali v. F. Casolari, *The Principle of Loyal Co-operation: a Master-key for EU External Representation?*, in S. Blockmans e R.A. Wessel (a cura di), *Principles and Practices of EU External Representation*, L'Aja, 2012, p. 11 ss.).

guardare alla ricca giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE in cerca di spunti sulle possibili applicazioni pratiche del principio.

Sotto il profilo che ci riguarda, particolarmente significativa è la giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Grimaldi*,⁶ in virtù della quale, a dispetto del carattere non vincolante delle raccomandazioni, i giudici nazionali sarebbero comunque “tenuti a prender[le] in considerazione [...] ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio”, soprattutto quando esse mirano a chiarire gli obblighi posti dai Trattati.⁷

Ma è possibile applicare questa giurisprudenza ad organizzazioni diverse dall'UE? A noi pare che a tale quesito debba risponderci in senso affermativo, tenuto conto del fatto che l'obbligo in parola – lungi dal discendere dalle peculiarità del processo di integrazione europea – definisce un presupposto indefettibile per la realizzazione di una proficua collaborazione in qualsiasi struttura ordinamentale, dalla più rudimentale alla più sofisticata: un “ascolto” serio e senza pregiudizi delle posizioni espresse dalle altre istituzioni coinvolte.⁸

Nella prospettiva indicata, dunque, l'obbligo di “prendere in considerazione” sarebbe del tutto slegato dalla natura giuridicamente vincolante dell'atto che contiene una data interpretazione, essendone piuttosto rilevante la *provenienza* (un organo di un'organizzazione internazionale) e la *funzione* (chiarire il significato degli obblighi assunti dagli Stati nell'ambito di tale organizzazione). Se ciò è vero, allora è plausibile sostenere che la natura non vincolante delle decisioni del Comitato non esoneri i giudici italiani (*in primis* la Corte costituzionale) dall'obbligo – discendente dal dovere di sincera cooperazione ex art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa – di prenderle in considerazione quando interpreta la Carta sociale europea. A nulla rileverebbe, invece, l'assenza nella Carta di disposizioni equiparabili agli artt. 32 e 46 CEDU, la quale – se certamente priva le pronunce del Comitato dell'efficacia di *res iudicata*⁹ – non è di per sé idonea ad escludere che tali decisioni spieghino ulteriori, seppur limitati, effetti giuridici.

4. Una volta dimostrate l'esistenza, occorre comprendere come il richiamato obbligo di “prendere in considerazione” possa ricevere concreta attuazione. Questa problematica è stata affrontata, in dottrina e nella prassi, con riferimento all'obbligo delle corti interne di prendere in considerazione la giurisprudenza della Corte EDU nell'interpretazione delle disposizioni convenzionali.¹⁰ In estrema sintesi, è possibile affermare che l'obbligo in questione si sia tradotto in un “aggravamento” dell'onere motivazionale incombente sul giudice nazionale il quale – se non vuole aderire alla *res interpretata* della giurisprudenza europea – sarà tenuto ad indicarne espressamente le

⁶ CGUE, C322/88 *Grimaldi* [1989] ECR 4407.

⁷ *Ibid.* par. 18. Più di recente, v. pure C207/01 *Altair Chimica* [2003] ECR I-8875; C317/08, C318/08, C319/08 e C320/08 *Alassini* [2010] ECR I-02213. Nel senso che il fondamento di questa giurisprudenza vada ricercato nel principio di leale collaborazione v., tra gli altri, L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford/Portland, 2004, p. 391.

⁸ A conferma di ciò, può ricordarsi che, al di fuori dell'UE, in dottrina è stata affermata l'esistenza di un obbligo degli Stati di prendere in considerazione le risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (vale a dire, atti non vincolanti) a partire dal dovere degli Stati membri di adempiere in buona fede gli obblighi derivanti dalla partecipazione all'Organizzazione (art. 2 co. 2 della Carta delle Nazioni Unite). V. G. White, *The Principle of Good Faith*, in V. Lowe e C. Warbrick (a cura di), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst*, Londra/New York, 1994, p. 230 ss., p. 245.

⁹ Sul punto v. correttamente C. Cost. n. 120/2018, punto 13.4 del “Considerato in diritto”.

¹⁰ Per riferimenti, v. F.M. Palombino, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, p. 132 ss.

ragioni.¹¹ L'applicazione di questo modello alle decisioni del Comitato, dunque, lascerebbe impregiudicata la possibilità per la Corte costituzionale di disattenderne le interpretazioni, a condizione però che tale conclusione sia adeguatamente motivata.

Contrariamente a quanto sembrerebbe suggerire una prima lettura, indicazioni in questo senso sono individuabili proprio nella sentenza n. 120/2018. Nel negare rilevanza all'interpretazione estensiva (*in casu*: della libertà sindacale) avanzata dal Comitato, la Corte ha infatti tenuto a precisare che la stessa "non trova conferma nei nostri principi costituzionali",¹² oggetto di discussione in un passaggio appena precedente.¹³ In questo modo, la Corte Costituzionale avrebbe – più o meno consapevolmente – aderito al modello proposto, avendo la stessa i) preso in considerazione l'interpretazione del Comitato, ii) ritenuto opportuno disattenderla e iii) motivato questo scostamento con un rinvio ai principi costituzionali.

5. Se la decisione di discostarsi dall'interpretazione del Comitato appare, come si è detto, del tutto legittima ed è certamente da apprezzare lo sforzo di indicarne le ragioni, appare tuttavia criticabile la scelta della Corte motivare tale divergenza alla luce dei principi sanciti dalla Costituzione italiana ed enucleati dalla giurisprudenza costituzionale. La Carta sociale europea, infatti, è un trattato internazionale e va interpretato alla luce dei canoni ermeneutici propri dell'ordinamento cui appartiene, vale a dire le regole codificate dagli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati¹⁴ e le altre regole sviluppate nella prassi internazionale.¹⁵ La Corte costituzionale, in altri termini, potrà ben allontanarsi dalle conclusioni raggiunte dal Comitato, ma per giustificare un tale risultato dovrà far ricorso ai principi di diritto internazionale che disciplinano l'interpretazione dei trattati. A ragionare diversamente, si finirebbe per avallare una interpretazione "unilateralistica" (i.e. fondata su categorie ed istituti propri del diritto interno) della Carta, in aperto contrasto con l'insegnamento pacifico della dottrina internazionalistica.¹⁶

Tale precisazione – è bene metterlo in chiaro – non intende certo negare rilevanza ai principi costituzionali (né potrebbe essere diversamente nell'ambito di un

¹¹ Tale modello è stato elaborato in termini piuttosto nitidi nella giurisprudenza britannica, nel cui ordinamento l'obbligo di prendere in considerazione la giurisprudenza della Corte europea è esplicitamente previsto da una disposizione di legge, l'art. 2 dello *Human Rights Act* del 1998 (v. UK Supreme Court, *R. v. Horncastle* [2009] UKSC 14, par. 11). Con riferimento ai rapporti tra giudice italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo, v. la ricostruzione proposta da P. Rossi, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, Osservatorio sulle fonti, 1/2018.

¹² C. Cost. n. 120/2018, punto 13.4 del "Considerato in diritto".

¹³ *Ibid.*, punto 13.2 del "Considerato in diritto".

¹⁴ A questo proposito, è il caso di ricordare che, indipendentemente dall'esistenza di un obbligo di prendere in considerazione le decisioni del Comitato EDS, la sua prassi interpretativa può venire in rilievo come mezzo complementare di interpretazione della Carta *ex art.* 32 della Convenzione di Vienna (L. Crema e L. Borlini, *Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale*, p. 12) nonché, indirettamente, per il tramite delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che si servono delle interpretazioni del Comitato per chiarire il significato delle disposizioni della CEDU suscettibili di incidere sulla protezione dei diritti sociali (L. Mola, *Brevissime osservazioni sull'interpretazione della Carta sociale europea, a margine della sentenza n. 120/2018 della Corte costituzionale in prospettiva di una prossima pronuncia*).

¹⁵ Ivi comprese le regole che sovrintendono all'interpretazione di quella particolare categoria di trattati rappresentata dai trattati sui diritti umani (D. Russo, *La definizione del parametro di costituzionalità fondato sulla Carta sociale europea: il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali*).

¹⁶ V. su tutti B. Conforti, *Diritto internazionale* (a cura di M. Iovane), XI ed., Napoli, 2018, p. 118. Che "l'interpretazione dei trattati internazionali non possa essere condotta in modo conforme unicamente all'ordinamento interno dell'interprete" è stato del resto ribadito dalla Corte di Cassazione nella sua giurisprudenza più recente (in questo senso, v. Cass. civ. n. 7909/2014. V. pure Cass. civ. n. 6632/2013; Cass. civ. n. 23984/2016).

giudizio di costituzionalità!), quanto piuttosto chiarirne il ruolo. Se infatti l'*interpretazione* della Carta rimane governata dal diritto internazionale, la sua *applicazione* come parametro interposto, che è fase distinta e logicamente successiva alla prima, resta condizionata alla conformità alla Costituzione, secondo quanto chiarito a più riprese dalla Corte sin dalle sentenze gemelle del 2007.¹⁷ Non può invero escludersi che una disposizione della Carta sociale europea, così come interpretata alla luce dei canoni internazionalistici, si ponga in contrasto con una norma costituzionale (o, comunque, non offra idonea protezione a valori costituzionalmente tutelati), con la conseguenza che essa non potrà operare come parametro interposto ex art. 117 Cost.¹⁸

6. In conclusione, può essere utile richiamare schematicamente i principali snodi argomentativi della ricostruzione proposta:

1. Il dovere di "sincera ed operosa collaborazione", sancito dall'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa, implica l'obbligo dei giudici nazionali (inclusa la Corte costituzionale italiana) di "prendere in considerazione" le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali ogniqualvolta venga in rilievo l'interpretazione e l'applicazione della Carta sociale europea

2. Il suddetto obbligo di "prendere in considerazione" si traduce concretamente nell'onere, gravante sul giudice nazionale, di motivare adeguatamente la scelta di discostarsi dalle interpretazioni del Comitato

3. Tale scelta dovrà essere giustificata alla luce dei canoni interpretativi propri del diritto internazionale, e non sulla base dei principi costituzionali

4. Questi ultimi vengono tuttavia in rilievo in fase di applicazione della Carta come parametro interposto di costituzionalità. Dovrà difatti escludersi l'idoneità delle disposizioni della Carta sociale europea a fungere da parametro qualora, nell'interpretazione datane secondo i canoni internazionalistici, esse si pongano in contrasto con la Costituzione o comunque non offrano adeguata protezione a valori costituzionalmente tutelati

Come si è cercato di dimostrare, i "semi" di questa ricostruzione sono già presenti nella sentenza n. 120/2018. Alla luce della vocazione marcatamente internazionalistica della nostra Costituzione, sarebbe opportuno che la Corte sviluppasse ulteriormente queste premesse, rendendo esplicita l'adesione al modello proposto e aggiustando il tiro con riferimento ai pochi aspetti critici qui evidenziati.

¹⁷ Sono debitore nei confronti di Michele Massa per questa opportuna distinzione, che spero di non aver frainteso. In ogni caso, rimane mia la responsabilità per eventuali errori od omissioni.

¹⁸ Ciò è quanto accaduto, com'è noto, nel caso delle cd. pensioni svizzere (C. Cost. n. 264/2012).

LEONARDO BORLINI
Università Bocconi

LUIGI CREMA
Università degli Studi di Milano

IL VALORE DELLE PRONUNCE DEL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI AI FINI DELL'INTERPRETAZIONE DELLA CARTA SOCIALE EUROPEA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Premessa

L'ordinanza del 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma, (come corretta il successivo 2 agosto e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, il 17 gennaio 2018, n. 3),¹ letta nella prospettiva dei rapporti tra l'ordinamento domestico e quello internazionale, tocca questioni fondamentali.² Esse riguardano, tra l'altro, la ricezione del diritto internazionale nell'ordinamento giuridico della Repubblica Italiana e, più specificatamente, il valore assunto dai trattati internazionali in tale sistema. È bene ricordare da subito che, su tali questioni, la Consulta si è, recentemente, nuovamente pronunciata.³

¹ Un errore materiale nel dispositivo dell'ordinanza relativo all'oggetto della questione ha imposto al giudice *a quo* di adottare, il 2 agosto 2017, un decreto correttivo ai sensi degli artt. 287 e 288 c.p.c.

² Si ricorda che l'ordinanza ha ad oggetto la sospetta incostituzionalità dell'art. 1, comma 7, lettera c) L.n. 183/2014 e degli artt. 2, 3 e 4 del D. Lgs. n. 23/2015 per la violazione degli artt. 3, 4, 35, 117 e 76 della Costituzione. Vale la pena di ricordare, in sintesi, le ragioni che secondo il Tribunale di Roma rendono il ricorso non manifestatamente infondato. Esse sono, appunto, incentrate sul ritenuto contrasto della normativa con l'art. 3 della Costituzione, in quanto l'importo dell'indennità risarcitoria disegnata dalle norme del c.d. "*Jobs Act*" non avrebbe carattere compensativo né dissuasivo ed ha conseguenze discriminatorie; ed inoltre in quanto l'eliminazione totale della discrezionalità valutativa del giudice finirebbe per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro; gli artt. 4 e 35 della Costituzione, in quanto al diritto al lavoro, valore fondante della Carta, viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso; gli artt. 117 e 76 della Costituzione, in quanto la sanzione per il licenziamento illegittimo apparirebbe inadeguata rispetto a quanto statuito da fonti sovranazionali come la Carta di Nizza e la Carta Sociale, mentre il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni sovranazionali costituiva un preciso criterio di delega, che sarebbe stato pertanto violato. Cfr. Tribunale di Roma, ordinanza del 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma, come corretta il 2 agosto 2017.

³ Cfr, in particolare, C. Cost., 31 maggio 2018 (ud. 10 aprile 2018), n. 115 e C. Cost., 13 giugno 2018 (ud. 10 aprile 2018), n. 120.

Il ricorso del Tribunale di Roma verte sull'art. 24 della Carta sociale europea (Carta Sociale o CSE),⁴ in relazione alla presunta violazione degli artt. 117 e 76 Cost. Tale disposizione stabilisce *inter alia* che, nel caso di licenziamento senza valido motivo, i lavoratori hanno diritto «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

La Corte Costituzionale si è soffermata di recente sul ruolo della Carta sociale europea. Con pronuncia n. 120 dell'11 aprile 2018, la Corte costituzionale, da un lato, afferma espressamente che la CSE costituisce «fonte internazionale», parametro interposto di costituzionalità ex dell'articolo 117, comma primo, della Costituzione;⁵ dall'altro, statuisce che le pronunce del CEDS, pur autorevoli, *non vincolano* i giudici interni nell'interpretazione della Carta, «tanto più se (...) l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali.»⁶

Il presente contributo intende mettere in luce la complessità degli organi di controllo nel diritto internazionale e le loro funzioni, al fine di chiarire il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali (Comitato europeo o CEDS) per l'interpretazione CSE ed in particolare quelle emesse in seguito a reclamo collettivo.⁷ Lo scopo mediato è quello di contribuire a delineare l'interpretazione della norma internazionale ai fini della definizione del parametro di costituzionalità delle leggi ex art. 117 co. 1 della Costituzione.

Lasciamo, in particolare, ad altri scritti la cura di illustrare nel dettaglio la portata da attribuire alle pronunce del CEDS nel giudizio di costituzionalità delle leggi⁸ e le conseguenze del principio della leale collaborazione nel diritto internazionale rispetto al caso in esame.⁹ Dopo alcuni cenni di sintesi sul funzionamento del Comitato e sulla natura delle sue pronunce, invece, il presente contributo esamina il valore degli atti e degli orientamenti dei meccanismi internazionali di controllo ai fini dell'interpretazione dei trattati per poi avanzare, alla luce di tale disamina, alcune conclusioni più specifiche con riguardo agli orientamenti del CEDS. Ciò che in ultima analisi si vuole determinare è il valore delle pronunce del CEDS ai fini della corretta interpretazione di tali ultime nozioni.¹⁰

⁴ In: <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter>. La Carta è stata conclusa a Torino il 18 ottobre 1961 ed emendata a Strasburgo il 3 maggio 1996. È entrata in vigore dal 26 febbraio 1965 (dal 1° luglio 1999 nella versione emendata) per 27 Stati (per 33 nella versione emendata), compresa l'Italia. La versione emendata è stata autorizzata e rese esecutiva nell'ordinamento italiano con l. 28 agosto 1997, n. 298 (in *GU SO* n. 215 del 15 settembre 1997).

⁵ Corte Cost., sentenza 120/2018, cit., par. 10.1 del Considerato in diritto, ove si rimarca anche come la CSE presenti «spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU».

⁶ *Ibidem*, par. 13.4 del Considerato in diritto.

⁷ Il Protocollo che ha introdotto la possibilità di reclami collettivi avverso gli stati parti alla Carta sociale (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/158>) è stato concluso a Strasburgo il 9 novembre 1995 ed è in vigore dal 1° luglio 1998, al 20 giugno 2018, per 13 Stati compresa l'Italia. È stato reso esecutivo nell'ordinamento italiano con l. 28 agosto 1997, n. 298 (in *GU SO* n. 215 del 15 settembre 1997).

⁸ Cfr. S. Forlati, *Carta costituzionale e controllo internazionale: quale spazio per la "giurisprudenza" del Comitato europeo dei Diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?*, manoscritto.

⁹ Cfr. D. Amoroso, *Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di "prendere in considerazione" le decisioni del Comitato europeo dei diritti umani*, manoscritto.

¹⁰ A tal riguardo, si rileva altresì che la congruità e l'adeguatezza del ristoro in caso di licenziamento senza valido motivo di cui all'art. 24 è già stato oggetto di decisioni del CEDS. Si ricorda, a titolo esemplificativo, che con due distinte decisioni del 31 gennaio 2017, complaints n. 106/2014 e 107/2014, entrambi nei confronti della Finlandia, il CEDS, ha interpretato l'articolo 24 della CSE a seguito di un ricorso collettivo promosso dalla *Finnish Society of Social Rights*, che aveva lamentato la violazione dell'art. 24 della Carta in relazione alle disposizioni

2. Il Comitato europeo dei diritti sociali: funzione e tipologie di atti

Il CEDS è stato istituito allo scopo di determinare se la normativa e la pratica degli Stati parti sia in conformità con le norme della Carta sociale europea, dei suoi Protocolli e della CSE (riveduta) del 1996.¹¹ Il Comitato è composto da 15 esperti indipendenti eletti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa per un periodo di sei anni rinnovabili una sola volta. La funzione di controllo del Comitato consta di due attività essenziali. Una prima di supervisione generale sull'attuazione interna della Carta da parte degli Stati contraenti. Una seconda, più specifica, rivolta a rispondere ai reclami collettivi presentati da alcuni soggetti a tal fine legittimati avverso specifici provvedimenti dei singoli Stati. Le due procedure sono particolarmente articolate e meritano alcune considerazioni di sintesi.

Con riferimenti alla prima attività di supervisione, principale specificità della CSE è che gli Stati si impegnano a considerarsi vincolati a tutte le disposizioni della parte I («dichiarazione di obiettivi», di carattere programmatico), ad almeno 6 tra 9 articoli selezionati nella parte II (1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 e 20) e ad un numero supplementare di articoli o paragrafi della parte II a condizione che il numero totale delle disposizioni che li obbligano non sia inferiore a sedici articoli o sessantatré paragrafi numerati. L'Italia ha assunto una posizione molto aperta verso la Carta, e si è impegnata a rispettare pressoché tutte le disposizioni, incluso il già citato art. 24 riguardante il diritto ad una tutela in caso di licenziamento.¹²

Ogni anno gli Stati parti inviano un rapporto che indica il modo in cui essi hanno dato attuazione alle disposizioni della Carta. Ciascun rapporto riguarda solo alcune delle disposizioni accettate (gli articoli sono divisi per gruppi tematici: gruppo I, impiego, formazione e pari opportunità; gruppo II, salute, sicurezza sociale e protezione sociale; gruppo III, diritti dei lavoratori; gruppo IV, bambini, famiglie e migranti). Il Comitato esamina i rapporti e decide se la situazione nel Paese in questione sia o meno in conformità con ciascuna delle disposizioni contenute nella Carta.

Le decisioni del Comitato ad esito di tale procedura sono chiamate *Conclusioni* e vengono pubblicate alla fine di ogni anno. Se uno Stato non intraprende alcuna azione a seguito di una conclusione del Comitato europeo dei diritti sociali in cui viene indicata una non conformità con la Carta, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (CM)

nazionali finlandesi che prevedevano, da un lato, le condizioni per intimare licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, dall'altro lato, la responsabilità datoriale in caso di recesso illegittimo. Sulla medesima questione, inoltre, la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) ha presentato un reclamo collettivo contro l'Italia, Collective complaint n. 158/2017 - *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italie*, attualmente pendente di fronte al Comitato. Infine, sempre in materia di disciplina dei licenziamenti, la *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO)* ha depositato un reclamo collettivo - il n. 160 - contro la Francia, anch'esso allo stato pendente, Collective complaint n. 160/2017 - *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) v. France*.

¹¹ La procedura di controllo dell'attuazione della Carta è definita nella Parte IV della Carta come emendata dal Protocollo di Torino del 1991, artt. 21 ss., e in particolare all'art. 25 per quanto riguarda il CEDS. Tali disposizioni si trovano ora riprodotte nell'Art. C della Parte IV della Carta sociale riveduta del 1996.

¹² Fa eccezione solo l'art. 25, «Diritto dei lavoratori alla protezione dei loro crediti in caso d'insolvenza del loro datore di lavoro», per cui l'Italia non si è vincolata, cfr. *Acceptance of provisions of the Revised European Social Charter (1996)*, al sito <https://rm.coe.int/1680630742>.

adotta una risoluzione con la quale chiede allo Stato coinvolto di modificare la situazione a livello del quadro normativo o adottando specifiche politiche pubbliche.¹³

Come accennato, la funzione di controllo del CEDS sull'attuazione della Carta trova la seconda principale esplicitazione nel sistema di reclamo collettivo. In base al protocollo addizionale sul sistema di reclamo collettivo del 1995, possono essere presentati al Comitato dei reclami sulla violazione delle disposizioni contenute nella Carta. I reclami possono provenire, nel caso degli Stati che hanno adottato la procedura, da parte delle seguenti organizzazioni: la Confederazione dei sindacati europei (ETUC), Business Europe (e UNICE) e l'Organizzazione internazionale dei datori di lavoro (IOE); le organizzazioni non governative con *status* consultivo presso il Consiglio d'Europa incluse, a questo fine, in una lista preparata da un comitato intergovernativo *ad hoc*; le organizzazioni di datori di lavoro e sindacati nel Paese interessato e, da organizzazioni non governative nazionali, nel caso gli Stati abbiano esplicitamente accettato la relativa disposizione, come nel caso dell'Italia.

Il Comitato esamina il reclamo e, se i requisiti fondamentali sono stati raggiunti, lo dichiara ammissibile. In seguito, mette in moto una procedura di dialogo con il Paese interessato basata su uno scambio di documentazione scritta tra le parti e può decidere di tenere un'udienza pubblica. Il Comitato prende quindi una decisione sul merito del reclamo, che invia alle parti interessate e al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nella forma di un rapporto, reso successivamente pubblico entro quattro mesi dall'invio. Il Comitato dei Ministri adotta quindi una risoluzione, in cui, se lo ritiene appropriato, può raccomandare allo stato di prendere specifiche misure per portare la situazione in linea con la Carta sociale europea.¹⁴

Gli obblighi internazionali in materia di diritti sociali previsti dalla CSE partecipano, quindi, di una duplice natura: da un lato, sono assunti per la promozione di tali diritti, talvolta anche dando attuazione a forme di cooperazione a ciò dirette; dall'altro lato, tendono a tutelare la posizione di coloro che, all'interno dell'ordinamento giuridico degli Stati parte subiscono violazioni delle stesse posizioni giuridiche soggettive. Per questo secondo aspetto, la previsione dell'articolato meccanismo internazionale di controllo sull'attuazione degli obblighi primari della CSE, incentrato sul CEDS, risulta cruciale al fine di garantirne un'efficace attuazione.¹⁵

¹³ Si rileva, altresì, che, a seguito di una decisione del CM (decisione 821/4.1c/ del 13 dicembre 2002), gli Stati che hanno ratificato la Carta sociale europea (riveduta) sono invitati a redigere un rapporto ogni cinque anni sulle disposizioni della Carta non accettate e, di conseguenza, il Comitato dei diritti sociali è chiamato ad esaminare tali rapporti in incontri specifici. Ogni anno infine il Comitato adotta un rapporto sulle attività intraprese nell'anno precedente.

¹⁴ Anche il sistema di reclamo collettivo è stato recentemente rivisto. Il 2 aprile 2014 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha approvato un nuovo sistema di monitoraggio del rispetto e dell'applicazione della CSE che preve, in aggiunta ai rapporti trasmessi dagli Stati, un meccanismo in base al quale gli Stati che hanno accettato la competenza del Comitato in ordine ai reclami collettivi presentano ogni due anni rapporti semplificati diretti a velocizzare e ad agevolare il monitoraggio del rispetto della Carta indicando le azioni intraprese a seguito dell'accertamento di una violazione del medesimo trattato. Cfr., più in dettaglio, <https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/reporting-system>.

¹⁵ Simili opinioni con riferimento generale ai meccanismi internazionali di controllo dei trattati in materia di diritti umani sono autorevolmente avanzate da S. FORLATI, *I meccanismi internazionali di controllo*, in ID. (a cura di), *La lotta alla tratta fra essere umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013, p. 29 ss., 29 e C. TOMUSCHAT, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford, 2008, p. 5; p. 133 ss., a cui si rinvia anche per un esame più approfondito delle diverse tipologie di meccanismi operanti nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani. Per un esame critico, sebbene meno recente, dell'istituto nell'ambito dei trattati in materia di protezione e promozione dei diritti umani v. anche J. CRAWFORD, *The UN Human Rights Treaty System*:

3. Meccanismi internazionali di controllo sui trattati in materia di diritti umani e valore 'interpretativo' dei loro atti

Gli strumenti previsti dalla CSE, seppure nell'originalità del loro funzionamento, non rappresentano un *unicum* della cooperazione internazionale. I meccanismi internazionali di controllo, infatti, sono molto diffusi, soprattutto nei settori del diritto internazionale in cui il solo principio di reciprocità non è sufficiente a garantire l'attuazione degli obblighi previsti dai relativi trattati.¹⁶ Sotto tale profilo, i trattati in materia di tutela e promozione dei diritti umani non presentano significativi caratteri di specialità. Oltre alla tipologia di accordi in esame, sono, infatti, dotati di meccanismi internazionali di controllo numerosi trattati in materia di diritto ambientale;¹⁷ alcuni trattati in materia di cooperazione economica e finanziaria e di liberalizzazione del commercio internazionale;¹⁸ i trattati sulla non-proliferazione delle armi di distruzione di massa;¹⁹ e, sempre più frequentemente, gli accordi internazionali in materia penale.²⁰ Tutte queste tipologie di accordi sono caratterizzati dalla circostanza che all'attuazione dei relativi obblighi da parte di uno Stato non corrisponde un'utilità immediata per gli altri contrattanti, poiché essi, di regola, si traducono tipicamente in modifiche interne all'ordinamento giuridico nazionale difficilmente osservabili da parte degli altri Stati.²¹ Nel settore dei diritti umani, ricordiamo che numerosi meccanismi di questo tipo sono stati costituiti sia a livello universale, ad esempio nel contesto delle Nazioni Unite²² o di

A *System in Crisis?*, in P. ALSTON, J. CRAWFORD (a cura di), *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000, p. 5 ss.

¹⁶ V. G. ULFSTEIN, *Treaty Bodies and Regimes*, in D.B. HOLLINS (a cura di), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford, 2014, p. 428 ss., 439-442.

¹⁷ Si v. ad es. T. TREVES, A. TANZI, L. PINESCHI, C. PITEA, C. RAGNI, F. ROMANIN JACUR (eds.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, TMC Asser Press, The Hague, 2009.

¹⁸ Così è, ad esempio, per il Trade Policy Review Mechanism (TPRM), istituito nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Cfr. P.C. MAVROIDIS, *Surveillance Schemes: The GATT's New Trade Policy Review Mechanism*, in 13(2) *Michigan Journal of International Law*, 1992, p. 374 ss. Per ulteriori esempi v., *infra*, punto 33.

¹⁹ Un esempio noto è dato dai meccanismi internazionali di controllo in materia di non proliferazione nucleare. Per un'illustrazione di tali essi si rinvia ai diversi contributi in J.L. BLACK-BRANCH, D. FLECK (eds.), *Nuclear Non-Proliferation in International Law*, The Hague, 2014, Vol. I, p. 133 ff., p. 151

²⁰ V., ad esempio, le osservazioni di C. ROSE, *Treaty Monitoring and Compliance in the Field of Transnational Criminal Law*, in *Grotius Centre Working Paper 2017/070-PIL*, dalla cui analisi sono però significativamente escluse le procedure di controllo operative in seno ai trattati sui c.d. crimini internazionali *stricto sensu* e tutti i meccanismi che negli ultimi anni si sono sviluppati in ambito regionale.

²¹ P.M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, 13° ed., Parigi, 2016, pp. 519-20.

²² Otto dei nove trattati sui diritti umani promossi dalle Nazioni Unite beneficiano di un meccanismo di supervisione: la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma razziale (adottato il 7 marzo 1966; e.v. il 4 gennaio 1969), 666 UNTS 212; il Patto sui diritti civili e politici (adottato il 16 dicembre 1966; e.v. il 23 del 1976), 999 UNTS 171; il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, (adottato il 16 dicembre 1966; e.v. il 3 gennaio 1976) 993 UNTS 3; la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (adottato il 18 dicembre 1979; e.v. il 3 settembre 1981) 1249 UNTS 13; la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (adottata il 10 dicembre 1984; e.v. il 27 giugno 1987), 1465 UNTS 112; la Convenzione sui diritti dell'infanzia (adottata il 20 novembre 1989; e.v. il 2 settembre 1990), 1577 UNTS 3; la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (adottata l'8 dicembre 1990; e.v. l'1 luglio del 2003), 2220 UNTS 3; la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (adottata il 20 dicembre 2006; e.v. il 21 dicembre 2010), A/RES/61/177; la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (adottata il 13 dicembre 2006; e.v. il 3 maggio 2008), 2515 UNTS 3.

istituti specializzati come l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL),²³ sia nel quadro di organizzazioni regionali con competenza nella materia in esame, come, appunto, il Consiglio d'Europa.

Proponendo una sistematizzazione di sintesi, si nota che i meccanismi internazionali di controllo possono avere natura preventiva, ovvero successiva, risolvendosi nel monitoraggio della condotta concreta degli Stati *ex post facto*, in relazione all'attuazione degli accordi internazionali 'sottostanti'. Taluni hanno carattere prettamente intergovernativo; altri affidano al prestigio personale e alla competenza tecnica delle persone incaricate di svolgere attività di monitoraggio dagli esiti pubblici un ruolo di 'presa' e 'persuasione' degli Stati il cui comportamento è oggetto di controllo.²⁴ Inoltre, comitati di esperti indipendenti vengono talvolta incaricati di esaminare rapporti periodici degli Stati, ma possono anche vedersi attribuire competenze ulteriori. Possono esemplificativamente ricordarsi, oltre all'effettuazione di inchieste e visite nel territorio dello Stato il cui comportamento è oggetto di valutazione, la competenza a conoscere di comunicazioni e reclami, sia interstatali che individuali, provenienti direttamente da vittime di violazioni dei diritti umani o, come nel caso del CEDS, da qualificati enti rappresentativi di interessi collettivi.²⁵

Esistono, infine, sistemi di controllo propriamente giurisdizionali, tesi all'accertamento di responsabilità sia individuali, ad opera dei tribunali penali internazionali, sia dello Stato in quanto tale, per la supposta violazione dei suoi obblighi.²⁶ Nondimeno, a ragione della loro differente natura, occorre tenere distinti i meccanismi di controllo propriamente giurisdizionali da quelli di tipo c.d. «*non-contentieux*» anche per i fini specifici della presente relazione.²⁷

²³ Funziona in modo, per così dire, 'trasversale', rispetto all'attuazione di diverse convenzioni e strumenti di *soft law* promossi dall'ILO, il Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni della medesima organizzazione intergovernativa. Per maggiori informazioni, si rinvia ai documenti pubblicati sul sito internet: <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-en/index.htm>.

²⁴ Ciò avviene, ad esempio, per i mandati speciali attivi sotto l'egida del Consiglio per i diritti umani o per l'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite.

²⁵ V., *amplius*, P.T. STOLL, *Human Rights, Treaty Bodies*, in *MPEPIL*, 2008, par. 9-13.

²⁶ In tale ultimo caso, la legittimazione ad agire può essere riservata ai soli Stati (come avviene dinanzi alla Corte internazionale di giustizia) ovvero essere estesa anche ai privati. Tale possibilità è offerta, seppure attraverso meccanismi diversi, dalle corti internazionali regionali competenti in materia di diritti umani ed una competenza espressa a conoscere del rispetto dei diritti umani fondamentali è talvolta attribuita anche a tribunali istituiti nell'ambito di organizzazioni regionali di integrazione economica. Per quanto riguarda i tribunali specificamente destinati a sovrintendere il rispetto dei diritti fondamentali, un vero e proprio diritto individuale di ricorso esiste, oltre che rispetto alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), nell'ambito del continente africano. Segnatamente, ha competenza ad esaminare ricorsi individuali. La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, in presenza di una specifica accettazione di tale competenza da parte dello Stato convenuto (art. 34, par. 6, del Protocollo istitutivo della Corte, disponibile all'indirizzo: www.african-court.org). Invece, nell'ambito delle organizzazioni regionali di integrazione economica, oltre alla Corte di Giustizia UE, si segnala il ruolo svolto ad esempio dalla Corte di giustizia della *Economic Community of Western African States* (ECOWAS) sulla base degli articoli 9, par. 4, e 10, lett. d), del Protocollo relativo alla Corte di Giustizia, del 6 luglio 1991, per come emendato dal Protocollo supplementare concluso ad Accra il 19 gennaio 2005 (disponibile online all'indirizzo: www.courtecowas.org).

²⁷ Sul punto v. anche ULFSTEIN, cit. 429. La dottrina è solita osservare che la natura dinamica e sistematica del controllo di tipo «*non-contentieux*» può, in effetti, utilmente completare il controllo di tipo giurisdizionale, il quale per sua natura si esplica in interventi sporadici ed eccezionali, dovendo a tal fine attendersi la violazione di un obbligo internazionale e l'esito di una procedura volta alla soluzione della controversia di cui tale violazione è oggetto. Cfr., tra gli altri, A. CASSESE, *Fostering Increased Conformity with International Standards and Institutional Fact-Finding*, in ID. (a cura di), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, 2012, p. 295 ss. V. anche DUPUY, KERBRAT, cit., pp. 520-1.

La questione del valore degli atti dei meccanismi internazionali di controllo ai fini dell'interpretazione dei trattati sulla cui attuazione essi vigilano – non importa tanto se tali accordi siano in materia di diritti umani ovvero incidano in altro settore del diritto internazionale – non sembra consentire facili e fondate generalizzazioni. Tale problematica deve, anzitutto, inquadrarsi alla luce della *funzione di garanzia* che i meccanismi internazionale di controllo assolvono. Occorre poi prendere in considerazione, contestualmente, due ulteriori elementi: da un lato, la *composizione dell'organo* che ha emanato l'atto rilevante; dall'altro, le *caratteristiche* dell'atto.

A prescindere dalla multiforme manifestazione della prassi, tutti i meccanismi internazionali di controllo - senza eccezione - assolvono alla funzione di garanzia di «integrità dei valori giuridici» dell'ordinamento giuridico internazionale «contro attività o fatti che potrebbero infrangerla».²⁸ Con la sola (e parziale) eccezione dei meccanismi propriamente giurisdizionali,²⁹ l'attività esecutiva da essi posta in essere è precisamente servente a tale funzione. Più precisamente, è nell'ambito della dialettica tra organo-controllante e Stato-controllato propria di tali meccanismi che essi possono concorrere a determinare il contenuto normativo delle disposizioni dei trattati oggetto della loro supervisione, contribuendo, di volta in volta, a dare significato concreto agli obblighi giuridici gravanti sugli Stati parti e, per tale via, nel caso dei trattati in materia di diritti umani, definire la portata dei diritti soggettivi da tali strumenti protetti e promossi.

Che gli organi del controllo internazionale *interpretino* le norme degli strumenti pattizi sottostanti non può, quindi, stupire: è affatto fisiologico che, ai fini di valutare l'attuazione nell'ordinamento giuridico domestico degli obblighi contratti da un determinato Stato attraverso un trattato internazionale, l'organo di controllo ne espliciti, determini o chiarisca la portata. L'interpretazione della norma fonte dell'obbligo internazionale è, in altre parole, connaturata ed essenziale alla funzione del controllo.

D'altronde, anche guardando ai soli trattati in materia di diritti umani, gli esempi pertinenti sono numerosi. Si pensi al ruolo dell'Ufficio internazionale del lavoro e, soprattutto, del Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni dell'OIL nella determinazione del significato e della portata di diverse disposizioni degli strumenti giuridici sottostanti.³⁰ Analogamente, ai meccanismi internazionali di controllo dei trattati delle Nazioni Unite sui diritti umani, (in particolare, quelli incentrati sul

²⁸ C. ZANGHÌ, voce *Controlli internazionali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, p. 2. Per una trattazione approfondita dell'istituto del controllo internazionale si rimanda alla classica opera di A. CASSESE, *Il controllo internazionale, Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1971.

²⁹ Infatti, tali ultimi meccanismi altresì sono tipicamente preordinati all'accertamento del diritto e alla soluzione delle controversie.

³⁰ Così è stato, ad esempio, per la nozione stessa di lavoro forzato, centrale rispetto all'impianto normativo della Convenzione ILO sul lavoro forzato del 30 giugno 1926, n. 29, (e.v. 1 maggio 1932, in: http://www.ilo.org/rome/norme-del-lavoro-e-documenti/WCMS_152328/lang--it/index.htm): il Comitato di esperti ha specificato situazioni di lavoro straordinario che possono assumere il carattere (e la dannosità) del lavoro forzato. Così è stato anche per il «principio della parità di trattamento retributivo tra lavoratori di sesso diverso per mansioni di valore uguale», lasciato indefinito nel testo della Convenzione sull'uguaglianza di retribuzione fra mano d'opera maschile e mano d'opera femminile per un lavoro di valore uguale del 29 giugno 1951, n. 100, (e.v. 23 maggio 1953, in: http://www.ilo.org/rome/norme-del-lavoro-e-documenti/WCMS_152336/lang--it/index.htm). Ovvero alla Convenzione sulla discriminazione (impiego e professione), del 28 giugno 1958, n. 111, (e.v. il 5 giugno 1960, in: http://www.ilo.org/rome/norme-del-lavoro-e-documenti/WCMS_152337/lang--it/index.htm) e il cui contenuto è stato 'esteso' dal Comitato di esperti alla protezione offerta dallo stesso strumento convenzionale rispetto ai casi di molestie sessuali.

Comitato istituito dal Patto internazionale sui diritti civili e politici³¹ e su quello istituito dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali³²), non è stato attribuito uno specifico mandato ad interpretare i trattati sottostanti. Inoltre, com'è risaputo, le pronunce di tali organi sono prive di effetti giuridici vincolanti. Eppure, senza interpretare le norme dei trattati internazionali oggetto di supervisione, essi non potrebbero adempiere alla loro funzione tipica: non potrebbero cioè monitorare la corretta e adeguata attuazione degli obblighi che da tali trattati discendono sugli Stati contraenti. Ne segue che i rapporti, i commenti generali, gli orientamenti o le raccomandazioni dei Comitati di controllo dei trattati in materia di diritti umani delle Nazioni Unite sono tipicamente e necessariamente *anche* atti che interpretano le norme da essi disposte.³³

Tuttavia, una cosa è affermare che per adempiere alla propria funzione gli organi dei meccanismi internazionali di controllo procedono, di regola, ad interpretare le disposizioni dei trattati internazionali che essi supervisionano. Altra è inferire da tale attività esegetica precisi effetti giuridici *erga omnes partes*, al di fuori, cioè, della dialettica intrinseca al singolo procedimento di controllo.

È pur vero che, talvolta, l'interpretazione fornita da un organo di controllo finisce per affermarsi nella prassi, 'contaminando' quella data da organi che supervisionano trattati internazionali diversi, solitamente afferenti al medesimo settore del diritto internazionale.³⁴ È, altresì, indubbio che tali meccanismi, soprattutto quando competenti a conoscere comunicazione individuali o reclami collettivi, hanno talvolta assunto connotati 'quasi-giurisdizionali' e procedano operando secondo parametri propriamente giuridici, svolgendo una funzione autorevole nell'interpretazione delle norme contenute nelle convenzioni pertinenti e valutando nel contempo la conformità del comportamento degli Stati agli impegni assunti,³⁵ tanto che alcuni autori hanno caratterizzato i loro

³¹ Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966 (e.v. il 23 marzo 1976).

³² Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966 (e.v. il 3 gennaio 1976).

³³ Sul punto basti esemplificativamente ricordare che, attraverso i suoi commenti generali e le sue raccomandazioni, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha chiarito: i) il contenuto degli obblighi gravanti, ai sensi del relativo Patto del 1966, sulle organizzazioni inter-governative; ii) la portata 'extra-territoriale' degli obblighi gravanti sugli Stati Parti; iii) nonchè, la portata delle c.d. "*core obligations*" stabilite dal medesimo accordo.

³⁴ Un esempio che ci è comodo riferire per spiegare la dinamica sopra accennata è dato da diverse convenzioni in materia penale, laddove esse stabiliscono che gli Stati parte devono punire i reati oggetto degli obblighi internazionali di incriminazione o cooperazione in materia penale con «pene dissuasive, proporzionali ed effettive». Mentre il canone della proporzionalità non ha sollevato seri dubbi interpretativi, il testo dei trattati in esame non sembra specificare in modo sufficientemente chiaro la differenza tra 'sanzione dissuasiva' ed 'effettiva'. Nel valutare il seguito dato dagli Stati parti agli impegni stabiliti da alcuni trattati in materia di contrasto alla corruzione, i relativi meccanismi di controllo, pur riconoscendo la stretta connessione tra i due canoni, hanno permesso di chiarire che il parametro dell'effettività, più che con riferimento alla misura della pena in astratto comminata, deve valutarsi sulle base delle norme procedurali che, rapportate alla complessità delle indagini necessarie per accertare i crimini in questione, permettono (o meno) l'irrogazione concreta della pena. Tale interpretazione si è, in effetti, successivamente riverberata nel contesto dei meccanismi internazionali di controllo che supervisionano trattati in materia di prevenzione e contrasto di condotte criminali diverse (e.g. crimine organizzato transnazionale; traffico di stupefacenti e sostanze psicotrope; riciclaggio dei proventi da reato; terrorismo e condotte accessorie). Sul punto sia consentito rinviare a L. BORLINI, *The Achievements and Limits of Italian Anti-Corruption Legislation in Light of the International Legal Framework* in XXV *Italian Yearbook of International Law* 2015, 2016, p. 275 ss., pp. 292-4.

³⁵ È questo proprio il caso del CEDS che pare aver sovente utilizzato tecniche e percorsi argomentativi presi dall'esperienza della CEDU. V., *amplius*, H. CULLEN, *The Collective Complaints System of the European*

orientamenti come «*soft law jurisprudence*»³⁶ e altri come «quasi giurisprudenza».³⁷ Infine, in dottrina si è perfino prospettato che anche gli organi di controllo, indipendentemente dalla loro composizione, in quanto organi internazionali che assolvono a funzioni giuridiche in luogo e con il previo consenso degli Stati interessati, siano tenuti al rispetto delle regole generali in materia di interpretazione dei trattati internazionali,³⁸ ciò che, tra l'altro, conferirebbe alle loro pronunce maggiore legittimità, prevedibilità, riproducibilità ed aderenza al principio di certezza del diritto.³⁹

Nondimeno, le osservazioni appena effettuate ancora nulla dicono circa il valore giuridico degli atti degli organi dei meccanismi internazionali di controllo ai fini dell'interpretazione dei trattati oggetto di supervisione. Vi sono, comunque, alcuni elementi che possono aiutare a orientarsi nell'affrontare la questione.

Anzitutto, occorre ricordare che, ad esclusione delle decisioni dei meccanismi propriamente giurisdizionali - che, comunque, vincolano i soli Stati coinvolti nel singolo caso di contenzioso - gli atti prodotti ad esito del procedimento di controllo (conclusioni, pareri, osservazioni, commenti generali, raccomandazioni, etc.) sono generalmente *privi di effetti giuridici vincolanti*.

Inoltre, come già accennato, i trattati alla cui supervisione essi sono preposti, normalmente *non attribuiscono specifici poteri e compiti in materia di interpretazione* agli organi del controllo, fatta salva quella competenza ad interpretare servente alla funzione di controllo, nella generalità dei casi ricavabile implicitamente, di cui si è detto sopra.⁴⁰

Accettando poi la tesi che gli organi internazionali di controllo debbano conformarsi alle regole generali di interpretazione dei trattati internazionali, un ulteriore elemento da tenere in considerazione può ritrovarsi nell'osservazione attenta della prassi. Essa porta ad una conclusione importante, ovvero a constatare che tali regole sono state occasionalmente disattese dagli organi in questione,⁴¹ per di più in assenza

Social Charter: Interpretative Methods of the European Committee of Social Rights, in 9(1) *Human Rights Law Review* 2009, pp. 61-93.

³⁶ Così, ad esempio, C. LA HOVARY, *The ILO's supervisory bodies' 'soft law jurisprudence'*, in A. BLACKETT, A. TREBILCOCK (a cura di), *Research Handbook on Transnational Labour Law*, (Edward Elgar: Cheltenham, 2015), pp. 316-328.

³⁷ Così FORLATI, *Carta costituzionale...*, cit.

³⁸ Come ampiamente noto, l'interpretazione dei trattati internazionali avviene oggi secondo regole consuetudinarie che ricalcano quelle della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (CVDT, 23 maggio 1969 ed entrata in vigore il 27 gennaio 1980), così come affermato dalla giurisprudenza europea, internazionale e italiana. Corte EDU: *Golder v. UK* (Plenary), Merits and Just Satisfaction, app. n. 4451/70, Judgment, 21 febbraio 1975; Corte Internazionale di Giustizia: *Arbitral Award of 31 July 1989* (Guinea-Bissau c. Senegal), Judgment, 12 novembre 1991; CGCE, *Parere 1/91*, 14 dicembre 1991; Corte di Cassazione. (s.u.), 18 maggio 1992, n. 5942. La CVDT è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 12 febbraio 1974, n. 112. Pertanto, essa è applicabile in Italia per sé, in quanto diritto convenzionale e non solo consuetudinario.

³⁹ Su tale questione si confrontano, in dottrina, posizioni diverse. Secondo alcuni autori, i meccanismi di controllo internazionale, quando costituiti da organi di Stati, sarebbero vincolati al rispetto delle regole consuetudinarie di interpretazione dei trattati internazionali. Così, ad esempio, K. MECHLEM, *Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights*, in 42 *Vand. J. Transnat'l L.*, 2009, pp. 905-47.

⁴⁰ V. anche ULFSTEIN, cit., p. 441. Sulla rilevanza dell'inclusione esplicita di una disposizione attribuyente specifici poteri di interpretazione dell'organo v. Corte Internazionale di Giustizia: *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, 31 maggio 2014, parr. 45-6; e Corte cost.120/2018 considerato in diritto, 13.4.

⁴¹ Lo stesso Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, nello specificare il contenuto degli obblighi discendenti dal Patto del 1966 rispetto alle organizzazioni internazionali, la portata extraterritoriale di quelli

di proteste o altre manifestazioni ufficiali di dissenso da parte degli Stati il cui comportamento è oggetto di controllo, ciò che, invece, verosimilmente si verificherebbe se l'interpretazione proposta da tali organi fosse percepita come vincolante.

Infine, è proprio l'esame della prassi che porta a concludere che *nella generalità dei casi*, l'interpretazione delle norme fornite dagli organi dei meccanismi internazionali di controllo sia incapace di vincolare l'*insieme* degli Stati parti di un trattato. Il punto necessita di alcune importanti precisazioni: in dottrina, infatti, si è talvolta confusa l'*assenza di obiezioni di principio alla potestà interpretativa degli organi di controllo* – come detto servente all'assolvimento della funzione tipica e al procedimento di controllo stesso – con una (supposta) *acquiescenza rispetto alla produzione di effetti giuridici vincolanti o erga omnes partes delle pronunce di tali organi in relazione all'interpretazione dei trattati* sottostanti.⁴²

Ciò che la prassi dimostra inequivocabilmente è (solo) che gli Stati interessati hanno generalmente accettato l'esercizio da parte degli organi di controllo delle competenze interpretative necessarie all'assolvimento della loro funzione.⁴³ Come già osservato, del resto, tali competenze sono fuor di dubbio, tanto da essere date per scontate negli stessi trattati istitutivi di tali meccanismi, nei quali, di regola, esse non sono esplicitate.

Al contrario, quando richiesti, gli Stati mostrano, anzitutto, di *tenere in conto* le osservazioni di tali pronunce, ma di *non attribuirvi un valore vincolante*. Molto chiara, in tal senso, è l'osservazione del Governo australiano a un *General Comment* del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite: «Australia regards the views of the Committee on the interpretation of the rights under the Covenant as authoritative, however, it does not consider that they are determinative of the nature and scope of those obligations».⁴⁴ L'atteggiamento dei governi, è stato, in generale, quello di negare il valore formalmente vincolante delle interpretazioni rese dagli organi dei meccanismi internazionali di controllo sui trattati in materia di diritti umani.⁴⁵ In proposito vale la pena sottolineare come nel 2004 l'*International Law Association* (ILA), osservasse: «It seems well accepted that the findings of the treaty bodies do not themselves constitute binding interpretation of the treaties», e in seguito, sistematizzando le numerose osservazioni pervenute dai governi rispetto al valore da attribuire agli orientamenti espressi dagli organi istituiti dai trattati sui diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, ribadisse: «Governments have tended to stress that, while the views, concluding

gravanti sugli Stati parte e le c.d. '*core obligations*', ha mancato di applicare in modo sistematico e rigoroso le regole di interpretazione codificate dall'art. 31 della CVDT, trascurando l'uno o l'altro dei tre elementi (senso ordinario dei termini; contesto; oggetto e scopo del trattato) indicati nel par. 1 del medesimo articolo, con il risultato – quasi paradossale – di pervenire a orientamento meno 'garantisti' dei diritti umani oggetto di tutela. V., *amplius*, MECHLEM, cit., pp. 930-45.

⁴² Sul punto v. anche STOLL, cit., par. 12-13 e, con riguardo all'attività del CEDS, CULLEN, cit., pp. 61-65.

⁴³ Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies, in A. H. A. Soons, C. Ward (eds), Report of the Seventy-first Conference of the International Law Association, Berlin, 2004, ILA, London, p. 628, par. 18.

⁴⁴ *Views of the Australian Government on draft general comment No. 35 on article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights – Right to Liberty and Security of Person and Freedom from Arbitrary Arrest and Detention*, maggio 2014, al sito <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/DGCArticle9.aspx>, par. 6, corsivo nostro. Simili dichiarazioni sono raccolte e commentate in *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties* (G. NOLTE Sp. Rapp.), 7 marzo 2016, UN Doc. A/CN.4/694, p. 12 ss.

⁴⁵ V. anche A. ORAKHELASHVILI, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, (Oxford University Press: Oxford, 2008), Part IV, par. 14 e 16; ULFSTEIN, cit., p. 441; P. ALSTON, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals* (3rd edn, OUP: Oxford, 2008), p. 915.

observations and comments, and general comments and recommendations of the treaty bodies are to be accorded considerable importance as the pronouncements of body expert in the issues covered by the treaty, they are not in themselves formally binding interpretations of the treaty».⁴⁶

Si possono ricavare (forse decisivi) argomenti 'sistemici' a favore della conclusione raggiunta dall'ILA tenendo in considerazione la centralità del principio del consenso alla base del diritto internazionale⁴⁷ e la natura della funzione di controllo. Infatti, se è vero che la considerazione della prassi degli organi di controllo può contribuire a pervenire ad un'interpretazione che meglio si accorda con l'oggetto e lo scopo dei trattati sottostanti,⁴⁸ da ciò non si può inferire che, istituendo tali organi, gli Stati contraenti abbiano manifestato altresì l'intenzione di essere vincolati agli orientamenti quasi-giurisprudenziali emergenti dalla prassi in esame. Le funzioni del controllo internazionale, infatti, non riguardano solo quella principale di garanzia rispetto alla corretta attuazione di un trattato, ma sono molteplici (*rectius*: favorire il confronto interno alle macchine statali per indirizzare le politiche interne; includere in un dialogo rispetto agli obiettivi del trattato il maggior numero possibile di Stati, anche quando le politiche interne di essi si discosta ampiamente dalle politiche di altri Stati coinvolti; rendere possibile e stimolare, in seno agli Stati, l'emergere di nuovi orientamenti e l'affiorare di interessi ed esigenze per l'innanzi sconosciuti o scarsamente avvertiti; permettere il delinearsi di finalità che precedentemente gli Stati non hanno mai perseguito o cui si sono ispirati di rado,⁴⁹ ecc. ecc.

Sancire la vincolatività *tout court* dell'operato di tali organi, sarebbe, anzitutto, *in eccesso* rispetto degli impegni espressamente assunti dagli Stati contraenti con la conclusione del relativo accordo internazionale. Infatti, l'accettazione da parte degli Stati di attribuire ad un organo internazionale la competenza di accertare, in via esclusiva, vincolante o preminente, il diritto positivo creato dai trattati da essi conclusi è di regola *espressa* (si pensi, ad es., agli esempi dei trattati istitutivi dell'Unione Europea e dell'Organizzazione Mondiale del Commercio). Ed inferirla - ad esempio, dall'autorevolezza o 'eminenza' degli organi di controllo o dallo sviluppo progressivo da parte dei medesimi organi, nella prassi successiva alla conclusione dell'accordo, di parametri, metodi di lavoro e tecniche propriamente giuridiche - significherebbe desumere un elemento *fondamentale* della disciplina positiva stabilita dal trattato rispetto al quale la prova del consenso (implicito e successivo) dei contraenti dovrebbe essere massimamente rigorosa.⁵⁰ Detto altrimenti, il riconoscimento del valore vincolante o preminente delle interpretazioni rese dagli organi di controllo produrrebbe riflessi in termini di obblighi non solo procedurali, ma anche sostanziali, tanto importanti che il consenso degli Stati su cui tali conseguenze graverebbero non potrebbe semplicemente desumersi dallo sviluppo di una 'quasi-giurisprudenza' di tali organi, ma necessiterebbe di essere provato nelle forme più rigorose.

⁴⁶ *Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies*, in A H A SOONS, C. WARD (eds), *Report of the Seventy-first Conference of the International Law Association, Berlin, 2004*, ILA, London, pp. 626-627, par. 15 e 16.

⁴⁷ Sulla centralità di tale principio v., per tutti, J. KLABBERS, *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague/London/Boston, 1996, 65-68 e A. AUST, *Moder Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2007, 94-6.

⁴⁸ Si v. anche ULFESTEIN, cit., pp. 440-1.

⁴⁹ Così, autorevolmente, CASSESE, *ult.op.cit.*, 283.

⁵⁰ Sulla necessità e difficoltà della prova del consenso - almeno per ciò che riguarda gli elementi fondamentali della disciplina posta da un trattato internazionale - v. KLABBERS, cit., 89-91, 241-3.

In secondo luogo, una tale riconoscimento produrrebbe anche un irrigidimento del sistema sfavorendo l'assolvimento delle ulteriori funzioni del controllo internazionale sopra illustrate.⁵¹ Argomentando *a contrario* è spontaneo chiedersi quanti Stati aderirebbero ad un determinato trattato internazionale se dovessero accettare *ex ante* e in modo *espreso* che le interpretazioni rese con le raccomandazioni, le osservazioni e i pareri degli organi di controllo, istituiti dal trattato in questione per favorirne la corretta attuazione, avessero valore giuridicamente vincolante e ciò dipendesse anche dallo sviluppo (o meno) di capacità tecniche e parametri propriamente giuridici nella prassi di detti organi. Ciò, soprattutto, se in tale organi gli Stati non partecipano direttamente. Lo stesso ordine di considerazioni deve riproporsi per quanto riguarda l'ulteriore ipotesi che gli orientamenti degli organi di controllo abbiano efficacia *erga omnes partes* nel senso di attribuire alle interpretazioni rese da quegli orientamenti la forza di 'cristallizzare', comunque, per tutti i contraenti (e per i loro organi interni) il significato della disciplina stabilita dal trattato riconoscendo ad esse, ad esempio, un valore eminente (e, nella sostanza, *pre-eminente*) in quanto capace di rendere il significato *proprio* delle singole disposizioni pattizie. Riconoscere una tale portata (e forza) a tali orientamenti significherebbe, infatti, ammettere che gli Stati contraenti e i loro organi interni (inclusi i giudici nazionali) dovrebbero rispettarne almeno la sostanza e, nei fatti, riconoscere un monopolio interpretativo degli organi di controllo.

In proposito, non deve dimenticarsi che, laddove nel trattato internazionale rilevante non esista una disposizione che attribuisca espressamente competenza interpretativa all'organo di controllo, chiarendo la portata delle sue pronunce nel sistema del trattato medesimo - come avviene, ad esempio, con l'art. 32 della CEDU⁵² - le uniche interpretazioni capaci di rendere il *significato proprio* delle disposizione pattizie nel loro ordinamento di origine sono le norme internazionali generali in materia di interpretazione dei trattati.⁵³ E, al riguardo, è utile ribadire che tali regole sono state occasionalmente disattese da organi di meccanismi internazionali di controllo - anche nel settore dei diritti umani - in assenza di una *lex specialis* che disciplinasse l'interpretazione del trattato oggetto di supervisione.⁵⁴

Si può ancora osservare che l'assenza di valore vincolante o preminente delle interpretazioni degli organi di controllo trova conferma anche nella prassi dei meccanismi istituiti per supervisionare l'effettiva attuazione delle altre tipologie di trattati internazionali assimilabili a quelli in materia di diritti umani in quanto caratterizzati da un sinallagma imperfetto. In campo ambientale, piuttosto che adottare lo schema di una corte che *punisce* gli stati inadempienti, si è preferito istituire dei *non-compliance mechanisms* che valutassero l'attuazione degli obblighi e aprissero un dialogo coi governi inadempienti al fine di contribuire alla piena attuazione dei relativi obblighi.⁵⁵ Un altro esempio riguarda la prassi delle procedure internazionali di controllo degli accordi in materia economica e finanziaria o in campo commerciale. Essa riprova tale conclusione tanto con riferimento ai meccanismi di controllo di tipo non-contenzioso, quanto rispetto ai meccanismi di controllo propriamente giurisdizionali. Un caso del

⁵¹ Sull'importanza della flessibilità dei meccanismi internazionali di controllo v. ancora CASSESE, *ult.op.cit.*, 281-6.

⁵² Si v. B. RANDAZZO, Articolo 32, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* 606-621.

⁵³ Inoltre, come accennato, in assenza di disposizioni speciali, è principalmente la rigorosa aderenza a tali regole a conferire alle pronunce degli organi di controllo maggiore legittimità, prevedibilità, riproducibilità ed aderenza al principio di certezza del diritto.

⁵⁴ Cfr. *supra*, p.to 25.

⁵⁵ V., *amplius*, TREVES, TANZI, PINESCHI, PITEA, RAGNI, ROMANIN JACUR, cit.

primo tipo è dato dal meccanismo di sorveglianza istituito dall'art. IV dello Statuto del Fondo monetario internazionale: è pacifico, infatti, che le interpretazioni rese dagli organi investiti della funzione di sorveglianza (Segretariato e Comitato esecutivo) - ad esempio in relazione alla nozione di «svalutazioni competitive» - non siano vincolanti se non che per il singolo Stato la cui condotta è oggetto, di volta in volta, della procedura di controllo.⁵⁶ È forse ancora più significativo rilevare che, anche nell'ambito di un meccanismo di controllo propriamente giurisdizionale quale il sistema di soluzione delle controversie (DSB) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), l'effetto vincolante della pronuncia dell'organo di soluzione delle controversie rispetto all'interpretazione delle norme rilevanti si esaurisce, normalmente, tra le parti della controversia e limitatamente ad essa.⁵⁷

Esclusa l'esistenza di effetti vincolanti ed erga omnes partes nel senso precisato degli orientamenti espressi dagli organi del controllo internazionale ai fini dell'interpretazione dei trattati sottostanti, occorre, infine, *determinare* quanto per ora lasciato «in ombra», vale a dire *il valore dei medesimi orientamenti ai sensi delle citate regole generali sull'interpretazione* dei trattati internazionali.⁵⁸ Tale sviluppo è possibile solo attraverso la considerazione delle diverse tipologie di meccanismi di controllo e, in particolare, di elementi come la struttura e composizione dei loro organi, i poteri ad essi

⁵⁶ V. G. ADINOLFI, *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale* (Cedam: Milano, 2012), pp. 115-122. L'assenza di valore vincolante *erga omnes partes* delle interpretazioni rese dagli organi di controllo nell'ambito delle procedure di sorveglianza istaurate ai sensi dell'Art. IV dello Statuto del Fondo si spiega anche in ragione delle possibili oscillazioni degli esiti di tali procedure, in particolare al diverso peso rispetto che può essere attribuito a talune politiche rispetto ai diversi Stati o alle differenti fasi storiche. Come noto, infatti, le valutazioni espresse nell'ambito della funzione di sorveglianza risentono anche da considerazioni di natura politica ed economica o relative alla particolare congiuntura in cui versa lo Stato sottoposto alla sorveglianza.

⁵⁷ I rapporti del DSB si limitano a chiedere al Membro soccombente nella disputa di "conformarsi" al trattato violato sicché ogni membro resta libero di decidere come realizzare tale obbligo di risultato. Cfr., *ex multis*, G. SACERDOTI, *The WTO Dispute Settlement System: Consolidating Success and Confronting New Challenges* (June 1, 2016). Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2809122, <https://ssrn.com/abstract=2809122>; A. ALVAREZ-JIMÉNEZ, *The World Trade Organization (WTO) Appellate Body's Limited Autonomy to Modify the WTO Dispute Settlement System*, in 52 *GYIL*, 2010, pp. 601-633.

⁵⁸ Inoltre, come accennato, la rigorosa aderenza a tali regole conferisce alle loro pronunce degli organi di controllo maggiore legittimità, prevedibilità, riproducibilità ed aderenza al principio di certezza del diritto. È opportuno riportare ora il testo degli artt. 31 e 32 della CVDT che tali regole codificano. Essi così dispongono: Articolo 31. Regola generale di interpretazione.

1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario dei termini, nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo.

2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre a testo, preambolo e allegati:

a. ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato;

b. ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle parti come strumento in connessione col trattato.

3. Si terrà conto, oltre che del contesto:

a. di ogni accordo ulteriore intervenuto fra le parti in materia di interpretazione del trattato o della applicazione delle sue disposizioni;

b. di qualsiasi prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo;

c. di qualsiasi regola pertinente di diritto internazionale applicabile nei rapporti fra le parti.

4. Un termine verrà inteso in un senso particolare se risulta che tale era l'intenzione delle parti.

Articolo 32. Mezzi complementari di interpretazione.

Si può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e in particolare ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il senso che risulta dall'applicazione dell'art. 31, sia di determinare il senso quando l'interpretazione data in conformità all'articolo 31:

a. lascia il senso ambiguo o oscuro; oppure

b. conduce ad un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole.

conferiti dal trattato sottostante, e la natura degli atti posti in essere nell'ambito del procedimento di supervisione.

Passando in rassegna le varie parti di cui gli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sono composti, è agevole, anzitutto, escludere, in generale, che le decisioni dei meccanismi internazionali di controllo possano *da sole* contribuire alla comprensione del «significato ordinario dei termini», secondo il diritto internazionale (art. 31.1 della CVDT). Tale operazione si risolve solitamente o in un'analisi dei dizionari delle lingue in cui sono redatti i testi facenti fede, quando si tratta di termini generici; o nell'analisi della prassi internazionale e della giurisprudenza internazionale più autorevole, quando si tratti di termini tecnici del diritto internazionale.⁵⁹

Si deve altresì escludere che tali pronunce possano essere considerate come «contesto», ai sensi del co. 2 dell'art. 31 della CVDT: esso è, infatti, ben definito come «testo, preambolo e allegati [nonché] ogni accordo in rapporto col trattato e che è stato concluso fra tutte le parti in occasione della conclusione del trattato; [ed] ogni strumento posto in essere da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato dalle parti come strumento in connessione col trattato». Indipendentemente dalla composizione degli organi di controllo (quindi, anche se dagli Stati parte del trattato) e dalla tipologia degli atti emanati, essendo funzionali alla supervisione dell'attuazione del trattato da parte dei singoli contraenti, essi sono sempre cronologicamente successivi e funzionalmente distinti dalla sua conclusione.

Difficile è anche la caratterizzazione degli atti dei meccanismi internazionali di controllo come «prassi successiva seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo», di cui all'art. 31.3.b) della CVDT, anche quando comunicati agli stati parti e non contestati esplicitamente (come per i *General Comments* del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite), o quando adottati da organi plenari in cui tutti gli stati parti sono rappresentati (come nell'OMC o nel CEDS). Secondo il tenore letterale del par. 3(b) della Convenzione di Vienna, una prassi successiva è determinante ai fini interpretativi quando *i)* proveniente dalle parti di un trattato (dalle *parti*, quindi non da un organo tecnico); *ii)* nell'applicazione del trattato stesso; *iii)* che formi l'accordo delle parti rispetto *iv)* all'interpretazione del trattato stesso.⁶⁰

Benché la giurisprudenza internazionale e nazionale ha mostrato di considerare in maniera più flessibile tali requisiti, è difficile trovare prassi statale e internazionale, dei governi o giudiziaria, che qualifichi l'operato di un organo tecnico deputato al monitoraggio dell'esecuzione di un accordo come prassi successiva ex art. 31.3.b) della CVDT.

Tale possibilità è stata avanzata dal Comitato sui diritti umani delle Nazioni Unite nella bozza iniziale del *General Comment* n. 33, secondo cui le mancate reazioni da parte degli stati al *corpus* generale delle proprie pronunce andasse qualificato come prassi successiva.⁶¹ Essa è stata tuttavia rigettata in termini espliciti dagli Stati Uniti

⁵⁹ *Inter multa*, Corte Internazionale di Giustizia: *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica c. Nicaragua), Judgment, 13 luglio 2009.

⁶⁰ Corte internazionale di giustizia, *Kasikili/Sedudu Island* (Botswana/Namibia), Judgment, 13 dicembre 1999.

⁶¹ «In relation to the general body of jurisprudence generated by the Committee, it may be considered that it constitutes "subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties

(«The views of the Committee cannot as a legal matter constitute the “subsequent practice” of the States Parties to the Covenant ... The “subsequent practice” of the States Parties cannot be the views of experts that “serve in their personal capacity” as to what the practice of States Parties should be in carrying out their rights and obligations under the Covenant»),⁶² ed il Comitato dei diritti umani ha infine adottato il *General Comment* n. 33 senza riferirsi all'art. 31.3.b).⁶³

In proposito, nel IV Rapporto presentato alla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite dal relatore speciale Georg Nolte, nel 2016, si nota che i governi hanno solitamente *escluso* che le decisioni dei Comitati che sovrintendono all'applicazione dei Patti delle Nazioni Unite del 1966 possano avere effetto interpretativo vincolante ex art. 31.3.b).⁶⁴

Analoga prospettazione si ritrova anche in una delle prime decisioni del Dispute Settlement Body dell'Organizzazione mondiale del commercio, in cui un *panel* ha fatto riferimento al *corpus* dei rapporti precedenti come prassi successiva.⁶⁵ Stati Uniti, Unione Europea e Canada contestarono duramente tale scelta e l'Organo d'Appello dell'OMC accolse le richieste affermando che i rapporti adottati dal DSB non vincolano tutti i membri del WTO, e che l'unico modo per interpretare in modo generale l'Accordo OMC e gli altri accordi multilaterali ad esso collegati è quello espressamente previsto dall'art. IX:2 dell'Accordo OMC stesso.⁶⁶

La stessa Corte Costituzionale italiana si è mantenuta prudente circa il valore interpretativo delle decisioni di un organo *politico* come il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. A maggior ragione, tali esitazioni si possono estendere all'operato di un organo tecnico, i cui membri agiscono nelle proprie veci individuali di esperti e non come rappresentanti dei governi degli stati parti di un trattato.⁶⁷

regarding its interpretation” within the sense of article 31 (3) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, or, alternatively, the acquiescence of States parties in those determinations constitutes such practice», *The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Draft general comment No. 33, Second revised version as of 18 August 2008, UN Doc. CCPR/C/GC/33/CRP.3, 25 agosto 2008, par. 17.

⁶² *Comments of the United States on the Human Rights Committee's “Draft general comment 33: The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant Civil and Political Rights”*, 17 ottobre 2008, par. 17, disponibile al sito <http://www.state.gov/documents/organization/138851.pdf>.

⁶³ NOLTE, cit., par. 20.

⁶⁴ *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties* (G.NOLTE, Special Rapporteur), 7 marzo 2016, doc. Naz. Un. A/CN.4/694, International Law Commission, Sixty-eighth session, 2 May-10 June and 4 July-12 August 2016, pp. 9-36.

⁶⁵ «Panel reports adopted by the GATT Contracting Parties and the WTO Dispute Settlement Body constitute subsequent practice in a specific case by virtue of the decision to adopt them. Article 1(b)(iv) of GATT 1994 provides institutional recognition that adopted panel reports constitute subsequent practice. Such reports are an integral part of GATT 1994, since they constitute “other decisions of the Contracting Parties to GATT 1947”», Il rapporto del *panel*, par. 6.10 (citato dall'Organo d'appello alla p. 8).

⁶⁶ WTO, *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages* (AB), 4 ottobre 1996, p. 8: «[t]he generally-accepted view under GATT 1947 was that the conclusions and recommendations in an adopted panel report bound the parties to the dispute in that particular case, but subsequent panels did not feel legally bound by the details and reasoning of a previous panel report», e più avanti, a p. 9: «The provisions of this Understanding are without prejudice to the rights of Members to seek authoritative interpretation of provisions of a covered agreement through decision-making under the WTO Agreement or a covered agreement which is a Plurilateral Trade Agreement». L'art. IX:2 del WTO Agreement afferma: «The Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements». L'art. IX:2 prosegue affermando che una tale decisione «shall be taken by a three-fourths majority of the Members».

⁶⁷ Sentenza 123/2017 (Pres. GROSSI, - Red. CORAGGIO), del 07/03/2017, par. 10.1 «...la Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000 [...], pur non essendo vincolante, è particolarmente importante per la ricostruzione della portata della giurisprudenza convenzionale, e ciò sia perché proviene dall'organo – il

Di sicuro le decisioni di comitati tecnici di esperti possono qualificarsi come mezzi complementari d'interpretazione, di cui all'art. 32 della CVDT. Tale articolo, infatti, nell'affermare che «[s]i può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e *in particolare* ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso...», apre a considerare *qualsiasi* altro elemento di aiuto nell'interpretazione di un trattato, *a partire da* (ma non *esclusivamente a*) i lavori preparatori e le circostanze della conclusione.

La giurisprudenza internazionale più autorevole ha, perciò, da sempre incluso, sotto l'art. 32, ogni altro elemento che contribuisca anche solo a *confermare* l'interpretazione raggiunta applicando le regole previste dall'art. 31 della CVDT.⁶⁸

La Corte internazionale di giustizia delle Nazioni Unite ha perciò dato rilevanza interpretativa sussidiaria alle pronunce di organi di controllo, ad esempio nel 2012, nel caso tra Belgio e Senegal sull'obbligo di giudicare o estradare gli autori di crimini contro l'umanità («The Committee against Torture emphasized [...] that “‘torture’ for purposes of the Convention can only mean torture that occurs subsequent to the entry into force of the Convention”),⁶⁹ o nel caso *Diallo*, del 2010 («Although the Court *is in no way obliged*, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, *it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty*»)⁷⁰.

La conclusione che tali decisioni possano essere qualificate ai fini interpretativi entro l'art. 32 della CVDT viene anche avanzata dal Relatore speciale alla Commissione del diritto internazionale, Georg Nolte, nel quarto rapporto sulla prassi successiva e gli accordi successivi, del 2016 («*The practice of international and domestic courts suggests that pronouncements of human rights expert bodies, in the vast majority of cases, are mostly not taken into account by those courts as a matter of obligation but rather in a supplementary fashion. Therefore, domestic and international courts normally use pronouncements of treaty bodies in the way in which article 32 describes*»)⁷¹ e sintetizzata nella Conclusione n. 13 che vale la pena di riportare per esteso:

«Conclusion 13. *Pronouncements of expert treaty bodies.* 1. For the purposes of these draft conclusions, an expert treaty body is a body consisting of experts serving in their personal capacity, which is established under a treaty and is not an organ of an international organization. 2. The relevance of a pronouncement

Comitato dei ministri – istituzionalmente deputato a vigilare sull'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, sia perché condiziona la prassi applicativa rilevante sul piano dell'interpretazione della CEDU, ai sensi dell'art. 31, paragrafo 3, della Convenzione di Vienna sui trattati, sia perché, infine, è spesso richiamata dalla Corte nelle sue decisioni, entrando così a far parte del relativo apparato motivazionale e quindi, in definitiva, contribuendo a riempire di contenuto il significato dei precetti convenzionali».

⁶⁸ *Inter multa*, per la chiarezza sul punto, si v. Corte internazionale di giustizia, *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* (Indonesia/Malaysia), Judgment, 17 dicembre 2002.

⁶⁹ Corte internazionale di giustizia, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgio c. Senegal), Judgment, 20 luglio 2012, par. 101.

⁷⁰ Corte internazionale di giustizia, *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea c. Congo), Judgment, 30 novembre 2010, par. 66, corsivo aggiunto.

⁷¹ *Fourth report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties* (G. NOLTE, Special Rapporteur), 7 marzo 2016, doc. Naz. Un. A/CN.4/694, International Law Commission, Sixty-eighth session, 2 May-10 June and 4 July-12 August 2016, par. 53, note interne omesse.

of an expert treaty body for the interpretation of a treaty is subject to the applicable rules of the treaty. 3. A pronouncement of an expert treaty body may give rise to, or refer to, a subsequent agreement or subsequent practice by parties under article 31, paragraph 3, or subsequent practice under article 32. Silence by a party shall not be presumed to constitute subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b), accepting an interpretation of a treaty as expressed in a pronouncement of an expert treaty body. 4. This draft conclusion is without prejudice to the contribution that pronouncements of expert treaty bodies make to the interpretation of the treaties under their mandates».

Si arriva, perciò, a una conclusione che può sembrare paradossale: se, da un lato, l'indipendenza e la competenza di un organo di controllo è un elemento di rilievo di cui tenere conto nel valutare la rilevanza dell'interpretazioni da essi proposta (il «*great weight to [ascribe to] the interpretation adopted by this independent body*» del caso *Diallo*),⁷² dall'altra essa non assurge a un ruolo interpretativo primario («*the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee*»).⁷³ Un tale approccio si spiega con la già illustrata centralità che nel diritto internazionale assume il *principio consensuale*, per cui prevale la *non* vincolatività dichiarata nei trattati delle pronunce di tali organi di controllo, per quanto autorevoli, sulla loro natura *quasi giudiziale* (indipendenza dell'organo, presenza del contraddittorio, motivazione).

Più rilevanza, non solo ai fini interpretativi, ma financo modificativi, hanno le pronunce degli organi di composizione intergovernativa, in cui tutti gli stati parti sono rappresentati, ed in cui può riprodursi quel *consenso* che interpreti o modifichi un trattato. Nei casi in cui l'organo di controllo sia composto da Stati e in esso siano rappresentati *tutti* i contraenti di un determinato trattato internazionale, gli atti da esso emanati, possono rilevare non solo ai fini dell'interpretazione ma addirittura spingersi fino a provocare, nei fatti, una sua modifica, talvolta anche senza rispettare le regole e le procedure prestabilite per l'emendamento dell'accordo.⁷⁴ Evidentemente, in una situazione come quella appena descritta, la volontà successiva delle Parti, manifestata attraverso l'organo di controllo, assume massima rilevanza. In effetti, la conseguenza dell'atto dell'organo di controllo non investe solo l'interpretazione del trattato. Piuttosto, essa modifica una parte dell'accordo; il dato normativo da interpretare, sarà, conseguentemente e necessariamente, un *altro*. Si tratta, in altre parole, di un'interpretazione autentica che, specificando il contenuto della/e norma/e interpretata/e, produce l'effetto di modificare la disciplina positiva posta in essere dal trattato.

Invero, una fattispecie come quella appena descritta si realizza piuttosto di rado. Di norma, una volta prescritte, le regole per emendare il testo di un trattato internazionale - e quindi, per modificare la disciplina positiva da esso stabilita - sono rispettate. Ciò non esclude, nondimeno, che, soprattutto nel caso di un numero di contraenti limitato, sia possibile il verificarsi di una situazione in cui, successivamente all'entrata in vigore dello stesso, *tutti* gli Stati parte, riuniti nell'organo di controllo, si risolvano ad interpretare una data disposizione in un modo che non poteva

⁷² Corte internazionale di giustizia, *Ahmadou Sadio Diallo* (Guinea c. Congo), Judgment, 30 novembre 2010, par. 66, corsivo aggiunto.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ L. CREMA, *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 298-305.

precedentemente desumersi e che, nella sostanza, crea una nuova norma giuridica. Un caso abbastanza noto è dato dall'interpretazione della nozione di «*fair and equitable treatment*» di cui all'art. 1181(2) del North Free Trade Agreement (NAFTA), presa dal *NAFTA Free Trade Commission*, composta dai rappresentanti dei tre stati parti del NAFTA, con una nota interpretativa del 31 luglio del 2001.⁷⁵

Deve valutarsi diversamente il caso in cui l'organo di controllo sia composto dagli Stati parte del trattato internazionale sulla cui attuazione deve sorvegliare, ma la pronuncia con cui esso interpreta una o più disposizioni del medesimo accordo non è presa all'unanimità dei suoi componenti. Su tale fattispecie si è pronunciata la Corte internazionale di giustizia, nel caso *Whaling in the Antarctic*, nel 2014, concludendo che le raccomandazioni adottate dalla Commissione internazionale per la caccia alle balene (IWC, *International Whaling Commission*, l'organo di controllo istituito dalla Convenzione internazionale che regola la caccia alla balene del 1946), a maggioranza dei suoi membri, non possono considerarsi come «un accordo ulteriore intervenuto fra le parti in materia di interpretazione [dell'art. VIII] del trattato» né come una «prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo ai sensi dell'art. 31(3) (a) e (b) della CVDT».⁷⁶

Da queste osservazioni relative al carattere consensuale del diritto internazionale, emerge quindi come determinante la *composizione* dell'organo di controllo (intergovernativo o tecnico), da *quanto stabilito dal trattato sottostante* (effetto vincolante o meno delle pronunce; presenza di norme specifiche sulla competenza in materia di interpretazione), dalla *natura* dell'atto (se commento generale o riguardante uno Stato parte preciso o, ancora, nel caso dei trattati sui diritti umani, relativo ad una supposta violazione specifica) e dal *livello di consenso* che esso esprime (unanimità o meno).

4. Conclusioni: Il valore delle pronunce del CEDS ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea.

Alla luce della precedente analisi – e come osservato anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 120 del 2018 – deve escludersi che la res interpretata del Comitato europeo dei diritti sociali abbia carattere giuridicamente vincolante per gli Stati parti della CSE. Diversamente che per la giurisprudenza dalla CEDU, sembrano altresì doversi escludere effetti giuridici erga omnes partes degli orientamenti del Comitato (anche di quelli consolidati) nel senso che i giudici nazionali – in quanto organi degli Stati parti – siano tenuti a rispettarne per lo meno la “sostanza”⁷⁷.

⁷⁵ Disponibile sul sito internet: http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CHI1understanding_e.asp.

⁷⁶ Corte Internazionale di Giustizia: *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, 31 maggio 2014, par. 83.

⁷⁷ Come noto, una tale efficacia erga omnes partes è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale alla giurisprudenza (almeno a quella consolidata) della Corte EDU in considerazione della centralità dell'art. 32 della Convenzione. Cfr. C. Cost., sentenza n. 348/2007 (in particolare, punto 4.6 del Considerato in diritto); n. 311/2009 (punto 6 del Considerato in diritto) e n. 49/2015. Anche in ragione di tale giurisprudenza costituzionale – e in particolare alla sottolineatura fatta dalla Consulta nella sentenza 49/2015 circa la rilevanza che la giurisprudenza della Corte EDU sia consolidata – che riteniamo che, nella valutazione del peso interpretativo che le pronunce del CEDS assumono rispetto alla Carta stessa, non si possa prescindere dalla coerenza e stratificazione dell'operato del Comitato stesso: casi isolati, ovviamente, hanno un peso inferiore di valutazioni ripetute nel tempo rispetto ad una medesima disposizione.

Deve, inoltre, concludersi che le decisioni prese da comitati tecnici preposti al monitoraggio e alla corretta esecuzione di un trattato internazionale, come quelle del CEDS, benché non rappresentino prassi successive ex art 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, né costituiscano interpretazioni vincolanti per gli Stati, assumano ciononostante un «grande peso»⁷⁸ nell'interpretazione del trattato a cui si riferiscono, e siano rilevanti ex art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Ciò è tanto più vero perché, come accennato, nel contesto delle procedure sui reclami collettivi, il CEDS ha assunto connotati 'quasi-giurisdizionali', operando secondo parametri propriamente giuridici, (alcuni mutuati dall'esperienza della CEDU)⁷⁹, costruendo un importante corpo di precedenti, svolgendo, pertanto, una funzione autorevole nell'interpretazione delle norme contenute nella CSE e valutando, nel contempo, la conformità del comportamento degli Stati agli impegni assunti⁸⁰.

Al contrario di quanto possa superficialmente ritenersi, questo non è un risultato di poco conto. È quasi superfluo, infatti, notare che l'importanza relativa di ricorrere alle pronunce del CEDS ai sensi dell'art. 32 della CVDT dipende significativamente dall'evenienza che il ricorso ai soli mezzi di interpretazione di cui al precedente art. 31 consenta di determinare il senso della disposizione da interpretare in modo chiaro e non ambiguo⁸¹.

Inoltre, deve ricordarsi che una lettura attenta del principio di sincera ed operosa cooperazione incombente sullo Stato italiano in ragione della sua partecipazione al Consiglio d'Europa si traduce, nel sistema disegnato dalla CSE e dai suoi protocolli integrativi, in un aggravamento dell'onere motivazionale incombente sul giudice

⁷⁸ Corte internazionale di giustizia, Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. Congo), cit., par. 66.

⁷⁹ Si ricorda che il CEDS ha fatto espresso uso della giurisprudenza della CEDU e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per interpretare disposizioni della CSE in diverse pronunce originate da reclami collettivi. Ad esempio, ha asserito di interpretare l'art. E della CSE rivista, che proibisce ogni forma di discriminazione, sulla base del corrispondente art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Complaint No. 13/2002, Merits, 4 November 2003, par. 52). Oltre ad utilizzare le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della CEDU per supportare la propria interpretazione di disposizioni particolari della CSE, il CEDS ha frequentemente utilizzato le tecniche della CEDU per fondare il proprio approccio all'interpretazione, asserendo anche la complementarietà della CSE rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cfr., e.g., la pronuncia sul Complaint No. 14/2003, *International Federation of Human Rights Leagues v France*. Infine, il Comitato ha fatto anche frequentemente riferimento a principi, nozioni e valori che si sono sviluppati nell'ambito della CEDU. Tra questi merita di essere segnalata la nozione di margine di apprezzamento, a cui il Comitato ha fatto riferimento diverse volte. Cfr., e.g., Complaint No. 26/2004, *Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) v France* e Complaint No. 37/2006, *European Council of Police Trade Unions (CESP) v Portugal*. In alcuni casi, l'applicazione del principio in esame non è stata unanime tra i componenti del Comitato. Cfr., e.g., Complaint No. 8/2000, *Quaker Council for European Affairs v Greece*, e Complaint No. 12/2002, *Confederation of Swedish Enterprise v Sweden*.

⁸⁰ Nondimeno, vi sono elementi del procedimento "quasi giudiziale" e degli orientamenti del CEDS - ricordati anche da alcuni degli autori che, per primi, ne hanno colto e illustrato il carattere, sottolineando, ad esempio, la struttura e la complessità delle motivazioni delle decisioni sui reclami collettivi; i rinvii frequenti alla giurisprudenza della Corte EDU e l'utilizzo di tecniche mutate da essa - che lo distanziano dall'esperienza della medesima Corte. Tra questi aspetti possiamo ricordare il fatto che, nonostante il principio del contraddittorio possa dirsi pienamente rispettato in seno alle procedure sui reclami collettivi, a differenza della Corte EDU, di fronte al CEDS raramente si svolgono audizioni orali. Inoltre, le decisioni del Comitato sui reclami collettivi, sebbene in genere più articolate rispetto, ad esempio, a quelle dei Comitati ONU istituiti dai Patti del 1966, sono sicuramente meno dettagliate di quelle della Corte EDU. V., ad esempio, CULLEN, cit., pp. 63-4.

⁸¹ *A fortiori*, l'interpretazione secondo le regole generali di cui all'art. 31 CVDT non deve condurre ad un risultato manifestamente assurdo o irragionevole.

nazionale il quale – se riterrà di non aderire agli orientamenti del CEDS nel caso concreto – dovrà indicarne espressamente le motivazioni⁸².

In sintesi, quindi, la Corte Costituzionale non è giuridicamente tenuta a conformarsi alle interpretazioni rese del CEDS ad esito delle decisioni sui reclami collettivi. Tuttavia, secondo la lettura proposta del principio di sincera ed operosa collaborazione, è giuridicamente doveroso per la Corte costituzionale tenere in considerazione la res interpretata dal CEDS con il corollario che, qualora decida di discostarsi da queste interpretazioni perché le ritiene non idonee a tutelare valori costituzionalmente protetti, dovrà adeguatamente motivare⁸³. Infine, nel caso in cui il ricorso ai mezzi ordinari di interpretazione dei trattati internazionali ci sui all'art. 31 CVDT non consenta di chiarire il significato delle disposizioni della CSE da interpretare, a questo obbligo, si aggiunge l'opportunità di utilizzare quel particolare – e autorevole – mezzo di interpretazione supplementare costituito dalle pronunce del CEDS⁸⁴.

Nel concludere non possiamo che lasciare ad altri colleghi, soprattutto esperti di diritto del lavoro, il compito di chiarire la portata dell'art. 24 della CSE al fine di determinare la conformità o meno alla Costituzione delle disposizioni oggetto del ricorso del Tribunale di Roma. Tuttavia, limitandoci, a semplici osservazioni attinenti alla nostra materia di studio, ci pare di poter affermare che l'esatto significato del termine «congruo indennizzo» previsto dall'art. 24 della Carta Sociale sia di difficile determinazione e che non sia assolutamente detto che il ricorso a mezzi supplementari di interpretazione ai sensi dell'art. 32 della CVDT, come le conclusioni del CEDS, non si renda opportuno. Anzi. Limitandoci ad un esame testuale, osserviamo che «congruo», in lingua italiana, significa «adeguato». E l'adeguatezza deve essere correlata al «bene tutelato» (il posto di lavoro e i diritti, di rango costituzionale, ad essi connessi)⁸⁵. Ciò ci pare indubbio. Rimane da decidere se «un congruo indennizzo» deve essere tale da svolgere anche una funzione deterrente e compensativa rispetto al bene tutelato dalla Carta e sacrificato dalla scelta del legislatore domestico. Per chiarire tale ultima questione, riportiamo una prima suggestione che è data dalla formulazione dell'articolo 24 della CSE che, nella lettera b – lo ripetiamo – prevede “il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione”. Gli studi giuslavoristici ci dicono che nella tradizione giuridica occidentale, nel caso di licenziamento illegittimo, la sanzione è di tipo risarcitorio o di tipo ripristinatorio (riassunzione/reintegrazione). Ebbene, letta alla luce di tali dati, il fatto che l'art. 24 della Carta ponga sullo stesso piano “indennizzo” e “altra adeguata riparazione” sembra significare che si tratti di strumenti alternativi. Con la conseguenza che non è irragionevole sostenere che l'indennizzo deve avere carattere dissuasivo e compensativo tale da poter essere assimilato a sanzioni ripristinatorie (anche senza essere coincidente con esse) e, quindi, di un certo rilievo. Per delimitare ulteriormente l'adeguatezza dell'indennizzo e comprendere, quindi, in che misura esso possa dirsi dissuasivo e compensativo nei termini ora delineati può risultare utile – rivelarsi assai

⁸² Sul punto si rinvia all'attenta analisi di AMOROSO, cit., 3-5.

⁸³ V., ancora, AMOROSO, cit., p. 5.

⁸⁴ Volendo ridurre ulteriormente, potremmo dire che non è giuridicamente obbligatorio per la Corte costituzionale conformarsi alle interpretazioni del CEDS. È, invece, giuridicamente dovuto tenerle in considerazione e motivare adeguatamente l'eventuale scostamento da esse. Infine, è opportuno utilizzarle nel caso di decisioni che riguardano disposizioni il cui significato non riesce a chiarirsi attraverso il ricorso ai mezzi primari di interpretazione ex art 31 CVDT.

⁸⁵ Cfr. V. SPEZIALE, La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, II, pp. 333 e ss.

opportuno - considerare quanto emerge a questo proposito dagli orientamenti del CEDS.

Forum di Quaderni Costituzionali

SULL'ART. 30 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UE E SULLA CARTA SOCIALE EUROPEA COME PARAMETRO INTERPOSTO

1. *I parametri europei e internazionali*

Con il presente contributo si intende proporre alcune considerazioni sull'art. 30 Carta europea dei diritti fondamentali (di seguito Carta europea o CDFUE) e sulla Carta sociale europea (di seguito CSE) alla luce della sua recente qualificazione come parametro interposto nella sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2018. Tra i vizi di incostituzionalità sollevati dall'ordinanza del Tribunale di Roma, sez. III lavoro, iscritta al n. 195 del Registro ordinanze 2017, infatti, vi è la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., per contrasto con l'art. 30 CDFUE e con norme internazionali: la convenzione ILO n. 158 del 1982 sui licenziamenti e l'art. 24 Carta sociale europea.

2. *La mancanza di motivazione in ordine alla rilevanza europea della fattispecie*

Per ciò che attiene alla Carta europea dei diritti fondamentali, il suo art. 30, *Tutela in caso di licenziamento*, è inserito nel Titolo IV, *Solidarietà*, e stabilisce: «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». Il giudice rimettente richiama la disposizione e tra parentesi (punto 2.C. ordinanza di rimessione) afferma «(che impone agli Stati membri di garantire una adeguata tutela in caso di licenziamento ingiustificato)» [sottolineatura nel testo originale]. In realtà, testualmente l'aggettivo «adeguata» non c'è della disposizione. Ma il punto non è questo. Il punto è che la asserita violazione è inammissibile perché il giudice non ha motivato in ordine ad alcun elemento di collegamento con il diritto europeo. Costituisce, ormai, dato acquisito della giurisprudenza costituzionale quello per cui la incompatibilità di una norma interna con la CDFUE rileva nell'ambito di applicazione del diritto europeo, conformemente al suo art. 51, e spetta al giudice motivare l'attrazione della fattispecie in tale ambito.

Non si pone, dunque, alcuno dei problemi che rimangono aperti in seguito all'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, con cui la Corte costituzionale ha voluto riportare entro il sindacato accentrato di costituzionalità il giudizio sulla non conformità della norma interna con norme della Carta e con norme costituzionali. Sono emerse in dottrina opinioni diverse: se il nuovo orientamento prescinde davvero dall'effetto diretto, dunque se opera in tutte le occasioni in cui rileva formalmente una norma della Carta a prescindere dalla sua struttura; se attiene a questioni in cui sono invocate le sole norme della Carta, accanto a norme costituzionali, o anche questioni in cui esiste un diritto secondario applicativo della Carta e dotato di

effetto diretto; se, invece, opera solo quando lo stesso diritto dell'Unione prevede un margine di discrezionalità in capo allo Stato, dipendendo dunque il sindacato accentrato non dalla norma della Carta, ma dalle caratteristiche del diritto secondario. Non è questa, tuttavia, l'occasione per la Corte costituzionale in cui chiarire questi aspetti. La sentenza n. 269 del 2017 atteneva a una fattispecie che il giudice rimettente aveva ritenuto rilevante per il diritto europeo, mentre l'ordinanza n. 195/2017 nulla dice sul punto.

Può aggiungersi che, ad avviso di chi scrive, l'uso fatto dal giudice comune della Carta accanto ad altre disposizioni internazionali, a prescindere dalla rilevanza del diritto europeo e con funzione adesiva e integrativa del parametro dei diritti, non appare corretto. Vero è che la Corte costituzionale stessa utilizza talvolta la Carta *ad adiuvandum* al di fuori della sfera di applicazione del diritto UE, ma tale prassi appare discutibile in quanto non contribuisce ad affermare e far crescere la normatività della Carta, perché la estrapola dal sistema giuridico cui appartiene e le fa perdere il contenuto precettivo che le è proprio.

3. La necessità di allineamento dei metodi di giudizio tra CSE e CEDU

Il secondo ordine di considerazioni attiene alla Carta sociale europea. Nel corso del seminario ferrarese, la violazione della CSE è stata definita «il piatto forte» dell'ordinanza di rimessione, in quanto sussiste una prassi del Comitato di esperti che giudica il rispetto della Carta con cui la normativa italiana entrerebbe in contrasto. Non si vuole approfondire il merito della questione, tema compiutamente affrontato da altri, ma riprendere alcuni spunti della recente sentenza n. 120 del 2018, sul diritto dei militari di costituzione e adesione ad associazioni sindacali, in cui la Corte costituzionale ha riconosciuto alla CSE la funzione di parametro interposto.

In sintesi, la sentenza n. 120 contiene due ordini di argomenti: una prima parte attiene al perché la CSE sia norma interposta; una seconda parte attiene agli effetti delle conclusioni del Comitato di esperti. La prima parte può essere riassunta nei seguenti punti: la CSE è parametro interposto perché è un trattato sui diritti umani¹ (restando così ancora dubbio se e in che misura l'art. 117, comma 1, si estenda a trattati internazionali attinenti ad altri settori materiali, cosa di cui allo stato si dubita) ed è un trattato che nel Consiglio d'Europa è percepito come "affine" alla CEDU, di cui costituisce la componente relativa ai diritti sociali. Riprendendo il Preambolo della CSE, la Corte pone alla base del riconoscimento del carattere di norma interposta l'importante argomento sostanziale dell'indivisibilità dei diritti civili, politici e sociali².

La seconda parte, più debole ad avviso di chi scrive, si fonda sui seguenti argomenti: 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 sentenze³. La Corte richiama testualmente un inciso

¹ «Ai fini dell'ammissibilità dell'evocazione di tale parametro interposto, va rilevato che esso presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU», 10 *Cons. dir.*

² 10.1. *Cons. dir.* Sulla assenza di argomenti giuridici che giustificassero la mancata attrazione nel parametro interposto della CSE per tutti A. Spadaro, *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 C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (a cura di), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Napoli, 2016, 3-22, spec.14-15.

³ Per vero, nelle sentenze gemelle la presenza di un organo giurisdizionale ha rappresentato un argomento dirimente per distinguere la CEDU da altri trattati internazionali e in questo senso il rilievo assegnano dalla sentenza n. 120 del 2018 alla carenza di controllo giurisdizionale entro la CSE per sminuire il vincolo alle conclusioni del

della sentenza n. 348 del 2007 relativo al fatto che le norme CEDU vivono nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, cosicché «la verifica di compatibilità costituzionale riguarda la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata», per dire che ciò non accade per la CSE. Il Comitato ha, nelle parole della Corte, una funzione di interpretazione autorevole, ma le sue conclusioni non vincolano i giudici comuni nell'interpretazione della CSE. Questa seconda parte non pare convincente per profili di diritto internazionale da altri autorevolmente espressi nel corso del seminario (indipendenza degli esperti componenti del Comitato; progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento, specie per i reclami collettivi; diversa rilevanza del concetto di vincolatività delle decisioni nel diritto internazionale rispetto al diritto interno). Non convince, inoltre, perché il Comitato si esprime su reclami collettivi entro un procedimento che l'Italia ha accettato di riconoscere e nell'ambito del quale lo Stato italiano partecipa all'instaurazione del contraddittorio, inviando le proprie controdeduzioni. Se in seguito alla ratifica ed esecuzione 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 con politici, ma giuridici, mentre la Corte costituzionale e i giudici comuni potrebbero prescindere dalle conclusioni espresse dal Comitato, con il rischio che si creino interpretazioni divergenti sul piano interno e sul piano internazionale. Non è chiaro, inoltre, come e con quali strumenti la Corte costituzionale, e a maggior ragione i giudici comuni, possano maneggiare disposizioni "nude" senza tener conto delle dottrine interpretative e dei metodi formati nel contesto della CSE.

Si è sostenuto nel corso del seminario che gli argomenti della Corte costituzionale siano motivati dal timore di aprire la strada, e di essere assoggettati in futuro, alle prassi dei numerosi e più vari organi non giurisdizionali chiamati a vigilare sull'osservanza di diversi trattati internazionali. Per porre un argine, dunque, ad un profluvio di risoluzioni, dichiarazioni, conclusioni di varia natura ed efficacia. Potrebbe essere, in effetti, difficile per il nostro giudice costituzionale definire gli effetti di diversi organi internazionali in funzione di caratteristiche strutturali e funzionali, per inquadrare le quali può servire una spiccata sensibilità di diritto internazionale. Ma proprio per evitare di farsi carico di caratteri strutturali e funzionali che possono essere di difficile decodificazione, lo strumento utilizzato appare fuori fuoco, mentre esistono altri argini ben noti alla Corte, per averli nel tempo forgiati nei confronti della CEDU. Prima di tutto, il principio per cui le norme internazionali, così come autorevolmente interpretate dal rispettivo organo competente, entrano in bilanciamento con gli altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti. In secondo luogo, tecniche argomentative quali il margine di apprezzamento o il *distinguishing*, tutte accettabili nei singoli casi nella misura in cui la giurisprudenza o la prassi esterne di cui non si condivide l'esito siano compiutamente presentate e discusse, ponendo in evidenza i punti di consonanza e di divergenza⁴. In tal modo, la Corte rende un servizio anche al parametro internazionale, perché quel

Comitato sembra porsi in linea di continuità con esse. Si vedano, tuttavia, le considerazioni nel testo. In particolare, nella sentenza n. 348 la competenza di un organo giurisdizionale per interpretare e applicare la Convenzione era definita caratteristica peculiare che distingueva la CEDU da altri trattati internazionali (4.6. *Cons. dir.*). Analogamente, nella sentenza n. 349 si affermava «la sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, ...che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti» per aver istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali la cui applicazione spetta in prima battuta ai giudici comuni, che sono giudici comuni della Convenzione, e in seconda battuta in via accentrata alla Corte di Strasburgo, ai sensi dell'art. 32, comma 1, CEDU (6.2 *Cons. dir.*).

⁴ Nella stessa sentenza n. 120 del 2018, in realtà, 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» (13.4. *Cons. dir.* ultimo periodo).

parametro ha bisogno di vivere sugli istituti dell'ordinamento interno. L'invito è, pertanto, a modulare in termini parzialmente diversi alcune delle affermazioni della sentenza n. 120 sulla prassi del Comitato di esperti e a trattare la CSE con gli stessi metodi e strumenti della CEDU. Tale risultato avrebbe il pregio di garantire quella parità di trattamento tra strumenti internazionali che la stessa Corte ha utilizzato per giustificare l'attrazione della CSE nel parametro interposto.

4. Il significato di effetto diretto in rapporto al sindacato accentrato

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: «È priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice comune ma richiede l'intervento di questa Corte, cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato primo comma dell'art. 117 Cost. della norma nazionale ritenuta in contrasto con la Carta. Ciò tanto più in considerazione del fatto che la sua struttura si caratterizza prevalentemente come affermazione di principi ad attuazione progressiva imponendo in tal modo una particolare attenzione nella verifica dei tempi e dei modi della loro attuazione».

La formula sembra riprendere una analoga formula utilizzata nella sentenza n. 348, e non invece nella sentenza n. 349 del 2007⁵. Ritorna qui, a nostro avviso, una indebita sovrapposizione tra caratteristiche strutturali delle norme internazionali, capacità di diretta applicazione e sanzione in caso di conflitto tra norma interna e norma internazionale. Sotto il primo profilo, la formula «principi ad attuazione progressiva» potrebbe evocare la nozione di norme programmatiche, ben nota nella nostra storia costituzionale e utilizzata per lunghi anni in dottrina e in giurisprudenza anche per la CEDU al fine di escluderne la diretta applicabilità. Oggi pare di poter affermare, alla luce degli stessi obblighi che la Corte costituzionale impone ai giudici comuni prima di

⁵ Si leggeva nella sentenza n. 348, par. 3.3. *Cons. dir.*, nella parte relativa alla differenza tra diritto europeo e diritto convenzionale, che: «La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento ...nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno *tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto*. L'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto nel 2001 ...ha confermato il precipitato orientamento giurisprudenziale di questa Corte». Diversa era, invece, la formulazione della sentenza n. 349 in rapporto all'effetto diretto: «...resta da chiedersi se sia possibile attribuire a tali norme, ed in particolare all'art. 1 del Protocollo addizionale, *l'effetto diretto, nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti*. E la risposta è che, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, *fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente*. ...» (par. 6.1. *Cons. dir.*, ultimo periodo, nostre sottolineature). All'epoca, sull'assenza di consequenzialità tra i caratteri dell'effetto diretto (e la creazione di un ordinamento sovranazionale, propria di ogni trattato internazionale) e la scelta tra non applicazione e sindacato accentrato, L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2 del 2008, 301,-310, spec. 303; sul fatto che l'ordinamento italiano non esclude, a differenza di altri, la diretta applicabilità delle norme di diritto internazionale convenzionale e che vada valutata caso per caso la possibilità della singola norma di disciplinare in concreto la fattispecie dedotta in giudizio, G. Cataldi, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, *ivi*, 321-347, spec. 335 ss., 339, che pure riconnetteva a queste caratteristiche un controllo di costituzionalità diffuso, mentre a nostro avviso diretta applicabilità e sanzione in caso di conflitto tra norma interna e norma internazionale restano problemi distinti.

sollevare la questione di costituzionalità, che tutte le norme convenzionali sono suscettibili *in potenza* di diretta applicazione, intesa come capacità di offrire volta per volta, a seconda delle circostanze, una regola per il caso. La Corte costituzionale stessa sembra confermare questo indirizzo per la CSE, ove nella stessa sentenza n. 120 osserva che l'art. 5 CSE ha un «contenuto puntuale».

Può allora rileggersi l'affermazione della Corte nel senso che la carenza di effetto diretto non va intesa come capacità di offrire al giudice comune la regola per il caso, ma (solo) come carattere funzionalmente collegato al sindacato accentrato. In altre parole, la Corte costituzionale non sta trattando della capacità della norma di applicarsi ai casi, ma del distinto problema del soggetto e della sede in cui accertare la eventuale incompatibilità tra norma interna e CSE. Alla base della posizione della Corte c'è evidentemente il tentativo di bloccare da subito eventuali tentazioni di disapplicazione da parte dei giudici comuni. Anche la CSE entra, dunque, nel parametro interposto nell'ambito di un sindacato analogo a quello riservato alla Convenzione europea.

Se quanto detto è corretto, potrebbe essere utile, ad avviso di chi scrive, che la Corte non utilizzi più la categoria della presenza o assenza di effetto diretto, che genera confusione negli interpreti, ma si limiti ad affermare il sindacato accentrato indipendentemente dalla capacità di diretta applicazione o meno della norma internazionale.

5. La discrezionalità del legislatore

Una osservazione più generale in chiusura esula da quanto detto e riguarda la discrezionalità del legislatore, sul presupposto che occorra distinguere ciò che è costituzionalmente obbligatorio da ciò che è costituzionalmente facoltativo. L'assunzione, in alcuni interventi della dottrina, di un modello di rapporto di lavoro come imposto dalle norme costituzionali rischia di irrigidirle, privandole della capacità di dare protezione a fattispecie nuove. Il fatto che sia il legislatore a dover dare attuazione in modi diversi al parametro è un fatto fisiologico della vita costituzionale. In questo senso, come il parametro debba rispondere alle mutate condizioni del mercato e del rapporto di lavoro resta incerto anche nella dottrina europea sull'art. 30 Carta. È, in realtà, una questione di "contesto"⁶. La dottrina ha osservato che la disposizione vive una doppia crisi d'identità, interna ed esterna⁷. Sul versante interno, la norma patisce l'incertezza propria delle stesse norme internazionali da cui è stata tratta, alla ricerca di un bilanciamento tra interessi contrastanti quali il mantenimento del posto di lavoro, la libertà di impresa e gli interessi della collettività. Il fatto è che il problema delle sue limitazioni e deroghe spesso neppure tocca milioni di lavoratori atipici che pure sono i più vulnerabili rispetto al rischio di licenziamento ingiustificato. Questa incertezza riflette

⁶ In un ambito materiale del tutto diverso, l'attribuzione del cognome, N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *www.rivistaaic.it.*, n. 4 del 2017, 21 novembre 2017, identifica alcuni elementi (espressi da indici giuridici) di "contesto" per spiegare come muta il limite che la Corte costituzionale si pone di fronte alla discrezionalità legislativa; così, un mutamento della coscienza sociale è espresso e si ricava dai progetti di legge pendenti, dai dati del diritto straniero e comparato, compresi elementi di *soft law*, dagli stessi precedenti della Corte costituzionale, dalle tendenze dottrinali autorevoli, persuasive e condivise; dalla presenza di numerose e concordanti ordinanze di rimessione che manifestano un disagio emergente nei giudici comuni verso interpretazioni percepite come non più rispondenti al tempo, perché divenute irragionevoli. Il "contesto" cui ci si riferisce nel testo è più in generale il contesto sociale ed economico, di cui questi indici giuridici dovrebbero essere una spia.

⁷ Le considerazioni che seguono nel testo sono tratte da J. Kenner, *Art. 30*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford, Portland, 2014, 805-832, spec. 832.

una crisi di identità esterna presente nello stesso ordinamento europeo. Per alcuni, si è detto, l'art. 30 Carta è una norma anacronistica e fuori moda, perché la stessa sicurezza del posto di lavoro è ormai un'anomalia. Altri hanno osservato che il 50% dei giovani nell'Europa del sud è fuori dal mercato del lavoro e che studi dimostrano che lo smantellamento delle garanzie giuridiche relative alla conservazione del posto di lavoro non ha giovato alla ripresa economica e alla produttività. Per questa dottrina, l'incerta intensità della protezione offerta dall'art. 30 Carta dipende da queste incertezze di "contesto". Forse lo stesso vale per le nostre norme costituzionali, pure inserite, a differenza di quelle europee, in un chiaro disegno di principi che considerano il lavoro non solo come fattore di progresso economico, ma come strumento primario di sviluppo della persona umana e come veicolo di partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Anche le norme costituzionali, infatti, non contengono un disegno predeterminato, ma spetta alla discrezionalità del legislatore trovare la strada.

Forum di Quaderni Costituzionali

CONSIDERAZIONI SULL'AMMISSIBILITÀ DELLA QUESTIONE

1. *La questione*

L'ordinanza del 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma (come corretta il successivo 2 agosto e pubblicata nella Gazzetta ufficiale) suscita alcune perplessità processuali riguardanti l'oggetto e il *petitum* della questione, nonché il tipo di intervento manipolativo richiesto. Fare un breve sommario di questi problemi sarà il mio contributo a una discussione già ricca di argomenti sul merito.

Il giudice ravvisa la manifesta insussistenza del fatto posto a base di un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo. In virtù della data di stipulazione del contratto, deve applicare l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015. Altrimenti, avrebbe applicato il regime previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (dal suo comma settimo e quindi dai commi quarto o quinto, ivi entrambi richiamati) come modificato dalla legge n. 92 del 2012. Tuttavia, l'indennità di cui al citato art. 3, comma 1, appare al giudice insufficiente. Qual è dunque la correzione richiesta alla Corte costituzionale? Si lascino da parte, per ora, i parametri diretti e interposti e, con essi, profili quali ad esempio i presupposti di applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (e la motivazione su di essi) o la pertinenza, con riguardo a norme a regime, di considerazioni basate su norme transitorie (incentivi).

In disparte da ciò, quali sono l'oggetto e il *petitum* della questione? La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata sull'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, nonché (dopo le correzioni) sugli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, «letti autonomamente ed anche in correlazione fra loro». Stando al dispositivo, di queste disposizioni viene richiesta una dichiarazione pura e semplice (cd. secca) di illegittimità costituzionale. Però la motivazione (soprattutto l'ultimo paragrafo) lascia intendere che l'obiettivo ultimo è cambiare la situazione normativa in maniera tale da consentire il riconoscimento, attualmente impossibile in via interpretativa, della tutela di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (nella versione del 2012).

2. *L'oggetto*

L'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014 è irrilevante: non è la disciplina della fattispecie concreta, ma ne costituisce il mero presupposto ex art. 76 Cost. Inoltre, ad esso calzano poco le censure dedotte: se non altro perché questa disposizione della legge delega è muta sulla misura dell'«indennizzo economico». Nemmeno l'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 è applicabile al caso concreto: riguarda i licenziamenti discriminatori, nulli o in forma orale.

Il vero baricentro è l'art. 3 del decreto legislativo. Esso, stando alla lettera dell'ordinanza (a maggior ragione dopo le correzioni), è stato censurato per intero e non

limitatamente al primo dei suoi due commi. Tuttavia, il comma 2 si riferisce a una fattispecie speciale, diversa da quella in esame: l'insussistenza del fatto materiale posto a base di un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo; in questo caso, per giunta, sono previsti l'annullamento del licenziamento e la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, ossia tutele ben diverse da quelle che il rimettente sospetta di inadeguatezza. Pertanto, è dubbio che il giudizio di legittimità costituzionale possa ritenersi validamente esteso anche al comma 2 e sembra logico circoscriverne l'oggetto al solo comma 1 dell'art. 3.

L'art. 4 riguarda i vizi formali del licenziamento. Il rimettente considera questa fattispecie astratta per sostenere che, nel caso concreto, quand'anche si ravvisasse un vizio formale (un difetto di motivazione in senso solo formale e non sostanziale), comunque il regime attuale sarebbe meno protettivo del precedente. Ma è una considerazione puramente ipotetica, preceduta dalla netta asserzione che, nel caso, il difetto è sostanziale. Quindi, anche la questione sollevata sull'art. 4 potrebbe risultare irrilevante.

Quale sia poi la lettura congiunta che consentirebbe di superare i dubbi sull'autonoma rilevanza delle (questioni sollevate sulle) singole disposizioni (artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015), è punto che il rimettente sfiora solo con l'inciso riferito – «letti autonomamente ed anche in correlazione fra loro» – senza ulteriori argomentazioni. Con il suo stile laconico, questo inciso non arricchisce in maniera significativa le valutazioni sulla rilevanza e sulla congruità della motivazione a proposito di essa.

3. Il *petitum*

Facendo un passo oltre e concentrando l'attenzione sul solo art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, viene da chiedersi anzitutto se il *petitum* sia stato formulato correttamente. Il risultato a cui mira l'ordinanza, lo si è detto, sostanza è la ri-espansione del regime anteriore. Ora, l'interrogativo è se questa sarebbe la conseguenza automatica del puro e semplice annullamento dell'art. 3, comma 1.

Per rispondere, occorre prestare attenzione anche all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, a norma del quale per i lavoratori (operai, impiegati o quadri) assunti a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato (solo) dal decreto stesso (e non da altre fonti). Questa disposizione pone un limite all'efficacia temporale della normativa anteriore: così facendo, in ultima analisi, la abroga (se si accetta la definizione dell'abrogazione appunto come apposizione di un limite all'efficacia temporale di una norma vigente), pur lasciandola applicabile transitoriamente ai rapporti di lavoro già stabiliti.

In presenza di questo chiaro dato normativo, difficilmente si potrebbe andare a cercare fuori dal d.lgs. n. 23 del 2015 il regime di tutela dei licenziamenti illegittimi ai sensi dell'art. 3, comma 1, quand'anche quest'ultima disposizione fosse elisa (puramente e semplicemente) dal corpo normativo. L'art. 3, comma 1, non reca una norma di mera abrogazione (o, al limite, sostituzione), il cui annullamento potrebbe fare rivivere automaticamente la disciplina precedente; né una norma speciale, il cui annullamento lascerebbe ri-espandere quella generale. Esso sancisce un regime positivamente nuovo, che occupa lo spazio cronologico sbarrato (per effetto dell'art. 1) al regime precedente. Ma proprio per questo non basta colpire il nuovo regime: occorre anche sfondare lo sbarramento, per giungere là dove l'ordinanza vorrebbe.

Insomma, il dubbio è se l'obiettivo perseguito non richiederebbe un intervento anche sull'art. 1 (nella parte in cui si riferisce ai casi di cui all'art. 3, comma 1) o, almeno, una manipolazione dell'art. 3, comma 1: verosimilmente un intervento sostitutivo che, da un lato, demolisca il regime vigente e, dall'altro, lo integri con ciò che in via di semplice interpretazione è arduo affermare, ossia l'applicabilità dell'art. 18, comma settimo, dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge n. 92 del 2012.

Tuttavia, l'art. 1 non è stato colpito da censure, né alcuna manipolazione è stata richiesta, almeno espressamente, dal giudice. Se si condividono i dubbi di cui sopra, questi difetti di costruzione si prestano a essere descritti con varie formule tratte dalla prassi giurisprudenziale: incoerenza tra gli argomenti (orientati a una sostituzione normativa) e il *petitum* (invece di illegittimità costituzionale secca); omessa indicazione del cd. verso della manipolazione richiesta (si veda *a contrario* la sentenza n. 231 del 2013 e quanto essa osserva al par. 5.2 in diritto); *petitum* formulato in modo (se non contraddittorio, quantomeno) non univoco; forse anche *aberratio ictus* (parziale: la censura bersaglia il nuovo regime, ma non anche lo sbarramento posto dall'art. 1 all'applicazione del regime anteriore).

Beninteso: il *petitum* e la tessitura delle censure elaborate dal giudice *a quo* non sono vincoli assolutamente inviolabili per il giudice costituzionale. Sono a disposizione alcuni grimaldelli: ad esempio, l'interpretazione sostanzialistica dell'ordinanza; l'illegittimità consequenziale; la logica della continenza, che alla domanda di annullamento integrale permette di rispondere con un'ablazione solo parziale (così può essere letto, in ultima analisi, l'esito della recente sentenza n. 120 del 2018). Eppure, confrontando l'ordinanza e le norme censurate, l'impressione è che la fatica di costruire un percorso tecnicamente praticabile verso il risultato auspicato sia stata lasciata al giudice costituzionale in misura eccessiva. Quanto più ci si appella all'autonomia della Corte nell'intendere i termini della questione e nel calibrare quelli del suo intervento, tanto più si riconosce che l'impostazione iniziale avrebbe dovuto essere diversa. La corrispondenza tra chiesto e pronunciato è un canone fondamentale della giustizia costituzionale, nella prospettiva di circoscrivere il ruolo del giudice delle leggi. Incoraggiarne una forzatura, in un caso come questo, significa invitare la Corte ad assumersi una responsabilità istituzionale pesante.

In conclusione, l'attenzione del rimettente si è concentrata, con risultati pregevoli, sui principi sostanziali costituzionali e sovranazionali; ma meno sulle disposizioni che sono l'indispensabile punto di partenza, e anche di arrivo, delle questioni di legittimità costituzionale. Eppure, non basta un argomento costituzionale forte. Occorre anche puntualizzare quale specifica modifica all'ideale libro delle leggi si dovrebbe apportare, in virtù di quell'argomento. È sempre da lì che si incomincia. Sempre lì si deve ritornare.

4. Le rime obbligate

Tutto ciò è preliminare a un altro tema: se, quand'anche si ritenga che il giudice abbia formulato in maniera corretta e univoca la richiesta di intervento manipolativo, rispetto a tale intervento sussistano le cd. rime obbligate. In altre parole, quand'anche la tutela concessa dal d.lgs. n. 23 del 2015 fosse effettivamente insufficiente, sarebbe costituzionalmente doveroso ripristinare la piena applicabilità, senza limiti di tempo, del regime stabilito dalla legge n. 92 del 2012, oppure così facendo si invaderebbe la discrezionalità del legislatore nello stabilire natura e misura delle garanzie contro i licenziamenti illegittimi, costituzionalmente necessarie, ma tutt'altro che vincolate?

Siamo sempre sul piano processuale (limiti ai poteri della Corte costituzionale), ma ai limiti del diritto sostanziale. Una pronuncia sul punto andrebbe ben al di là delle

caratteristiche tecniche della singola questione e lambirebbe il confine con ciò che, in materia, è riservato esclusivamente alla politica. In un certo senso, il profilo in esame potrebbe addirittura seguire, non precedere l'esame del merito: potrebbe essere la strada per giungere a una sorta di illegittimità accertata ma non dichiarata, a seconda della forza con cui si voglia rimarcare l'inadeguatezza della disciplina in questione e insistere perché il legislatore la riveda.

Questa non è la sede per ragionare in generale sui metodi e sui materiali ai quali la Corte può attingere per sintetizzare la norma da immettere nel sistema in via di accoglimento manipolativo. Ci si deve limitare ad alcune considerazioni più specifiche.

La questione, come si è detto, mira a sostituire al regime vigente quello anteriore, superando gli sbarramenti temporali. Il presupposto non è che la tutela contro i licenziamenti illegittimi ammette una sola soluzione, costituzionalmente obbligata; ma che essa deve articolarsi in una disciplina coerente (dal punto di vista dell'eguaglianza formale) e congrua (ai principi sostanziali); che quella in vigore non lo è; che (se ben si intende), in presenza di una riforma complessiva, è possibile trovare un'alternativa regolatoria, di conio non interamente pretorio, nel regime generale previgente. È una proposta estremamente incisiva: intervenire sul punto centrale di una delle riforme più controverse e caratterizzanti della XVII Legislatura, non per correggerlo, ma per farne *tabula rasa* e tornare indietro di quasi tre anni. Ne discendono problemi costituzionali di non poco momento, che meritano attenzione e forse ne avrebbero meritata di più già all'atto della rimessione.

Nondimeno, a questo proposito, si può forse spezzare una lancia a favore dell'ordinanza di rimessione: l'apparenza di attivismo giudiziario potrebbe risolversi nel suo contrario, rovesciando la prospettiva. In più punti, l'ordinanza di rimessione paragona la situazione dei neoassunti a quella di coloro cui continua ad applicarsi l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Lo fa per costruire lo schema triadico di giudizio e, così, si espone – consapevolmente – alla replica che la diversa collocazione nel tempo dei contratti di lavoro fornisce di per sé una giustificazione al diverso trattamento. Il riferimento al regime anteriore funziona, però, anche in un'altra prospettiva, che potrebbe aiutare a superare la ritrosia della Corte costituzionale ad addentrarsi nel campo della discrezionalità legislativa, per giunta quando, come nel caso, si tratta di valutazioni quantitative (la misura dell'indennità).

Il regime stabilito nel 2012 non è stato integralmente espunto dall'ordinamento: rimane come regola di un novero di fattispecie che, è vero, non si allargherà nel tempo, ma è pur sempre destinato a persistere ancora a lungo, e a coesistere con il nuovo regime, quotidianamente, all'interno delle stesse imprese, attraverso la dicotomia tra vecchi e nuovi assunti. Questa considerazione potrebbe mitigare la preoccupazione esposta prima: non si tratterebbe di creare una regola nuova, né di resuscitarne una completamente consegnata al passato; bensì di estendere uno dei due regimi attualmente esistenti, ciascuno (semplificando) generale a suo modo, entro il rispettivo ambito cronologico di riferimento. Il riferimento alle norme del 2012, discutibile nella prospettiva del giudizio triadico, potrebbe essere utile per contenere il grado di creatività dell'intervento manipolativo: non si crea niente di nuovo; si estende l'altro termine della dicotomia, appoggiandosi a una normativa ancora vigente, parallela a quella censurata.

D'altronde, bisogna riconoscere che è molto difficile il confronto con le molteplici dimensioni della discrezionalità legislativa in questo campo: la selezione della tutela indennitaria; il massimo e il minimo dell'indennità; i criteri di commisurazione della stessa e, in particolare, il riferimento agli anni di anzianità; ancora più in particolare, il carattere assoluto e meccanico di questo riferimento. Ripesicare *sic et simpliciter* il

regime del 2012 potrebbe non essere, in fin dei conti, un'operazione più creativa dello scegliere, nel regime del 2015, quali dimensioni modificare, e come.

Peraltro, in questa prospettiva si pone un problema aggiuntivo quantomeno in relazione alle censure ex artt. 76 e 117, primo comma, Cost. Il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) sembra orientato in senso critico anche con riguardo alla normativa italiana del 2012 (mi riferisco a quanto osserva in proposito il reclamo collettivo presentato dalla CGIL nel 2017, § 4.1.3, con riguardo alle conclusioni adottate il 1° dicembre 2016). Se così fosse, sarebbe contraddittorio usare proprio quella normativa come riferimento per correggere i difetti del d.lgs. n. 23 del 2015: ci si appellerebbe al CEDS per patrocinare l'estensione di una normativa sulla quale lo stesso organo è scettico. La serietà del problema dipende, ovviamente, dal peso che si ritiene di attribuire alle pronunce del CEDS nel giudizio di legittimità costituzionale: più gliene si dà, maggiore è la contraddizione; per converso, meno gliene si dà, più diventa difficile trovare appigli puntuali per contestare i valori quantitativi vigenti.

A fronte di tutto questo, anche nel caso in cui si ritenesse il d.lgs. n. 23 del 2015 costituzionalmente problematico (superando le difficoltà processuali messe in luce nei paragrafi precedenti), non sarebbe da escludere un esito di inammissibilità con monito, premessa di possibili interventi futuri più incisivi. In casi simili, come è noto, una prolungata inerzia del legislatore ha indotto la Corte ad attenuare il rispetto dovuto, in linea di principio, alla discrezionalità e responsabilità politica.

5. In luogo delle conclusioni

Insomma, si devono compiere alcuni passaggi processuali prima di giungere al merito, e soprattutto all'eventuale accoglimento, della questione: di questa o di quelle future che potrebbero essere sollevate. In realtà, sorprende che, rispetto a una normativa come quella di cui al d.lgs. n. 23 del 2015, in vigore ormai da tre anni, vi sia stata per ora soltanto una singola ordinanza, di un singolo giudice, in un singolo caso. Quand'anche l'esito fosse di inammissibilità, ciò non solo non impedirebbe, ma anzi in certa misura favorirebbe una ulteriore maturazione dei dubbi di legittimità costituzionale, fornendo indicazioni, più o meno esplicite, su come la questione dovrebbe, o non dovrebbe, essere riproposta. Non dovrebbe essere oltremodo difficile trovare – o costruire – nuove occasioni per tornare a discuterne: la materia è incandescente (non solo in sede giudiziaria, come dimostrano le recentissime novità normative, peraltro pure esse ancora fluide) e la normativa non certo di rara applicazione.

Qualcuno potrebbe obiettare che queste considerazioni lasciano in ombra la necessità di garantire giustizia, nel merito, ai diritti della ricorrente nel giudizio *a quo*. Si può replicare che, da un lato, lo stesso giudice di quel giudizio potrebbe risollevarne una nuova questione di legittimità costituzionale; dall'altro (volendo nobilitare queste semplici considerazioni con una citazione da A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Co., Indianapolis, 1962, p. 173), esistono differenze cruciali tra le funzioni dei giudici comuni e il ruolo del giudice delle leggi, sicché, quando si tratti delle decisioni di quest'ultimo, non si può enfatizzare l'aspettativa individuale di giustizia a discapito degli altri problemi che la giurisdizione costituzionale deve risolvere e di tutte le conseguenze che essa comporta. Proprio la considerazione di tutto ciò porta a domandarsi se non sussistano – per ora – valide ragioni per esercitare, attraverso le tecniche processuali, le virtù passive del giudice

costituzionale (oggetto di una celebre analisi di Bickel nel quarto capitolo dell'op. cit., in parte già pubblicata in *Foreword: The Passive Virtues*, 75 *Harv. L. Rev.* 40, 1961-1962, adesso consultabile fra i *Law Commons* dell'Università di Yale in [Faculty Scholarship Series. Paper 3968](#)).

Forum di Quaderni Costituzionali

LORENZA MOLA
Università di Torino

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 base all'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 lgs. n. 23/2015 potrebbe essere valutata dalla Corte costituzionale anche rispetto all'articolo 24 della Carta sociale europea ('CSE') sul diritto ad una tutela in caso di licenziamento. L'udienza della Corte è stata fissata per il prossimo mese di settembre: la Corte dunque non attenderà la decisione sul merito del Comitato europeo dei diritti sociali ('CEDS'), organo di controllo della CSE, in esito al reclamo collettivo pendente nei confronti dell'Italia sulla stessa normativa¹. Ciò è in linea con l'orientamento recentemente assunto dalla Corte costituzionale nei confronti della Carta sociale europea, nella sentenza n. 120/2018 relativa al divieto di libertà sindacale delle forze armate. Peraltro, proprio quell'orientamento attrae e convoglia specifica attenzione sulle prossime occasioni in cui la Consulta si pronunci nuovamente sulla Carta sociale europea, o su altri trattati sui diritti umani cui l'Italia è vincolata e che prevedono meccanismi non giudiziari di controllo dell'operato degli Stati contraenti da parte di organi di esperti indipendenti².

Da un lato, nella sentenza n. 120/2018, la Corte costituzionale ha esplicitato che la Carta sociale europea funge da parametro interposto di legittimità costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano ex articolo 117, primo comma, della Costituzione. In proposito, la Consulta ha rilevato nella CSE "spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU", di cui costituisce il "naturale complemento sul piano sociale (punto 10.1 del "Considerato in diritto"). Dall'altro lato, contestualmente, la Corte ha negato che i giudici nazionali, nell'interpretare la Carta, siano vincolati alle pronunce del CEDS (punto 13.4 del "Considerato in diritto"). La Consulta ha escluso, esplicitamente, che nei confronti di questa fonte internazionale trovi applicazione la propria giurisprudenza sul valore dell'interpretazione data alle norme della CEDU dalla Corte EDU, con richiamo alla sentenza n. 348 del 2007. Per giustificare questa differenziazione, la Corte costituzionale ha rilevato una duplice assenza: nella Carta sociale europea, di una

¹ Il Comitato europeo dei diritti sociali ha già dichiarato il reclamo ricevibile con decisione del 20 marzo 2018, *Confederazione italiana del lavoro (CGIL) v. Italy*, reclamo collettivo n. 128/2017, reperibile all'indirizzo [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]]).

² Basti qui accennare, ad esempio, al 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), ed al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, istituito con Risoluzione 1985/17 del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite relativamente al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (l. n. 881 del 25 ottobre 1977), la cui competenza è stata estesa a comunicazioni individuali con il Protocollo opzionale del 2008 (l. n. 152 del 3 ottobre 2014).

disposizione come all'art. 32 CEDU, che – nei termini utilizzati dalla Consulta – "riserva il potere interpretativo" della CEDU alla Corte EDU³; nel Protocollo opzionale che istituisce la procedura dei reclami collettivi, di una 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.

Altri contributi presentati nella prospettiva del diritto internazionale (Forlati, Amoroso, Russo) argomentano come la recente pronuncia 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. Considero tali ordini di argomentazioni pressanti e 'preminenti' per auspicare che la Corte costituzionale riconosca effetti giuridici alle pronunce del CEDS: queste, pur non vincolanti e prive di diretta efficacia, devono essere 'opportunamente' tenute in considerazione nella verifica di compatibilità costituzionale che riguarda le norme della Carta⁴. Vorrei tutt'al più esporre un argomento complementare, sulla valenza che possono assumere le pronunce di un organo di controllo di un trattato nell'applicazione delle regole internazionali sull'interpretazione dei trattati.

La Corte costituzionale, quand'anche in (un prossimo) futuro considerasse l'eccezione di costituzionalità della legge interna con riferimento alla Carta sociale europea *alla luce dell'orientamento espresso nella sentenza n. 120/2018*, dovrà pur conferire significato ai termini di questo trattato.

Nella pronuncia appena citata, la Corte costituzionale ha fatto leva sulla similarità della formulazione testuale dell'articolo 5 della CSE su "Diritti sindacali" e dell'articolo 11 della CEDU su "Libertà di unione e di associazione" per ritenere che il primo abbia contenuto simile al secondo così come interpretato nella giurisprudenza della Corte EDU. Un tale approccio, ben riconducibile all'interpretazione 'sistematica' di un trattato contemplata dal diritto internazionale⁵, crea però, relativamente al diritto umano in questione, un paradosso, e, nel complesso rispetto ai diritti riconosciuti nella Carta, uno squilibrio. Avendo riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU in cui la Corte costituzionale individua il contenuto normativo dell'articolo 11 CEDU, si nota infatti che la Corte di Strasburgo ha utilizzato, anch'essa, una interpretazione sistematica della Convenzione⁶: tra gli strumenti internazionali presi in considerazione dalla Corte EDU, particolare attenzione è dedicata proprio ai diritti della Carta sociale corrispondenti all'articolo 11 CEDU (artt. 5 e 6 CSE) come interpretati dal CEDS⁷. Ancora in un caso

³ Ai sensi dell'art. 32, par. 1, CEDU, "[l]a competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione".

⁴ Cfr., tra molti, R. van Alebeek e A. Nollkaemper, *The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law*, ACIL Research Paper No 2011-02, reperibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1817532>.

⁵ Art. 31, par. 3, lett. c), Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁶ Cfr. ad es., Corte europea dei diritti umani, sentenza della G.C. del 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, ricorso n. 34503/97, par. 65-68.

⁷ ID.: spec. sentenza del 2 ottobre 2014, *Matelly c. Francia*, ricorso n. 10609/10, par. 28, 31-33, 74, e sentenza del 2 ottobre 2014, *ADefDroMil c. Francia*, ricorso n. 32191/09, par. 20 e 59; *Demir e Baykara c. Turchia*, cit., par. 50, 77, 84, 149; sentenza del 21 aprile 2014, *Junta Rectora c. Spagna*, ricorso n. 45892/09, par. 16 e 40. Cfr. anche ID.: sentenza del 27 ottobre 1975, *Syndicat national de la police belge c. Belgio*, ricorso n. 4464/70, par. 38; sentenza del 21 febbraio 2006, *Tüm Haber Sen e Çınar c. Turchia*, ricorso n. 28602/95, par. 39; sentenza dell'8 aprile 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, par. 35-37, 40, 98.

A sua volta, si nota che la pronuncia del CEDS cui la Corte costituzionale, nella sentenza n. 120/2018 ("Considerato in diritto", punto 13.4), nega effetti vincolanti nell'interpretazione dell'articolo 5 della Carta sociale indica espressamente ed estesamente, tra il diritto internazionale rilevante, la medesima giurisprudenza della Corte EDU *Matelly*, *ADefDroMil* e *Junta Rectora* citata dalla Corte costituzionale: CEDS, decisione sul merito, del 4

riguardante i diritti sindacali, la Corte EDU ha riconosciuto autorevolezza interpretativa alle pronunce del CEDS, in maniera autonoma – non solo perché tale autorevolezza ‘appare generalmente accettata’ dagli Stati e dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa⁸. Da qui sorge il paradosso che nella sentenza n. 120/2018 della Corte costituzionale l’interpretazione del CEDS sia stata indirettamente acquisita per il tramite – ed il filtro - della Corte EDU, con effetti vincolanti. Tuttavia, appunto, nell’ordinamento italiano questo risultato può prodursi solo nei casi di sovrapposizione dei due trattati quanto ai diritti riconosciuti, stante la diversa valenza attribuita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 120/2018 alle pronunce dei loro rispettivi organi di controllo. Ciò è suscettibile di determinare uno squilibrio nella incidenza delle pronunce del CEDS sulla ricostruzione del contenuto normativo dei vari diritti sanciti nella Carta sociale da parte del giudice italiano. È poi evidente come, a livello internazionale, l’orientamento della Corte costituzionale dello Stato italiano possa avere l’effetto di intaccare la considerazione di autorevolezza delle pronunce del Comitato cui fa riferimento la Corte EDU.

Giova allora richiamare l’obbligo di interpretare il diritto pattizio conformemente alle regole internazionali sull’interpretazione dei trattati⁹. Prescindendo 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 (CVDT), l’Italia, com’è noto, è a questa vincolata tramite legge di ratifica ed esecuzione n. 112 del 12 febbraio 1974. Incombe al giudice italiano, quale organo dell’apparato di governo *lato sensu* dello Stato italiano, interpretare anche la Carta sociale europea alla luce di quelle regole. Ciò non toglie che, sul piano interno, i risultati del processo ermeneutico possano essere considerati incompatibili con i principi fondamentali della Costituzione, ma allora verrà rilevato il contrasto della fonte internazionale con tali principi.

In estrema sintesi, si richiamano due aspetti dell’interpretazione dei trattati. Innanzitutto, con specifico riferimento al metodo ermeneutico configurato agli articoli 31-33 della CVDT, è noto che queste disposizioni predispongono un insieme di mezzi interpretativi conferendo una priorità tra i mezzi sussunti sotto la regola generale di

luglio 2016, *Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP) c. Francia*, reclamo collettivo n. 101/2013, parr. 22 e 82-83.

⁸ Corte europea dei diritti umani, *National Union of Rail...*, cit., par. 94:

“94. The Government did not regard the ECSR’s assessment as an authoritative source of law, since, despite the independence and expertise of its members, the ECSR did not possess judicial or quasi-judicial status. Its role was to report to the Committee of Ministers. The Court observes that the ECSR’s competence is stipulated in the Protocol amending the European Social Charter (also known as the “Turin Protocol”, Council of Europe Treaty Series No. 142), namely to “assess from a legal standpoint the compliance of national law and practice with the obligations arising from the Charter”. It is true that this Protocol has not come into force as several States Parties to the Charter, including the United Kingdom, have not ratified it. Yet the interpretative value of the ECSR appears to be generally accepted by States and by the Committee of Ministers. It is certainly accepted by the Court, which has repeatedly had regard to the ECSR’s interpretation of the Charter and its assessment of State compliance with its various provisions (...).”

⁹ Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on the Law of Treaties, with Commentaries, Yearbook of the ILC, II (1966)*, p. 187 ss. In dottrina vi è chi ritiene che l’obbligo derivante dagli articoli 31-33 della CVDT non sia un obbligo di mezzi, cioè che non sia necessario seguire il metodo ermeneutico ‘internazionale’ configurato dalla CVDT; l’applicazione di un metodo ‘interno’ deve però condurre allo stesso risultato cui si sarebbe potuti giungere seguendo le regole internazionali. In tal senso, A. Nollkaemper, *Grounds for the Application of International Rules of Interpretation in National Courts*, in H. P. Aust e G. Nolte, *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*, Oxford University Press, 2016, p. 34 ss., p. 35. Sui punti qui richiamati cfr., F. Capotorti, *Il diritto dei trattati secondo la Convenzione di Vienna. Studio introduttivo*, in *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*, Cedam, ristampa, 1984, p. 35 ss., spec. p. 38; S. Bariatti, *L’interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Cedam, 1986, spec. p. 233 ss.; G. Strozzi, *Il diritto dei trattati*, Giappichelli, 1999, p. 53 ss., spec. p. 54; E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Giappichelli, 2012, p. 176 ss.; R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, II ed., Oxford University Press, 2015.

interpretazione (art. 31 CVDT), ai sensi della quale il testo *deve* essere interpretato secondo il significato ordinario dei termini alla luce (imprescindibilmente) 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 (art. 32 CVDT). I mezzi complementari, com'è noto, includono i lavori preparatori e le circostanze in cui è stato concluso il trattato, esplicitamente menzionati all'art. 32 VCDT; ad essi può altresì essere ricondotta la prassi applicativa dell'organo di controllo istituito da un trattato – come anche sostenuto da Crema e Borlini nel loro contributo all'odierno dibattito. Peraltro, il 'peso' conferito dall'interprete a ciascun mezzo contemplato dalla regola generale o dalla regola sui mezzi complementari non è prestabilito, sicché anche l'esito interpretativo non è predeterminato ma può variare. A tal ultimo proposito e in secondo luogo, è noto come nell'ambito del diritto internazionale pattizio dei diritti umani sono invalse in maniera specifica l'interpretazione teleologica, avente come perno l'obiettivo della tutela dell'individuo, nonché l'interpretazione evolutiva, che permette di conferire significato ad un diritto tenendo conto degli sviluppi intervenuti in campi extra-giuridici successivamente alla conclusione del trattato.

Nel complesso, quanto appena richiamato vale per l'interpretazione della Carta sociale europea, e di altri trattati sui diritti umani, da parte del giudice interno. Si vuole qui sostenere, cioè, che le pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali vengono in rilievo con funzione ricognitiva dell'orientamento interpretativo da adottare, ed altresì come mezzi ausiliari indicanti i risultati interpretativi che possono essere raggiunti con riguardo alla Carta sociale europea, quale trattato sui diritti umani¹⁰. È questo l'approccio che deve per lo meno seguire la Corte costituzionale nel prendere in considerazione la Carta sociale europea in una valutazione di conformità delle leggi rispetto ad essa. Questo approccio è funzionale, a mio modo di vedere, all'applicazione del principio di conformità, evocato con riguardo al diritto pattizio in particolare nella sentenza della Corte costituzionale n. 349/2007, secondo cui l'obbligo internazionale è assunto nell'ordinamento interno nel significato che gli è proprio nell'ordinamento di origine¹¹. L'esistenza, nel sistema della Carta sociale europea, di un meccanismo di controllo che elabora il significato delle disposizioni della Carta rileva almeno affinché le pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali orientino l'interpretazione che di tale trattato va data nell'ordinamento interno italiano in ossequio alle regole internazionali sull'interpretazione dei trattati.

¹⁰ Accanto all'interpretazione sistematica, l'interpretazione teleologica della Carta sociale europea emerge quale orientamento consolidato adottato dal CEDS, come affermato, ad es., nella decisione sul merito, *Conference of European Churches (CEC) v. the Netherlands*, reclamo collettivo n. 90/2013, par. 67: "(...) the Committee also recalls that 'the aim and purpose of the Charter, being a human rights protection instrument, is to protect rights not merely theoretically, but also in fact' (*International Commission of Jurists v. Portugal*, Complaint No. 1/1999, decision on the merits of 9 September 1999, §32). It considers that assessments of the Committee concerning the substantial provisions of the Charter must be based on this human rights approach, which has consistently been applied by the Committee (*Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Italy*, Complaint No. 58/2009, decision on the merits of 25 June 2010, §107; *DCI v. the Netherlands*, [Complaint No. 47/2003, decision on the merits of 20 October 2009], §81".

¹¹ F. Salerno, *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, n. 1/2018, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, spec. pp. 10 e 23.

L'APPLICAZIONE DELL'ART. 24 DELLA CARTA SOCIALE EUROPEA: IL PUNTO DI
VISTA DELL'ORDINAMENTO FRANCESE

Per dare conto del modo in cui le disposizioni dell'art 24 della Carta sociale europea (di seguito Carta) vengono recepite nell'ordinamento francese, occorre in un primo tempo fare il punto sulle modalità attraverso le quali la giurisprudenza francese ha negli ultimi anni favorito le ricadute dei trattati internazionali nell'ordinamento interno, particolarmente nel campo dei diritti sociali (I). Ci si soffermerà successivamente sulla questione del possibile contrasto tra la recente legislazione francese sul risarcimento dovuto ai lavoratori licenziati senza giustificazione e l'art. 24 della Carta, questione che per certi versi presenta profili simili al caso corso italiano.

1. *La progressiva efficacia dei trattati internazionali nel campo dei diritti sociali*

Il diritto francese ha indubbiamente registrato sin dagli inizi del 2000 un'evoluzione diretta a dare effetto nell'ordinamento interno alle disposizioni relative ai diritti sociali contenute nelle convenzioni internazionali. Tale andamento non è stato tuttavia lineare se si guarda alle decisioni adottate dagli organi supremi della giustizia amministrativa (Consiglio di stato) e giudiziaria (Corte di cassazione), la seconda essendo spesso in anticipo sul primo per quanto riguarda l'apertura al diritto internazionale. Occorre premettere che posizioni assunte da questi massimi organi giurisdizionali sono tanto più importanti quanto rappresentano gli unici organi chiamati ad accertare il contrasto tra la legge e le disposizioni di un trattato¹.

A. La giurisprudenza della Corte di Cassazione

Benché l'apertura della Corte di Cassazione abbia preceduto il *revirement* del Consiglio di Stato di cui si dirà a breve, e che l'evoluzione della sua giurisprudenza sia stata graduale, secondo una parte delle dottrine, non sarebbe ancora totalmente compiuta². Rispetto un approccio altalenante tra le varie camere che compongono la Corte, di sicuro la Camera sociale ha cercato di dare nel campo dei diritti sociali internazionali un orientamento chiaramente favorevole ad assicurare la loro superiorità sulle leggi nell'ordinamento interno. Tale impostazione si è prima espressa con l'importante sentenza del 1 ° luglio 2008³, che ha rilevato il contrasto tra le disposizioni sul contratto "nouvelles embauches" e la Convenzione n. 158 dell'OIL, in particolare

¹ Il *Conseil Constitutionnel* ha rifiutato di svolgere questo compito nell'importante decisione del 15 gennaio 1975 a proposito della legge sull'interruzione di gravidanza.

² N. Moizard, "Enjeux et perspectives offerts par l'application des normes constitutionnelles et internationale, au regard de la loi "Travail". Contrer et construire », in *Droit ouvrier*, 2016, n. 825, p. 209 ss. V. anche per una ricostruzione storica, seppure anteriore alla più recente giurisprudenza amministrativa, N. Nivard, "L'effet direct de la Charte sociale européenne", in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, Chron. n. 128, e più recentemente dello stesso autore « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif- retour sur la question évolutive de l'effet directe des sources internationales », *ibid.*, 2016, Chron. n. 22.

³ Cass. Soc. n. 07-44124.

riguardo al periodo di prova che tale istituto prevedeva. Successivamente la Corte di cassazione riconobbe l'efficacia diretta dell'articolo 6§1 della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, che sancisce il diritto al lavoro⁴.

La posizione in seguito manifesta con riferimento alla Carta appare in generale meno evidente e lineare, ma ciò è in parte dovuto alle diverse tematiche in discussione. Inizialmente la Corte ha fatto evolvere la sua giurisprudenza sulla Carta sociale europea che era dal 1996 di ostacolo⁵, per riconoscere un effetto diretto ad alcune delle sue disposizioni, in particolare agli articoli 5 (diritto di organizzazione sindacale) e 6 (diritto alla contrattazione collettiva) della Carta sociale modificata⁶. Nella maggiore parte dei casi è stato per significare che la legislazione francese sulla designazione dei rappresentanti del personale non violava la Carta, ritenuta (insieme ad altre disposizioni di rango internazionale) applicabili alla fattispecie.

L'altro tema ricorrente per sollecitare l'intervento della Carta – ed in particolare all'art 2 sulla durata ragionevole del lavoro – è stato quello delle clausole dei contratti collettivi che introducono i “forfait jours” (che determinano un numero di giorni di lavoro all'anno invece di un orario di lavoro prestabilito). Tali clausole, spesso in modo molto articolato tra un contratto collettivo e l'altro, vengono esaminate dal 2011 fino a recentissime sentenze attraverso la lente delle disposizioni della Carta sulla durata ragionevole del lavoro, insieme ad altre disposizioni che vengono citate nelle sentenze, come quelle disposizioni costituzionali e le direttive europee sulla tutela della salute dei lavoratori. Ed è a proposito della rilevanza attribuita alla Carta in queste sentenze che si divide la dottrina: tra chi osserva che la Corte conferisce un effetto nell'ordinamento interno simile alla convenzioni n. 158 dell'OIL⁷, e chi osserva che la Corte di Cassazione non si è spinta fino a questo punto⁸. Peraltro, la Corte de Cassazione richiama le disposizioni della Carta sociale in modo, a parere della dottrina, “anomalo” se non enigmatico, ma che malgrado le osservazioni critiche è permaso fino alle ultime sentenze: nelle suddette sentenze sui “forfait jour”, la Carta si applica per effetto dell'art. 151 TFUE che rinvia per identificare il corpo dei diritti sociali europei al testo della Carta sociale europea nonché a quella comunitaria del 1984. Trattasi tuttavia di una disposizione che, com'è noto, stabilisce solo gli obiettivi dell'Unione.

Va detto, a parere di chi scrive, che il fatto che la Carta sia richiamata insieme ad altre fonti – peraltro di efficacia indiscussa - per sostenere una propria posizione, non ne diminuisce in valore ma semmai lo conforta. Occorre anche sminuire sul piano sistematico, il “passaggio” logico tramite i trattati UE, anche perché tale argomentazione, forse dovuta alla riproduzione delle massime, non ha impedito in altri casi, come in materia di diritto sindacale, di non passare per il tramite del diritto dell'UE per dare un effetto che “ad ogni modo” sussiste nei rapporti tra privati. Sul piano pratico, la differenza che viene a livello terminologico rilevata tra il riconoscimento espresso di un “effetto diretto” e la possibilità di “invocare” i contenuti della Carta dinnanzi al giudice, appare quindi una distinzione artificiale. Anche se non vi è quindi l'affermazione esplicita e di principio dell'efficacia diretta della Carta da parte della Corte di Cassazione francese, vi è l'affermazione di un'efficacia delle singole disposizioni. Tra queste, vi è chi afferma come, proprio in ragione dell'avvicinamento alla materia della Convenzione n. 158 dell'OIL, l'art. 24 è dotato della stessa efficacia

⁴ Cass., Soc., 16 dicembre 2008, n. 05-40876.

⁵ Cass., Soc., 17 dicembre 1996, n. 92-44203.

⁶ Cass., Soc., 14 aprile 2010, numeri 09-60426 e 09-60429; 10 novembre 2010, n. 09-72856, 1 ° dicembre 2010, n. 10-60117, 16 febbraio 2011, n. 10-60189 e 10-60191, 23 marzo 2011, n. 10-60185, 28 settembre 2011, n. 10-19.113.

⁷ C. Nivard, 2016, op. cit.

⁸ N. Moizard, op. cit.; J. Mouly, op. cit.

nell'ordinamento interno. A sostegno di tale tesi esiste una precedente giurisprudenziale risalente al 2011, nella quale l'art. 24 è stato direttamente applicato, insieme all'art. 8-1 della Convenzione n. 158 dell'OIL, per dichiarare l'invalidità di un licenziamento arbitrario⁹.

B. La giurisprudenza del Consiglio di Stato

Mentre la posizione della Corte di Cassazione, secondo alcuni, lascia ancora qualche zona d'ombra, il Consiglio di Stato ha più recentemente, e in modo più repentino, modificato la sua impostazione di base, proprio con riferimento alla Carta e nello specifico al suo art. 24. Tale nuova impostazione è il risultato di un passaggio logico avvenuto nel 2012.

L'orientamento iniziale di chiusura, illustrato in un importante rapporto del Consiglio di Stato pubblicato del 1985 (*Droit international et droit français*) – per tanti anni rimasto un testo di riferimento per i giuristi sulla questione del rapporto tra diritto interno e internazionale – era basato sull'assunto secondo il quale, il trattato che, come la Carta, enuncia che gli Stati si impegnano a dare applicazione alle norme ivi contenute, non può di per sé avere un effetto diretto nell'ordinamento.

Nel 2012¹⁰ tale posizione viene precisata e in un certo senso modificata, tramite l'affermazione secondo la quale le norme dei trattati possono avere nell'ordinamento un effetto diretto e quindi essere dotate di una forza superiore a quella delle leggi, se soddisfano due condizioni: la prima di carattere soggettivo, ossia se intendono solo regolare i rapporti tra Stati, la seconda di carattere oggettivo, ossia se le clausole sono sufficientemente precise da richiedere un intervento normativo integrativo dello Stato.

Le condizioni per una possibile apertura, a seconda dei singoli trattati e del loro contenuto, non sono state ravvisate in decisioni del 2012 che hanno riguardato la Carta sociale¹¹, ma nelle quali non si faceva tuttavia riferimento all'art. 24. Donde l'importanza della sentenza Fisher del 2014 nella quale il Consiglio di Stato, proprio con riferimento all'art. 24¹², ha stabilito, da una parte che le sue disposizioni della Carta sociale sono direttamente applicabili ai soggetti privati nell'ambito delle controversie nazionali in quanto il loro "oggetto non è quello di governare esclusivamente i rapporti tra gli Stati", e dall'altra parte, che l'art. 24 è direttamente applicabile in quanto fa parte di quelle disposizioni della Carta che non richiedono l'intervento di alcun atto complementare per produrre effetti nei confronti degli individui, può essere utilmente invocato¹³.

Occorre tenere presente che il Consiglio di Stato, in quella decisione, agiva in quanto giudice del lavoro nell'ambito dei rapporti di lavoro del pubblico impiego. Le ricadute della Carta hanno quindi un naturale effetto "verticale" nei confronti dello Stato come datore di lavoro. Ma la dottrina ritiene, che l'assunzione precisa e dettagliata del Consiglio di Stato con riguardo all'art. 24 abbia una portata generale e consenta di riconoscere alla medesima disposizione un effetto diretto "orizzontale", tra le parti di un rapporto di lavoro privato¹⁴. Possiamo quindi supporre che, in caso di controversie tra

⁹ Cass Soc., 12 gennaio 2011, n. 09-41.904.

¹⁰ Nella sentenza GISTI et FAPIL, 11 aprile 2012, n° 322326.

¹¹ CE 4 luglio 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes (CFPSAA)*, n° 341533 et n° 350313. Per ulteriori riferimenti della giurisprudenza amministrativa, si v. Nivard, 2016, op. cit.

¹² Si v. anche il precedente del 2005 (CE), nel quale il Consiglio di Stato, nell'ambito di un giudizio sulla validità dell'ordinanza governativa sui contratti "nouvelles embauches", non ha avvisato un contrasto con l'art. 24 della Carta delle disposizioni che escludevano tali contratti dall'applicazione delle regole sulla procedura di licenziamento.

¹³ "CE 10 febbraio 2014, n. 358992. Si v. J. Mouly, « L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licencié sans motifs valables est d'effet direct », in *Droit social*, 2016, p. 474.

¹⁴ Moizard, op. cit.

privati che vertessero su il contrasto tra il diritto francese e l'art. 24 della Carta, un giudice di merito potrà ritenere che il Consiglio di Stato abbia nella sua sentenza enucleato le caratteristiche della norma, idonee a valere nell'ambito del proprio giudizio.

2. La questione della riforma del licenziamento

La c.d. "Loi Travail" ha con il nuovo art. 1235-3 del "Code du travail" introdotto una modifica alla disciplina del licenziamento che, come avvenuto nell'ordinamento italiano, limita l'entità massima dovuta al lavoratore in caso di licenziamento non giustificato (eccetto in determinate ipotesi espressamente previste). A differenza della riforma italiana, il diritto francese introduce una tabella piuttosto rigida per delineare l'entità del risarcimento dovuto, in base all'anzianità. Nondimeno in ragione delle similitudini con la riforma avvenuta in Italia, i possibili effetti dell'art. 24 nel diritto francese sono stati presi in considerazione nella memoria che il Governo francese ha depositato presso il Comitato europeo dei diritti sociali nell'ambito del reclamo collettivo italiano n. 158/2017¹⁵. Tali effetti sono stati già in parte prospettati dal Consiglio di Stato nella valutazione dell'ordinanza che ha introdotto tale modifiche.

A. La controversia davanti al Consiglio di Stato

Nella circostanza, il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi non più come giudice del lavoro, ma come giudice amministrativo, in ragione della specifica procedura seguita per l'adozione della suddetta riforma tramite "ordinanza" (n. 2017-1387 del 22 settembre 2017), la quale rappresenta un atto amministrativo che acquisisce valore legislativo grazie ad un intervento del Parlamento "a monte" (*loi d'habilitation*) e "a valle" (*loi de ratification*).

Il Consiglio di Stato è stato chiamato ad intervenire quindi nell'ambito di un procedimento d'urgenza diretto a sospendere l'ordinanza (c.d. "référé suspension") in attesa della legge di ratifica. Nella sua decisione del 7 dicembre 2017¹⁶, considera che la normativa francese non è in contrasto con l'art. 24 della Carta sociale, in base a una serie di considerazioni attinenti alle specificità della disciplina francese. Per di più lo fa attraverso una serie di interpretazioni "restrittive" dell'art. 1235-3 che sono state recepite tramite apposite modifiche in sede di ratifica con la legge n. 2017-1340 del 29 marzo 2018 (con riferimento segnatamente alle controversie nei confronti delle quali la tabella dei risarcimenti non si applica e all'esclusione dell'indennità legale del licenziamento dall'ammontare del risarcimento previsto).

A proposito della tabella dei risarcimenti introdotta dalla riforma, il Consiglio di Stato non la considera in contrasto con l'art. 24 ma solo in quanto non vi sia un dubbio evidente ("doute sérieux") sul rispetto dell'art. 24 da parte della legge francese allora in vigore. Va specificato che trattandosi di un provvedimento d'urgenza, come ha ricordato il Consiglio di Stato in un comunicato stampa contestuale alla sentenza, questa sentenza non impediva di giungere a un risultato diverso nell'ambito del giudizio pieno basato sul ricorso per eccesso di potere promosso nei confronti dell'ordinanza. Tale giudizio tuttavia non si potrà più esprimere in sede di analisi dell'atto amministrativo, essendo stata nel frattempo l'ordinanza ratificata dalla legge del 29 marzo 2018. Il 1° giugno, il Consiglio di Stato ha, in effetti, respinto il ricorso del sindacato CGT contro le varie ordinanze della "Loi Travail", non essendo più competente dopo la ratifica avvenuta in Parlamento, per effettuare un giudizio di

¹⁵ Direction des affaires juridiques, 31 maggio 2018, 2018-1340199/DJ/EL.

¹⁶ N. 415243.

compatibilità con le norme internazionali¹⁷. Tale analisi spetterà quindi al giudice chiamato a decidere in caso di controversia individuale di lavoro.

B. L'effetto possibile dell'art. 24 della Carta Sociale

Senza entrare eccessivamente nel merito delle questioni che riguardano il diritto francese, possiamo in questa sede evidenziare gli elementi che, in caso di controversia tra le parti di un rapporto di lavoro, potrebbero rimettere in discussione la prima valutazione del Consiglio di Stato. Oltre alla suddetta decisione del Consiglio di Stato del 7 dicembre 2017, alcune indicazioni provengono anche dalla memoria del Governo francese, la quale fa anche riferimento all'interpretazione già data dal Consiglio europeo dei diritti sociali, in particolare nel caso Finlandese¹⁸, dove era in gioco proprio una legislazione limitativa dell'entità del risarcimento. Occorre tenere presente tuttavia che i rilievi specifici che vengono posti con riferimento al diritto francese non sono tutti sovrapponibili alla questione italiana.

Tra gli elementi in discussione, se ci soffermiamo sulla considerazione del Consiglio di Stato secondo la quale tabella dei risarcimenti non sarebbe in contrasto con la Carta in quanto non interessa tutti i tipi di licenziamenti illegittimi (Punto 6), occorre però considerare che la compatibilità della legge francese andrebbe valutata non con riferimento alle nuove eccezioni introdotte nell'art. 1235-3 C. Trav., ma per le sue ricadute nella generalità dei casi.

Neanche le osservazioni del Governo francese sono molto convincenti, soprattutto nel punto in cui riprendono le considerazioni del Comitato europeo effettuate nel caso finlandese circa l'ammissione di limiti massimi al risarcimento quando vi è la possibilità di ottenere un ulteriore risarcimento in virtù delle regole della responsabilità civile. Nel sistema francese, in effetti, l'azione che consente al dipendente di ottenere un risarcimento per licenziamento senza causa reale o grave esclude qualsiasi altra azione basata sulla responsabilità civile.

Per quanto riguarda il *quantum* della tutela, la norma che fissa un tetto al risarcimento massimo di 20 mesi di retribuzione in caso di licenziamento abusivo potrebbe essere considerata non rispettosa dell'art. 24 se la si confronta con quella che il Comitato ha considerato insufficiente nel caso finlandese (24 mesi). Peraltro, indipendentemente dall'ammontare, vi è il dubbio sul fatto che la tabella possa consentire al giudice di tener conto di tutte le lesioni che, per via del licenziamento illegittimo, il dipendente subisce sul piano economico, professionale e morale, esigenza che il Comitato europeo rileva nell'ambito dell'applicazione dell'art. 24. La rigidità della tabella, soprattutto per i lavoratori con minore anzianità, non permette in effetti al giudice di modulare l'entità del risarcimento in base alla situazione personale del lavoratore, essendoci poco margine tra il minimo e il massimo (per un'anzianità di 2 anni, il minimo è 3 mesi e massimo di 3,5 mesi, per un'anzianità di 3 anni, il minimo di 3, massimo di 4, ecc.).

Infine, con riguardo alla valore giuridico da riconoscere agli orientamenti del Comitato europeo dei diritti sociali, anche se questo non è esplicito nella giurisprudenza, si nota che si tende a dare alle norme internazionali l'interpretazione conferita dall'organismo incaricato di sovrintenderne l'applicazione, come dimostrano le sentenze citate sopra sulla valutazione del periodo di prova ai sensi della Convenzioni OIL (riprendendo nel caso il parere degli esperti dell'OIL che ne valutarono la durata massima a 6 mesi).

¹⁷ CE 1° giugno 2018, n. 414591.

¹⁸ 8 settembre 2016, Richiamo 106/2014.

DEBORAH RUSSO
Università di Firenze

LA DEFINIZIONE DEL PARAMETRO DI COSTITUZIONALITÀ FONDATA SULLA CARTA SOCIALE EUROPEA: IL VALORE DELLE PRONUNCE DEL COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI

1. Questo breve contributo intende esaminare il valore degli orientamenti interpretativi del Comitato europeo dei diritti sociali (d'ora innanzi Comitato europeo) nel sistema della Carta sociale europea (d'ora innanzi Carta) allo scopo di contribuire alla discussione sulla loro rilevanza nella definizione del parametro di costituzionalità delle leggi fondato sull'art. 117, comma 1, Cost.

Punto di partenza dell'analisi è il passaggio della sentenza n. 120/2018 nel quale la Corte Costituzionale ha riconosciuto che la Carta integra il parametro di costituzionalità dell'art. 117, comma 1, Cost., in virtù di "spiccati elementi di specialità" che la accomunano alla Convenzione europea dei diritti umani (d'ora innanzi Convenzione europea), con la quale essa forma un "sistema di tutela uniforme" dei diritti umani.¹ Muovendo da questo assunto, la Corte ha poi distinto l'efficacia delle pronunce del Comitato europeo da quelle della Corte europea dei diritti umani (d'ora innanzi Corte europea), ritenendo che esse "pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta"². Le ragioni di tale differenza sono state ravvisate nella mancata previsione nel testo della Carta e dei suoi protocolli addizionali di disposizioni analoghe agli art. 46 - che fonda l'autorità di cosa giudicata *inter partes* delle sentenze della Corte europea - e 32 della Convenzione europea. In particolare, quest'ultima disposizione precisa l'esistenza di una competenza interpretativa generale della Corte europea: "*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 nelle condizioni previste dagli articoli 33, 34 e 47*". Nella giurisprudenza costituzionale, l'art. 32 ha, in particolare, contribuito a fondare un principio di

¹ V. C. Cost. n. 120/2018, punto 10.1 del "Considerato in diritto" nel quale si legge: "*Ai fini dell'ammissibilità dell'evocazione di tale parametro interposto, va rilevato che esso presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla CEDU. Se quest'ultima, infatti, ha inteso costituire un «sistema di tutela uniforme» dei diritti fondamentali civili e politici (sentenza n. 349 del 2007), la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo*".

² *Ibidem*, punto 13.4 del "Considerato in diritto".

efficacia *erga omnes* della giurisprudenza della Corte europea³, nel senso che ad essa è stata riconosciuta rilevanza anche oltre l'effetto di giudicato *inter partes* nel caso deciso, per la corretta definizione del parametro di costituzionalità ex art. 117, comma 1, Cost. In virtù dell'art. 32 della Convenzione europea, infatti, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la funzione di interpretazione eminente della Corte europea⁴ e ha considerato che i giudici nazionali dovrebbero rispettare per lo meno la "sostanza" di quella giurisprudenza nell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione europea.⁵

Obiettivo di questo contributo è, innanzitutto, discutere (e ridimensionare) la rilevanza della mancata previsione di una clausola attributiva di competenza interpretativa - analoga a quella prevista dall'art. 32 della Convenzione europea - nella valutazione dell'incidenza degli orientamenti interpretativi del Comitato europeo nei giudizi interni e specialmente nel giudizio di costituzionalità delle leggi. Si cercherà in particolare di dimostrare che tale rilevanza dovrebbe essere valutata, dal punto di vista del diritto internazionale e del particolare sistema della Carta, alla luce di una pluralità di elementi, desumibili da una lettura complessiva delle disposizioni rilevanti.

A tal fine, può essere utile procedere dall'assunto, fatto proprio dalla Corte Costituzionale, della specificità della Carta, nella sua qualità di trattato avente ad oggetto l'istituzione di un sistema unitario ed uniforme di tutela dei diritti umani. Senza voler entrare nel dibattito sull'uguale valore degli accordi internazionali rispetto al limite imposto al legislatore dall'art. 117, comma 1, Cost., ciò che rileva ai fini del ragionamento che si intende svolgere di seguito è che, nel brano in questione, la Corte ha valorizzato la Carta per la sua natura di trattato sui diritti umani, complementare alla Convenzione europea. Come si cercherà di dimostrare, la natura di trattato sui diritti umani determina, dal punto di vista del diritto internazionale e delle disposizioni specifiche della Carta, conseguenze rilevanti, ai fini della corretta definizione e interpretazione dei vincoli internazionali assunti dagli Stati contraenti.

2. Nella prospettiva del diritto internazionale, i trattati sui diritti umani possiedono degli elementi di specificità dovuti al loro oggetto e scopo il quale consiste nella previsione di obblighi per gli Stati parti tesi a conformare l'ordinamento giuridico nazionale a standard minimi di protezione della persona umana. Gli obblighi posti da questi trattati potrebbero essere definiti anche "a carattere sinallagmatico ridotto" nel senso che al loro rispetto da parte di uno Stato contraente non corrisponde un'utilità o un vantaggio immediato per gli altri Stati contraenti - anche perché essi producono modifiche interne all'ordinamento

³ Per lo meno di quella consolidata secondo la più recente lettura della sentenza n. 49 del 2015.

⁴ V. C. Cost. n. 348/2007, punto 4.6 del "Considerato in diritto": *"la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia"*.

⁵ C. cost., n. 311/2009, punto 6 del "Considerato in diritto".

giuridico nazionale difficilmente percepibili da parte di altri Stati - cosicché i tradizionali meccanismi di controllo interstatale risultano meno efficaci. Per tale ragione, la maggior parte dei trattati sui diritti umani ha istituito (direttamente o attraverso protocolli addizionali) dei sistemi di controllo centralizzato che attribuiscono ad un organo composto da soggetti indipendenti dagli Stati contraenti il compito di vigilare sul corretto adempimento.

Nei trattati sui diritti umani l'attività di controllo si articola nella funzione di revisione di rapporti sullo stato dell'adempimento del trattato presentati periodicamente dagli Stati contraenti e nella competenza a decidere reclami interstatali e/o individuali o collettivi. Quest'ultima competenza può concretizzarsi, a seconda del trattato istitutivo, nell'esercizio di funzioni giurisdizionali - se il trattato istituisce un vero e proprio organo giurisdizionale con il potere di adottare sentenze vincolanti *inter partes* come nel caso della Convenzione europea - o "quasi giurisdizionali", se il trattato istituisce un comitato di esperti le cui decisioni sono contenute in atti che tecnicamente possiedono il valore di raccomandazioni.

La differenza tra l'esercizio di funzioni giurisdizionali e "quasi giurisdizionali" attiene essenzialmente agli effetti del provvedimento decisorio, giacché mentre la sentenza produce effetto di giudicato *inter partes*, la decisione dei comitati ha il valore di raccomandazione.

Al contrario, la differenza circa l'effetto delle decisioni si attenua se si tratta di valutare più in generale il valore ascrivibile agli orientamenti interpretativi di Corti e Comitati - ossia l'efficacia *erga omnes* delle loro pronunce - giacché esso non dipende strettamente dalla forma giuridica dell'atto che le veicola (sentenza, decisione o raccomandazione) ma piuttosto dal tipo di funzione conferita all'organo decidente anche in relazione alle finalità del sistema convenzionale, alla qualità dell'argomentazione giuridica delle sue pronunce e alla generale legittimazione ricevuta dagli Stati.

Per questa ragione, ciò che rileva al fine di valutare l'incidenza oltre il caso deciso delle pronunce dei comitati di controllo dei trattati sui diritti umani è principalmente il ruolo che è ad essi attribuito, espressamente o anche in modo implicito, dagli Stati parti del trattato istitutivo.

Generalmente, i trattati sui diritti umani, inclusa la Carta, assegnano ai comitati il ruolo di vigilare sul corretto adempimento del trattato. Orbene, tale competenza implica che gli Stati hanno riconosciuto ai comitati - attraverso una clausola espressa oppure, come avviene nella maggior parte dei casi, attraverso l'attribuzione di poteri implicitamente ricavabili dal complesso delle disposizioni che disciplinano l'attività di controllo - il potere di precisare il significato e l'ambito della tutela del trattato. Non può esservi infatti attività di controllo sul rispetto delle norme convenzionali senza che sia presupposta la relativa potestà di interpretare le norme rilevanti.

Nella prassi gli Stati hanno generalmente accettato l'esercizio delle competenze interpretative connesse allo svolgimento delle attività di controllo e si sono conformati, senza sollevare obiezioni sulla competenza, agli orientamenti dei vari comitati. Nella maggior parte dei trattati sui diritti umani, inclusa la Carta, ciò è avvenuto a prescindere dalla presenza nel trattato di una disposizione che esplicitamente conferisse al comitato autorità interpretativa. Come la prassi dimostra ampiamente, la competenza ad interpretare il trattato è un potere che gli organi di controllo hanno sempre esercitato in modo effettivo e senza che gli Stati

parti abbiano mai mosso obiezioni di principio e ciò nonostante la maggior parte dei trattati sui diritti umani – come la Carta – non contenga una disposizione analoga all’art. 32 della Convenzione europea. Il potere di interpretazione è infatti un potere implicito che si fonda sulle disposizioni del trattato che conferiscono ai comitati la competenza specifica a verificare il corretto adempimento del trattato e ad accertare eventuali violazioni.

3. Se si osserva più in particolare il sistema della Carta, il riconoscimento di una competenza interpretativa di carattere esclusivo ed eminente in capo al Comitato europeo si evince chiaramente dal complesso delle disposizioni che disciplinano il meccanismo di controllo.

Si può, ad esempio, considerare che il sistema di controllo disciplinato dalla parte IV della Carta e articolato nella procedura di revisione di rapporti e di decisione di ricorsi collettivi è riconosciuto da parte degli Stati contraenti come avente carattere esclusivo. E, infatti, l’art. 12 del Protocollo addizionale del 1995 ha previsto che l’applicazione degli obblighi al rispetto della Carta sia rimessa esclusivamente (“*solely*”) al meccanismo di supervisione condotto dal Comitato. Il testo dell’art. 12 è il seguente: “...*It is understood that the Charter contains legal obligations of an international character, the application of which is submitted solely to the supervision provided for in Part IV thereof and in the provisions of this Protocol.*”

La lettura sistemica delle disposizioni della Carta e dei suoi protocolli permette di ricavare l’operatività di un insieme di obblighi di carattere procedurale incombenti sugli Stati contraenti, i quali nel loro insieme fondano un generale dovere di leale cooperazione nei confronti del Comitato europeo. Con l’accettazione del sistema di controllo, gli Stati, in particolare, assumono l’obbligo di presentare i rapporti sullo stato di adempimento, di riconoscere il potere del Comitato di accertare violazioni all’esito dell’esame dei rapporti periodici o della decisione di reclami collettivi e di tenere conto delle decisioni di non conformità nella redazione del rapporto sullo stato di adempimento successivo. Così è previsto dall’art. 10 del Protocollo addizionale del 1995, ai sensi del quale: “*The Contracting Party concerned shall (emphasis added) provide information on the measures it has taken to give effect to the Committee of Ministers’ recommendation, in the next report which it submits to the Secretary General under Article 21 of the Charter*”.

Questa disposizione già illustra l’interdipendenza tra le diverse competenze di controllo assegnate al Comitato che, tra l’altro, ha favorito lo sviluppo di orientamenti interpretativi consolidati sulle disposizioni della Carta. A tali orientamenti il Comitato europeo fa normalmente riferimento nelle decisioni successive, secondo una tecnica argomentativa analoga a quella seguita dalla Corte europea⁶.

Lo sviluppo di orientamenti interpretativi consolidati si inserisce peraltro nella più generale tendenza all’armonizzazione delle garanzie procedurali, del metodo e della qualità argomentativa tra Corte europea e Comitato. Si può considerare, ad esempio, l’ampio spazio riconosciuto al contraddittorio nella procedura di decisione dei reclami collettivi, la struttura, la completezza e complessità della motivazione

⁶ V. L. Jimena Quesada, *Interdependence of the Reporting System and Collective Complaint Procedure*, in *European Social Charter and the challenges of the XXI century*, Napoli, 2014, p. 231 ss.

delle decisioni, il ricorso a tecniche interpretative analoghe a quelle impiegate nel sistema della Convenzione europea (come quella del “living instrument”⁷) e la ricchezza di riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea e della Corte di giustizia UE a testimonianza dell’elevato grado di integrazione e complementarità tra le diverse forme di garanzie dei diritti, nonché il notevole livello di effettività delle decisioni di non conformità, nonostante il loro carattere formalmente non vincolante⁸. Questa tendenza alla “giurisdizionalizzazione” della attività decisoria del Comitato europeo indica che, al di là del limite costituito dalla natura dichiarativa della singola decisione finale, esso esercita un ruolo sostanzialmente complementare a quello della Corte europea⁹.

Peraltro, lo sviluppo di orientamenti interpretativi consolidati sui singoli diritti - ossia di una “quasi giurisprudenza” - ha determinato all’interno del sistema di controllo l’estensione dell’obbligo di tenere in considerazione le pronunce del Comitato europeo anche oltre i casi in cui ciascuno Stato contraente sia il diretto destinatario della decisione. Ciò risulta, tra l’altro, dalla circostanza che il rapporto sullo stato di adempimento della Carta non ha forma libera ma è obbligatoriamente basato su un format fornito dal segretariato generale (vedi art. 21 della Carta nella versione “not revised”). Si tratta di un modello di rapporto che è suddiviso nelle varie disposizioni della Carta e per ognuna di esse richiede agli Stati di dare conto anche del rispetto dei principali orientamenti interpretativi generali sviluppati dal Comitato europeo, orientamenti che sono testualmente riportati a margine di ciascuna disposizione della Carta.¹⁰

Questi elementi indicano che le pronunce del Comitato europeo assumono un’importanza centrale ai fini del corretto adempimento degli impegni internazionali complessivamente derivanti dalla partecipazione alla Carta. Sebbene esse non fondino un monopolio interpretativo a favore del Comitato - così come l’art. 32 della Convenzione europea non prevede il monopolio interpretativo della sua Corte - essi nondimeno conferiscono grande autorevolezza ai suoi orientamenti, richiedendo agli Stati di tenerli in considerazione nella attuazione della Carta nell’ordinamento nazionale.

⁷ V. ad esempio, Comitato europeo sui diritti sociali, *International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France*, reclamo n. 14/2003, decisione dell’8 settembre 2004, par. 27: “*The Charter was envisaged as a human rights instrument to complement the European Convention of Human Rights. It is a living instrument dedicated to certain values which inspired it: dignity, autonomy, equality and solidarity. The rights guaranteed are not ends in themselves but they complete the rights enshrined in the European Convention of Human Rights*”.

⁸ Sulla convergenza di principi e metodi di interpretazione tra Corte europea e Comitato europeo v. J.-F. Akandji-Kombé, *The European Social Charter and the European Convention of Human Rights: prospects for the next ten years*, in (O. De Shutter), *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe*, 2010, p. 147 e C. O’Cinneide, *Social Rights and the European Social Charter – New Challenges and Fresh Opportunities*, *ibidem*, p. 176. Sul livello di effettività delle pronunce del Comitato v. in particolare R. Brillat, *The Supervisory Machinery of ESC: Recent Developments and their Impact*, in (G. De Burca, B. De Witte) *Social Rights in Europe*, 2005, p. 34.

⁹ Per riferimenti, si veda C. Panzera, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in (C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, p. 109 ss.

¹⁰ Il modello è reperibile al seguente indirizzo: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804922f8>

Nell'ottica del diritto internazionale, la particolare autorevolezza dell'interpretazione del Comitato europeo, pertanto, non si ricollega soltanto alla circostanza che le sue pronunce costituiscono prassi rilevante, ai sensi dell'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, quale possibile mezzo sussidiario di interpretazione del trattato.¹¹

Come si è cercato di dimostrare, essa discende anche dallo speciale valore che le interpretazioni del Comitato europeo assumono nel sistema proprio della Carta, nell'ambito del quale gli Stati contraenti hanno riconosciuto soltanto (*"solely"*) al Comitato europeo il potere di attribuire alle disposizioni della Carta il significato da tenere in considerazione per il corretto adempimento degli obblighi assunti. In sostanza, l'autorevolezza degli orientamenti interpretativi del Comitato europeo determina per gli Stati parti (dunque per tutti gli organi statali inclusi i giudici nazionali) il dovere di tenerli in considerazione al fine di osservare correttamente gli impegni derivanti dalla partecipazione alla Carta¹².

D'altra parte, nella logica di questo sistema, risulta artificioso distinguere gli obblighi derivanti dalle disposizioni sostanziali che enunciano i singoli diritti sociali dagli obblighi procedurali che fondano il dovere di leale cooperazione con il Comitato, incluso quello di tenere conto dei suoi orientamenti interpretativi nell'adempimento del trattato. Si tratta di obblighi convenzionali di pari valore giuridico che si integrano l'uno all'altro, dando corpo agli impegni internazionali complessivamente derivanti dalla partecipazione alla Carta.

Essi nel loro insieme definiscono il parametro di costituzionalità cui l'art. 117, comma 1, effettua il "rinvio mobile", secondo l'espressione adottata nella sentenza della Corte Costituzionale n. 349 del 2007.¹³

Alcune significative sentenze internazionali e nazionali confermano questa impostazione.

Emblematica è la sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Diallo*, del 2010, nel quale il massimo organo giurisdizionale delle Nazioni Unite ha affermato che: *"when the Court is called upon, as in these proceedings, to apply a regional instrument for the protection of human rights, it must (emphasis added) take due account of the interpretation of that instrument adopted by the independent bodies which have been specifically created, if such has been the case, to monitor the sound application of the treaty in question"*.¹⁴

Analoghe valorizzazioni della "quasi giurisprudenza" degli organi di controllo dei trattati sui diritti umani si rinvengono anche in sentenze di corti supreme

¹¹ Per riferimenti a questo riguardo v. K. Berner, *Subsequent agreements and subsequent practice in domestic courts*, Springer, 2017, p. 201 ss. Su questo punto v. anche l'intervento di L. Crema e L. Borlini, *Il valore delle pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta sociale europea nel diritto internazionale*.

¹² Si vedano inoltre le riflessioni di S. Forlati, *Corte costituzionale e controllo internazionale: quale spazio per la "giurisprudenza" del Comitato europeo dei Diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?* e D. Amoroso, *Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di "prendere in considerazione" le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*.

¹³ V. C. Cost. n. 349/2007, punto 6.2 del "Considerato in diritto".

¹⁴ Corte internazionale di giustizia, *Amhadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 639, para. 67.

nazionali¹⁵ e, anche con specifico riferimento al Comitato europeo, della Corte europea.¹⁶

4. In conclusione, nel sistema della Carta, gli orientamenti interpretativi del Comitato europeo concorrono alla definizione degli obblighi internazionali derivanti dalle disposizioni che enunciano i diritti sociali, tanto che gli Stati sono tenuti a prenderli in considerazione ai fini del corretto adempimento del trattato.

Nel rispetto del principio di coerenza con gli obblighi internazionali derivanti dalla partecipazione alla Carta, le interpretazioni del Comitato europeo dovrebbero pertanto contribuire alla definizione del parametro di costituzionalità rilevante ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Come è stato autorevolmente commentato dal prof. Francesco Salerno, ciò dovrebbe derivare anche dalla giurisprudenza costituzionale e, in particolare, dal ricorso al paradigma del “rinvio mobile”, il quale implica che “nell’ordinamento interno si assuma l’obbligo internazionale nel significato che è proprio di questo nel suo ordinamento di origine”¹⁷. Il ricorso alla tecnica del rinvio mobile vale infatti a porre l’interprete a diretto contatto con la norma internazionale come essa vive ed è interpretata nel suo sistema giuridico di riferimento.

Si tratta di un modello interpretativo che armonizza a pieno i principi dettati dal diritto internazionale con le esigenze specifiche dell’ordinamento costituzionale. Esso risulta inoltre congeniale a valorizzare la specifica portata precettiva dei trattati sui diritti umani perché permette alla Corte Costituzionale di svolgere l’attività di bilanciamento, muovendo dalla ricostruzione “internazionalmente” corretta del parametro di costituzionalità, alla ricerca della soluzione interpretativa che, attraverso la più ampia integrazione delle garanzie di origine sovranazionale e costituzionale, realizzi la massima espansione della tutela dei diritti coinvolti.¹⁸

¹⁵ V. Corte federale dell’Australia, *Minister of Immigration & Multicultural & indigenous Affairs v Al Masri*, 2003, para. 49, <http://www.refworld.org/pdfid/3f57308c2c.pdf> e Corte federale amministrativa tedesca (sentenza 15 dicembre 2010 BVerwG 6 C 9.09, para. 32) richiamata sul punto da Corte costituzionale tedesca, ordinanza dell’8 maggio 2013, 1 BvI 1/08, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/05/1s20130508_1bvl000108en.html

¹⁶ V., ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, Applications. 55480/00 and 59330/00, para. 47, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-61942\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\): “it attaches particular weight to... the interpretation given by the European Committee of Social Rights...”

¹⁷ **F. Salerno**, *La coerenza dell’ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2018.

¹⁸ C. Cost. n. 191/2014, punto 4 del “Considerato in diritto”.

MARIA DEL CARMEN SALCEDO BELTRÁN
Universidad de Valencia

EFECTIVIDAD DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LAS INSTANCIAS JUDICIALES ESPAÑOLAS:

«CONTROL DE CONVENCIONALIDAD» *VERSUS* «CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD»¹

1. *Consideraciones previas*²

La crisis económica y, por derivación, del Estado Social y Democrático de Derecho, ha implicado la adquisición de un protagonismo sin precedentes de la Carta Social Europea como Tratado internacional con el estándar de protección más elevado en materia de derechos sociales.

En España, esta afirmación se presenta de forma irrefutable con la efectividad conseguida en el ámbito judicial a partir de noviembre del año 2013, en concreto en la primera y segunda instancia, en tres materias: la duración del período de prueba de un año de una modalidad contractual (contrato de apoyo a emprendedores), la desvinculación de las pensiones del incremento anual según el índice de precios al consumo y la no consideración como tiempo de descanso de las guardias localizadas. Si bien se progresa y los pronunciamientos siguen adoptándose, no se deben obviar las resistencias y oposiciones manifiestas también existentes, principalmente del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, como consecuencia del desconocimiento, confusión y escasa consideración de la norma aludida.

¹ Versión escrita de la intervención impartida en el Seminario “La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?”, celebrado en la Università degli Studi di Ferrara (Italia), 28 de junio de 2018. Accesible en <http://www.giuri.unife.it/it/post-lauream/dottorato-did-ricerca/convegni/jobactediritti/la-normativa-italiana-sui-licenziamenti-e-la-sua-sospetta-contrarieta-alla-constituzione-e-alla-carta-sociale-europea#null>. El presente estudio forma parte de las actividades grupo de investigación “Derechos Humanos y Carta Social Europea” de la Universitat de València (GIUV2013-148) y del proyecto de investigación “La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del TJUE” (Ministerio de Economía y Competitividad, convocatoria “Retos”, ref. DER2015-66922-R).

² Principales abreviaturas utilizadas: art. (artículo), CE (Constitución Española), CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales), CSE (Carta Social Europea, para la versión revisada se utilizará la misma incluyendo en concreto esa referencia), PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), SJS (Sentencia del Juzgado de lo Social), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), TC (Tribunal Constitucional), TSJ (Tribunal Superior de Justicia, por defecto Sala de lo social), TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), UE (Unión Europea).

El presente estudio se dedica a explicar el estado de la cuestión en el que resulta prioritario dejar clara la legitimidad del reconocimiento de los siguientes aspectos en cuanto a la Carta Social Europea, en suma, su aplicabilidad directa o *self-executing*, la vinculación a las conclusiones y/o decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales y la distinción entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de las normas que efectúan los órganos jurisdiccionales inferiores españoles.

2. Garantía del Estado social en y sobre todo períodos de crisis.

Un gran número de países europeos se declaran en sus Constituciones como Estados sociales y democráticos de derecho. Un primer ejemplo es España, que en el art. 1 textualmente así se describe, precepto que complementa, a lo largo de su redacción, con otros que incluyen referencias al progreso social (art. 40), al compromiso de mantener “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad” (art. 41) o a la “suficiencia económica de la tercera edad” (art. 50).

En términos similares, otros siguen la misma línea y han insertado menciones que sitúan lo «social» en eje fundamental de su existencia y funcionamiento. El interés en que los textos más relevantes las recojan deriva de su asimilación a la idea de «grandeza», a la consecución de relevantes logros históricos e institucionales presididos por la responsabilidad del Estado frente a las necesidades de los ciudadanos³, de manera que nadie quede desamparado de sus necesidades vitales.

Lamentablemente, en la actualidad, esto se circunscribe al plano teórico, no reflejándose en el práctico, presenciando un desmoronamiento de sus fundamentos y de esa magnitud que ha derivado, como advierte Supiot⁴, en una «miseria», en la que los recursos han ido disminuyendo e, incluso, desapareciendo.

Una parte significativa de la población vive por debajo del umbral de pobreza, más desde el inicio de la crisis y las consiguientes medidas de austeridad, que han tenido como objetivo prioritario la reducción y/o supresión de los derechos sociales, caracterizados, con frecuencia, como derechos secundarios frente a los civiles y políticos, no fundamentales⁵, de coste elevado y, en consecuencia, asociados

³ Supiot, A., *Grandeur et misère de l'Etat Social*, Paris, 2013, Fayard, pp. 5 y 6.

⁴ *Ídem*, pp. 8 y 9

⁵ Sobre este punto comparto la crítica de Jimena Quesada, puesto que, “(...) atribuir el carácter de fundamental solamente a los derechos civiles y políticos en función de su nivel de garantías responde a una posición doctrinal sesgada asentada, a su vez, en una opción política restrictiva, tanto a escala nacional (el diseño del recurso de amparo en España como internacional (mecanismo de peticiones individuales en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966), que se han visto superadas (así, la jurisprudencia social del Tribunal Constitucional español, o la más reciente introducción del sistema de denuncias individuales en el marco del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales)”. “La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales”. En AA.VV. (Dir. De la Oliva Santos A. y Calderón Cuadrado, M.P.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*. Aranzadi, 2012, pp. 37 y 38. Propone, además, reformar la Constitución para “dejar clara la

únicamente a épocas de bonanza económica⁶, lejos de cualquier valoración como derechos humanos.

Así lo han constatado y denunciado, de nuevo, la mayoría de las organizaciones internacionales recientemente.

En particular, Naciones Unidas, a través del informe del Experto Independiente sobre *Las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales* (20 de diciembre de 2017)⁷, señala que las políticas de consolidación fiscal han afectado directamente al disfrute de los derechos humanos⁸, unido a que, ni siquiera, han resuelto los problemas por los que se adoptaron. En cambio, han contribuido a prolongar la crisis económica y han supuesto una amenaza para los derechos humanos, mayor que la que planteaba la propia crisis, acrecentando la exclusión social, el número de personas sin hogar o el desempleo de larga duración.

Por lo que se refiere a la Organización Internacional del Trabajo, el Informe *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2018* muestra datos preocupantes actuales y previstos⁹. El número total desempleados a nivel mundial lo sitúa en más de 192 millones, proyectando que aumente para 2019 en 1,3 millones, el de personas en extrema pobreza laboral superará los 114 millones, alrededor del 42% de los trabajadores (esto es, 1.400 millones de personas) se encuentra en modalidades de empleo vulnerable, sin olvidar el no menos relevante envejecimiento de la población, que inevitablemente provocará un aumento del promedio de la edad de quienes integran la población activa, pondrá en jaque la capacidad de los trabajadores para mantenerse al ritmo de las innovaciones y los cambios estructurales en el mercado de trabajo, a la vez que incidirá de forma significativa en la sostenibilidad de los sistemas de protección

indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, incluidos los sociales (...)", en *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Valencia, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 179 y ss.

⁶ Nivard, C., « Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures «anti-crise» grecques». *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF*, 15 noviembre 2012, pp.

1 a 3 (<https://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf>) (última consulta 16/2/2018).

⁷ Bohoslavsky, J.P., "Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. Elaboración de unos principios rectores para evaluar el impacto de las políticas de reforma económica en los derechos humanos", Consejo de Derechos Humanos 37°. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/364/96/PDF/G1736496.pdf?OpenElement> (último acceso 16/2/2018), pp. 8 a 20.

⁸ Si bien varían de un país a otro, determina como las más comunes en particular siete. Véase de forma más amplia el estudio realizado por Ortiz, I., Cummins, M., Capaldo, J. y Karunanethy, k., *The Decade of Adjustment: A Review of Austerity Trends 2010-2020 in 187 Countries*, Geneva: ILO, 2015 (Extension of Social Security Series No. 53), <http://www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=53192> pp. 2 a 70 (última consulta 2/2/18), y Bohoslavsky, J.P., "Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa..." *op. cit.* pp. 6 y 7.

⁹ *World Employment and Social Outlook: Trends 2018* (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_615594.pdf), 22 de enero de 2018 (último acceso 20/3/2018).

social.

Como manifestación más reciente, el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido sus Observaciones finales en la sesión celebrada el 29 de marzo de 2018, a través de las que informa a países como, por ejemplo, México o España la falta de cumplimiento efectivo de las sentencias en las que se ha encontrado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales¹⁰.

En cuanto al Consejo de Europa, en concreto y subrayo la referencia, el Comité Europeo de Derechos Sociales, así lo lleva advirtiendo desde hace tiempo¹¹, la última en las Conclusiones XXI-2 (2017), publicadas el 24 de enero de 2018, en las que ha apercibido a los Estados que el nivel de pobreza en gran parte de ellos es muy elevado y que, además, las medidas que han podido adoptar al respecto son insuficientes¹².

Considerado el “guardián europeo del modelo del Estado social”¹³, se ocupa de la verificación del cumplimiento y respeto de la Carta Social Europea, la *Constitución Social de Europa*¹⁴, que así es como hay que referirse al Tratado más importante e insisto «eficaz» existente en el presente de defensa de los derechos sociales, caracterización que resulta, entre otros, de su efecto directo en el ámbito jurisdiccional, no sólo en España sino también en otros países, se realizará, para ello, una breve referencia al final de la importante sentencia que se ha pronunciado

10

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1197&Lang=en
(último acceso 15/4/18)

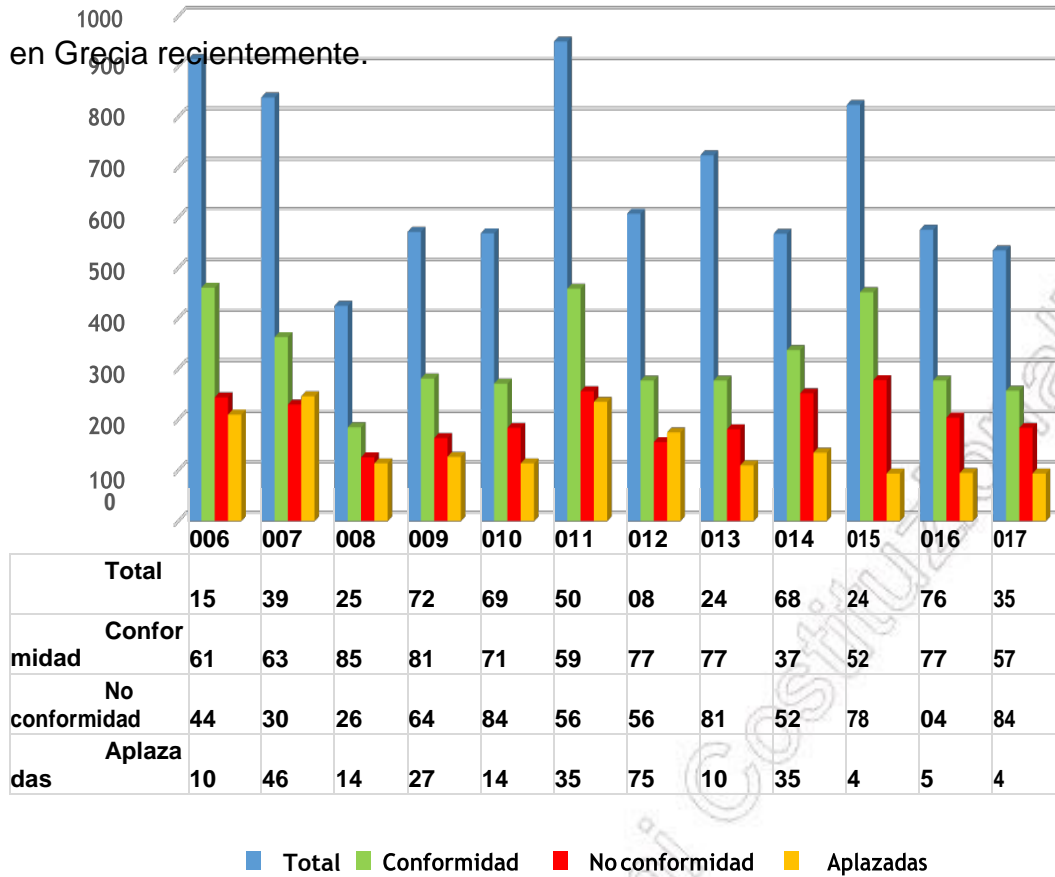
¹¹ Véase, entre otras, la Introducción general a las Conclusiones XIX-2 (2009) sobre *La aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global*. En el momento en que se emitió no adquirió la relevancia que se deriva de su redacción, debido probablemente a su inclusión en un apartado introductorio. Fue, con posterioridad, tras su incorporación a la fundamentación jurídica de las decisiones de fondo que aparecen en el texto de este análisis, donde alcanzó carta de naturaleza, directriz que ha continuado en todas las emitidas con posterioridad que han enjuiciado medidas anticrisis.

¹² Elaboradas en el marco del procedimiento de control de informes correspondiente al grupo temático II, salud, seguridad social y protección social (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30 –los arts. 20, 21, 22 y 23 de la versión revisada de la CSE se corresponde con los arts. 1 a 4 del Protocolo adicional de 1988). En general, de los 33 países examinados, se constataron 175 incumplimientos de 486 situaciones (228 de conformidad y 83 fueron pospuestas a falta de que se suministre más información para poder realizar la valoración correctamente). Por lo que se refiere a España, se han emitido en total 17 conclusiones, 9 de conformidad, 6 de no conformidad y 2 se difieren. Véase en este sentido <https://rm.coe.int/press-briefing-highlights-conclusions-2017/168077fee0y> [http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{"ESCDDateDec":\["2017-08-02T00:00:00.0Z"\],"2018-02-02T00:00:00.0Z"}\]](http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{), "ESCDcLanguage":["FRE"],"ESCDcType":["Conclusion","Op"]] (última consulta 2/2/2018) y el análisis de Jimena Quesada, L., “Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2017”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, nº 30, <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/442/429> (último acceso 12/4/18), pp. 1 a 41.

¹³ Stangos, P., « La Charte Sociale Européenne et le Comité Européen des Droits Sociaux », Conferencia impartida en *Les rencontres d'automne AFDT sur Les périmètres de l'Europe Sociale*, 8-9 septembre 2017. Université de Strasbourg, p. 5, extraído de <https://rm.coe.int/intervention-petros-stangos-cedh-8-9-09-2017/1680743837> (última consulta 16/2/2018).

¹⁴ Esta referencia se convirtió en el núcleo del *Proceso de Turín*, lanzado por el Secretario General del Consejo de Europa en la Conferencia de Alto nivel que tuvo lugar en esa ciudad el 17 y 18 de octubre de 2014. En *Rapport général de la Conférence à haut-niveau sur la Charte sociale européenne, L'Europe repart à Turin*, <https://rm.coe.int/168048acf9> (última consulta 4/2/2018), pp. 43 y 168.

Conclusiones CEDS



La preocupante realidad generalizada apuntada, observada y soportada por los ciudadanos, ha derivado en reacciones de muy distinto signo que no deben ser ignoradas ni mucho menos infravaloradas. En virtud de ello, la conexión entre la pérdida del Estado de bienestar y las indicaciones de la UE a los países ha supuesto que se origine, y desarrolle de forma progresiva, un rechazo hacia ésta que acusa una problemática situación de déficit y deslegitimación¹⁵, evidenciada en

¹⁵ Grimm, D., «Redonner à l'Union européenne une base politique légitime. Quand le juge dissout l'électeur». *Le Monde Diplomatique*, Julio 2017,

situaciones como el *Brexit* o los preocupantes avances en las elecciones de algunos partidos políticos euroescépticos, antisistema, defensores del cierre de las fronteras o de la expulsión de inmigrantes. Así se observa, por ejemplo, en Francia, que, en las últimas celebradas el 7 de mayo de 2017, accedieron incluso a la segunda vuelta –en las europeas del año 2014 el *Front National* había pasado a ser la primera fuerza–, en Alemania, en las del 24 de septiembre de 2017, que irrumpió en el *Bundestag* como tercera fuerza parlamentaria un grupo ultraderechista, o en Italia el 4 de marzo de 2018, en las que los resultados los han situado como los partidos más votados.

Teniendo presentes las declaraciones y compromisos mencionados que los Estados insertan en sus Constituciones, deberían estar actuando para hacer frente a estos problemas y materializar en el plano práctico y real las referencias aludidas.

Desafortunadamente, la dirección es justo la opuesta contemplando situaciones difícilmente explicables en el siglo XXI y respecto de países que “presumen” de progreso y defensa de los derechos humanos como criterio de actuación, pudiendo equipararla más bien a la de una empresa¹⁶.

Si bien hace años la atención a la normativa internacional podría no resultar tan relevante, fruto de que los estándares nacionales eran normalmente más elevados, y ésta era un mínimo equiparable o superado fácilmente, su descenso ha supuesto la adquisición de protagonismo, prioritariamente de la CSE como “*bastión*” de defensa de los derechos sociales¹⁷, y, en consecuencia, del Estado social.

Se progresa en este sentido, aunque son más que evidentes las «*resistencias*» que se encuentran por parte de los poderes públicos, principalmente en el nivel legislativo y ejecutivo, menos en el judicial, que es dónde se puede apreciar mejor y en el que hay que seguir trabajando a través de la difusión de este marco normativo, muy poco conocido.

A pesar de los impedimentos, la configuración del sistema de fuentes y su articulación es la que legitima la reivindicación y recuperación de los derechos, con lo que se ha configurado en un elemento fundamental en sede jurisdiccional, prioritariamente la primera y la segunda, que es donde más se está prosperando.

La protección multinivel y los distintos estándares que cada convenio

<https://search.proquest.com/docview/1914002014?accountid=14777>, pp. 1 a 5. Señala el autor que uno de los principales responsables de esta situación es el TJUE al elaborar una jurisprudencia “(...) fuera de todo control (...)”, declarando la aplicabilidad directa de los tratados y la primacía de estos sobre todas las normas, incluidas en las Constituciones, en suma, “la constitucionalización de los Tratados”, y, con ello, la consecuencia, es “(...) un estado de la integración europea que nunca ha recibido el consentimiento de los ciudadanos y que estos no pueden cambiar aunque la rechacen”. Véase de forma más amplia “The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case”, *European Law Journal*, 2015, nº 4, pp. 471 a 473, en la que se apuntan las correcciones para hacer frente a este problema

¹⁶ Supiot, A., “De la citoyenneté économique », en *Esprit*, 2018, nº 3, <https://www.cairn.info/revue-esprit2018-3-p-52.htm>, (último acceso 12/4/18), pp. 52 y ss. Explica que la crisis griega es un claro ejemplo de cómo la asimilación “Estado-empresa” deriva en ruina de la democracia y que el fomento de la desregulación que los Estados han materializado con las reformas laborales adoptadas, permite eludir precisamente “los diques” que se han ido construyendo para contener el poder económico.

¹⁷ Jimena Quesada, L., “El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, nº 29. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5607>, pp. 1 a 19, último acceso 1/4/2018.

internacional determina, en el propio texto o en la interpretación auténtica y vinculante que realiza el órgano que lo fiscaliza, es la vía a utilizar como materialización de la interpretación más favorable¹⁸, y por consiguiente, el restablecimiento del derecho con la correspondiente imputación de responsabilidad al Estado frente a la consciente violación e inactividad.

Se está a tiempo de salvar y “blindar”¹⁹ el Estado Social, pilar básico de una sociedad fundamentada en valores necesarios para la humanidad. Hay que hacer frente y superar la crisis del derecho, de la democracia, del Estado y de las instituciones²⁰, acentuada desde el año 2008 y para ello, uno de los parámetros a seguir, y no el único, es de la efectividad de los derechos sociales²¹.

La protección jurídica internacional es fundamental para su (re)conquista, y dentro de ella, los estándares que fija la CSE, pilar fundamental de las políticas sociales de Europa, que se mantiene fiel a sus valores frente a las fuertes presiones de otras organizaciones más poderosas económicamente –UE- y de los Estados.

3. España y la Carta Social Europea: compromisos asumidos y retos pendientes.

La CSE se adoptó en Turín el 18 de octubre de 1961 para, según su Preámbulo, garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social, mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de la población, rurales o urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas en los países que forman parte del Consejo de Europa.

La aprobación separada respecto del CEDH, así como el establecimiento de un procedimiento de vigilancia de su cumplimiento diferente, se explica en que se observa como una “(...) fuente de gastos adicionales que (...) han de soportar el Estado o los empresarios, [traduciéndose] esa carga, [exponiéndose] (...) al riesgo de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar, lo que en definitiva acarrea una

¹⁸ Monereo Pérez, J.L., “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, nº 45, pp. 41 y 42

¹⁹ Jimena Quesada, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social...* op. cit. pp.178 y ss.

²⁰ Supiot, A., “Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008 », *Revue internationale du Travail*, 2010, nº 2, vol. 149, p. 165. Apunta el autor que la utopía del mercado sin límites es la que ha llevado a que estalle la crisis económica, invitando a que se restaure “le rule of law”, el imperio de la ley, frente al mercado de la ley “law shopping”. Como recuerda constantemente, se ha de recuperar “el espíritu de la Declaración de Filadelfia de 1948”, que determina que el trabajo no es una mercancía, sustituyendo la competición de los Estados “(...) por una colaboración que tenga como objetivo la realización de un interés general que trascienda de los intereses particulares (...) poner la fuerza al servicio del derecho e instituir los principios comunes de cualquier ordenamiento jurídico”. En *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010, Seuil, pp. 20 y 21.

²¹ Jimena Quesada, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social...* op. cit. pp. 108 y s.

concertación internacional en un mundo cada vez más globalizado (...)”²².

En la actualidad ese temor se ha de tener por superado dado que un total de 43 países han ratificado la CSE, originaria y/o revisada, entre los que se incluyen los 28 de la UE, debiendo garantizar un mínimo de preceptos, no existiendo, al menos teóricamente, diferencias muy notables.

Estructura en cinco partes, la primera recoge los «objetivos» que asumen las Partes contratantes a la hora de elaborar su política y enumera 19 puntos. Literalmente dispone que “Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes (...)”.

La Parte II establece, como «compromisos» de las Partes contratantes, a considerarse “vinculadas por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (...)”, reiterando a continuación todos los puntos anteriores, completando su contenido con subapartados. Específicamente en ellos se contempla el compromiso de garantizar el efectivo derecho al trabajo (art. 1), unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), una remuneración equitativa (art. 4), promover la libertad sindical de los trabajadores y empleadores (art. 5), la negociación colectiva (art. 6), la protección de niños y adolescentes (art. 7), la protección de las trabajadoras (art. 8), la orientación y formación profesional (arts. 9 y 10), la protección de la salud (art. 11), la seguridad social (art. 12), la asistencia social y médica (art. 13), los beneficios de los servicios sociales (art. 14), la formación profesional y readaptación profesional y social de las personas física o mentalmente disminuidas (art. 15), la protección social, jurídica y económica de la familia, las madres y niños (arts. 16 y 17), el ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio (art. 18) y, finalmente, la protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19).

En suma, dos partes diferenciadas en su ubicación en el texto y, lo más importante, en cuanto a su vinculación que, a mi juicio, se deduce fácilmente de las palabras que he entrecomillado en las que es incuestionable la diferente redacción y efectos, programáticos la primera, obligatorios y vinculantes los de la segunda.

España ratificó en su totalidad esta CSE originaria por Instrumento de 29 de abril de 1980 (BOE de 26 de junio de 1980)²³, estando, en consecuencia, vinculada por las garantías y derechos reconocidos y las interpretaciones que realice el CEDS, que ha de calificarse como jurisprudencia.

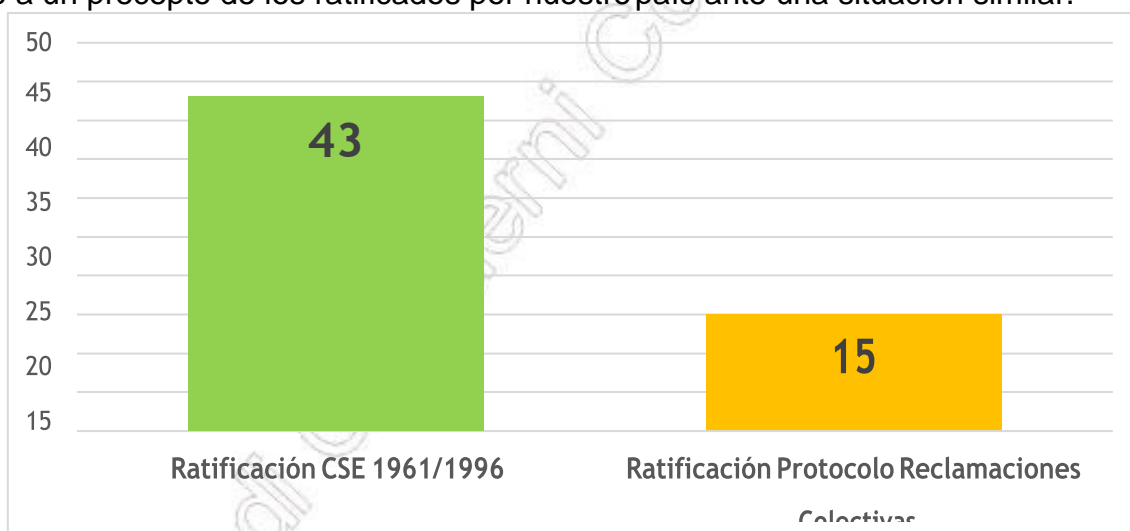
La necesidad de adaptarse a la evolución y cambios de la realidad social, dio lugar a que, tras unos años, fuera ampliada y/o enmendada con la aprobación de tres Protocolos. El primero, de 5 de mayo de 1988 (Adicional), añadió cuatro derechos que mejoraron la protección de los trabajadores. Fue firmado por España el 5 de mayo de 1998 y ratificado, en los mismos términos que la anterior, el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril).

²² Jimena Quesada, L.: La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, Valencia, 2007, Tirant lo Blanch, p. 19.

²³ Un estudio completo en García González, G., “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018, nº 135 (en prensa), pp. 1 a 34

El segundo, de 21 de octubre de 1991 (Enmienda), modifica algunos artículos con objeto de mejorar “(...) la eficacia de la Carta y, en particular, el funcionamiento de su mecanismo de control”. *Se trata de una norma que presenta la peculiaridad de que aún no ha entrado en vigor puesto que requiere “(...) que todas las Partes Contratantes de la Carta hayan expresado su consentimiento a quedar vinculadas (...)”* (art. 7), estando en estos momentos ratificado sólo por 23 países. El Comité de Ministros en la 467ª Reunión de 2-6 de diciembre de 1991 adoptó la Decisión de que en la práctica se aplicara, con la excepción del sistema de designación de los componentes del CEDS. Al igual que el precedente, fue firmado por España el 21 de octubre de 1991 y ratificado el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril).

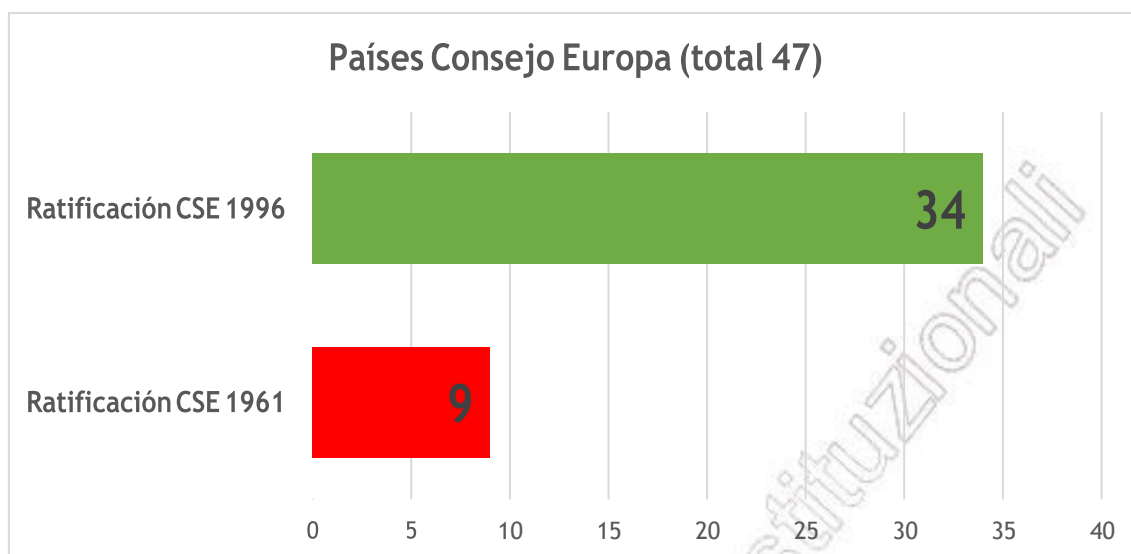
Finalmente, el importantísimo tercer y último Protocolo, de 9 de noviembre de 1995, estableció un sistema de reclamaciones colectivas y avanzar en “(...) la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados”, reforzando “(...) la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales”. España no ha firmado ni ratificado este Protocolo. Este aspecto afecta a la legitimación activa, es decir, las organizaciones y agentes sociales no pueden presentar una reclamación, pero no a sus efectos, es decir, una decisión de fondo emitida respecto de otro país puede ser invocada si se ha pronunciado en cuanto a un precepto de los ratificados por nuestro país ante una situación similar.



El panorama que se ha descrito precisaba que se ordenara y por ello se aprobó el 3 de mayo de 1996 la CSE revisada, que incluye un total de 31 derechos (19 de la versión originaria, 4 del primer protocolo de 1988 y 8 nuevos). Específicamente estos son el derecho a la protección en caso de despido (art. 24), el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (art. 25), el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26), el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 27), el derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28), el derecho de información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29), el derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y el derecho a la vivienda (art. 31).

España firmó la CSE revisada el 23 de octubre de 2000 pero está pendiente su ratificación, siendo muy criticable ya que sitúa a nuestro país fuera de la mayoría en

cuanto a los derechos sociales.



Las peticiones en este sentido son cada más frecuentes, las más reciente el 23 de noviembre de 2017 con la aprobación por unanimidad de la iniciativa no legislativa que insta al Gobierno de esos momentos a ratificar la CSE revisada y el Protocolo de Reclamaciones colectivas²⁴.

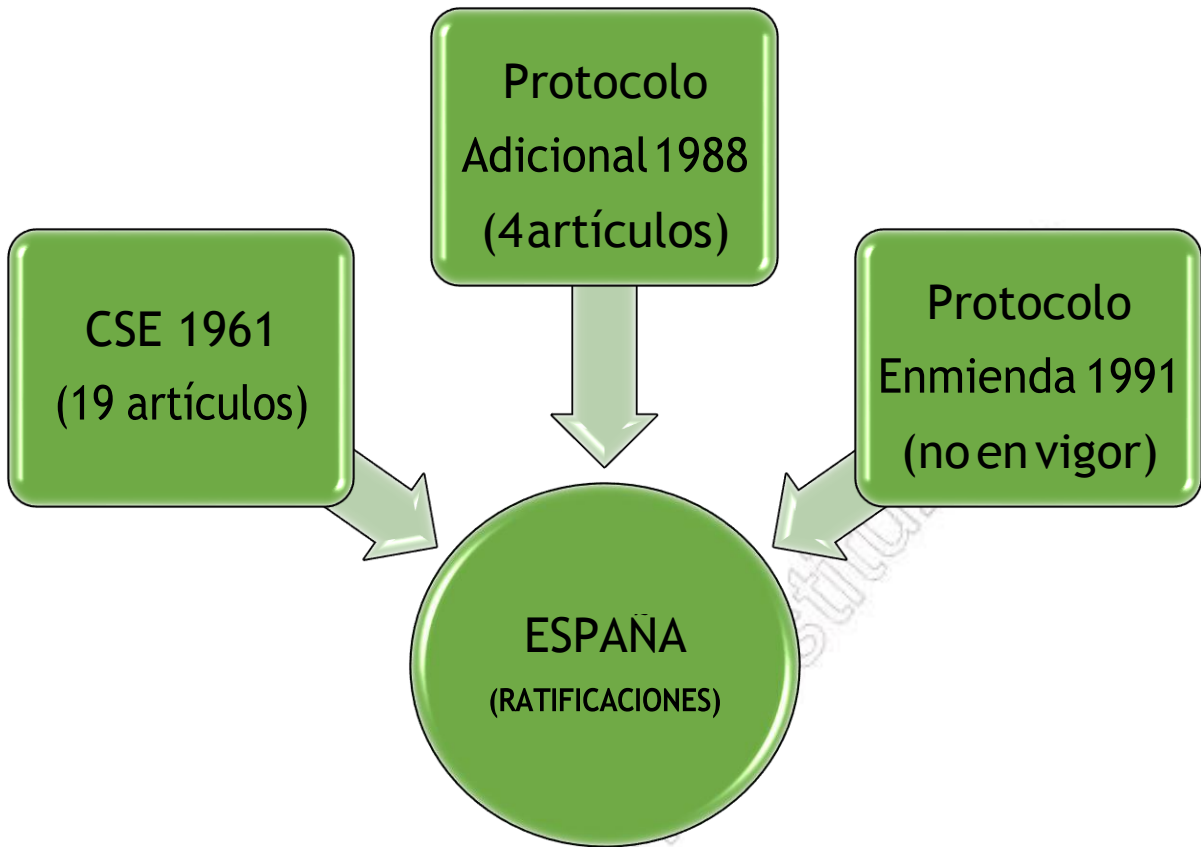
Las resistencias a ello parece ser que no vienen por el Tratado en sí mismo sino por el organismo que vigila el cumplimiento, el CEDS y así se puede constatar en las respuestas dadas al *Cuestionario relativo a las buenas prácticas sobre la aplicación de los derechos sociales a nivel nacional*, realizada por el grupo de redacción sobre los derechos sociales (CDDH-SOC)²⁵, publicado el 12 de diciembre de 2017, el que indica que el país cumple el Tratado y que las objeciones se derivan de las interpretación que realiza el CEDS, "(...) que va más allá del texto de la Carta y la de la interpretación anexa a la misma, incrementando las obligaciones y creando inseguridad jurídica para los Estados que lo han ratificado".

Situación actual.

²⁴

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?_piref73_7706063_73_1337373_1337373.next_page=/wc/detalleNotaSalaPrensa&idNotaSalaPrensa=26409&anyo=2017&mes=11&pagina=1&mostrarvolver=S&movil=null (última consulta 3/2/2018).

²⁵ <https://rm.coe.int/reponses-au-questionnaire-relatif-aux-bonnes-pratiques-sur-la-mise-en-16807762ac> (último acceso 9/4/18)



Retos pendientes.



4. *Complementariedad de los diferentes niveles de protección de la norma interna y del tratado internacional: «control de convencionalidad» y «control de constitucionalidad»*

Los responsables gubernamentales reciben directamente las correspondientes condenas por medio de las conclusiones (procedimiento de informes) y de las decisiones de fondo (procedimiento de reclamaciones colectivas), que suelen reaccionar de diferente forma. En ocasiones se suprime o modifica la norma o práctica no acorde con la CSE, en otras optan por la pasividad, llegando incluso a mostrar resistencias, patente oposición, críticas y cuestionamiento del CEDS.

Ante esta situación, las instancias jurisdiccionales españolas se han erigido en los genuinos garantes de la justicia social²⁶ a través del control de convencionalidad que se constituye en el fundamento para su restablecimiento, definido como como “la posibilidad de que un órgano de la jurisdicción ordinaria no aplique una ley interna en vigor, no declarada inconstitucional, por contradecir un tratado internacional (o la interpretación de dicho tratado efectuada por la instancia máxima de control establecida en él) integrado en el ordenamiento jurídico interno”²⁷.

Se trata de una vía que habitualmente no goza de reconocimiento y, con ello, de aplicabilidad general, más cuando el Tratado es la CSE y más aún cuando el Tribunal constitucional se ha pronunciado de forma positiva en cuanto al precepto o norma sobre el que debe materializarlo, imaginando que, de hacerlo, entran en conflicto con éste. De nuevo, está presente el desconocimiento de las normas y de su estructuración, en suma, se trata de aplicar un principio tan básico como el de jerarquía normativa.

A pesar de ello, los progresos son más que notables, no sólo en nuestro país, sino también en el resto, demostrando que, no sólo es factible, sino que, además, es la obligada y correcta articulación y aplicación de las fuentes del derecho.

²⁶ Roman, D., « Le juge et la justice sociale », *Délibérée*, 2017, n° 2, pp. 7 y 8, <https://www.cairn.info/revue-deliberee-2017-2-p-6.htm>.

²⁷ En Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Navarra, 2013, Aranzadi, pp. 24 y 25.

Control de convencionalidad España

Art. 96.1 y 10.2 Constitución

Ley 25/2014, 27 de noviembre de
tratados y otros acuerdos
internacionales (arts. 28 a 31)

1. Constitución Española 1978.

Art. 10.2

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 96

1. *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

2. Ley 25/2014, de Tratados y otros acuerdos internacionales.

Artículo 28 Eficacia

1. *Las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional.*

2. *Los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor.*

Artículo 29 Observancia

Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados.

Artículo 30 Ejecución

1. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.

2. El Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley que se requieran para la ejecución de un tratado internacional.

3. El Gobierno, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla adoptarán las medidas necesarias para la ejecución de los tratados internacionales en los que España sea parte en lo que afecte a materias de sus respectivas competencias.

Artículo 31 Prevalencia de los tratados

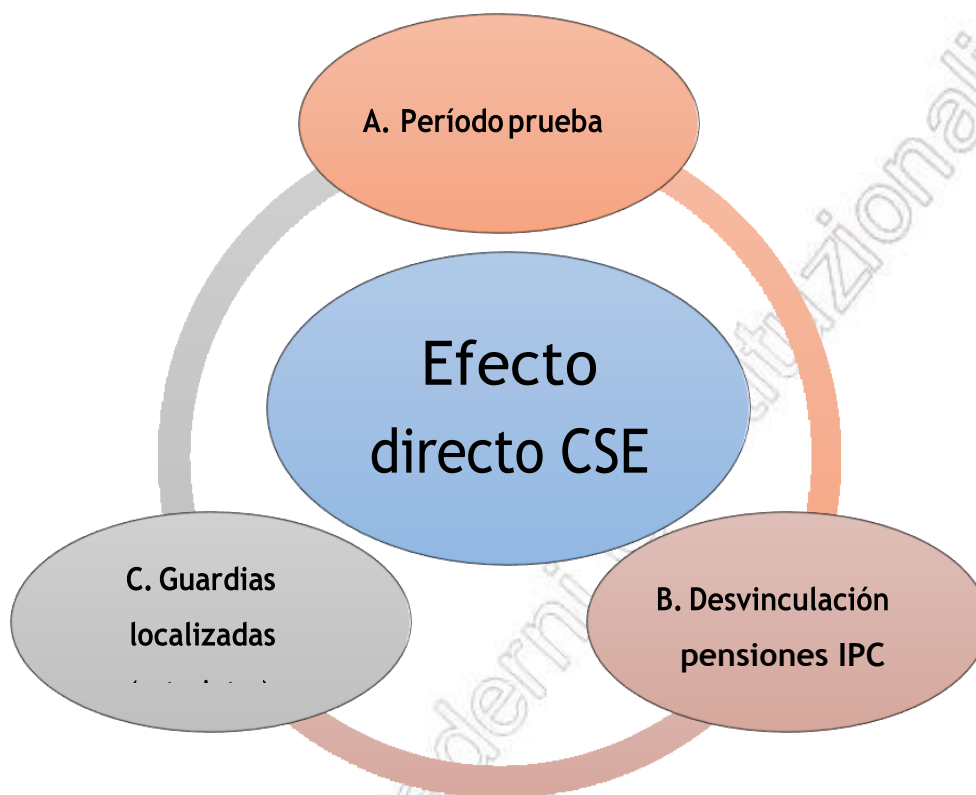
Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

En el año 2013 se emitió la primera sentencia del orden jurisdiccional social que resolvió una demanda favorable (Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 9 de noviembre de 2013) con fundamento en un precepto del Tratado (art. 4.4), la jurisprudencia emitida en torno a la delimitación de su contenido por el CEDS (decisión de fondo CEDS 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011, Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY)) y el control de convencionalidad que legitima el art.

96.1 de la CE, específicamente por lo que se refiere a la duración de un año del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores.

Lejos de estar ante un pronunciamiento aislado, le siguieron otras sentencias a lo largo de los años 2014 y 2015, no sólo en asuntos que abordaron el mismo conflicto (entre otras, SJS nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014, SJS de Mataró de 29 de abril de 2014, SJS nº 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014, SJS nº 9 de Gran Canaria de 31 de marzo de 2015, SJS nº 2 de Fuerteventura de 31 de marzo de 2015, SSJS nº 1 de Las Palmas de 11 de mayo y 3 de junio de 2015), sino también en otros, en concreto, la desvinculación de la revalorización pensiones atendiendo al índice de precios al consumo (SJS nº 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015, nº 12 de 4 de septiembre de 2015 o nº 3 de La Coruña de 23 de noviembre de 2015) -violación del art. 12.3 de la CSE-, y, la caracterización de las guardias localizadas como tiempo de trabajo (SJS nº 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015) –incumplimiento del art. 2.1 de la CSE-.

4.1 Estado de la cuestión. Efecto directo CSE



A. Periodo de prueba contrato apoyo emprendedores (1 año).

Art. 4.4 CSE, decisión de fondo CEDS 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011, Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP- DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY) contra Grecia) y Conclusiones CEDS XX-3 (2014)

-Primera instancia

Sentencia Juzgado nº 2 Barcelona 19 noviembre 2013

Sentencia Juzgado nº 1 Tarragona 2 abril 2014

Sentencia Juzgado nº 1 Mataró 29 abril 2014

Sentencia Juzgado nº 3 Barcelona 5 noviembre 2014

Sentencia Juzgado nº 19 Barcelona 11 noviembre 2014

Sentencia Juzgado nº 1 Toledo de 27 noviembre 2014

Sentencia Juzgado nº 9 Gran Canaria 31 marzo 2015

Sentencia Juzgado nº 2 Fuerteventura 31 marzo 2015

Sentencia Juzgado nº 1 Toledo 9 marzo 2015

Sentencia Juzgado nº 1 Las Palmas 11 mayo 2015

Sentencia Juzgado nº 1 Las Palmas 3 junio 2015

Sentencia Juzgado nº 26 Barcelona 18 marzo 2018

-Segunda instancia

STSJ Las Palmas de Gran Canaria 28 enero 2016, Rec. 581/2015 STSJ Las Palmas de Gran Canaria 30 marzo 2016, Rec. 989/2015 STSJ Las Palmas de Gran Canaria 18 abril 2016, Rec. 110/2016

STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 septiembre 2016, Rec. 1527/2016 STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 diciembre 2016, Rec. 2099/2016 STSJ Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 1 enero 2017, Rec. 1300/2016

B) Desvinculación pensiones IPC

Art. 12.3 CSE, decisiones de fondo del CEDS 7 de diciembre de 2012 (Reclamaciones nº 76 a 82)

-Primera instancia

Sentencia Juzgado nº 31 Barcelona 8 junio 2015

Sentencia Juzgado nº 12 Barcelona 4 septiembre 2015

Sentencia Juzgado nº 12 Barcelona 7 septiembre 2015

Sentencia Juzgado nº 12 Barcelona 5 noviembre 2015

Sentencia Juzgado nº 3 La Coruña 23 noviembre 2015

-Segunda instancia

STSJ de Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2016, Rec. 361/2016

C) Guardias localizadas (*astreintes*).

Art. 2.1. CSE, decisiones de fondo CEDS 8 de diciembre de 2004 (Reclamaciones nº 16 y 22/2003) y de 23 de junio de 2010 (Reclamación nº 55/2009) y Conclusiones CEDS XX-3 (2014)

Primera instancia

Sentencia Juzgado nº 3 Barcelona 27 octubre 2015

Me permito destacar y subrayar esta última como modelo de impecable y adecuado entendimiento de la materia, siendo lamentable la prácticamente nula repercusión que, como ya se ha criticado anteriormente, se sitúa en la habitual escasa atención a este Tratado y los pronunciamientos de su organismo de control.

En ella se efectúa, con base en la Carta Magna, una apropiada articulación de las fuentes del derecho internacional, supranacional e internas, arbitrando una complementariedad y absoluta compatibilidad entre las mismas como consecuencia de la aplicación del estándar de protección más favorable, es decir, resuelve de forma "*pacífica*" la existencia de valoraciones dispares por parte de los organismos internacionales, huyendo de posibles antagonismos.

El supuesto de hecho se entra en las desavenencias respecto a la calificación del tiempo de disponibilidad de unos trabajadores de un servicio de instalación, mantenimiento y reparación de aire acondicionado, tras la implantación por la empresa de un servicio de asistencia técnica durante los fines de semana –

por causas organizativas y técnicas- con el teléfono móvil para atender las consultas de los clientes y, de ser necesario, trasladarse al local se hace referencia. La empresa, junto al comunicado, determina la remuneración a percibir por cada fin de semana, que los trabajadores no aceptan solicitando el triple por la “imposibilidad de conciliar la vida laboral y personal”.

El órgano, a la hora de emitir la resolución, procede, en primer lugar, a tener en cuenta la normativa nacional reguladora, que no define cómo ha de ser considerado, si bien a nivel jurisprudencial se determinó que “(...) la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias” (STS de 29 de noviembre de 1994, La Ley 10308/1995).

A continuación, en segundo lugar, el análisis se dirige al ámbito de la UE, centrándose en la Directiva 2003/88 vigente en estos momentos, complementada por las interpretaciones del TJUE²⁸, concluyendo que desde esta perspectiva “el concepto e tiempo de trabajo no incluye el período de guardia o disponibilidad, cuando este período no implica estar físicamente en el lugar de trabajo”.

En tercer y último lugar, se remite a la CSE, a la jurisprudencia del CEDS sobre esa materia, y a las Conclusiones del CEDS XX-3, dirigidas contra España, en las que comunicó que “considerar como tiempo de descanso el período de disponibilidad en el cual no se tiene que desarrollar ninguna actividad pero que el trabajador está a disposición de la empresa, es una violación del art. 2.1 de la CSE y, por tanto, se infringe el derecho a una duración razonable del trabajo”.

Ante esta triple regulación, se advierte que “la legislación española y la interpretación realizada por los tribunales de la legislación comunitaria, no se ajusta a la interpretación que se realiza desde el Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”. Con esta situación, teniendo el juez que determinar la normativa aplicable, se procede a referenciar el art. 96.1 de la CE, complementado por los arts. 29 (“Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”), 30 (“Los tratados internacionales serán de aplicación directa (...)”) y el art. 31 (“Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, con el objetivo de avanzar y dejar clara la plena aplicabilidad de la CSE “*como derecho interno*”, y del organismo que tiene atribuidas funciones cuasi- jurisdiccionales que, en todo caso, fija “*la interpretación auténtica*”.

Completa la aseveración, recordando, además, la inexistencia de presunción

²⁸ STJUE de 3 de octubre de 2000 (C-303/98), 9 de septiembre de 2003 (C-151/02) y 1 de diciembre de 2015 (C-14/2004). Considero que la sentencia de 21 de febrero de 2018 (C- 518/15) se puede encuadrar en la línea general pues, si bien resuelve de forma diferente, se justifica por las particulares circunstancias del supuesto de hecho.

de conformidad del derecho de la UE con del Consejo de Europa, y que normas como las directivas son “mínimos de homogeneización de las legislaciones de los diferentes Estados, sin que se pueda considerar que cualquier regulación que objetivamente mejora las condiciones establecidas en las directivas vaya en contra de esta normativa comunitaria”.

Por lo tanto, se insiste en la imposibilidad de “(...) *apreciar (...) colisión entre la CSE y el derecho de la Unión Europea*”, porque la directiva es un mínimo, tal y como dispone el propio art. 1 de la misma y es la existencia de regulación diferente la que comporta que también las interpretaciones lo sean, que han de ser consideradas complementarias y no contradictorias, debiendo aplicar “*la que garantiza la mejor eficacia del derecho reconocido*”, como el TC ha aceptado en cuanto a las resoluciones de otro organismo, que, si bien, no es ninguno de los referenciados –Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas-, la interpretación puede trasladarse de forma que sus dictámenes, aunque, no son resoluciones judiciales ni tienen fuerza ejecutoria directa, ello “(...) no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, (...), las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)”.

Finaliza la sentencia con un texto contundente, de forma que “(...) *si la Carta Social Europea es derecho interno y es obligatorio aplicarla, y además los informes emitidos por el Comité Europeo de Derechos Sociales, tienen el carácter de interpretación auténtica de la Carta, la única conclusión posible al caso (...) es que los períodos de disponibilidad no presenciales no pueden ser considerados como períodos de descanso (...)*” puesto que el trabajador no tiene la garantía absoluta de que, en el transcurso del mismo, no hay ninguna interferencia empresarial, no existiendo, un pleno derecho al descanso. En conclusión, calificarlo como tiempo de descanso “*no encaja en la normativa interna*” recordando que “*la Carta Social Europea es norma interna, a pesar que la normativa comunitaria sobre el tiempo de trabajo lo pueda calificar como tiempo de trabajo*”.

Aunque algunos de los pronunciamientos de primera instancia referenciados anteriormente han sido revocados por la siguiente, más remisa al reconocimiento del efecto “*self-executing*” de los Tratados y, mucho más, de la CSE, durante el año 2016 y principios del 2017 algunos Tribunales Superiores de Justicia han continuado la interpretación, fallando de forma categórica en cuanto a la vinculación al Tratado y su efecto directo, así como a la consideración como “*jurisprudencia*” de los pronunciamientos del CEDS. Es el caso de los del TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 28 de enero de 2016 (Rec. 581/2015), 30 de marzo de 2016 (Rec. 989/201), Castilla y León (Valladolid) de 19 de diciembre de 2016 (Rec. 2099/2016) o las más reciente, de nuevo el TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), de 31 de enero de 2017 (Rec. 1300/2016), que literalmente resuelven de la CSE, que en nuestro derecho interno, en virtud del art. 96 de la CE, no se puede

impedir su “*la aplicación interna y directa*”, pues “*es derecho interno, y las disposiciones self-executing contenidas en la misma son inmediatamente aplicables a sus destinatarios y vinculan a los órganos judiciales y administrativos del Estado, del mismo modo que las demás normas jurídicas de producción interna*”.

Sobre la más cuestionada vinculación a los pronunciamientos del CEDS y su valor, disponen que “*(...) constituyen jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales*”, siendo de plena aplicación “*en la medida en que interpretan y delimitan el sentido de las reglas y preceptos que se contienen en la Carta, y que son en definitiva la interpretación auténtica del Tratado*”, lo que obliga “*a analizar a la luz de las normas y Tratados citados la legalidad [del asunto controvertido que se ha sometido]*”.

No imposibilita el reconocimiento de la aplicabilidad de la norma internacional que el fallo, en algunas ocasiones, no haya sido favorable para el/la demandante, que se produce, en unos casos, porque se ha apreciado que el supuesto de hecho no era el mismo que del CEDS –no se alcanza la conclusión de que la falta de actualización de las pensiones determine que el nivel de protección social es insatisfactorio o de que se incumple la obligación del Estado de esforzarse por elevar el nivel del sistema de Seguridad Social (art. 12.3 de la CSE)-, y, en otros, porque que la solución ha de ser, no la nulidad del período de prueba, con la consiguiente improcedencia de la resolución contractual producida, sino la fijación de la indemnización correspondiente a la ausencia de preaviso razonable.

Esta permeabilidad a la CSE en la primera y segunda instancia judicial, no está siendo, de momento, acompañada por las resoluciones del Tribunal Supremo que, con su “*desfasada noción de jurisprudencia*”²⁹, inadmite los recursos de casación en unificación de doctrina de dos de las materias aludidas (Autos de 4 de noviembre de 2015, 30 de noviembre de 2016 o 20 de abril de 2017) en los que determina la «*falta de idoneidad*» de las decisiones de fondo y las conclusiones del CEDS a los efectos de los requisitos exigidos por el art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*. En todo caso, ni éstas ni las del Tribunal Constitucional, previas y posteriores a las señaladas con anterioridad, resolviendo la «*constitucionalidad*» de la normativa que ha originado las controversias (entre otras, las SSTC 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio (Rec. 5603/2012, 5610/2012 y cuestión de inconstitucionalidad 140/2015), impiden que prosiga la ejemplarizante doctrina judicial que opta por emplear el principio de «*favor libertatis*» y el control de convencionalidad³⁰.

En todo caso, esa oposición a la CSE, y, todo sea dicho también los

²⁹ Como señala de forma crítica Jimena Quesada, con esta interpretación el TS rememora “la obsoleta aproximación a la jurisprudencia del Código civil español (...), [se aleja] de los cánones jurisprudenciales europeos más recientes (...) [y con ello da cuerpo] a una anomalía en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo (...)”. En Devaluación y blindaje del Estado social y democrático...op. cit., p. 68.

³⁰ Un estudio completo de la aplicación de las normas internacionales por estas instancias en González de Rivera i Serra, X., “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales”, pp. 85 a 117 y Jimena Quesada, L., “La protección internacional de los derechos sociales y laborales: sinergias y voluntades del principio del favor libertatis”, pp. 59 a 84, ambos en la obra colectiva coordinada por Fargas Fernández, J., Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional, Barcelona, 2016, Huygens.

Convenios de la ONU³¹, cede, en algunas ocasiones, con otros Tratados, como recientemente ha puesto de manifiesto el TS en una sentencia de 28 de enero de 2018, en la que se abordaba el derecho la pensión de viudedad causada por un ciudadano marroquí, en situación de poligamia. La situación, aunque no está permitida por la legislación española, la aplicación del art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos y del art. 96 de la CE, jerárquicamente superior tras su ratificación, ha derivado en la consideración como causantes a las dos esposas. Con ello, las instancias judiciales superiores reflejan incoherencia en sus resoluciones además de desconocimiento de las fuentes y su ordenación.

4.2. Breve referencia a la reciente sentencia nº 3220/2017 del Tribunal de Primera Instancia de El Pireo: la protección del art. 24 de la Carta Social Europea

Grecia ha sido un país objeto de particular atención en las instancias judiciales españolas al haber sido uno de los que, hasta el momento, más condenas ha recibido del CEDS por el sistema de reclamaciones colectivas. Esas decisiones de fondo han sido invocadas directamente, ante la identidad del supuesto planteado, de manera que, aunque no está ratificado el protocolo y, con ello, no hay posibilidad de legitimación activa, al abordar y delimitar el contenido de un precepto que sí lo está, lo autoriza.

La situación era observada por investigadores de la materia del resto de países, y principalmente los del aludido, además de con sorpresa, con «*anhelo e ilusión*», puesto que se alcanzaba la protección en el ámbito judicial de un derecho violado, que las autoridades legislativas y/o ejecutivas no restituían.

Finalmente, el deseo se ha materializado con la “histórica sentencia”³² del Tribunal de primera instancia de El Pireo nº 3220/2017³³, que despliega la protección por despido derivada del art. 24 de la CSE revisada. El origen de esta situación se ha de situar en la ratificación de la versión revisada el 18 de marzo de 2016 (con la excepción de los apartados 4 del art. 3 y 12 del art. 19) y, con ello, ese precepto pasó a formar parte de su ordenamiento interno, comprometiéndose a reconocer a los trabajadores “(...) a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”, y en caso de producirse “(...) a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada” así como su impugnación.

La normativa interna aplicable al supuesto planteado legitima la finalización

³¹ En este sentido, véase la SAN, sala de lo Contencioso-administrativo, de 2 de febrero de 2018 (Rec. 989/2016), en la que, evocando jurisprudencia del TS y del TC, afirma que “los Dictámenes del Comité no son resoluciones judiciales, al carecer de facultades jurisdiccionales, ni pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, al carecer de competencia para ello”.

³² Tsimpokis, C., “Some brief notes on decision nº 3220/2017 of Piraeus’ single-member Court of first instance”, *Lex Social*, revista de los derechos sociales, 2018, nº 2 (en prensa), pp. 1 a 7. Me remito a esta referencia para un complete análisis del contenido de la sentencia y un estudio del régimen jurídico del despido en ese país.

³³ Versión original en griego, véase la traducción inglesa realizada por Pap, S., Deliyanni, C., Tsiboukis, C. y Gavalas, N., “Single-member First Instance Court of Piraeus 3220/2017”, *Lex Social*, revista de los derechos sociales, 2018, nº 2 (en prensa), pp. 1 a 14 y 1 a 7.

de un contrato de trabajo como acto unilateral que no precisa de la existencia de una causa. En particular, por lo que se refiere a la Constitución, la libertad de empresa (actividad económica) se considera intrínsecamente a la libertad personal y el principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 5 (“Todas las personas tiene el derecho a desarrollar libremente su personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país, siempre que ello no suponga un atentado a los derechos de otro, ni viole la Constitución o las buenas costumbres”), que, en combinación con el apartado primero del art. 22 (“El trabajo constituye un derecho y goza de la protección del Estado, que procurará crear condiciones de pleno empleo para todos los ciudadanos, así como contribuir al progreso moral y material de la población activa, rural y urbana. Todos los que trabajan tendrán derecho, sin tener en cuenta su sexo u otra distinción, a la misma remuneración por el trabajo realizado de igual valor”)³⁴, determinan la libertad del empresario para rescindir un contrato, a la vez que la protección frente al despido de los trabajadores. Esas previsiones deben relacionarse con el art. 25, en el que se enmarca el Estado de bienestar, así como, subrayo esta mención, su aplicación a las relaciones entre particulares, referencia incluida en el apartado primero del precepto tras su revisión en el año 2001, conocida normalmente como *Drittwirkung*, proporcionando, con ella, efectos *erga omnes* a los derechos constitucionales³⁵.

En el examen de las normas supranacionales, necesario al componer las fuentes reguladoras por aplicación del art. 28 y con valor jerárquico superior desde el momento que son ratificadas, por lo que se refiere al CEDH se reconoce que no tiene un precepto específico que proteja frente a los despidos injustificados, aunque el TEDH ha desplegado alguna protección en ese sentido por la vía del art. 8 del CEDH, como una de las facetas de la protección de la vida privada y familiar.

Ahora bien, la CSE contiene un precepto en ese sentido, el art. 24 de la versión revisada, que desarrolla su protección en tres aspectos básicos:

1º. La terminación de un contrato de trabajo por iniciativa del empresario debe estar fundamentada en un “motivo legítimo” o, más exactamente en “una causa válida” vinculada a la competencia o capacidad del trabajador o a los requerimientos de funcionamiento de la empresa.

2º. El empresario está obligado a “compensar adecuadamente” cuando el despido es injustificado o proporcionar una reparación adecuada.

3º. Se debe garantizar una protección jurídica adecuada.

El juez, con la normativa aplicable en ese momento, considera que el despido sin causa que autoriza la normativa interna no es compatible con los requerimientos del art. 24 de la CSE revisada, teniendo que, los tribunales a partir de la ratificación, examinar los despidos que se le sometan y verificar si están motivados en una causa válida o no, anulando los que, en consecuencia, no lo observen.

³⁴ Estas referencias se complementan con los arts. 669.2 del Código Civil griego, art. 1 de la Ley 2112/1920 y arts. 1 y 5 de la Ley 3198/1955.

³⁵ Sobre las consecuencias e interpretación de la misma véase Akriopoulou, C., “Greece: *Drittwirkung* and Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights”, en AA.VV (ed. Oliver, D. y Fedtke, J.), *Human Rights and the Private Sphere Vol 1: A Comparative Study*, UK, 2007, RoutledgeCavendish pp. 165 y ss. https://www.eap.gr/images/stories/pdf/2014_deo10_dp_series_8.pdf.

Trasladada esa contundente afirmación sobre las normas internas, el juzgador lleva a la fundamentación de la sentencia la jurisprudencia del CEDS emitida en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011) y la violación del art. 4.4 de la CSE, en relación con el período de prueba de doce meses establecido por la Ley 3899/2010 -generalizado a todos los contratos, por la disposición 4093/2012- para finalizar fallando lógicamente en los mismos términos.

Con ello, se pone de manifiesto, de nuevo, que la CSE tiene efecto directo, vinculante y valor jerárquico superior frente a la normativa nacional. La aplicación de esta premisa y, con ello, de la protección del derecho que proporciona, con la interpretación del órgano que lo supervisa, no sólo es posible, sino preceptivo puesto que, en suma, como de forma terminante la doctrina ha señalado, “(...) los derechos valen tanto como sus garantías (...)”³⁶.

5. Reflexiones finales

El ordenamiento jurídico está integrado por un conjunto de fuentes, nacionales e internacionales, que deben ser observadas en términos equivalentes, el progreso de un país se ha de medir atendiendo a ese parámetro, es decir, el respeto de los derechos reconocidos y sus garantías.

La protección a diferentes niveles y su complementariedad se erige en el instrumento con el que organizarlas, en ausencia de la determinación de unos reales y efectivos objetivos comunes. Esta es, a mi modo de ver, la solución más apropiada, factible y conciliadora ante la lamentable situación analizada de discrepancias y, también incoherencias, entre los órganos que supervisan el respeto de los Tratados.

En la actualidad es fundamental en España la distinción entre el control de constitucionalidad del control de legalidad o convencionalidad de una norma.

Como su denominación permite fácilmente deducir, con el primero se pretende determinar la adecuación a la Carta Magna de una norma interna, estando encomendado en exclusiva, al Tribunal Constitucional, existiendo numerosa jurisprudencia en este sentido que es tajante al determinar que “no corresponde a la Jurisdicción ordinaria declarar la inconstitucionalidad de las Leyes, para hacer prevalecer el principio de primacía constitucional, sino que (...) en caso de contradicción con la Constitución su invalidación, se encomienda en exclusiva al Tribunal Constitucional, debiendo colaborar los Jueces y Magistrados a esta función cuestionando expresamente aquellas leyes que consideren contrarias a la norma fundamental, pero sin que puedan proceder a su inaplicación” (SSTC 49/1988 de 22 de marzo (Rec. 990/1985), 84/1989 de 10 mayo (Rec. 405/1987), 28/1991 de 14 de febrero (Rec. 852/1987), 207/2013, de 5 de diciembre (Rec. 4285/2013), y, entre otros, el TS (Penal) en la sentencia de 6 de mayo de 2015 (Rec. 1682/2014), en consonancia con el art. 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

A ello se añade su vinculación a los compromisos internacionales adquiridos, además, en el art. 96.1, en el sentido de que la interpretación de las normas

³⁶ Jimena Quesada, L., “La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea”, Cuadernos Europeos de Deusto, 2014, nº 50, p. 179.

relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que el propio texto reconoce se ha de realizar “(...) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” así como las normas de derecho internacional de carácter general, que son las que están recogidas en esos preceptos. De existir alguna duda en este sentido debería desaparecer desde la aprobación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que desarrolla los dos preceptos constitucionales aludidos, y que contiene referencias muy claras en cuanto a la necesaria observancia y prevalencia (art. 29 “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”) o el art. 31 “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”).

En suma, se distingue entre la caracterización de constitucionalidad de una norma y su legalidad, para determinar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la primera, pero no en cuanto a la segunda, que es la que corresponde hacer a los órganos jurisdiccionales ordinarios, y es en ese plano en el que entra la CSE y debe aplicarla como parámetro de garantía superior, observando el necesario control de convencionalidad. Como ha apuntado la doctrina, el Tribunal Constitucional no es el último intérprete sino la jurisdicción ordinaria, que debe erigirse en la principal garante del respeto de las normas internacionales³⁷, sirviendo cada uno de estos pronunciamientos para demostrar a los numerosos escépticos existentes, sobre todo en segunda instancia, que esta interpretación no sólo es posible, sino que es la que exige la legalidad y la Constitución Española, superando la visión de conflicto entre instancias, que no existe, sino de complementariedad, en la que los mínimos a observar son diferentes, aceptando esta realidad y que la norma interna debe ceder frente a la CSE que es más protectora.

Se han superado esos temores, no se trata de enfrentarse al TC, y a sus más que cuestionables recientes sentencias, y resolver aplicando la legalidad estricta, según el principio *iura novit curia*, que obliga a los jueces y tribunales a la aplicación directa de toda la normativa que forma parte del ordenamiento jurídico, incluidos los Tratados internacionales y la interpretación que realicen sus órganos de garantía, si su contenido e interpretación lo permiten.

A mi modo de ver, no debe haber ninguna duda de que la CSE tiene que ser objeto de aplicación por los órganos jurisdiccionales ordinarios, de forma prioritaria en caso de que proporcione una protección superior a la norma ordinaria, con independencia de su examen por el TC. *La propia CSE en el art. 32 (H de la versión revisada) literalmente dispone su no afectación “(...) a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales*

³⁷ Molina Navarrete, C., «Reforma laboral y «justicia constitucional»: el Tribunal Constitucional ni es «infalible» ni ya tiene la «última palabra». Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio, RI 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo», Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, nº 377-378, 2014, pp. 187 y ss.

que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas”, y de la misma manera se ha de entender a la inversa, es decir, si la norma interna otorga una protección frente a la internacional, debe ceder ante la existencia del compromiso adquirido por el Estado.

Es así como la suscripción por un país evidencia su compromiso real con los derechos y con sus garantías supranacionales, demostrando que no son simples textos teóricos carentes de efectividad. La paz, la democracia y el Estado Social deben ser recuperados y salir reforzados de la crisis y para ello la CSE es el instrumento fundamental para su consecución y, con ella, las interpretaciones del CEDS que, en suma, se dirigen a garantizar y hacer efectivas las condiciones básicas e inherentes a la dignidad humana.

Forum di Quaderni Costituzionali