

Numero 1 / 2019

(estratto)

**Guido Vidiri**

**La sentenza della Corte Costituzionale  
n. 194/2018: tra certezza del diritto ed  
ordinamento complesso (tanto rumore per nulla)**

## **La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto ed ordinamento complesso (tanto rumore per nulla)**

Guido Vidiri

già Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

Sommario : - 1. Premessa : la certezza del diritto condizione necessaria per una civile convivenza che consenta a ciascuno di vivere da uomo libero. -2 (segue) ... e l'incertezza del c.d. eurodiritto per la perdurante ed ancora non esaurita ricerca di tutte le sue fonti normative e di una gerarchia tra le stesse. - 3. Le critiche in dottrina dell'ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017. - 4. La sentenza n. 194 del 2018 e le conseguenziali riserve sull'applicazione dello *ius superveniens* e sulla regolamentazione del bilanciamento tra diritto alla libertà di impresa e diritto al lavoro. - 5. Considerazioni minime sulle norme della Carta dal contenuto generico e sul *labile, sottile e mai tracciato* confine tra sentenze *manipolative* ed *additive* e *sentenze di fatto creative* della Corte Costituzionale - 6. La sentenza n. 194 del 2018 ed il giudice sovrano: verso un diritto del lavoro sempre più incerto?.

1. Con sentenza n. 194 del 2018 la Corte Costituzionale a seguito di ordinanza del Tribunale ordinario di Roma, terza Sezione lavoro, del 26 luglio 2017, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti in attuazione della legge 10 dicembre 2014 n. 183) sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del d. lgs 12 luglio 2018 n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese convertito, con modificazioni nella legge 9 agosto 2018 n. 96)<sup>1</sup>.

E' certo opera impossibile esaminare nello spazio di un saggio tutte i numerosi passaggi argomentativi della suddetta sentenza, sorretta da una ampia ed articolata motivazione arricchita, su punti nodali del diritto del lavoro, da riferimenti ai principi dell'ordinamento sovranazionale nonché a numerosi precedenti giurisprudenziali della stessa Corte e dei giudici di legittimità.

---

<sup>1</sup> L'ordinanza del Tribunale di Roma si legge in *Giur. it.* 2017, 2169, con nota di P. TOSI e F. LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza... annunciata*.

Ma l'intento del presente scritto è comune a quello di quanti, considerando il diritto una scienza pratica, ritengono di avere, per l'esperienza e la professionalità acquisite nel tempo, la capacità di avanzare riserve anche sulle sentenze dei giudici delle leggi<sup>2</sup>, pure per quanto attiene alla funzione garantistica di tali sentenze sul versante del principio della certezza delle norme e, attraverso di queste, della certezza del diritto, sempre sentita come presupposto ineliminabile per una ordinata convivenza civile, che consenta ad ognuno di vivere da uomo libero<sup>3</sup>. Finalità questa che corre il pericolo però di essere vanificata ad opera di una pluralità di fonti normative e di un rapporto tra le stesse regolato sulla base della c.d. interpretazione conforme. Ed infatti non è ancora risultato chiarito se il relativo percorso ermeneutico debba svilupparsi in modo collaborativo o invece nel rigido rispetto di una gerarchia tra plessi normativi che possa spingersi sinanche al riconoscimento della vincolatività, per tutte le Corti dei Paesi aderenti all'Unione, delle sentenze della CEDU con riferimento alla "sostanza" delle stesse, e cioè in presenza di "indirizzi consolidati" delle suddette sentenze<sup>4</sup>.

Ma effetti negativi possono scaturire più in generale anche dalla difficile compatibilità tra norme interne e norme di diritto europeo nonché dalla differente disponibilità dei diversi Stati

---

<sup>2</sup> Tutti coloro come chi scrive che non hanno la capacità di percorrere le elevate vette del pensare intendono porsi nella scia dell'insegnamento crociano, secondo cui la scienza giuridica è una scienza pratica e non una scienza pura, come la teologia o la filosofia. Cfr. in argomento tra le altre opere di Benedetto Croce, pubblicate dalla casa editrice Laterza, *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Bari 1909, cui adde per una recente ristampa del pensiero del filosofo sui rapporti tra diritto ed economia, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, nella collana *Civiltà del diritto*, diretta da F. Mercadante, Milano 2016.

Cfr. sul punto di recente M. AINIS, *Le parole della Costituzione*, in *Lezioni magistrali*, collana diretta da Lucio D'Alessandro, Vincenzo Omaggio, Editoriale scientifica, Napoli 2014, 37, che ricordando quanto diceva Salvatore Pugliatti (*La giurisprudenza come scienza pratica*, 1950, ora in *Grammatica e diritto*, Milano 1978) ha scritto che il diritto è una scienza pratica che serve a risolvere casi concreti, dubbi che non hanno a che fare con la metafisica, bensì con l'inferno dei nostri rapporti quotidiani.

<sup>3</sup> P. CALAMANDREI nel libricino dal titolo *Non c'è libertà senza legalità*, nella collana Anticorpi n. 39, Laterza 2013, 10-11, dopo avere ricordato che per il Croce un presupposto del sistema liberale è la legalità considerata <come primo grado della vita pratica, condizione della vita morale e della libertà>, afferma poi che la certezza del diritto è <certezza dei limiti entro i quali non può sussistere la libertà di ciascuno ed al di là dei quali comincia la libertà dell'altro>.

<sup>4</sup> Attraverso la procedura della c.d. "interpretazione conforme" - volta a rendere attuativo tra gli Stati dell'Unione Europea il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4 par. 5 del TUE - il giudice nazionale, muovendosi nei meandri di un ordinamento complesso, contribuisce attraverso la lettura e l'esame delle norme interne alla formazione di quello che è stato definito diritto euro-comunitario.

Per una critica alla sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2015 che - in discontinuità con la sentenza n. 388 del 1999 della stessa Corte - patrocina lo schema della rigida separazione delle Corti unitamente ad un rapporto gerarchico tra le stesse e per un riflessivo esame relativo agli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali volti all'estensione dell'ambito applicativo delle sentenze della CEDU cfr. per tutti A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme a CEDU: I lineamenti del modello Costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza. Gli auspicabili rimedi*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali* (a cura di G. BRONZINI e R. COSIO), Milano 2017, 135, secondo cui è molto discutibile il ragionamento svolto dalla Consulta nel marcare una distinzione netta tra gli esiti delle interpretazioni lungo il crinale della "sostanza" della giurisprudenza europea, senza sciogliere preventivamente ed in maniera chiara il dilemma se e per quali ragioni le pronunzie della Corte EDU siano o meno fonti del diritto come lo sono quelle delle altre Corti dell'Unione.

Sulla utilizzabilità dell'interpretazione teleologica del diritto comunitario, sul rapporto tra interpretazione conforme ed il "mito della certezza del diritto" e sulla "creatività" della giurisprudenza della Corte di Giustizia cfr. R. COSIO, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea*, *ivi*, 41-70.

Rimarca a sua volta M. LUCIANI, *Interpretazione conforme e Costituzione*, in *Enc. dir., Ann. IX*, Milano 2016, 473, che "il canone dell'interpretazione conforme, concepito per generare armonia tra ordinamenti diversi o tra diverse sfere di legalità e per consentire una proficua cooperazione tra distinte istanze giurisdizionali, può mancare il bersaglio e diventare un elemento di turbamento e distorsione degli equilibri".

a rinunciare a parti della propria sovranità<sup>5</sup>, con consequenziali ricadute avvertibili in misura accentuata soprattutto allorquando risultino coinvolti interessi economici e sociali come accade nella disciplina dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali che necessitano di norme chiare e affidabili anche per la loro tenuta temporale<sup>6</sup>.

Per di più, come è stato da molti osservato, le stesse Corti Costituzionali spesso finiscono per essere in tensione con la politica e con la stessa legislazione sovranazionale con il risultato che il loro operato muta a seconda della volontà e forza di garantire quei margini di sovranità statale a cui ciascuna di esse reputa di non potere rinunciare. Il che porta immancabilmente a zone di oscurità ed ambiguità nell'ambito del diritto dell'Unione Europea ed ad una maggiore difficoltà nella formazione di un "diritto vivente" e di una "nomofilachia europea"<sup>7</sup>.

A tale riguardo appare utile il riferimento ad uno studio di diritto comparato sulle Corti Supreme statunitense, canadese e israeliana, nel quale - a seguito di riflessioni da ritenersi estensibili anche all'Occidente - sono stati denunciati i rischi che lo Stato di diritto corre attualmente per la traslazione del potere legislativo verso organismi non eletti dal popolo, e quindi non rappresentativi e politicamente irresponsabili, oltre che non sottoposti a controlli istituzionali. A tale fine è stato precisato che una tale patologia si manifesta "non appena i giudici si trovino in condizioni tali da ricevere o da attribuirsi il potere di calpestare le decisioni prese dagli altri organi dello Stato", e cioè "il potere di controllo giurisdizionale di costituzionalità", sicchè - è

---

<sup>5</sup> Un ostacolo al raggiungimento di approdi giurisprudenziali affidabili nell'ordinamento dell'Unione è di certo rappresentato sul piano politico-istituzionale da una diversa utilizzazione da parte delle Corti degli Stati nazionali dei c.d. "contro-limiti", vere e proprie barriere sollevate da alcuni Paesi per impedire l'ingresso di principi estranei a quelli fondanti della propria Costituzione, il che determina negative ricadute sulla formazione di un diritto sovranazionale capace di garantire uguali certezze e pari diritti a tutti i cittadini dell'Unione Europea. Cfr. al riguardo S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2013, 315-319, che rivela al riguardo come due Corti, quella italiana e quella tedesca, si siano mosse in due direzioni opposte < quella italiana nella direzione di trarre dai vincoli comunitari limiti alla sovranità interna ed all'esercizio di poteri pubblici, quella tedesca nella diversa direzione di trarre dalla propria Costituzione limiti ai poteri degli organi comunitari >.

<sup>6</sup> Per l'assunto che l'economia in epoca di capitalismo avanzato abbia bisogno di "un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina" vedi: MAX WEBER, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma 1993, 209 cui *adde* per tutti N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 15-17, il quale scrive che <la perdita della calcolabilità impedisce al capitalista di fare conto su ciò che verrà, ossia di considerare il futuro giuridico tra le ragioni della proprie scelte>, ed aggiunge anche che <il soggettivismo, intuizionismo, vitalismo penetrano il diritto e precludono all'imprenditore di contare sul futuro giuridico> dal momento che il capitalismo moderno industriale ha bisogno di mezzi tecnici e di un'amministrazione secondo regole formali <senza dei quali sono bensì possibili un capitalismo di avventura e speculativo ed ogni sorta di capitalismo politico, ma non un'industria privata, nazionale, con capitale fisso e calcolo sicuro>.

In generale per la necessità che nella materia giuslavoristica vi siano normative chiare e di agevole lettura capaci di rendere certa ed affidabile la regolamentazione dei rapporti lavorativi cfr.: G. VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Mass. giur. lav.* 2014, 632 ss..

<sup>7</sup> Non può al riguardo sottacersi che alla formazione di un diritto dell'Unione da tutti condiviso sono in qualche misura di ostacolo anche le modalità di elezione dei giudici delle Corti di Lussemburgo (cfr. al riguardo gli artt. 19 TUE e 251-254 TFUE), perché la loro nomina non configura di certo il migliore sistema per garantirne la "terzietà" e la "imparzialità" nell'esercizio delle loro funzioni e, quindi, per privilegiare in sede decisionale i diritti di una intera comunità di popoli e non quelli invece dei singoli Paesi di appartenenza. Ed una procedura analoga viene seguita per i giudici e gli avvocati generali della CEDU, anche essi nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri.

stato puntualmente aggiunto – risulta chiaro per tali ragioni <anche ad un non addetto ai lavori> che <la democrazia e le tradizioni etiche locali sono di fatto in pericolo><sup>8</sup>.

In questa direzione è stato anche aggiunto che <nelle nazioni occidentali il potere del popolo di governare se stesso viene sempre più diluito, e la possibilità ad esso offerta di scegliere il contesto etico nel quale vivere è costantemente ridotta><sup>9</sup>.

Ed al fine di evidenziare come sia sempre più difficile per l'interprete trovare punti affidabili di riferimento va sotto distinti versanti anche evidenziato : come le Carte del convenzionalismo internazionale ed europeo reclamino di essere tradotte localmente in concrete misure per rendere effettivi i valori fondamentali ivi riconosciuti e protetti<sup>10</sup>; e come ancora il mondo del diritto è un mondo non pacificato, ma interamente percorso da conflitti e contraddizioni, da negazioni spesso assai più forti dei riconoscimenti<sup>11</sup>.

Né può trascurarsi - ad ulteriore esplicitazione delle argomentazioni svolte - la considerazione che costituiscono minacce alla certezza del diritto altri elementi fattuali quali : l'ambiguità, l'oscurità, la mancanza di semplicità della norma, la sua instabilità, la pluralità delle leggi e la difficoltà e la lunghezza dei processi, anche se a tali elementi non si accompagna una dichiarazione programmatica<sup>12</sup>. Questa è riscontrabile invece in correnti di pensiero, in opzioni politiche, in radicati pregiudizi culturali, ed in <quella che è stata la tentazione dominante della nostra cultura giuridica di leggere la Costituzione con gli occhiali dell'ideologia>, tanto <che si è finito con il ridefinire la stessa libertà economica e con il convertirla, da diritto di libertà, in funzione sociale, come tale sottoposta, addirittura, al sindacato giudiziario dell'eccesso di potere><sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Così ROBERT H. BORK (celebre avvocato e professore di diritto costituzionale alla Yale University), *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Ed. liberilibri, Macerata 2007, 7-8, per il quale anche le nazioni occidentali <che hanno a lungo temuto di venire contagiate dalla “malattia americana” ovvero dal fenomeno dell'appropriazione, da parte dei giudici, dell'autorità appartenente al popolo e ai suoi rappresentanti> oggi stanno imparando <forse troppo tardi, che questa forma di imperialismo, non è tanto una malattia americana quanto una malattia giudiziaria che non conosce confini>.

<sup>9</sup> In tali precisi termini cfr. ancora ROBERT H. BORK, *op. cit.*, 8.

<sup>10</sup> Cfr. sul punto *amplius* : S. CHIARLONI, *Il nuovo protocollo 16 per la Corte Europea dei diritti dell'uomo : un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 1318, che osserva puntualmente e con parole di viva attualità come a livello locale e nella realtà fattuale i diritti fondamentali non godano di buona salute soprattutto “quelli di natura sociale, il diritto al lavoro, all'istruzione, alla salute”, che infatti “risentono gravemente del divorzio in atto tra democrazia e mercato causato dalla finanziarizzazione dell'economia, responsabile delle crisi che ci affliggono”.

<sup>11</sup> Così S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Bari 2012, 4 e 12 ss..

<sup>12</sup> Cfr. *amplius* F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, nella Collana *Civiltà del diritto* già diretta da F. CALASSO e curata da F. MERCADANTE, Milano 1968 (con saggi di G. CAPOGRASSI, P. CALAMANDREI, F. CARNELUTTI e PIO FEDELE) pag. 80, secondo cui una minaccia programmata ed anche teorica alla certezza del diritto si ritrova nelle correnti di pensiero che si propongono proprio di scalzare quella certezza, che considerano non come un valore ma come un disvalore nella esperienza giuridica e nel mondo sociale .

<sup>13</sup> In tali termini con espreso riferimento all'art. 41 Cost. cfr. : F. GALGANO, in F. GALGANO – S. RODOTA', in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, (Artt. 41-44), Tomo II, Bologna-Roma, 1982, 40, il quale - dopo avere lamentato la mancanza di una lettura unitaria dell'art. 41 Cost. - ha anche affermato che detto articolo <da un lato lo si è analizzato nell'ottica, liberale, della antitesi autorità-libertà, privilegiando la proclamata libertà di iniziativa economica e leggendo la riserva di legge in chiave garantista, come baluardo a difesa di una libertà costituzionale del cittadino> mentre, dall'altro canto, lo si è riguardato <nell'ottica di un marxismo astratto e astorico o nell'ottica, se si preferisce, del marxismo praticato e teorizzato in altre realtà storiche e nazionali> .

2. Quello che è stato definito eurodiritto, articolato in una pluralità di fonti normative, spesso di difficile lettura e di non facile identificazione del rispettivo ambito applicativo, ha nel corso degli anni mostrato una fragilità ed una scarsa efficienza nella realtà fattuale tanto da rappresentare, a ben vedere, la causa prima della incertezza giuridica di cui soffrono, seppure in diversa misura, tutti i Paesi aderenti alla Unione Europea.

Non può al riguardo negarsi che la contestuale mancanza nell'ordinamento dell'Unione di una Costituzione e di codici comuni, con la conseguenziale assenza di riferimenti affidabili anche per la loro tenuta temporale, hanno finito per avere nei singoli Stati ricadute negative sul versante socio-economico con una accentuata incidenza anche nella regolamentazione dei rapporti di lavoro e nella ricerca di un equo equilibrio tra libertà di impresa da una parte e tutela del lavoro dall'altra. Obiettivo questo che interessa trasversalmente tutti i più rilevanti istituti giuslavoristici<sup>14</sup>.

Per esigenze di ordine argomentativo è utile partire dalla lettura del dispositivo della suddetta sentenza che – è bene ripeterlo - atenzionando l'art. 3, comma 1, d.lgs. n.23 del 2015 ha dichiarato la illegittimità costituzionale sia nel suo testo originario che in quello successivo del d. lgs n. 87 del 2018, limitatamente alle parole < di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio > (cfr. n. 1 del dispositivo), per poi dichiarare l'inammissibilità di molte delle questioni devolute dall'ordinanza romana al giudice delle leggi (cfr. n. 2, 3 e 4 del dispositivo).

La finalità di questo scritto è rivolta soprattutto a motivare i dubbi che la sentenza sulla declaratoria di incostituzionalità del già citato 3, comma 1, nelle due diverse formulazioni, fa sorgere soprattutto con riferimento al principio della certezza del diritto in una duplice direzione: quella riguardante l'iter procedurale che ha portato alla suddetta declaratoria e quella relativa alle sue ricadute sull'intero apparato sanzionatorio che ha sinora disciplinato gli effetti dei licenziamenti privi di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Osserva V. SCALISI, *Fonti.Teoría.Metodo. Alla ricerca della <regola giuridica> nell'epoca della post-modernità*, Milano 2014, 435-436 che l'Europa è stata concepita dai suoi fondatori nel senso più alto, non soltanto cioè come comunità di mercato, quanto piuttosto nella sua intima essenza come comunità di vita e di azione dei popoli europei secondo il motto di uno dei suoi ideatori e vero ispiratore dell'Europa comunitaria, Jean Monnet, per il quale l'Europa non doveva servire a <coalizzare Stati ma bensì ad unire gli uomini>. L'Autore ricorda anche che A. TRABUCCHI, riteneva che l'Europa come comunità di vita, fatta di relazioni tra popoli uniti, non avrebbe potuto non avere anche un diritto suo proprio, perché l'idea stessa di Europa era inconcepibile senza una reale unificazione giuridica, senza una salda unità del diritto dei popoli europei, e soprattutto senza una uniforme normativa dei rapporti interpretati.

<sup>15</sup> Per riflessioni utili sulle tematiche di cui al testo cfr. *ex plurimis*: M. CAVINO, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti al vaglio della Corte Costituzionale*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta Sociale europea?*, in *Atti del Seminario in previsione della udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul decreto n. 23/2015, tenuto - ad iniziativa dell'Università degli Studi di Ferrara, Dipartimento di giurisprudenza, il 28 giugno 2018, 4-20*; cui *adde*, - per rilevanti considerazioni sull'oggetto ed il *petitum* della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma con richiesta di dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 3, 1 comma, d. lgs. 23 del 2015 (e con riferimenti, oltre che sull'art. 1, comma 7, lettera c, l. n. 183 del 2014, anche sugli artt. 2,3 e 4 del d. lgs n. 23 del 2015): cfr. M. MASSA, *Considerazioni sull'ammissibilità della questione*, in *Atti cit.*, 113-118.

3. A fronte della denunciata irrisorietà ed incongruità del risarcimento del danno previsto dal d. lgs n. 23 del 2015 per gli assunti dopo il 7 marzo 2015 - rispetto a quelli assunti in epoca precedente garantiti da una più favorevole tutela quale quella dell'art. 18 Stat. lav. - è stato puntualmente osservato in senso critico all'ordinanza del Tribunale di Roma, che mal si comprendeva in particolare quale sentenza avrebbe potuto essere emessa dal giudice delle leggi dal momento che la predeterminazione del valore del "bene lavoro" in tutte le sue forme non può che spettare al legislatore all'esito di un *sempre* mutevole bilanciamento tra i diversi principi costituzionali<sup>16</sup>.

Su di un distinto piano è stato inoltre evidenziato che se l'intento del giudice *a quo* era stato quello di fare rivivere nel caso di licenziamenti illegittimi il precedente apparato sanzionatorio anche per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, il Tribunale avrebbe dovuto a sostegno della sua richiesta denunciare di incostituzionalità anche l'art. 1 del d. lgs. n. 23 del 2015. Norma quest'ultima in base alla quale < per i lavoratori (operai, impiegati o quadri) assunti a tempo indeterminato, 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)>, con l'effetto consequenziale che la disciplina precedente non può non conservare la sua efficacia se non per i soli rapporti di lavoro già stabiliti<sup>17</sup>.

---

Sempre tra i contributi aventi ad oggetto l'ordinanza romana: P. TOSI e F. LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza ... annunciata* cit., 2174 ss.; C. MUSELLA, *Prime considerazioni sulla questione di costituzionalità del Jobs Act sollevata dal Tribunale di Roma con ordinanza del 2.7.2017*, in *LavoroDirittiEuropa*, fasc. 1, 30 ottobre 2017; R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.* 2018, I, 75 ss..

Per quanto attiene invece ai primi scritti successivi alla sentenza n. 194 del 2018 della Corte Costituzionale cfr. per tutti: E. BALBONI, *Il "diritto al lavoro" da principio fondamentale a diritto fondamentale: propagine estrema del costituzionalismo ad impronta personale e sociale*, in *LAVORODIRITTI EUROPA*, fasc. 2, 19 novembre 2018, 1-7; G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, *ivi*, 1-9; ed ancora: G. FONTANA, *La Corte Costituzionale ed il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".IT.* - 382/2018, pag. 29-30, secondo cui la recente sentenza della Corte presenta due facce o per meglio dire due identità, che differiscono e rappresentano due opposte personalità perché da un lato l'incompiutezza della sentenza sul problema della discriminazione fra i lavoratori sembra nel migliore dei casi una prova di "timidezza", dall'altra parte però la stessa decisione nel guardare coraggiosamente alla Carta sociale come ad una fonte di diritto finalmente applicabile mostra una Corte consapevole del "proprio ruolo di custode dei diritti fondamentali"; e S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto <a tutele crescenti> dopo l'intervento della Corte Costituzionale*, *ivi* 379/2018, pag. 7, che puntualmente addebita alla Corte Costituzionale di amputare la portata del criterio della ragionevolezza rinunciando ad <un controllo di congruità finalistica della legge, ossia ad una verifica dell'adeguatezza dei mezzi allo scopo perseguito dal legislatore>..

<sup>16</sup> Per tale indirizzo cfr. P. TOSI e F. LUNARDON, *Cronaca di una ordinanza* cit., 2178, i quali rilevano che il giurista - anche a volere ritenere la funzionalità di deterrenza connaturata alla responsabilità civile - non può però non accorgersi che la dissuasività della sanzione non può essere considerata un elemento intrinseco ma un mero effetto pragmatico della stessa, suscettibile di variare a seconda del contesto e del momento storico in cui essa viene prevista e applicata. Gli stessi autori aggiungono, sempre in termini critici al provvedimento del Tribunale di Roma, che <il legislatore ben può modulare le sanzioni in modo tale da variare le dosi, per ciascuna di esse, della componente risarcitoria rispetto a quella punitiva e viceversa>.

<sup>17</sup> Cfr. sostanzialmente in tali sensi: M. MASSA, *Considerazioni* cit., 114, secondo cui 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 questa ultima disposizione fosse elisa (puramente e semplicemente) dal corpo normativo, dal momento che tale disposizione non configura né una norma di mera abrogazione (o al limite sostituzione), il cui annullamento potrebbe fare rivivere autonomamente la disciplina precedente, né una norma speciale il cui annullamento consentirebbe il riespandersi di quella generale.

Ed ancora. e sempre in sede di valutazione dell'ordinanza di rimessione. è stato evidenziato come la Corte Costituzionale sia stata chiamata a giudicare sulla legittimità del rigido e automatico criterio della sanzione risarcitoria di cui al d. lgs. n. 23 del 2015 ed a dare conto in sede decisionale, da un lato, delle ragioni dell'impresa e, dall'altra, di quelle dei lavoratori, al fine di statuire a seguito del bilanciamento tra diritti confliggenti se debba prevalere quello all'esercizio libero di una attività economica privata o quello alla tutela del lavoratore<sup>18</sup>.

I commenti innanzi succintamente riportati, pur divergenti in alcuni passaggi argomentativi, sembrano trovare il loro momento unificante nel contenuto delle ragioni poste a loro fondamento. Da queste infatti si evince una comune condivisione sulla infondatezza delle ragioni tutte che hanno poi portato la sentenza n. 194 del 2018 alla declaratoria della illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d. lgs n. 23 del 2015 anche nel testo novellato nel 2018<sup>19</sup>.

I contributi in materia forniscono spunti di riflessione certamente utili per la valutazione di una sentenza, la cui natura non è facilmente definibile secondo i tradizionali criteri classificatori della dottrina, perché legittimano il dubbio che con essa si sia superata l'asticella, già di per se stessa flessibile, delle c.d. sentenze "additive" o "manipolative"<sup>20</sup>, per configurare

---

<sup>18</sup> Sul punto cfr. più ampiamente C. MUSELLA, *Prime considerazioni* cit., pag. 26 e nota 49, che ricorda come Corte Cost. 16 luglio 2015 n. 170 e Corte Cost. 15 dicembre 2016 n. 268 abbiano già dichiarato la illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che contengono automatismi in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (o eventualmente alla pubblica amministrazione) di tenere conto della peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alla peculiarità della specifica situazione in esame.

<sup>19</sup> E che una sentenza costituzionale come quella di cui si discute non fosse agevolmente prevedibile è attestato da molti dei suoi commentatori. Ed invero sulla base delle ragioni esposte nei loro scritti emerge che sia M. MASSA, *Considerazioni* cit., 115, che P. TOSI e F. LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza* cit., 2176., prevedevano una declaratoria di inammissibilità sulle richieste di cui alla pregiudiziale per essersi dal primo Autore osservato che la corrispondenza tra chiesto e pronunciato è un canone fondamentale della giustizia costituzionale nella prospettiva di circoscrivere il ruolo del giudice delle leggi per cui incoraggiarne una forzatura significava invitare la stessa Corte ad assumersi <una responsabilità istituzionale pesante>; e per essersi dagli altri Autori evidenziato che la predeterminazione del *quantum* di una indennità risarcitoria (specie nel *diritto speciale* del lavoro) è espressiva del "valore" che solo il legislatore può assegnare ad un bene all'esito di un dinamico (e perciò sempre mutevole a seconda del momento storico- economico) bilanciamento tra i diversi principi costituzionali. E lo stesso può dirsi per quanto attiene all'altro dei commenti indicati, nel quale dopo la premessa che il bilanciamento tra le ragioni dei lavoratori e quelle dell'impresa deve considerarsi <il convitato di pietra> della vicenda richiamata dall'ordinanza di rimessione, è stato poi rilevato che alla Corte si era demandata in sede decisionale <una scelta che consente ad un principio di prevalere su un altro in quella specifica decisione> (cfr. sul punto C. MUSELLA, *Prime considerazioni* cit., ultima pagina).

In argomento vedi anche R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo* cit., 108, che riconosce la possibilità da parte della Corte di rimodulare al rialzo le tutele economiche del lavoratore in tema di forfezzazione del danno tramite altra modalità di ristoro (ad esempio: la ricostituzione del rapporto) oppure tramite il ricorso a criteri che consentano di <calibrare l'importo dell'indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende>.

Più in generale sulla natura politica ed insindacabile del bilanciamento di interessi cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.* 2000, I, 16 ss..

<sup>20</sup> Va al riguardo ricordato che gli esiti del giudizio di costituzionalità possono tradursi in sentenze di inammissibilità o rigetto *tout court* della questione sollevata, oppure in sentenze interpretative di rigetto o di accoglimento, o ancora in manipolative o con un mero monito al legislatore

Sul tema della diversa tipologia delle sentenze della Corte e sugli effetti correlati cfr. *amplius*: G. ZAGREBELSKY e V. MARCENO, *Giustizia Costituzionale*, Il Mulino 2012, 379 ss..

Riconosce comunque la natura creativa (anche se parzialmente) della sentenza n. 194 del 2018: E. BALBONI, *Il "diritto al lavoro"* cit., che parla di "una sentenza manipolativa di accoglimento parziale denominata anche ablativa".

una sentenza obiettivamente “creativa”, capace di incidere sul potere legislativo e di divenire nel tempo nella realtà fattuale “diritto vivente” o “fonte normativa”<sup>21</sup>.

4. Per alimentare il dubbio sopra indicato è sufficiente fare riferimento ai punti nodali della decisione in commento che approda alla declaratoria di illegittimità dell’automatismo risarcitorio nei casi di licenziamenti illegittimi ( per mancanza di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo) attraverso :passaggi motivazionali non esaustivi e non di rado inconferenti , che sollevano riserve a livello procedurale, costituzionale, civilistico e non da ultimo anche a livello di eurodiritto.

In particolare è stato evidenziato come - dalla lettura del dispositivo e della motivazione della sentenza - emerga il vizio di ultrapetizione dal momento che mentre nell’ordinanza di rimessione non vi è traccia di riferimenti all’art. 1 del suddetto decreto n. 23 (norma intertemporale volta a definire l’intero suo ambito applicativo), invece l’interpretazione del dispositivo - alla stregua delle ragioni che lo sorreggono (*Considerando in diritto* n. 15) – induce ad un’ applicazione dell’apparato sanzionatorio di cui alla legge n. 92 del 2012 anche ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015<sup>22</sup>.

Ed il superamento della risposta della Corte Costituzionale dei limiti entro i quali devono essere esaminate le domande di cui alla pregiudiziale risulta ancora più marcato nella declaratoria di incostituzionalità dell’art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 87 del 2018. Ed infatti non ha fondamento la tesi che davanti alla Corte Costituzionale sia consentito l’esame di domande nuove (rispetto a quelle rinvenibili nella stessa pregiudiziale) in applicazione del generale principio dello *ius superveniens*. A tale estensione ostano la specialità della procedura davanti ai giudici delle leggi e le loro istituzionali competenze diverse da quelle devolute ai giudici ordinari,

---

<sup>21</sup> Pericolo destinato ad aumentare allorché l’interprete si trovi a fronteggiare norme dal contenuto indecifrabile , lacunoso, mal scritte, articolate in una pluralità di disposizioni mal coordinate o anche clausole generali o principi con un ambito applicativo di difficile delimitazione. Condizioni tutte che possono costituire terreno privilegiato per sentenze <creative>, <a sorpresa>, < di oscillante e mutevole contenuto> che con il violare il principio della certezza del diritto , possono avere negative ricadute sullo stesso contesto socio-economico del Paese.

Pericolo ricorrente anche nella giurisprudenza dei giudici delle leggi per rinvenirsi nella nostra Carta Costituzionale norme come quella dell’art. 41 Cost. che, per la loro bipolarità semantica e per essere difficilmente riconducibili ad approdi interpretativi unitari finiscono sovente per essere letti con <gli occhiali dell’ideologia>. Cfr. al riguardo in dottrina le pagine illuminanti sul punto di F. GALGANO, in F. GALGANO – S. RODOTA’, *op. loc. cit.* cui *adde* sulla (reclamata) riscrittura dell’art. 41 Cost. *al fine di ridurne in sede interpretativa i margini di incertezza* cfr. G. VIDIRI, *Il trasferimento d’azienda : un istituto sempre in bilico tra libertà d’impresa (art. 41 Cost.) e diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.)*, in *Corriere giur.* 2018, 967-969..

Sul generale principio della certezza del diritto, oltre il classico contributo di F. LOPEZ DE ONATE, *op. cit.*, vedi anche G. VIDIRI, *La certezza del diritto tra “positivismo giuridico” e “giusnaturalismo”*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2016 n. 4, 511-555 nonché in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali* (a cura di G. BRONZINI – R. COSIO) , nella Collana di diritto civile e di diritto pubblico di G. ALPA, , Milano 2017, 3-.36,

<sup>22</sup> Nel commentare l’ordinanza del Tribunale di Roma M. MASSA, *Considerazioni* cit., par. 3, ha puntualmente rimarcato come 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 espandere quella generale.

davanti ai quali ha invece trovato applicazione il suddetto principio seppure limitato da regole rigide e severe dettate dal codice di rito e dai *dicta* della giurisprudenza di legittimità<sup>23</sup>.

Sul punto va pure considerato che pronunzie della Corte su questioni mai in precedenza decise dai giudici ordinari finiscono per sottrarre di fatto a questi ultimi gli spazi interpretativi di compatibilità con i principi della nostra Carta, ribaltando un tradizionale ordine temporale utile per saggiare attraverso una compiuta attività ermeneutica la tenuta di ogni legge prima di definitive e vincolanti decisioni dei “giudici delle leggi”<sup>24</sup>.

Ma al di là di questa pur assorbente considerazione, la sentenza in esame si dimostra di scarsa, se non di nulla o pericolosa, efficacia a livello applicativo, non solo per quanto attiene alle sanzioni indennitarie in tema di licenziamenti illegittimi per mancanza di giusta causa o di giustificato motivo, ma pure per gli effetti indiretti che essa è destinata a produrre, in termini di coerenza, sull'apparato sanzionatorio di tutte le restanti tipologie di licenziamenti “accrescendo in tal modo le incertezze in una materia che, per essere da sempre caratterizzata da un copioso contenzioso, necessiterebbe per la sua rilevanza di risposte chiare, certe e quindi affidabili”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Per le numerose problematiche inerenti all'*ius superveniens* cfr. da ultimo le ordinanze : Cass. 15 novembre 2018 n. 29462; 28 settembre 2018 n. 23518; 17 agosto 2018 n. 20763, e , in precedenza, Cass. 29 settembre 2016 n. 19285, in *Dir. civ. contemporaneo* 2017, fasc. 1, con nota di M. D'ONOFRO, *Danni punitivi ed abuso del processo ex art. 96, comma 3, c.p.c...*

<sup>24</sup> A conforto di quanto esposto nel testo va evidenziato che l'esame nel merito della legittimità dell'art. 3, comma 1, del d.lg n. 87 del 2018 va escluso perché il *quantum* delle indennità risarcitorie da detta norma previsto per essere maggiormente penalizzante per il datore di lavoro rispetto alla disciplina precedente, risulta più equo innalzando da 4 a 6 le mensilità la misura minima del risarcimento e da 24 a ben 36 mensilità quella massima, finendo così per vanificare i dubbi sulla sua illegittimità.

Sul punto cfr. G. MIMMO e A. SGROI, *Il decreto dignità*, Ed Pacini giuridica, 2018, 108-109, i quali, in relazione all'aumento a seguito del decreto del 2018 del limite massimo del risarcimento in proporzioni certamente rilevanti, osservano che si possono superare i dubbi di costituzionalità denunciati. In tal modo infatti “ l'anzianità di lungo corso assume maggiore rilevanza, in quanto mentre prima l'incidenza della crescita dell'anzianità si fermava a 12 anni adesso si ferma a 18 anni, misura che appare certamente più congrua”. Aggiungono poi gli Autori che “ invece, il lavoratore licenziato dopo poco tempo in ogni caso potrà fruire di un indennizzo minimo di sei mensilità, misura certamente più consistente rispetto alla precedente formulazione della norma”.

Elementi fattuali questi che privano dunque di ogni residuale valore il richiamo alla sentenza n. 125 del 2018 della Corte in tema di *ius superveniens*, che attiene tra l'altro ad una fattispecie ben diversa da quella esaminata dalla sentenza n. 194 del 2018,, avendo la norma sopravvenuta (art. 3, comma 1, d. lgs. n. 87 del 2018) modificato il complessivo quadro normativo di riferimento tanto da rendere in ogni caso necessaria una nuova e diversa valutazione sulla *rilevanza e non manifesta infondatezza* delle questioni oggetto della ordinanza del Tribunale di Roma.

<sup>25</sup> E. BALBONI, *Il “diritto al lavoro”* cit. , dopo avere osservato che la sentenza della Corte è stata molto attenta a non cadere nella trappola del suprematismo ideologico, sbarazzandosi delle questioni poste dal giudice *a quo* sugli articoli 2 e 3 del decreto n. 23 del 2015, ha preso in considerazione unicamente l'art. 3, comma 1, del suddetto decreto nella parte relativa al pagamento da parte del datore di lavoro di una certa indennità che il legislatore stabilisce in modo fisso e rigido tra 4 e 24 mensilità poi salite successivamente, come si è detto, rispettivamente a 6 e 36 mensilità grazie alla recente novella del c.d. decreto dignità.

Il giudizio dell'Autore favorevole all'*iter* procedurale seguito dalla Corte Costituzionale - per avere operato con “chirurgica precisione” nell'eliminare molte questioni contenute nell'ordinanza del giudice romano - non può essere condiviso, oltre che per i motivi già indicati, anche perché, col dichiarare illegittimo il solo comma 1 dell'art 3 del summenzionato decreto e sottraendo alla sua indagine ogni altra ulteriore valutazione nel merito delle numerose questione di cui alla pregiudiziale, la Corte ha finito di fatto per accrescere il tasso di incertezza su punti nodali del diritto del lavoro, destrutturando in termini di coerenza ordinamentale l'intero apparato sanzionatorio del Jobs Act...

E riserve vanno mosse pure in relazione a molti passaggi argomentativi contenuti nei quindici ed articolati punti del “*Considerato in diritto*” per la vaghezza ed indeterminatezza dei principi enunciati.

E’ sufficiente sul punto rimarcare come la Corte dopo avere puntualmente ricordato che a fronte dei licenziamenti illegittimi il criterio risarcitorio deve essere “dissuasivo” per il datore di lavoro ed “adeguato” ai fini compensativi del danno subito dal lavoratore, e dopo avere più volte fatto riferimento alla regola del bilanciamento dei diritti come equa regolamentazione tra interessi ontologicamente confliggenti, non fornisce poi alcuna precisa e chiara indicazione sui parametri di riferimento per declinare detta regola sia sul versante della “adeguatezza” che su quello della “dissuasività”.

In altri termini, la Corte dopo avere richiamato numerose volte il principio del bilanciamento dei contrapposti interessi non ha tenuto in nessun conto il quadro complessivo volto a disciplinare i licenziamenti individuali. Questo si è assestato gradualmente nell’accreditamento dell’indirizzo secondo cui allorquando in un mercato aperto alla concorrenza si configuri una contrapposizione tra libertà di impresa e diritto al lavoro, al fine di una “equa regolamentazione del conflitto”, il primo diritto deve prevalere sul secondo nei casi in cui una diversa scelta finirebbe per incidere negativamente sulle esigenze della produzione con effetti negativi in termini occupazionali<sup>26</sup>. Indirizzo questo che accredita la copiosa giurisprudenza di legittimità sul licenziamento per motivi economici secondo cui tra le ragioni che legittimano il recesso del datore rientrano anche quelle volte ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell’impresa. Ragioni queste che, ad esempio, giustificano un effettivo mutamento nell’assetto organizzativo dell’impresa: con la soppressione di una singola posizione lavorativa; con la ripartizione delle mansioni svolte dal lavoratore licenziato tra più dipendenti già in forza nell’impresa; o con la riduzione degli occupati per effetto di innovazioni tecnologiche che rendono superfluo l’apporto di manodopera<sup>27</sup>.

In tale direzione vanno pertanto interpretati sia il combinato disposto del primo e secondo comma dell’art. 41 della Carta Costituzionale, nella parte in cui individua nell’utilità sociale un

---

<sup>26</sup> Per C. MALBERTI, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea* (a cura di R. MASTROIANNI - O. POLLICINO - S. ALLEGREZZA - P. PAPPALARDO - O. RAZZOLINI), Milano 2017, sub art. 16, 314-316, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia non può negarsi che la libertà di impresa abbia assunto nel tempo una portata molto ampia a tutela dell’esercizio di una attività economica e commerciale, sia come attività contrattuale sia infine, ed a maggior ragione, come libertà di svolgere una qualunque attività economica in regime di libera concorrenza.

Va ricordato ancora una volta che F. GALGANO, in F. GALGANO – S. RODOTA’, *op. cit.*, 40, ha rimarcato come già in passato l’art. 41 Cost. sia stato interpretato in una ottica liberale privilegiando la libertà di iniziativa economica privata e leggendo la riserva di legge come baluardo a difesa di una libertà costituzionale del cittadino.

<sup>27</sup> Cfr. sul punto Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, in *Foro it.* 2017, I, 134, con nota di G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo “organizzativo”: la fattispecie*, ed in *Mass. giur. lav.* 2017, 317, con nota di A. VALLEBONA, *Legittimità del licenziamento diretto ad incrementare il profitto* cui *adde* in termini simili *ex plurimis*: Cass. 20 ottobre 2017 n. 24882; Cass. 3 maggio 2017 n. 10699.

limite alla libertà di impresa<sup>28</sup>, e sia le statuizioni della giurisprudenza costituzionale<sup>29</sup> e di quella dell'Unione europea<sup>30</sup>.

5. Per chi pratica con non celate difficoltà un ordinamento complesso quale quello dell'Unione Europea, che alle incertezze del nostro diritto del lavoro aggiunge in maniera esponenziale incertezze a livello planetario, non può che limitarsi soltanto ad esprimere oltre alle riserve già avanzate anche qualche ulteriore dubbio sulla giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo sul piano generale suscitano perplessità i frequenti richiami da parte della Corte Costituzionale specificamente in materia di lavoro - e da cui non è certo esente la sentenza in esame - a principi della nostra Carta. Tali principi, pur avendo un contenuto indeterminato, generico e di mero indirizzo programmatico (come gli artt. 1, 4, 41 Cost.)<sup>31</sup>, e pur non avendo acquisito attraverso concordi indirizzi dottrinari e giurisprudenziali la necessaria specificazione e l'efficacia propria delle norme positive, vengono attualizzate ugualmente da sentenze <additive o manipolative> che, connotate di sovente da superiori *valori trascendenti* rispetto alla *positività del diritto*, finiscono per tradursi in "sentenze creative", non di rado patrocinate

---

In dottrina in senso adesivo cfr. G. VIDIRI, *Art. 41 Cost.: licenziamento per motivi economici e "repechage" dopo il Jobs Act*, in *Corriere giur.* 2017, 659 ss.; ID. *Il licenziamento per motivi economici nel "nuovo corso" del diritto del lavoro*, in *LAVORODIRITTEUROPA*, 30 ottobre 2017.

<sup>29</sup> Sulla interpretazione del dato normativo che induce a garantire l'iniziativa economica come presupposto imprescindibile di un sistema economico funzionale alle esigenze delle domande di mercato e sull'assunto che l'intervento legislativo in materia non può condizionare le scelte imprenditoriali in modo così incisivo da determinare "la funzionalizzazione dell'attività economica" o più in generale la limitazione in rigidi confini dello spazio operativo dell'attività imprenditoriale cfr. Corte cost n. 548 del 1990, in *Giur. cost.* 1990, 3147, e successivamente tra le altre: *Corte cost.* n. 339 del 2001, *ivi* 2001, 2900.

In dottrina per la condivisione dei principi enunciati dalla Corte costituzionale vedi: G. MORBIDELLI, *Iniziativa giuridica privata*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma 1998, 4-5; G. VIDIRI, *Art. 41 Cost.: licenziamento per motivi economici* cit. 666-669; ID., *Il Trasferimento d'azienda: un istituto sempre in bilico tra libertà d'impresa (art. 41 Cost.) e diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.)*, in *Corriere giur.* 2017, 979-981.

<sup>30</sup> L'art. 41 Cost. va interpretato - anche alla stregua dell'ordinamento dell'Unione Europea - come norma volta a rafforzare la libertà economica dell'imprenditore, consentendogli il libero ed autonomo esercizio dei propri poteri per meglio far fronte alla concorrenza e nello stesso tempo per porlo al riparo dall'invasione del potere statale.

Al riguardo cfr.: le sentenze *Viking* (Corte giust CE 11 dicembre 2007, C-438/08) e *Laval* (Corte giust. CE 18 dicembre 2007, C-341/05), che nell'intendere il principio della libertà di impresa come potere di libertà *nella sua forma pura* sono giunte a limitare per questa via, e non sulla base del bilanciamento degli interessi, i diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche; e la sentenza (in tema di trasferimento d'azienda) *Asklepios* 27 aprile 2017, cause riunite C-680/15 E C-681/15 (che si leggono in *Lavoro giur.* 2017, 1067, con nota di R. COSIO, *Trasferimento d'azienda e contratto collettivo*) che mostra in maniera chiara che l'esercizio di una attività economica non può subire arbitrarie limitazioni sul versante della libertà organizzativa come emerge dall'affermazione che <l'art. 3 della direttiva 2001/23, letto alla luce della libertà di impresa, implica che il cessionario deve avere la possibilità di fare efficacemente i propri interessi in un iter contrattuale al quale partecipa e di negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica>.

<sup>31</sup> Le norme costituzionali dal contenuto indeterminato possono essere equiparate sul piano ermeneutico alle clausole generali per le quali si è ritenuto necessaria una interpretazione/concretizzazione da L. MENGONI, in *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1997, 1 ss., secondo il quale l'interpretazione deve essere funzionalizzata all'indicazione di singole regole concrete riconducibili alla clausola, nonostante la genericità del suo contenuto. In tali sensi più di recente in tema di norme giuridiche che contengono clausole generali: S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano 2013, 44-48,

da un giusnaturalismo “accattivante” e talvolta anche “gratificante”, supportato non di rado da un cattolicesimo pauperista<sup>32</sup>.

Riserve diffuse sollevano inoltre sia il riconoscimento dell’efficacia *de iure* dell’art. 24 della Carta sociale europea per opera dell’art.117, comma 1, Cost. ai fini della declaratoria della illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, dei d. lgs n. 23/2015 e n. 87 del 2018<sup>33</sup>, e sia il rilievo assegnato a tali fini alle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali<sup>34</sup>.

E perplessità sorgono pure sulle conseguenze da ricollegare all’affermazione che nella liquidazione dell’indennità risarcitoria si dovrà tenere conto innanzitutto dell’indennità di servizio ma anche di altri criteri quale il numero dei dipendenti occupati, la dimensione dell’attività economica nonché le condizioni delle parti. Criterio quest’ultimo che però, contrariamente alla tesi scaturente dal silenzio eloquente della motivazione della Corte, rende necessario in sede giudiziaria – e nel rispetto del principio di ragionevolezza e di un equo bilanciamento dei diritti - l’esame della specificità e variabilità della particolare posizione del lavoratore nonché della peculiarità della singola fattispecie, relativizzando in tal modo l’assolutezza e la generale portata della declaratoria di incostituzionalità <sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. per utili riflessioni sul tema la Lezione Magistrale tenuta nella Facoltà di Giurisprudenza presso l’Università Suor Orsola Benincasa da N. IRTI (*I “cancelli delle parole”*, Collana diretta da L. d’Alessandro e A. Sandulli, Editoriale scientifica, 2015), che dopo avere affermato che “i principi sono norme” distingue poi i “principi espliciti” che sono consegnati a testi normativi, spesso ordinati in scala gerarchica (norme costituzionali o disposizioni di principio, dichiarazioni di diritti, enunciati generali nei codici, ecc.) dai “principi impliciti” che si ricavano per induzione da un insieme di norme particolari, sono condensati in formule dottrinali, dette dai giuristi romani *regulae iuris*, e corrispondono al significato di precise disposizioni legislative (pag.13-14 *op. cit.*).

L’Autore aggiunge poi che i principi (nel senso rigoroso e proprio della parola: art 12, secondo comma, disp. prel. cod. civ.) e i valori non sono sinonimi né appartengono al medesimo ambito, perché i principi, espliciti o impliciti, provengono dalle norme positive, la loro nota è l’*immanenza* nell’insieme o nel sistema delle norme, mentre i valori sono al di là delle norme e dei principi connotati dalla *trascendenza* rispetto alla positività del diritto (pag. 18, *op. cit.*).

Per le ragioni che inducono ad aderire al positivismo vedi N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, G. Giappichelli Editore, Torino 2009, 242- 243, che evidenzia come nella sua versione moderata, a differenza di quella estremistica, il positivismo non dice che il diritto è un bene in sé <per cui bisogna sempre obbedire ad esso, ma dice solo che il diritto è un mezzo (in termini Kelseniani, una tecnica di organizzazione sociale) che serve per realizzare un determinato bene, l’ordine della società, con la conseguenza che, se vogliamo questo bene, dobbiamo ubbidire al diritto>. Per le ricadute nell’economia sociale di mercato del positivismo nella sua versione valoriale cfr. per tutti WILHELM ROPKE, *Al di là dell’offerta e della domanda (verso un’economia umana)*, Rubbettino Editore 2015, per il quale non è più possibile separare i principi economici dal comportamento umano, dal suo essere un *homo agens*.

<sup>33</sup> Mostra di nutrire dubbi sulla portata dell’art. 24 della Carta sociale europea: BALBONI, *Il “diritto del lavoro”* cit, pag 3 del dattiloscritto. *Contra* invece G. FONTANA, *La Corte costituzionale* cit., 23 ss., che patrocina infatti una valorizzazione della Carta sociale sulla base della interpretazione autentica che di essa è stata data dal Comitato dei diritti sociali.

<sup>34</sup> Va ricordato che il Comitato Europeo dei diritti sociali (Ceds), è un Comitato di esperti non avente funzioni giurisdizionali né paragiurisdizionali ma assume un ruolo ben delimitato di sollecitazione, al più, del Comitato dei Ministri (così G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni* cit., pag. 5).

<sup>35</sup> Con riferimento ai c.d. automatismi legislativi, che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile, va rammentato che la Corte Costituzionale ha spesso dichiarato l’illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che contengono tali “automatismi”, in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (o eventualmente alla pubblica amministrazione) di tenere conto della peculiarità del caso concreto e di modulare i loro effetti in relazione alla specifica situazione da disciplinare. Siffatti principi (rinvenibili in Corte cost. 15 dicembre 2016 n.268 e Corte cost. 16 luglio 2015 n. 179) vanno applicati tenendo nel dovuto conto: da un lato che l’automaticità e rigidità del criterio di computo e la sua onnicomprensività non escludono l’ammissibilità di altre voci risarcitorie per violazione di specifiche norme costituzionali poste a garanzia della dignità, del decoro e dell’integrità fisica e psichica del lavoratore (ad esempio nel caso di *mobbing* o di illegittimo demansionamento); e, dall’altro,

Da ultimo non risulta rispondente al principio della *ragionevolezza estendere tout court* - ancora una volta senza adeguata motivazione - la declaratoria di illegittimità della norma sull'indennità risarcitoria ex d. lgs. n. 23 del 2015 a quella successiva ex d. lgs. n. 87 del 2017, *in ragione* della netta diversità di disciplina tra le suddette disposizioni in ordine alla entità della sanzione risarcitoria ed altresì *in ragione* della naturale evoluzione dell'ordinamento dell'Unione Europea. Evoluzione che, nel ricercare un equo equilibrio tra diritti confliggenti, ha - è bene ribadirlo - individuato di volta in volta il diritto da privilegiare sulla base della singola fattispecie scrutinata alla stregua di un principio che può, seppure approssimativamente, definirsi di "gerarchia mobile"<sup>36</sup>.

La piena tenuta delle precedenti considerazioni è confortata dalla ulteriore e finale considerazione che è assistito da valide ragioni l'assunto che la dichiarazione di illegittimità da parte della Corte Costituzionale di una norma (nel caso di specie : art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 23 del 2015) non può avere effetti abrogativi (espressi o taciti) alla stregua dell'art. 15 delle preleggi con conseguente automatica reviviscenza, con effetti per di più estensivi, di una norma precedente regolante la stessa materia allorché si sia in presenza di una specifica disposizione intertemporale volta a regolare in termini chiari ed esaustivi il passaggio dall'una all'altra disciplina (nel caso di specie : art. 1 dello stesso decreto n. 23 del 2015)<sup>37</sup>.

Corollario del complessivo *iter* argomentativo svolto è dunque l'assunto che la sentenza della Corte, da classificarsi come *interpretativa di accoglimento fortemente manipolativa*, non potrà invece nella realtà fattuale raggiungere gli effetti innovativi, sperati da alcuni e temuti da altri, stante la perdurante vincolatività - in relazione ai licenziamenti individuali - delle regole dell'Unione europea in materia di bilanciamento tra diritto ad esercitare liberamente una attività economica e diritto al lavoro. Nè può al riguardo sottacersi che in tema di liquidazione della indennità risarcitoria *una equa e ragionevole quantificazione* deve essere incentrata e calibrata sulla personalizzazione dei danni subiti dal lavoratore, da determinarsi sulla base non solo del criterio

---

che nel bilanciamento tra libertà di impresa e diritto al lavoro ai fini di valutare la legittimità dei licenziamenti ogni regola applicativa deve porsi in linea con l'evoluzione del diritto dell'Unione in tema di equo bilanciamento tra libertà dell'esercizio di una attività economica privata e diritto al lavoro.

Sugli automatismi legislativi cfr. in dottrina tra gli altri : C. MUSELLA, *Prime considerazioni* cit., par. 7; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 8-10. del dattiloscritto..

<sup>36</sup> Il mutare nel tempo delle condizioni socio-economiche del Paese e l'evoluzione di un ordinamento complesso, come quello dell'Unione Europea, alla continua ricerca di uno stabile assetto, impongono all'interprete il difficile compito di individuare quale dei due contrapposti diritti - quello della libertà di impresa e quello al lavoro - deve essere privilegiato. Cfr. *amplius Sul punto* G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda : un istituto sempre in bilico* cit., 979.

Per la precisazione che al fine di stabilire se la disciplina degli artt. 3 e 4 del d. lgs. n. 23/2015 violi l'art. 3 Cost. sul piano della ragionevolezza e per stabilire se la riparazione del danno assuma un adeguato valore dissuasivo verso il datore di lavoro e compensativo verso il lavoratore <deve aversi riguardo al quadro normativo complessivo> in cui le suddette norme si inseriscono cfr. M. CAVINO, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 11-12.

<sup>37</sup> In termini analoghi vedi M. MASSA nota n. 22.

rigido ed automatico dell'anzianità di servizio ma anche della specificità delle singole fattispecie e delle peculiarità delle diverse situazioni in esame<sup>38</sup>.

6. Chi oggi si approccia con il diritto del lavoro, dopo averne seguito per motivi professionali il suo evolvere, non può che constatare con rammarico e nello stesso tempo con disincanto, come vi sia stato un suo costante e graduale deterioramento valoriale, accentuatosi soprattutto negli ultimi anni per effetto di interventi normativi tradottisi in scelte compromissorie al ribasso volte unicamente all'acquisizione di maggior consenso, e che hanno portato alla stesura di leggi articolatesi in disposizioni fluviali e nello stesso tempo lacunose e poco chiare a causa di una tecnica spesso approssimativa e priva di qualsiasi progettualità.

Il denunciato da più parti degrado del diritto del lavoro, che se diviene un "diritto avaloriale" è destinato a sfociare nel "nichilismo giuridico", ha portato poi ad un parziale smantellamento delle tutele delle organizzazioni sindacali e degli stessi lavoratori anche a seguito di nuove tipologie negoziali connotate da una "spersonalizzazione" dei rapporti negoziali, con un consequenziale loro riavvicinamento ai comuni contratti di scambio a contenuto patrimoniale<sup>39</sup>.

Tutte le precedenti considerazioni inducono il giuslavorista a più generali riflessioni.

La tutela dell'uomo che lavora all'interno della organizzazione produttiva va rinvenuta in chiari interventi legislativi che definiscano i limiti dei poteri esercitati dall'imprenditore come capo della impresa nel corso della intera durata del rapporto lavorativo.

Alla giurisprudenza di legittimità ed a quella costituzionale in conformità del diritto dell'Unione Europea, è affidato il difficile compito di ridurre - attraverso i loro ripetuti pronunziati - l'indeterminatezza del linguaggio legislativo in *standards* valutativi affidabili e resistenti nel tempo in *ragione di dicta* dal contenuto chiaro e di agevole lettura<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> In senso contrario in merito agli effetti della sentenza della Corte Costituzionale cfr. : G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni* cit., 2, per il quale l'intervento della Corte ha assestato una sorte di *uno-due* micidiale su una parte non indifferente del decreto dignità.

<sup>39</sup> Cfr. per un sostanziale abbassamento delle tutele a danno dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali ad opera della legge Fornero e del Jobs Act, che hanno così segnato un "nuovo corso del diritto del lavoro" cfr. : G. VIDIRI, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act : una (altra) riforma mal riuscita*, in *Argomenti dir. lav.* 2016, II, 479 ss..

Per un accentuato indebolimento delle tutele riscontrabile nei rapporti di lavoro autonomo cfr. per tutti : A. PERULLI, *La legge di tutela del lavoro autonomo: profili introduttivi*, in *Il jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (a cura di A. PERULLI e L. FIORILLO), Torino 2018, 11, secondo cui il Jobs Act conferma l'allontanamento del lavoro autonomo da un apparato di tutele specifico, di matrice giuslavoristica, che l'ordinamento, riconfermando la (sempre più insensata) spaccatura regolativa tra mondi di lavoro asseritamente opposti ed oppositivi, intende riservare, sia pure in modo vistosamente decrescente, al solo "lavoro dipendente".

<sup>40</sup> Afferma N. IRTI, *I "cancelli delle parole"* cit. 37-38, che " non c'è linguaggio democratico della legge, ma soltanto un linguaggio preciso o impreciso, forte nella nettezza dei contenuti o debole nei vagheggiamenti dei propositi" sicchè "un sicuro disegno politico si esprime in pacata linearità dei linguaggio" mentre "incerte e fragili volontà si manifestano dietro enfasi di parole". Quanto detto dall'illustre giurista porta a rimarcare come il linguaggio del Jobs Act appaia spesso *criptico* ovvero semplicemente *disinvoltato* e non di rado anche *enfatico* ed *irridente* come quando definisce la nuova tipologia negoziale introdotta con il d. lgs n. 23 del 2015, contratto di lavoro a tempo indeterminato "a tutele crescenti" al fine di celare, con

In un recente scritto è stato opportunamente ricordato che l'intervento correttivo del d. lgs. 23/2015 traeva origine dal bisogno, esplicitamente dichiarato, di limitare la discrezionalità del magistrato nella determinazione anche della misura del risarcimento previsto in caso di licenziamento illegittimo e allo stesso tempo garantire alle imprese la possibilità di calcolare preventivamente, in termini di ragionevole certezza, l'ipotetico "costo" da sostenere per il caso in cui un licenziamento operato fosse stato impugnato in giudizio.

La sentenza n. 194 della Corte per risultare di non agevole lettura e di difficile classificazione come sentenza "meramente interpretativa" o "manipolativa" o *tout court* "creativa" è destinata a moltiplicare le incertezze che si intendevano invece ridurre con il d. lgs n. 23 del 2015. Il che fa sorgere il dubbio che si sia inteso seguire una ben precisa linea di "politica del diritto" rivolta: a destrutturare con *sospettabile* immediatezza il d. lgs. 87/2018, convertito in l. 9 agosto 2018 n. 96; ad incidere sui poteri del legislatore del 2015 nel criterio di determinazione del *quantum* dell'indennità risarcitoria; e per l'effetto a limitare anche la discrezionalità valutativa del giudice<sup>41</sup>.

Non è questa la sede per interrogarsi se o come si sia gradualmente ampliato il potere della Corte Costituzionale e se abbia fondamento alcuno l'opinione che denuncia il pericolo di una appropriazione da parte della stessa Corte di competenze improprie attraverso le c.d. sentenze manipolative o additive autocertificate come tali<sup>42</sup>, i cui effetti possono arrivare sinanche a confermare l'ordine esistente o, viceversa, a proporre un nuovo ordine economico o politico<sup>43</sup>.

Per concludere, e nel lasciare ai cultori del diritto costituzionale la risposta agli interrogativi proposti, è doveroso però ed auspicabile per i giuristi tutti - ed in particolare per i giuslavoristi deputati a confrontarsi con complesse problematiche di rilevante impatto economico - continuare a fare pieno affidamento sui pronunziati dei "giudici delle leggi", che come e più degli altri giudici devono - nello svolgimento delle loro funzioni e nel rispetto del disposto del comma 2 dell'art. 111 Cost. - essere ma anche apparire "terzi" ed "indipendenti", con il

---

uno studiato gioco di parole, la ben diversa realtà di un sostanziale ridimensionamento del precedente apparato normativo posto a garanzia del lavoratore essendo stato riconosciuta al datore di lavoro una maggior flessibilità oltre che nella gestione del rapporto anche in sede di recesso dal contratto di lavoro.

<sup>41</sup> Ritiene G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni* cit., 7, che con la sentenza n. 194 si mette in discussione non il *quantum* dell'indennità risarcitoria, bensì il suo meccanismo di definizione e, dunque, il senso stesso della riforma del 2015, con particolare se non esclusivo riguardo alla preclusa "discrezionalità valutativa del giudice".

<sup>42</sup> E' il caso di Corte cost. 231 del 2013 - definitasi <additiva> al fine di evidenziarne gli effetti normativi scaturenti dalle sue statuizioni - che nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 19, primo comma, lettera b, della legge 20 maggio n. 300 (nel testo risultante dall'abrogazione parziale disposta dal d.p.r. 28 luglio 1995 n. 312) e nel designare un nuovo e non previsto criterio di rappresentatività sindacale si è posta in totale discontinuità sindacale con la precedente decisione della stessa Corte n. 244 del 1996, che ha invece rigettato la richiesta di illegittimità della citata disposizione statutaria. Per una critica della sentenza n. 231 del 2013 cfr. G. VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto* cit., paragrafo 6. .

<sup>43</sup> Cfr. in tali sensi : S. SILEONI, *Prefazione* al libro di ROBERT H BORK, *Il giudice sovrano* cit., pag. XXIII-XXIV, che dopo avere evidenziato che sono ormai lontani i tempi del dibattito tra Kelsen e Schmitt circa l'opportunità di una giustizia costituzionale, strumento riconosciuto di garanzia del costituzionalismo, e dopo avere rimarcato come attualmente appaia anche sfocata "l'etimologia" del termine giurisprudenza come <pratica di giudicare fondata sopra un modo *costante* di interpretare la legge>, rileva come ROBERT H. BORK ricordi che non è affatto scontato che le Corti agiscano in maniera conforme o adeguata allo spirito dei tempi e della popolazione e che è forse ingenuo affidarsi alla loro autorevolezza morale e professionale per raddrizzare le eventuali distorsioni del sistema giuridico .

rifuggire quindi da pregiudizi, da rigide posizioni culturali e soprattutto da opzioni socio-politiche<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Con parole di viva attualità e che nel contempo fungono da preoccupante presagio è stato detto che la giustizia politica è la forma che la politica assume nei momenti di passaggio, di transizione <quando il vecchio ordine – con le sue regole, le sue tradizioni, i suoi valori, i suoi costumi intellettuali – va in pezzi. E quello nuovo non c'è ancora>. Cfr. al riguardo più ampiamente : .R. RACINARO, in *Introduzione* al libro di OTTO KIRCHHEIMER, *Giustizia politica*, liberilibri. Macerata 2002, pag. XXIX..