



Numero 3 / 2022

Gabriele Franza

**La vincolatività del precedente della
Corte di Giustizia
e la politica sociale europea**

La vincolatività del precedente della Corte di Giustizia e la politica sociale europea

Gabriele Franza
Professore associato di diritto del lavoro
Università di Macerata

SOMMARIO: 1. Il significato del vincolo del precedente rispetto all'efficacia soggettiva della decisione. – 2. La funzione normativa del precedente quale giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia. – 3. I formanti del precedente giudiziale euro-unitario nella politica sociale. – 4. La tecnica della auto-citazione e il giudizio interpretativo spurio. – 5. Proliferazione dei precedenti e incerto utilizzo della "ragione del discostarsi". – 6. Interpretazione evolutiva e rischio di selezione arbitraria del precedente. – 7. I necessari accorgimenti nella metodologia del giudice nazionale.

1. Il significato del vincolo del precedente rispetto all'efficacia soggettiva della decisione.

L'oggetto dell'analisi, che è incentrata sul procedimento pregiudiziale c.d. interpretativo della Corte di Giustizia, richiede preliminarmente di chiarire il rapporto che intercorre tra il concetto di "precedente" e il termine "vincolatività".

E' innanzitutto certa la distinzione tra il precedente e la autorità della cosa giudicata. Quest'ultima, infatti, esprime gli effetti prodotti da una statuizione su una domanda avente il medesimo oggetto tra le medesime parti. Rispetto ai procedimenti pregiudiziali, che a rigore non si svolgono *inter partes*, va dunque precisato che la statuizione ha effetti vincolanti per il giudice *a quo*¹.

Il problema è invece rappresentato dalla efficacia "normativa" che quella stessa statuizione dovrebbe produrre nei confronti di altri casi, perché qui il tema del precedente si intreccia e rischia di confondersi con quello

¹ M Broberg, N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2021, 399 ss.; R. Schütze, *European Union Law*, Oxford, 2021, 403 ss. Anche la Consulta ribadisce che le sentenze della Corte di Giustizia vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d'infrazione (Corte cost. 24 giugno 2010, n. 227).

della efficacia soggettiva delle pronunce della Corte². Tanto è vero che si è parlato pure di "autorità della cosa interpretata"³.

La posizione della dottrina maggioritaria, con varie sfumature, è nel senso di riconoscere alle decisioni pregiudiziali della Corte capacità estensiva nei confronti di altri procedimenti, in forza di una loro dichiarata efficacia *erga omnes*⁴ o almeno *de facto ultra partes*, per la necessaria garanzia della uniforme applicazione dell'interpretazione del diritto euro-unitario⁵, assistita dall'obbligo degli Stati membri di adottare ogni misura "atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione" (art. 4, TUE).

D'altra parte, in alcune circostanze anche il nostro giudice di legittimità si è spinto a parlare di efficacia "vincolante" o "normativa" delle pronunce interpretative del giudice sovranazionale, evidentemente sul presupposto che esso svolga una funzione nomofilattica equiparabile a quella assegnata dall'ordinamento interno alla Cassazione⁶.

Questa capacità espansiva dell'interpretazione del giudice europeo, tuttavia, va riferita alla sua astratta possibilità di estensione, riguardando il *se* della applicazione a procedimenti diversi da quelli in cui l'interpretazione è elaborata. Invece una teoria del precedente giudiziale si occupa del *quando* (nel senso di *a quali condizioni*) tale interpretazione possa, o addirittura debba, applicarsi ad altri procedimenti, in quanto soggetti a quello che può essere definito il medesimo *status* normativo. D'altronde, di questo si ragiona allorché ci si occupa del vincolo e dei limiti dell'interpretazione conforme richiesta al giudice comune, inteso come giudice successivo nella logica del c.d. precedente verticale. Pertanto è esatto, ma non risolutivo ai fini

² Il problema evidentemente non si pone per la pronuncia di invalidità dell'atto comunitario, regolata dall'art. 267, par. 1, lett. b, TFUE, e paragonabile, negli effetti, ad una pronuncia costituzionale demolitoria.

³ In senso critico A. Turmo, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2017, 502 ss.

⁴ A. Trabucchi, *L'effet "erga omnes" des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, 56 ss.

⁵ Per una complessiva disamina v. G. Martinico, *The interpretative rulings of the ECJ as a legal source in the EC law*, in *Stals Research Paper*, 2008, 2.

⁶ Nell'ambito della sezione lavoro, già Cass. 16 aprile 1999, n. 3830 e, rispettivamente, Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842. Con maggiore cautela, la sentenza *Granital* (Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170) aveva chiarito, a proposito dell'applicazione del regolamento comunitario "sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili", che il giudice nazionale investito della relativa applicazione "potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione, ai sensi dell'art. 177 del Trattato". In effetti, l'idea che dalla sentenza interpretativa della Corte di Giustizia derivi un vincolo per ogni giudice nazionale, come ora afferma Cass. 23 giugno 2022, n. 20216, richiamando proprio la Consulta, era espressa solo nell'ordinanza del giudice *a quo* di tale pronuncia costituzionale, come si evince dalla sua motivazione.

dell'analisi, il rilievo per cui la "decisione resa in sede di rinvio pregiudiziale non solo è vincolante per il giudice che ha sollevato la questione, ma spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto dell'Unione interpretata dalla Corte"⁷.

E' comunque evidente che le due tematiche, più che costituire delle prospettive complementari di indagine del medesimo fenomeno, sono destinate a sovrapporsi.

Da un lato, perché nell'ottica inter-temporale il problema del *quando* debba essere applicata una statuizione resa in altro procedimento assume rilievo anche nell'ottica dell'efficacia soggettiva. Infatti le pronunce del giudice europeo – salvo casi di delimitazione *pro futuro*⁸ e nonostante la Corte costituzionale abbia parlato di *jus superveniens*⁹ – hanno natura dichiarativa, con conseguente efficacia retrospettiva. Da qui pure il problema dell'affidamento dei privati ad una disposizione nazionale o perfino ad una consolidata giurisprudenza domestica che, in seguito, sia giudicata in contrasto con l'interpretazione del diritto dell'Unione¹⁰.

Dall'altro lato – che è quanto più interessa – perché le due prospettive possono arrivare ad essere concepite come contrapposte, qualora si identifichi il precedente con la sua forza vincolante e quest'ultima sia esclusa alla luce della persistente facoltà del giudice nazionale di sollevare la questione pregiudiziale¹¹; oppure possono convergere, laddove l'efficacia *ultra partes* venga intesa come mera efficacia *inter alios*, secondo una logica più affine alla cultura del *common law* e propria della giurisprudenza di Strasburgo, i cui effetti, tuttavia, in ambito nazionale vengono meditatamente circoscritti all'esistenza di sentenze pilota o di una giurisprudenza europea consolidata, come ribadito dalla recente sentenza a Sezioni Unite penali nel caso dei c.d. "fratelli minori di Contrada"¹².

⁷ L. Tria, *L'interpretazione delle pronunce della Corte di giustizia UE e della Corte EDU*, in *Questione Giustizia*, 11 ottobre 2019, ed ivi l'indicazione della giurisprudenza comunitaria in argomento.

⁸ Corte Giust. 15 marzo 2005, C- 209/03, *Bidar*.

⁹ Corte cost., 14 marzo 2003, n. 62; Corte cost. 20 aprile 2004, n. 125; per il diritto del lavoro cfr. Corte cost. 28 giugno 2006, n. 252.

¹⁰ Corte giust. 19 aprile 2016, C- 441/14, *Dansk Industri*.

¹¹ P. Pescatore, *Interpretation of Community Law and the Doctrine of "Acte clair"*, in (eds.) M.E. Bathurst, K.R. Simmonds, N. March Hunnings, J. Welch, *Legal Problems of an Enlarged European Community*, 1972, 46 ss.; E. D'Alessandro, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1435 ss.

¹² Cass. SU pen. 24 ottobre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8544. Per l'ulteriore evoluzione cfr. F. Perrone, *La resistenza del giudicato penale, civile e amministrativo in conflitto con le pronunce della Corte EDU: l'impatto sistematico delle Sezioni Unite Genco*, in *federalismi.it*, 10 febbraio 2021.

2. La funzione normativa del precedente quale giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia.

In questa cornice, si deve innanzitutto ripensare la risalente tesi per cui l'ordinamento comunitario si fonderebbe su un sistema di precedenti giudiziari improntato allo *stare decisis*, con gli unici limiti costituiti dalla facoltà del rinvio pregiudiziale e dal ripensamento da parte della stessa Corte di Giustizia.

Questa impostazione, che risale alle conclusioni dell'avvocato generale Warner nella controversia *Manzoni* del 1977¹³ – peraltro espresse in relazione non ad una questione di interpretazione, bensì di invalidità dell'art. 46, n. 3, del Regolamento 1408/71 rispetto all'art. 51 TCE – non solo è priva di un esplicito riscontro sul piano del diritto positivo¹⁴, poiché l'ordinamento europeo nulla dice sull'efficacia vincolante della pronuncia salvo che per la decorrenza temporale (art. 91, RP CG), ma va comunque necessariamente rivisitata sulla scorta delle indicazioni fornite dalle sentenze *Da Costa*¹⁵ e soprattutto *Cilfit*¹⁶ e, in seguito, dalle previsioni del regolamento di procedura della stessa Corte di Giustizia.

Si tratta di regole di diversa origine, relative a distinti meccanismi e che interessano un diverso giudice successivo, in quanto riferite alle deroghe all'obbligo di rinvio da parte del giudice nazionale di ultima istanza (art. 267, par. 3, TFUE) e, rispettivamente, al c.d. auto-precedente della Corte, che opera a mo' di precedente preclusivo consentendo l'adozione di ordinanza motivata (art. 104, par. 3 del 1991, ora art. 99 RP CG). Tuttavia ciò che accomuna la soluzione giudiziale e quella procedurale è l'elemento rappresentato, a fronte di questioni identiche (e perfino analoghe, almeno nella logica del rinvio), dall'esistenza di una giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia¹⁷, che la sentenza *Cilfit* qualifica ulteriormente come *établie* e che nel linguaggio interno definiremmo consolidata.

Pertanto in entrambe le visuali – lasciando in disparte l'assenza di ogni ragionevole dubbio, propria della questione che fa luce da sola in forza del diritto positivo (c.d. *acte clair*) – si assegna rilevanza al c.d. *acte éclairé*, vale dire

¹³ C- 112/76, Conclusioni dell'avvocato generale del 20 settembre 1977.

¹⁴ D. Chalmers, G. Davis, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge, 2010, 167.

¹⁵ Corte giust., C- 28-30/62, 27 marzo 1963.

¹⁶ Corte giust., C- 283/81, 6 ottobre 1982.

¹⁷ La sostanziale identità del presupposto è stata espressamente rilevata in dottrina rispetto all'allora art. 234 TCE e all'art. 104, par. 3, RP CG: A. Arnulf, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford, 2006, 627.

a una questione giuridica che viene illuminata dall'esterno, cioè da precedenti statuizioni del giudice europeo¹⁸.

Benché restino indefiniti i criteri per accertare il consolidamento di una giurisprudenza, in senso quantitativo e perfino qualitativo nella selezione tra le pronunce antecedenti¹⁹, sembra comunque indubitabile che, mediante questi riferimenti alla sua giurisprudenza *établie* – da inscrivere nel processo di regolazione (diremmo positivizzazione) della funzione nomofilattica delle Corti di ultima istanza²⁰ – l'ordinamento europeo attribuisca ad una particolare concezione del precedente giudiziale una funzione normativa, e non solo *de facto* o meramente persuasiva.

Senonché, questa funzione normativa va appunto definita in relazione alla concezione di "precedente" implicitamente accolta dalle ricordate indicazioni europee, e quindi ad una giurisprudenza che abbia consolidato una regola di diritto. Invero, può dirsi altrettanto indubitabile che, per la preminente tradizione giuridica continentale, il ragionamento giuridico della Corte di Giustizia non solo si fonda sul metodo analitico, ma secondo la logica concettuale ambisce ad elaborare regole astratte e generali, potenzialmente applicabili ad ogni caso ad esse riconducibile. Del resto, prescindendo dalla tematica del giudice creatore di diritto, la Corte è considerata il motore legislativo dell'Unione, se non addirittura il vero legislatore eurounitario²¹.

Ovviamente nell'ambito dei procedimenti pregiudiziali interpretativi è possibile distinguere tra *clear cases* (peraltro a loro volta non sempre agevolmente distinguibili dalle questioni di infrazione) e *hard cases*, a seconda che il ragionamento sillogistico sia sufficiente o si renda necessaria la selezione, a livello interpretativo, di una soluzione tra quelle possibili. Questo, però, comprova proprio che l'intervento della Corte – in modo apparentemente non dissimile da quanto vale per il nostro giudice di legittimità – determina il completamento o la specificazione di regole scritte o l'individuazione di regole non scritte, appunto secondo la teoria delle c.d. sub-norme o paradigmi di fattispecie.

Va escluso, pertanto, che il ragionamento della Corte corrisponda a quello proprio del *case law* "puro", vale a dire incentrato sulla individuazione, da parte del giudice successivo ed attraverso la disamina dei *material facts*,

¹⁸ E. Calzolaio, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 41 ss.

¹⁹ K. Lenaerts, D. Arts, *Procedural Law of the European Union*, London, 1999, 49.

²⁰ A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrect*, Milano, 1995, 4 ss.

²¹ C. Nourissat, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: regard privatiste à partir de l'actualité*, in *Arch. phil. droit*, 2006, 245 ss.; P. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Padova, 2005, 33 ss.

della *ratio decidendi* con cui il giudice precedente aveva definito un caso analogo, senza alcuna finalità nomopoietica²². Infatti – nonostante la ricostruzione fattuale delle ragioni del rinvio pregiudiziale e salvo eventuali riferimenti nelle conclusioni degli avvocati generali – nella parte motivazionale delle pronunce della Corte di Giustizia non si rinviene una analitica disamina dell'assetto dei fatti che caratterizzavano un caso precedente, e quindi neppure uno specifico raffronto, ma soltanto il richiamo alle regole di diritto elaborate in precedenti statuizioni, a volte utilizzate come essenziale argomento giustificativo, altre volte come mero supporto del ragionamento giuridico. Da qui anche l'esigenza di approcciare diversamente l'utilizzo di concetti forgiati nei sistemi *di common law*, come quelli di *distinguishing* o di *overruling*.

Sulla base di queste premesse, si tratta allora di capire in che modo e quando queste regole di diritto, elaborate dalla giurisprudenza precedente della Corte, possano trovare applicazione alla questione successiva, qualora interessi un caso pendente dinanzi ad un giudice nazionale. A tale fine, tuttavia, sembra indispensabile riflettere ulteriormente sui molteplici fattori che condizionano l'elaborazione di quelle regole già in sede di giurisdizione sovranazionale, dovendosi escludere, rispetto al vincolo ed ai limiti dell'interpretazione comunitariamente orientata, una loro effettiva corrispondenza con i principi di diritto su cui invece si fonda l'intervento nomofilattico del nostro giudice di legittimità.

3. I formanti del precedente giudiziale euro-unitario nella politica sociale

Incentrando l'attenzione sulla politica sociale, è intanto possibile rilevare che l'analisi è semplificata dall'assenza, per ragioni di competenza, del precedente verticale che interessa il Tribunale dell'Unione ed i suoi rapporti con la Corte di Giustizia. Da questo punto di vista, pertanto, l'indagine è sostanzialmente circoscritta alla relazione diretta tra la Corte ed il giudice interno.

Al contrario, l'indagine è chiaramente complicata dall'atto derivato dell'Unione che – con le note eccezioni in materia di sicurezza sociale o connesse alla normazione a carattere generale, come quella sulla riservatezza – è deputato a regolare la politica sociale, vale a dire la direttiva.

Questa complicazione è imputabile non solo allo scopo di armonizzazione, di per sé difficilmente compatibile con la pretesa ad

²² Per il rilievo, da ultimo, L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 257.

un'interpretazione uniforme che è oramai chiamata a penetrare nel dettaglio normativo di una legislazione sempre più articolata²³, ma anche al cambiamento delle tecniche regolative. Se da un lato si accentua l'introduzione di disposizioni munite di efficacia diretta orizzontale, funzionali all'effettività di alcuni diritti fondamentali²⁴, dall'altro si registra una tendenziale svalutazione del contenuto prescrittivo delle disposizioni deputate alla basilare finalità di armonizzazione, che in alcune direttive più recenti appaiono allineate alla genericità degli obiettivi perseguiti²⁵ o addirittura trasmodano nel linguaggio "ottativo" della possibilità²⁶.

A tanto si aggiunge, in alcuni casi, la natura negoziata del contenuto recepito dalle direttive, che dovrebbe originare da una logica di scambio quale prodotto dalla contrattazione collettiva di livello europeo²⁷, mentre il recepimento nell'atto comunitario derivato determina la duplicazione dei *considerando*, a cui pure va attribuito un ruolo ermeneutico.

Su questo fattore di complicazione si innesta la mancanza di regole prestabilite di interpretazione, in quanto la Corte di Giustizia non ha a disposizione una piattaforma metodologica corrispondente a quelle degli ordinamenti interni. Sicché, in linea con la normazione per obiettivi, usualmente si affida al criterio teleologico, che però, a fronte di disposizioni sempre più elastiche, può sfociare nella c.d. logica rimediale – come da ultimo accaduto per l'orientamento espresso in materia di abuso del lavoro interinale²⁸ – oppure può essere declinato in relazione alle generali finalità

²³ Non a caso, la "forza" di un precedente della Corte di Giustizia è sovente considerata direttamente proporzionale alla ampiezza della questione esaminata. In questa prospettiva, possono anche individuarsi dei macro-precedenti, costitutivi dello stesso diritto europeo, come quelli relativi al primato del diritto comunitario, al principio di leale cooperazione e alle condizioni di efficacia diretta attribuibile ai diversi atti derivati dell'Unione. In tema, di recente, S. Rodin, *La valeur des précédents dans la jurisprudence de la Cour (Binding Authority of Judicial Precedents in the Case-law of Court of Justice)*, in *Dir. Un. Eur.*, 2017, 4, 661 ss.

²⁴ Fermo restando che, sovente, la valutazione della natura di tali effetti è demandata all'intervento della stessa Corte di Giustizia.

²⁵ In linea, del resto, con lo sviluppo delle strategie per l'occupazione affidate a tecniche regolative *soft*. In tema, tra i molti e in senso critico, già J. Kenner, *The EC Employment Title and the "Third Way": Making Soft Law Work?*, in *Intern. Journ. Comp. Lab. Law*, 1999, vol. 15, 1, 33 ss.

²⁶ S. Giubboni, S. Sciarra, *La regolamentazione del part time in Europa*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 547 ss.

²⁷ Per la critica v. però A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, 1999, soprattutto 109 ss.

²⁸ C- 681/18, 14 ottobre 2020, *JH*. Ai sensi dell'art. 5, par. 5, direttiva 08/104 "Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva". In effetti, però, l'elusione "accertata" dalla Corte di Giustizia non riguarda una specifica disposizione, bensì l'esigenza, sottesa al complessivo apparato regolativo, che la tipologia negoziale, per

dell'ordinamento sovranazionale, in una prospettiva definita meta-teleologica²⁹ e a cui plausibilmente vanno ricondotti esiti quali quelli delle note vicende *Viking* e *Laval*.

Peraltro, nel medesimo contesto interpretativo si è oramai inserita di forza la Carta dei diritti fondamentali UE, alimentando le aspettative sull'immediata precettività dei diritti ivi sanciti ma, proprio per questo, generando questioni tecniche di competenza comunitaria – come è a dirsi per le soluzioni, invero ondivaghe, assunte in materia di licenziamenti – e comunque nuovi equilibri interpretativi. D'altra parte, considerando che la politica sociale è il più acceso terreno di scontro rispetto alla compressione dei margini di scelta discrezionale nel governo dell'economia nazionale, le dinamiche indotte dalla sopravvenienza della Carta non appaiono comunque assimilabili alle esperienze nazionali di interpretazione costituzionalmente orientata, con le quali, ciononostante, anche in sede giudiziale occorre garantire il coordinamento.

Sempre nell'ottica interpretativa esiste, inoltre, la problematica derivante dal multilinguismo, che sotto il versante dell'atto normativo genera dubbi applicativi rispetto alla scelta del significante, a partire dalla distinzione tra i termini *worker* and *employee*³⁰, mentre i lavori processuali si svolgono (almeno per consuetudine) in francese. Il che significa che le pronunce non solo vengono condizionate dallo stile, tradizionalmente complesso e ridondante, della giurisdizione transalpina, ma sono anche originariamente "ragionate" in quel modo, indipendentemente dalla lingua processuale propria della questione oggetto di rinvio pregiudiziale³¹.

In una logica affine vanno poi ricordati i profili strutturali della giurisdizione europea, e quindi la durata dei mandati, la posizione degli avvocati generali e l'assenza della *dissenting opinion*, cui *adde* l'apporto di altre tradizioni giuridiche a seguito dell'ingresso di nuovi Stati membri.

essere tale, mantenga la sua natura temporanea. Sul punto cfr. S. Giubboni, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti-abusive alla prova del diritto dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 1, 27 ss.

²⁹ J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Oxford, 1993, 252 ss.; E. Paunio, *Legal Certainty in Multilingual EU Law. Language, Discourse and Reasoning at the European Court of Justice*, London, 2016, 42 ss.

³⁰ In argomento F. Pennings, S. Peters, *An Introduction to European Labour Law*, in (eds.) T. Jaspers, F. Pennings, S. Peters, *European Labour Law*, Cambridge, 2019, 42 ss. La questione può anche porsi in ambiti specifici. Ad esempio, va ricordato che non si è ancora chiarito se il termine *verlängerung*, presente nella versione tedesca della direttiva 99/70 Ce, si riferisca anche alle proroghe del contratto a termine, come si tende ad escludere nelle altre traduzioni nazionali, che utilizzano l'espressione rinnovi.

³¹ M. Derlen, *Multilingual Interpretation of CJEU Case Law. Rule and Reality*, in *European Law Review*, 2014, 39, 295 ss.

Alle problematiche finora segnalate va infine aggiunta quella che interessa l'utilizzo di nozioni giuridiche che non sempre costituiscono un patrimonio condiviso da tutti gli ordinamenti interni. Ad esempio, proprio per la basilare questione di identificazione del soggetto-lavoratore si registra, a seguito della direttiva 2019/1152 relativa a "condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea", una tendenza espansiva del diritto dell'Unione, che accentua l'ampiezza della nozione di lavoratore subordinato accolta dalla Corte in materia di libera circolazione e già assunta a paradigma di direttive successive³². Tuttavia, da un lato ci si interroga sull'incidenza di tale evoluzione – di cui la proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma costituisce solo un aspetto, seppur non marginale³³ – rispetto a ordinamenti, quale il nostro, ancora incentrati sulla storica dicotomia subordinazione/autonomia e sul riassetto che deriverebbe dai più recenti interventi interni³⁴; dall'altro, occorre ricordare che la nozione europea va comunque coniugata con le regole sovranazionali sui lavori flessibili, da cui emerge, almeno in linea di principio, la legittimità di tipologie negoziali, come quella del lavoratore occasionale a tempo parziale³⁵, che in sistemi come quello italiano dovrebbe invece escludersi³⁶.

Sotto altro versante, neppure può trascurarsi, per l'impatto sul tema del precedente, che la nozione di azienda fornita dal nostro codice non è presente in altri ordinamenti e non corrisponde a quella di impresa. Ciò che, come noto, ha imposto il coordinamento dell'art. 2112 c.c. alla direttiva di consolidamento, con l'esplicito riferimento al "mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata" e conseguente necessaria circolazione dell'azienda in linea con la definizione comunitaria di "insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica"³⁷. In precedenza, però, neppure in ambito UE era mancata la discussione sull'interpretazione della nozione di trasferimento, occorrendo stabilire se andasse riferito alla

³² N. Kountouris, *The Concept of "Worker" in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*, in *Industrial Law Journal*, 2018, 47, 221.

³³ In tema, da ultimo, V. Ferrante, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, 2022, 158.

³⁴ F. Perrone, *L'effetto conformativo del diritto dell'Unione europea sul diritto del lavoro tra tendenza espansiva e superamento della "grande dicotomia"*, in *Lav. dir. Eur.*, 2021, 3.

³⁵ Corte giust., C- 313/02, 12 ottobre 2004, *Wippel*.

³⁶ *Almeno in obiter* Corte cost. 15 maggio 1992, n. 210.

³⁷ Fermo restando che, a seguito della riforma del 2003, la Corte di Giustizia è stata in più occasioni investita del sopravvenuto problema rappresentato dalla preesistenza e autonomia del ramo trasferito, mentre, al di là della disciplina propriamente lavoristica, quella generale degli articoli 2558 e 2560, peraltro eventualmente applicabile ai lavoratori autonomi, continua a riferirsi proprio alla cessione dell'azienda.

entreprise-organisation ovvero alla *entreprise-activité*, cioè accogliendo l'impostazione lavoristica o quella gius-commercialistica³⁸.

4. La tecnica della auto-citazione e il giudizio interpretativo spurio.

Tutti questi fattori, sommariamente analizzati, condizionano non solo l'interprete delle statuizioni della Corte, ma ancor prima lo svolgimento del ragionamento giudiziale, contribuendo a spiegare – in uno alla ricerca di legittimazione tanto interna, cioè rispetto alla giustificazione di quello stesso ragionamento, quanto esterna, nel contesto di un ordinamento multilivello in continuo sviluppo³⁹ – quell'ampio e noto ricorso del giudice europeo alla tecnica della citazione dei propri precedenti, proprio perché idonea a conferire ad ogni decisione successiva una parvenza di maggiore autorevolezza⁴⁰ e, al contempo, di apparente coerenza e non contraddittorietà rispetto ad una giurisprudenza che voglia presentarsi come costante⁴¹, o comunque, quando graduale, caratterizzata da una evoluzione “per blocchi”⁴².

Tuttavia, nonostante il recente rafforzamento delle strutture interne, il punto essenziale è che il ricorso a questa tecnica di citazione non sembra affatto consentire un efficiente controllo del proprio precedente da parte della Corte, e neppure un suo adeguato utilizzo da parte del giudice comune.

La considerazione da cui si deve muovere è che il giudizio pregiudiziale interpretativo non è di puro diritto⁴³, ma sicuramente non ha le caratteristiche del processo di sussunzione tradizionale, cioè di verifica di corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta. Salvo ipotesi eccezionali e risalenti⁴⁴, la Corte non controlla analiticamente tutti i fatti che

³⁸ P. Davies, *Transfers of Undertakings. Part I Preliminary Remarks*, in (eds.) S. Sciarra, *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford - Portland, 2001, 131 ss.

³⁹ A tanto si aggiunga, soprattutto in materia di politica sociale, il riconoscimento del valore normativo dei diritti sociali fondamentali nell'ambito del processo di legittimazione democratica dell'Unione: B. Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge, 2009, 397 ss.

⁴⁰ T. Tridimas, *Precedent and the Court of Justice. A Jurisprudence of Doubt?*, in (eds.) J. Dickson, P. Eleftheriadis, *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012, 309.

⁴¹ N. MacCormick, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in (eds.) L. Goldstein, *Precedent in Law*, Oxford, 1987, 155 ss.

⁴² B. Bertrand, *Les blocs de jurisprudence*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, 741 ss.

⁴³ M. Nisticò, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, 149.

⁴⁴ Corte giust., C- 130/79, 12 giugno 1980, *Express Dairy Food*.

– per dirla con Natalino Irti – la qualifica giuridica converte nel caso⁴⁵, e non controlla neanche la correttezza di questa qualificazione, che resta affidata ai giudici nazionali. In effetti, a seguito della ricostruzione delle premesse fattuali, delle questioni sollevate dal giudice del rinvio e dell'interpretazione già offerta del diritto dell'Unione, nel momento applicativo (cioè nel giudizio di eventuale contrasto, che viene poi espresso dalla statuizione *osta o non osta*) il ragionamento sillogistico della Corte trova la sua premessa minore nella normativa nazionale.

Rispetto al tema del precedente, questo modello analitico, applicato secondo la logica deduttiva, può innanzitutto generare conclusioni diverse, perché la normativa nazionale può variare in relazione alla disciplina di attuazione di un diverso Stato membro, oppure cronologicamente per la sopravvenienza di modifiche alla disciplina generale, o ancora per l'esistenza di regole settoriali o di dettaglio, incluse quelle della contrattazione collettiva.

E' vero, peraltro, che è sempre più frequente l'ipotesi in cui la Corte, con una discrezionalità spesso insondabile e pur essendo vincolata alla qualificazione di un caso indicata dal giudice nazionale, anche qualora corrisponda a quella già esaminata in una precedente statuizione, si spinge comunque a valutare le peculiarità del caso rispetto agli obiettivi della direttiva. Tuttavia, proprio per le caratteristiche del giudizio pregiudiziale e del ruolo dei soggetti che vi partecipano, non può dirsi che al modello analitico si sostituisca un modello propriamente dialettico, tale da assegnare al precedente giudiziale valore topico e anipotetico, quale premessa defettibile mediante un effettivo contraddittorio processuale⁴⁶. D'altra parte, ancora a differenza di quanto accade per il *distinguishing* dei sistemi di *case law*⁴⁷, la nuova regola eventualmente ricavata da questa verifica incide comunque sul giudizio di conformità della disciplina nazionale che qualifica (anche) quel caso, proponendosi come nuova ipotesi generalizzabile per casi analoghi.

Senonché, quando nella giurisprudenza della Corte questo modello decisionale si salda con l'esasperato ricorso alla tecnica della auto-citazione, non solo si preclude il ricorso ad una logica strettamente induttiva, ma si offusca la distinzione tra *ratio decidendi* ed *obiter dicta*. Invero, anche la decisione della singola questione – per quanto vincoli il giudice del rinvio e

⁴⁵ N. Irti, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1541.

⁴⁶ Per l'impostazione, elaborata in relazione alla struttura del tipico giudizio interno, P. Moro, *Sul valore topico del precedente giudiziale*, in C. Sarra, D.V. Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova, 2013, 187 ss.

⁴⁷ G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Cambridge, 2012, 245.

sia astrattamente universalizzabile⁴⁸ – non sembra identificabile in quella espressa nelle sole conclusioni della sentenza, e così eventualmente equiparabile al principio di diritto affermato dal nostro giudice di legittimità. Del resto, è noto che pure le citazioni della Corte non si riferiscono alle sole conclusioni delle sentenze precedenti, ma spesso rinviano ad altri esatti punti, appunto a conferma dell'affastellamento di regole diverse nella costruzione del ragionamento giudiziale.

Questi rilievi spiegano anche perché la Corte, consapevole di svolgere un giudizio che non è interpretativo puro bensì condizionato da un caso, che pure non può controllare in termini di qualificazione, da tempo si affida altrettanto meditatamente alla tripartizione fra sentenze propriamente decisorie (*outcome cases*), sentenze che offrono linee guida per risolvere la questione interna (*guidance cases*) e sentenze di principio, che rimettono al giudice comune la valutazione rispetto al caso concreto (*deference cases*)⁴⁹. Per le ragioni già esposte è evidente, oltre che documentabile, il ricorso agli ultimi due tipi di pronunce nell'ambito della politica sociale. Si tratta, pertanto, di una consapevole rinuncia ad interferire, attraverso statuizioni rigidamente prescrittive, con legislazioni nazionali assai diversificate e che richiedono, a monte del processo decisionale della Corte, una accurata valutazione comparativa di carattere schiettamente politico⁵⁰. Da qui, con ulteriore significativa divergenza dal nostro sistema processuale, pure la reticenza della Corte di Giustizia a dichiarare esplicitamente un *overruling*, sempre inteso come abbandono della giurisprudenza fino ad allora consolidata. Il che, d'altra parte, trova fondamento nell'esigenza di evitare improvvisi contrasti con il processo di conformazione avviato dalla giurisprudenza domestica o dallo stesso legislatore nazionale sulla scorta di un precedente che venga poi rovesciato.

Ne deriva, in ogni caso, che nel complessivo ragionamento giudiziale le varie regole di diritto, richiamate in citazione nella motivazione della sentenza, sono potenzialmente idonee a costituire degli utili precedenti rispetto a casi che presentino elementi di differenziazione.

⁴⁸ Si è peraltro osservato che "les références à des affaires précédentes sont souvent limitées à des arrêts plus récents qui sont, par nécessité, plus spécifiques et peut-être moins universellement applicables": S. Rodin, *La valeur des précédents*, cit., 665.

⁴⁹ T. Tridimas, *Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9, 737 ss. Per il tema dei diritti fondamentali si è anche parlato di *non liquet* della Corte, che rinunciarebbe a svolgere il test di bilanciamento ai fini della disapplicazione della norma interna: D. Gallo, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 3, 38 ss.

⁵⁰ S. Simitis, *The Complexities of Living With an Interpretation Prerogative - Some Observations on an Imperfect Dialogue*, in *Labour Law in the Courts*, cit., 297 ss.

5. Proliferazione dei precedenti e incerto utilizzo della "ragione del discostarsi".

Al contempo, la mancanza di certezze su un eventuale ripensamento della Corte rende più complicato intercettare le operazioni effettivamente distintive tra le varie questioni pregiudiziali⁵¹.

Se in passato quest'opera di distinzione era consentita dal limitato apparato normativo e resa evidente dalla fissazione di alcuni precedenti nel senso più specifico del termine⁵² – forse più prossimi alla visione di Michele Taruffo dell'unico vero precedente⁵³ ed in linea con la "tecnica del discostarsi" predicata dalla teoria dell'argomentazione giuridica⁵⁴ – l'attuale interazione tra un sistema legislativo sempre più articolato, innegabilmente inciso dal riconoscimento dei diritti fondamentali, e un sistema giudiziale altrettanto composito rendono quasi impossibile comprendere la reale portata applicativa di alcune regole elaborate dalla Corte.

Esemplificando su temi di attualità, nella sentenza *Sciotto* sul lavoro a termine alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche si afferma che “poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori”⁵⁵.

Ebbene, anche tenendo da parte il problema della trasformazione, va rilevato che nella materia del lavoro a termine questa apertura al confronto tra settori differenti non emergeva nella precedente giurisprudenza europea, che anzi aveva ribadito come la comparazione non potesse riguardare lavoratori a termine di diversi settori⁵⁶ e, semmai, all'interno di ciascun settore era giunta ad affermare l'efficacia diacronica della parità di

⁵¹ L. Coutron, *L'identification de revirement en droit de l'Union européenne et la normativité de la jurisprudence*, in E. Carpano (a cura di), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, 2012, 69 ss.

⁵² Ad esempio, in relazione alla direttiva 76/207, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto, nel caso *Marschall*, che la normativa tedesca lasciasse un margine di apprezzamento alla commissione giudicatrice, così escludendo un automatismo collegato ai punteggi ottenuti, come invece in *Kalanke*.

⁵³ M. Taruffo, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 411 ss.

⁵⁴ R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, 218 ss.

⁵⁵ Corte giust., C- 331/17, 25 ottobre 2018, punto 71.

⁵⁶ Corte giust. (ord.), C- 20/10, 11 novembre 2010, *Vino*, punti 56-57.

trattamento nel processo di stabilizzazione del rapporto⁵⁷, in sostanza prescindendo dal raffronto statico col lavoratore a tempo indeterminato comparabile. Ed infatti in *Sciotto* non si cita nessun precedente a sostegno della nuova affermazione, restando dunque da stabilire se si tratti di un *obiter*, di una regola specifica per il caso delle fondazioni liriche o di un'apertura verso l'applicazione più estensiva del principio di parità garantito dalla direttiva 99/70, cioè in sostanza un *revirement*.

Per altro verso, va rilevato che quando la Corte non vuole modificare la sua impostazione, neanche attraverso una differenziazione, si limita ad ignorare alcuni precedenti. Tanto ad esempio è accaduto in tema di ferie nella controversa questione relativa all'efficacia diretta dell'art. 31, par. 2, della Carta UE, come noto affermata nella sentenza *Max Planck* in relazione al mancato indennizzo di ferie non godute⁵⁸.

Rispetto al diverso problema di una normativa nazionale, di fonte collettiva, che accorda ai lavoratori diritti a ferie annuali retribuite eccedenti il periodo minimo di quattro settimane (previsto all'art. 7, par. 1, della direttiva 2003/88), e stabilisce condizioni di riporto eventuale di tali diritti ulteriori in caso di malattia intervenuta durante le ferie, la Corte ha invece laconicamente ribadito che essa rientrerebbe "nell'esercizio della competenza conservata dagli Stati membri". Sicché ci si troverebbe al di fuori della disciplina della direttiva e quindi del suo ambito di applicazione, conseguendone anche l'esclusione dell'applicazione delle previsioni della Carta UE ai sensi dell'art. 51, par. 1.⁵⁹

Al di là dell'essenziale merito della questione – che nella rinnovata logica del progresso (se si vuole, 'non regresso') delle tutele⁶⁰ adesso passa per il collegamento tra le previsioni della Carta e le c.d. clausole di miglior favore⁶¹ – quest'ultima statuizione si segnala, in punto di metodo, proprio perché omette ogni riferimento non solo alla *Max Planck*, ma soprattutto

⁵⁷ A partire da Corte giust., C- 177/10, 8 settembre 2011, *Rosado Santana*; Corte giust. C- 32/11, 18 ottobre 2012, *Valenza*.

⁵⁸ Corte giust., C- 684/16, 6 novembre 2018.

⁵⁹ Corte giust., C- 609/17 e C- 610/17, 19 novembre 2019, *TSN*.

⁶⁰ E. Ales, 'Non regresso' senza dumping sociale ovvero del 'progresso' nella modernizzazione (del modello sociale europeo), in *Dir. lav. merc.*, 2007, 1, 5 ss.

⁶¹ Infatti, escluso che il mantenimento di livelli di protezione nazionali più elevati costituisca un obbligo piuttosto che una facoltà degli Stati membri, come tuttora previsto dall'art. 153 TFUE (già art. 137 TUE), è proprio la trasposizione di quella facoltà nelle singole direttive, realizzata con l'inserimento delle clausole di miglior favore, che impone il loro coordinamento sistematico con la complessiva interpretazione dell'atto derivato. Pertanto, rispetto alle soluzioni legislative nazionali anche la tematica dell'eventuale incidenza della Carta UE si incentra sul "valore" attribuibile a tali clausole, mentre quelle di "non regresso" vanno oramai intese come divieto di arretramento pretestuoso, cioè privo di giustificazione diversa dalla mera apparente necessità di conformarsi alle prescrizioni minime comunitarie.

alle conclusioni dell'avvocato generale Bot. Quest'ultimo, infatti, aveva ampiamente argomentato la opposta soluzione (comunque escludendo la violazione della Carta) sulla scorta di altri precedenti, tutti ignorati dalla pronuncia *TSN*, al pari dell'osservazione essenziale per cui "l'adozione di misure che prevedono una protezione nazionale rafforzata costituisce una modalità di attuazione delle direttive che fissano prescrizioni minime"⁶².

Peraltro, a riprova di quanto già osservato sull'interpretazione meta-teleologica della Corte, va ricordato che in materia di trasferimento d'azienda le clausole di miglior favore erano state invece analizzate in relazione alla libertà di impresa sancita dall'art. 16 Carta UE⁶³. Nel caso di specie si discuteva se le clausole di rinvio dinamico ai contratti collettivi, negoziati e adottati dopo la data del trasferimento, fossero opponibili al cessionario, appunto quali clausole di maggior favore per i lavoratori introdotte dall'ordinamento nazionale rispetto a quanto prevede l'art. 3 della direttiva 2001/23. E la Corte ha concluso che, qualora il cessionario non abbia la possibilità di partecipare al processo di negoziazione di siffatti contratti collettivi, conclusi dopo il trasferimento, l'applicazione di quelle clausole determinerebbe una limitazione della sua libertà contrattuale tale da pregiudicare la sostanza stessa del suo diritto alla libertà d'impresa.

6. Interpretazione evolutiva e rischio di selezione arbitraria del precedente.

In questo quadro, senza disconoscere il ruolo decisivo assolto dalla Corte rispetto all'affermazione e alla garanzia di effettività dei diritti sociali, e tenendo comunque presenti gli arroccamenti invece registrati su alcune materie sensibili, non sembra affatto infondato il rilievo critico per cui l'attuale sistema – a fronte della moltiplicazione delle statuizioni, della tendenziale rinuncia all'elaborazione di regole munite di efficacia realmente prescrittiva e della persistente tecnica delle citazioni – starebbe subendo una sorta di equivoca ibridazione tra le culture di *common* e *civil law*. Nel senso che tanto la Corte quanto i giudici domestici, entrambi quali giudici "successivi", potrebbero rinvenire la soluzione della questione e, rispettivamente, del caso, in una o in un'altra *ratio decidendi*, sempre intesa come regola astratta e generale di diritto, affermata dalla Corte in una precedente statuizione. Il tutto col solo limite di una giurisprudenza consolidata che però, se serve a qualificare il concetto di precedente giudiziale comunitario, non è affatto chiaro in cosa effettivamente consista.

⁶² C- 609/17 e C- 610/17, Conclusioni dell'avvocato generale del 4 giugno 2019, punti 86 ss.

⁶³ Corte giust., C- 426/11, 18 luglio 2013, *Alemo Herron*.

Rispetto alla posizione del giudice nazionale, il rischio, in definitiva, è di alimentare il ricorso ad una selezione del precedente che può rivelarsi arbitraria, addirittura inducendo, nelle sue derive patologiche, ad una sorta di *shopping* del precedente. Ad esempio, nel recepire la ricordata sentenza *Sciotto* il nostro giudice di legittimità aggiunge che la conformazione alle indicazioni europee va garantita anche alla luce della "dottrina" *Milkova*⁶⁴. Quest'ultima sentenza, tuttavia, riguardava la diversa questione della parità di trattamento dei lavoratori disabili, in caso di licenziamento, nel settore pubblico e privato ai sensi della direttiva 2000/78⁶⁵, mentre è noto che la Corte di Giustizia ha escluso, proprio sotto il profilo discriminatorio, la necessaria corrispondenza della disciplina sanzionatoria del lavoro a termine con quella del licenziamento, pur ammettendo la facoltà degli Stati membri di assimilarle⁶⁶.

In altri casi, il fenomeno si registra perfino rispetto alla stessa statuizione sovranazionale. Ad esempio, quanto al dibattito sui criteri di computo dei licenziamenti necessari all'applicazione delle tutele di quello collettivo, due recenti e contrastanti pronunce della Cassazione richiamano due distinti punti delle conclusioni della sentenza *Rivera*⁶⁷. Si giunge così ad includere⁶⁸ e, rispettivamente, ad escludere⁶⁹ che per l'applicazione della disciplina del licenziamento collettivo rilevi una cessazione del rapporto, qualificata come risoluzione consensuale, che dipenda dalla modifica sostanziale degli elementi essenziali del contratto quando imputabile al datore di lavoro. Si tratta, come ancora si dirà, di un contrasto originato dalla mancata completa disamina della vicenda giunta al vaglio del giudice di Lussemburgo.

Sembra dunque necessario rilevare che, rispetto alla prevedibilità della decisione giudiziale, una siffatta modalità di utilizzo del precedente UE finirebbe per minare alla radice non solo basilari esigenze di certezza delle imprese⁷⁰, ma anche la fondamentale istanza di trattamento paritario dei lavoratori (qui per certi versi ponendo un problema contrapposto a quello delle sentenze della Corte di Strasburgo) e, a ben vedere, perfino il canone di evoluzione ragionevole dell'ordinamento sovranazionale. Il che non solo comprova la ovvia e persistente differenza tra quest'ultimo e gli ordinamenti statuali, ma presenta inevitabili ricadute sul loro diritto giurisprudenziale,

⁶⁴ Cass. 7 marzo 2019, n. 6680.

⁶⁵ Corte giust. C- 406/15, 9 marzo 2017.

⁶⁶ Corte giust. C-361/12, 12 dicembre 2013, *Carratù*.

⁶⁷ Corte giust. C- 422/14, 11 novembre 2015.

⁶⁸ Cass. 20 luglio 2020, n. 15401.

⁶⁹ Cass. 31 maggio 2021, n. 15118.

⁷⁰ M. Marazza, *Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa*, Atti delle Giornate Aidlass di Taranto, 29-31 ottobre 2021, 210 ss.

che invece è deputato a governare il cambiamento mediante l'interpretazione delle rispettive norme di diritto positivo, anche qualora costituiscano attuazione di quello euro-unitario.

E' chiaro che molto spesso la linea di confine tra l'uso distorto di un precedente che la ricerca di percorsi evolutivi può rivelarsi impercettibile, occorrendo privilegiare la peculiarità di un caso ovvero legittime aspirazioni ad ampliare la portata applicativa di una regola, fino ad allora incerta o con una estensione limitata. Ad esempio, prescindendo dal reale "impatto" sugli ordinamenti nazionali dell'art. 30 della Carta UE, è comprensibile che ci si interroghi sulla persistente affermata esclusione della disciplina dei licenziamenti individuali dalle materie in cui l'Unione ha esercitato la sua competenza, nonostante l'esistenza di discipline comunitarie specifiche e relative statuizioni, come quelle in materia anti-discriminatoria, che influenzano comunque i complessivi equilibri dell'apparato nazionale delle tutele⁷¹. Tuttavia è altrettanto indispensabile garantire la coerenza del sistema ordinamentale multilivello, già complicato, anche per il tramite delle Corti costituzionali dei Paesi membri, dalle interazioni della giurisprudenza UE con quella di Strasburgo, a sua volta concepita come cavallo di Troia per la realizzazione dei diritti sanciti della Carta sociale europea⁷².

7. I necessari accorgimenti nella metodologia del giudice nazionale.

Al riguardo, possono soccorrere alcune considerazioni metodologiche nella "gestione" della normativa nazionale nell'ambito sia del giudizio pregiudiziale, sia dell'interpretazione conforme.

Nella prima ipotesi, che attiene alla fase di formazione di un precedente, è indispensabile che la elaborazione della regola da parte della Corte di Giustizia si fondi sulla esatta ricostruzione dello stato della disciplina interna da parte del giudice del rinvio, incluse eventuali modifiche sopravvenute e comunque alla stregua della interpretazione consolidatasi secondo la

⁷¹ E. Ales, *La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2016, 129, 13 ss. *Contra*, però, Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194. In generale per analoghi rilievi già P. Chieco, "Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 359 ss.

⁷² A. Guazzarotti, *La Corte EDU come contrappeso: alla ricerca di sinergie tra Convenzione, Carta sociale e OIL*, in S. Borelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzin (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012, 135.

dottrina del diritto vivente⁷³. Per restare al tema delle ferie, ad esempio, non appare possibile – come invece accaduto per il riconoscimento della maturazione delle ferie nel periodo dal licenziamento illegittimo alla reintegrazione – sostenere che la normativa interna preveda il diritto del lavoratore alla retribuzione. Questa indicazione, fornita dalla nostra Corte di Cassazione⁷⁴, altera l'argomentazione della Corte di Giustizia, inducendola – peraltro in forza di una inesistente identità di disciplina con l'ordinamento bulgaro, e conseguente riunione delle questioni – a qualificare quel periodo temporale come stato di sospensione del rapporto imputabile al datore di lavoro⁷⁵, appunto in forza di un sinallagma contrattuale che (configurabile o meno) non può essere ricavato da un inesistente diritto alla retribuzione, ben diverso dallo speciale regime dell'indennità risarcitoria⁷⁶, peraltro adesso calmierata dalla disciplina sopravvenuta dell'art. 18, co. 4, St. lav.

Quanto alla conformazione al diritto UE in forza di una precedente statuizione della Corte, è indispensabile che il giudice domestico, senza alcuna automatica applicazione, verifichi la compatibilità della propria normativa con il ragionamento svolto dalla sentenza europea, qualora verta sulla legislazione di un diverso Stato membro. Occorre, in altri termini, che proprio il giudice nazionale svolga quel processo di comparazione che, come detto, attualmente suggerisce alla Corte di Giustizia di rimettere alla giurisdizione interna la verifica di applicazione della sua interpretazione al caso concreto.

E' chiaro che dinanzi a nozioni giuridiche "aperte", come quella di lavoratore subordinato, l'approccio europeo, per quanto estensivo, finisce per rimettere al giudice nazionale l'accertamento della situazione fattuale, come appunto accade per le ipotesi riconducibili alla c.d. zona "grigia"⁷⁷. Pertanto in questi casi i richiami di carattere comparatistico riguardano

⁷³ Il rilievo è ovviamente condizionato dalla possibilità che anche il diritto vivente interno venga sostituito dal "diritto vivente sopravvenuto", come afferma espressamente Corte cost. 28 febbraio 2019, n. 29.

⁷⁴ Cass. 10 gennaio 2019, n. 451 (ord.), punto 36, ove si utilizza proprio l'espressione "retribuzioni percepite per il periodo che va dalla data di comunicazione del licenziamento a quella dell'esercizio del diritto di opzione per l'indennità sostitutiva".

⁷⁵ Corte giust., C- 762/18 e C-37/19, 5 giugno 2020, *Iccrea Banca*.

⁷⁶ Quest'ultimo, oltretutto, poco prima era stato giudicato legittimo dalla Consulta (Corte cost. 23 aprile 2018, n. 86).

⁷⁷ Non a caso Trib. Torino, 18 novembre 2021, ord., in *Labor*, 2022, 2, 213 ss., dopo ampi richiami alla giurisprudenza europea precisa che la nozione di subordinazione consisterebbe nello stato di messa a disposizione delle proprie energie tale da escludere, nel concreto, la "libertà di decidere il se e il quando della propria prestazione".

anche la giurisprudenza di altri Stati membri⁷⁸, quale argomento (se si vuole, precedente argomentativo) a conferma delle indicazioni del giudice di Lussemburgo⁷⁹.

In altre ipotesi, invece, la comparazione richiederebbe proprio la disamina delle discipline positive straniere. Ad esempio, non si può comprendere la ricordata sentenza *Rivera* se si prescinde dall'analisi della legislazione spagnola di recepimento della direttiva 98/59. Infatti, come si ricava agevolmente dalle premesse della statuizione europea, quella normativa nazionale riproduce, a differenza di quella italiana, gli altri parametri numerici previsti dalla direttiva per la definizione di licenziamento collettivo, sicché le altre ipotesi di cessazione del rapporto imputabili al datore di lavoro sono equiparate al licenziamento rispetto a quegli altri parametri, fermo il requisito minimo dei cinque "veri" licenziamenti. Si spiega, così, l'apparente contraddizione della sentenza europea, che dapprima riferisce il requisito degli "almeno cinque" licenziamenti previsto dalla direttiva (art. 1, par. 1, co. 2) esclusivamente a quelli "in senso stretto" (punto 2 delle conclusioni), salvo poi precisare che, ai fini della definizione di licenziamento collettivo secondo gli altri parametri adottati dal legislatore spagnolo, rileva ogni altra cessazione avvenuta per iniziativa del datore di lavoro (punto 3 delle conclusioni)⁸⁰.

Allo stesso modo, non sembra possibile applicare meccanicamente la pronuncia della Corte sull'esclusione dal comparto della malattia imputabile

⁷⁸ Ad esempio, sulla nota questione dei *riders*, Trib. Palermo 24.11.2020, n. 3570, richiama la Cassazione spagnola secondo cui, nel merito, "l'indipendenza del prestatore di lavoro era solo apparente, anche con riferimento alla scelta del come e del quando lavorare, per essere egli assoggettato alla piattaforma nell'organizzazione del proprio lavoro, in relazione al funzionamento dell'algoritmo di assegnazione degli slot, funzionale al migliore servizio per il datore di lavoro, e al sistema premiale (punitivo) delle valutazioni". Per la disamina comparatistica sul tema, quale "teatro di confronto tra politiche legislative e interpretazione giudiziale", cfr. L. Vagni, *Qualificazione del contratto, interpretazione della legge e ruolo del giudice: note a margine della decisione della Corte Suprema del Regno Unito nel caso Uber*, in *Riv. dir. comp.*, 2021, 2, 144 ss.

⁷⁹ Peralto, anche se in relazione all'assenza di ogni ragionevole dubbio, già la sentenza *Cilfit* chiariva che, al fine di escludere l'obbligo del rinvio, il giudice nazionale di ultima istanza deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri, oltre che alla stessa Corte di Giustizia.

⁸⁰ Pertanto il ragionamento del giudice italiano deve necessariamente tenere conto che, a differenza di quella spagnola, la normativa interna si fonda, salvo i noti requisiti temporali e spaziali, esclusivamente sul parametro del numero minimo di cinque licenziamenti (art. 24, co. 1, l. n. 223/91). Ne deriva che la pronuncia di legittimità del 2020, incentrata sul punto 3 delle conclusioni della Corte di Giustizia, va considerata erronea, mentre quella del 2021, pur rilevando correttamente che i cinque licenziamenti sono solo quelli "veri" in conformità al requisito interpretato al punto 2 delle conclusioni della *Rivera*, si spende in una distinzione tra intenzione di licenziare e dichiarazione dell'intenzione che, se da un lato è inutile, dall'altro contrasta pure con i rilievi del giudice europeo.

a disabilità, elaborata su una vicenda spagnola in cui il periodo di conservazione del rapporto è, per legge, inferiore al mese⁸¹, senza interrogarsi se anche la disciplina collettiva applicabile al caso italiano, benché preveda un periodo assai più lungo, generi comunque uno svantaggio particolare ai sensi della direttiva 2000/78, qualora applicata indistintamente ai lavoratori disabili⁸²; tenuto conto che esiste anche un precedente comunitario che, in linea di principio, esclude la discriminazione per un periodo di centoventi giorni⁸³. In vicende come questa, se non si intende nuovamente attivare i giudici di Lussemburgo, è allora essenziale che il giudice di merito argomenti espressamente, proprio alla luce delle differenze normative interne, le ragioni della selezione di un precedente comunitario tra quelli esistenti, onde consentire al giudice di legittimità di stabilire se sussista una giurisprudenza europea consolidata o, al contrario, se abbia l'obbligo di rimettere la questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE.

Sul distinto profilo del caso, è poi altrettanto necessario che il giudice nazionale, chiamato a governarlo nel processo sussuntivo già nelle fasi di merito, prima di stimolare mediante rinvio la formazione di un precedente, oppure di ricercare l'esistenza di un precedente comunitario sulla scorta di similitudini con casi già "rimessi" alla Corte di Giustizia, analizzi esattamente le concrete vicende del giudizio. In effetti, almeno il nostro ordinamento è già in grado di evolversi attraverso la rilevanza attribuibile ad ogni fatto che, sebbene in modo diverso dal *distinguishing* del *case law*, consenta di qualificare il caso concreto come nuovo, permettendo al nostro giudice di legittimità di escludere la preclusione dei c.d. precedenti conformi e quindi di elaborare, sulla scorta di un ragionamento che riproduce il motivo di falsa applicazione di legge, un nuovo principio di diritto.

Questo processo interpretativo, che favorisce l'adattamento del diritto alla specificità del reale e costituisce uno dei più importanti aspetti della valorizzazione per via legislativa della nomofilachia interna, ora da valutare rispetto alla preannunciata introduzione della nomofilachia anticipata sulla norma di legge, va apprezzato anche – sempre al netto di eccessi – quale potenziale rimedio alla altrimenti incontrollabile discrezionalità del giudice nazionale attraverso il sindacato diffuso.

⁸¹ Corte giust., C-270/16, 18 gennaio 2018, *Conejero*.

⁸² Trib. Verona, 21 marzo 2021, ord., in *Lav. giur.*, 2022, 1, 62 ss.; Trib. Mantova, 22 settembre 2021, n. 126. Il profilo indicato nel testo non va peraltro confuso con quello della comunicazione al datore di lavoro, almeno secondo criteri di buona fede, dello stato di disabilità o della malattia imputabile a disabilità. Sul punto, da ultimo, Trib. Bologna, 19 maggio 2022, n. 230.

⁸³ Corte giust., C-335-337/11, 11 aprile 2013, *HD Danmark*.

Bisogna avvertire che, anche per scongiurare un collasso da ipertribunalizzazione, in ambito europeo già circolano idee di una ritrazione della giurisdizione sovranazionale, efficacemente sintetizzate nella proposta dell'avvocato generale Bobek secondo cui, in revisione del criterio di pertinenza della questione, elaborato dalla sentenza *Cilfit*, l'obbligo di rinvio per il giudice di ultima istanza dovrebbe riguardare soltanto "una questione *generale* di interpretazione del diritto dell'Unione (anziché una questione relativa alla sua applicazione)"⁸⁴.

E' evidente che se questa impostazione (per ora rigettata, con la conferma del criterio della rilevanza della questione) si affermasse nella giurisprudenza della Corte, rischierebbe di essere travolto dalle fondamenta anche lo strumento facoltativo del rinvio da parte del giudice di merito. Il che avrebbe immediate implicazioni proprio in settori, come quello di politica sociale, in cui il cambiamento del sostrato materiale esige l'evoluzione ma anche la guida del diritto.

⁸⁴ C- 561/19, Conclusioni dell'avvocato generale del 15 aprile 2021, punto 134.