

Funzioni dei giudici e processo del lavoro

Il giuslavorista alla ricerca di sé stesso tra leggi oscure e giudici sovrani

di Guido Vidiri, già Presidente della Sezione lavoro della Corte di Cassazione (*)

La premessa necessaria è che il mercato globalizzato impone di rivedere non solo il diritto sostanziale ma anche il processo, per cui è necessaria una nuova cultura. Nel processo, il giudice deve cercare un'interpretazione costituzionalmente orientata, ma non deve approfittare di norme flessibili per creare un diritto nuovo e manipolare o vanificare quello esistente. Il maggior punto critico deriva dalla Corte costituzionale, che da tempo cerca di estendere i propri poteri a discapito del legislativo e dell'esecutivo. Spesso è lo stesso legislatore a delegare di fatto ai giudici con norme volutamente incerte. Va riportata la Corte costituzionale alla sua funzione negativa, di eliminare le leggi contrarie alla Costituzione, escludendo una funzione positiva di nuova fonte del diritto.

The necessary precondition is that the globalised market requires a review not only of substantive law but also of the process, which requires a new culture. In the process, the judge must seek a constitutionally oriented interpretation, but he must not take advantage of flexible rules to create a new Law and manipulate or nullify the existing ones. The main criticism stems from the Constitutional Court, which has long sought to extend its power to the detriment of the legislative and the executive ones. It is often the legislator himself who delegates de facto to Courts with deliberately uncertain rules. The Constitutional Court must be brought back to its negative function of eliminating laws contrary to the Constitution, excluding a positive function as a new source of Law.

Il giudice nel processo tra incertezze ed ideologie

In una mirabile opera di storia del diritto (1) si legge che agli inizi del diciannovesimo secolo “il termine ‘procedura’ era intrinsecamente dimesso, riferendosi chiaramente ad un insieme di forme organizzative sul presupposto che il grande problema dell’azione, dell’azione processuale, continuasse ad essere racchiuso in una nozione unitaria di diritto soggettivo di cui rappresentava una sorte di dimensione esterna, di proiezione verso l’esterno”.

Si osservava altresì che tutto ciò significava “il duplice riconoscimento della dominanza del diritto civile e del primato del diritto sostanziale” perché collegava “intimamente l’azione al diritto soggettivo e alla sua lesione”. La procedura appariva così come

“faccenda da causidici o da uscieri”, e il procedurista quasi come “il bracciante della giurisprudenza”. Per finire si aggiungeva che era da attribuire all’ingegno personale robustissimo di Chiovenda, ed alla sua matrice culturale, l’aver determinato un’inversione di tendenza con l’abbandono di una visione squisitamente privatistica del processo considerato come “ancillare della determinante ragione civile”.

Sul piano storico è stata sempre opinione pressoché unanime tra gli studiosi di diritto comparato che l’eccessiva durata dei processi rappresenti il “vizio congenito” ed il “peccato originale” del nostro diritto (2).

Con riferimento ai diversi modelli processuali è opportuno però evidenziare come non sia utile soffermarsi su raffronto e contrapposizione tra processo

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

(1) P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. (Un profilo storico 1860-1950)*, Milano, 2000, 62-63.

(2) Per tutti *amplius*: L.P. Comoglio, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 591.

di “civil law” e “common law”, incentrato sul carattere scritto del primo e orale del secondo, perché per tale via non si raggiungono risultati attendibili in ragione della realtà fattuale che attesta una ampia presenza della scrittura nei processi del “common law” ed un ampio spazio riservato all’oralità in vari processi di “civil law” (3).

Quanto ora detto porta a diffidare di ricostruzioni dottrinarie volte ad accreditare modelli ideali di processi, perché sovente siffatte ricostruzioni risultano in realtà condizionate da pregiudizi di natura politico-ideologica, che in quanto tali non forniscono risposte adeguate e celeri alle sempre più numerose e pressanti domande di giustizia.

Da tempo viene segnalata la necessità di una rivisitazione non solo del diritto sostanziale ma anche dei codici di rito dovendosi partire dalla preliminare considerazione che la c.d. globalizzazione potrà difficilmente portare ad una totale omogeneizzazione degli assetti ordinamentali dei diversi Paesi, in concreto capace di conservare le tradizioni, le abitudini, le secolari consuetudini, la religione, la cultura, e in parole riassuntive, gli antichi valori delle “patrie”.

Fino a quando vivranno i diversi Stati, difficilmente si potrà pervenire ad ordinamenti che rinneghino del tutto i loro caratteri identitari perché tali Stati continueranno per lungo tempo, anche in un mondo ed in un mercato globalizzato, a rispettare spontaneamente e convintamente le abitudini, le consuetudini e le secolari regole dei propri popoli pur nel necessario coordinamento con le legislazioni sovra territoriali che per motivi economici impongono l’apertura di nuovi mercati (4).

Una concezione pragmatica del processo porta dunque a ridisegnare generali modelli di processi capaci di cadenzare i tempi dei processi nella acquisita generale consapevolezza di ogni Paese che l’inefficienza dell’apparato giudiziario determina conseguenze negative in termini di costi per la collettività. Effetti questi conseguenti, per quanto attiene al diritto dell’Unione Europea, alla disapplicazione degli enunciati della Corte di Giustizia e dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo, che porta a cascata un forte disincentivo all’investimento di

capitali stranieri nel nostro territorio in ragione di un sistema giudiziario tardivo nel reintegrare le aspettative giuridiche delle imprese.

La crisi del processo

È indubbio che ai fini di garantire alla giustizia nel nostro Paese maggiore efficienza e credibilità sono necessari interventi a livello organizzativo e normativo.

Intorno alla metà del secolo scorso un illustre processualista, patrocinatore di un ritorno alla schiettezza liberale del processo del 1865, ebbe a sottolineare che la crisi del processo “è la crisi delle persone che operano nel processo, più precisamente di quella persona per la quale il processo è sostanzialmente tale, vale a dire del giudice” ed ebbe poi ad aggiungere - sul presupposto che il processo debba reggersi su valori assoluti e perduranti - che “la crisi del processo non è che un aspetto della grande crisi spirituale che è rilevabile in ogni campo della vita morale, nell’arte, nella filosofia, perché è la crisi dell’uomo, di ciascuno di noi” (5).

L’ assunto, per trovare pieno riscontro nella vita di tutti i giorni, risulta difficilmente contestabile per l’inefficienza del sistema giudiziario, sicché è pienamente condivisibile l’opinione di chi per un processo più celere e giusto ritiene necessario: una migliore organizzazione degli uffici giudiziari; leggi volti a cadenzarne i tempi per i giudizi di merito e di quelli di cassazione; ed ancora una praticabilità di strumenti deflattivi ed alternativi al processo reputati come ultima scelta in caso di fallimento di tutte le altre.

Finalità queste perseguibili attraverso una nuova cultura che si esprima - in una epoca richiedente radicali riforme strutturali - attraverso la piena disponibilità dei giudici ad individuare, sul piano normativo, sistemi oggettivi di selezione volti, con procedure trasparenti, a riconoscere e valorizzare il merito di ogni singolo magistrato, la sua capacità professionale, l’impegno e la dedizione nell’esercizio delle proprie funzioni.

Al riguardo va rilevato che nella Carta si rinvencono numerosi contributi dottrinari volti a rimarcare come il principio della “ragionevole durata” del processo e

(3) Sul tema generale dei metodi della comparazione tra ordinamenti e sulle differenti forme in cui tali metodi si articolano vedi: M. Taruffo, *Il processo civile di “civil law” e di “common law”*, in *Foro it.*, 2001, V, 347-349, cui *adde* per analoghe considerazioni riferite al processo, spesso in bilico tra ideologia e pratica: G. Vidiri, *Giudici ed avvocati: nuove professionalità per processi più celeri?*, in *Corr. giur.*, 2008, 10, 1464-1465.

(4) Sulla problematica che il diritto statutale sia in qualche misura imprescindibilmente legato al proprio territorio e deputato alla

regolamentazione nel tempo delle esigenze della cittadinanza di quel territorio cfr. N. Irti, *L’ordine giuridica del mercato*, Bari, 2001, 118. Anche C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “Jus publicum europaeum”*, a cura di F. Volpi, Milano, 1991; e *Terra e mare. Una riflessione nella storia del mondo*, Milano, 2002.

(5) S. Satta, *La tutela del diritto del processo*, in *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 64 e 70.

quello della “terzietà” ed “imparzialità” del giudice siano le ragioni fondanti di un “giusto processo” in quanto la loro violazione non può che tradursi in un vero e proprio diniego della giustizia, e tutto ciò in un contesto valutativo che si connota per assegnare alle suddette disposizioni un contenuto non certo programmatico ma di immediata operatività attraverso una corretta lettura di ogni norma giuridica, come si evince da numerose decisioni dei giudici di legittimità sul processo civile e sulle controversie del lavoro (6).

Portata ed ambito di operatività dell'art. 111 Cost.

Uno scrutinio sui *dicta* in materia processuale dei giudici di legittimità porta a rilevare come sia non certo epistodico, ma invece costante, da parte dei detti giudici, il riferimento all'art. 111 Cost., e soprattutto al più volte in questa sede ricordato principio della “ragionevole durata del processo” al fine di pervenire ad opzioni ermeneutiche che riducano i tempi della giustizia.

In numerose decisioni dei giudici di legittimità è riscontrabile un richiamo non meramente evocativo del dettato costituzionale, ma una sua piena condivisione ed applicazione a seguito di una lettura costituzionalmente orientata delle norme di rito (7).

È doveroso per assicurare la certezza del diritto che le riportate statuizioni trovino costante e piena applicazione anche tra i giudici di merito, che devono dunque anche essi privilegiare soluzioni volte ad attribuire forza espansiva al principio della “ragionevole durata” del processo, procedendo conseguentemente in questa

ottica, se necessario, ad una ampia rivisitazione di punti nodali del rito ordinario e di quello del lavoro. Non può non rilevarsi però ancora una volta come norme mal scritte e dall'ambito applicativo spesso indecifrabile possano facilitare un'interpretazione politico-ideologica diretta a porre - unitamente a tanti lacci e laccioli - ostacoli al libero esercizio dell'attività economica, com'è dimostrato chiaramente dalle controversie aventi ad oggetto il licenziamento del lavoratore per ragioni economiche. Il che è accaduto nell'interpretazione della clausola generale *ex art. 3, L. n. 604 del 1966* (sul giustificato motivo di licenziamento) e dell'art. 41 Cost. (sulla libertà di iniziativa economica privata e sui limiti che essa incontra in ragione della “utilità sociale”, formula questa in dottrina diversamente declinata). Le disposizioni, per il loro testo “a contenuto variabile”, hanno esposto spesso il diritto del lavoro al pericolo di sentenze erranee e di processi espressione di una giustizia malata (8).

La presente epoca permeata da un diritto in progressivo declino porta a rimeditare, per quanto sinora detto, sul rapporto del giudice con la legge, dovendosi prendere atto che nella realtà fattuale sempre più spesso si assiste alla presenza di un giudice che piuttosto che ricercare - spesso con certissima pazienza ed attraverso una faticosa attività interpretativa - la *voluntas legis*, preferisce invece creare “un nuovo diritto” all'esito di una “manipolazione” o di una “vanificazione” di quello esistente (9). Il che ha prodotto nel tempo, non soltanto nel nostro Paese,

(6) Cfr. in motiv. le sentenze gemelle delle Sez. Unite del 20 aprile 2005 Cass. Civ. n. 8202/2005 e Cass. Civ. n. 8203/2005, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2023, con nota di G. Giacalone - C. Caccaviello, *Nuove prove in appello: viene meno la distinzione tra prove costituite e prove costituende*; ed in *Foro it.*, 2005, I, 1690, con nota di G. Raiti, *Due grands arrêts delle sezioni unite sull'ammissione di nuovi documenti nell'appello ordinario e in quello del lavoro*. Le sentenze (con giurisprudenza poi consolidata, ad es. Cass. Civ. 15 luglio 2015, n. 14820; Cass. Civ. 28 agosto 2013, n. 19810) hanno statuito che della “ragionevole durata del processo” (riconosciuto come diritto dell'uomo *ex art. 6* Convenzione europea ed espressamente sancito dall'art. 111, comma 2, Cost.) debba fungere da parametro di costituzionalità delle norme processuali per essere oggetto oltre che di un interesse collettivo, anche di un diritto a tutela costituzionale non meno di quello ad un giudizio equo ed imparziale. Quindi, l'art. 416-bis c.p., per l'individuazione della sfuggente fattispecie regolata, ha richiesto numerosi interventi delle S.C. (G. Silvestri, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, in *Foro it.*, 2013, II, 386, nota a Cass. Civ. 24 aprile 2012, n. 15727, *Dell'Utri*; ed ancora in tema: G. Vidiri, *Il caso Contrada tra (in)certezza del diritto e (in)giusto processo*, in *Corr. giur.*, 2018, 3, 389 ss.).

(7) Tra gli esempi più significativi cfr. al riguardo: Cass. Civ., SS. UU., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433 (quindi Cass. Civ. 22 gennaio 2013, n. 1463; Cass. Civ., SS.UU., 8 febbraio 2013, n. 3033; da ultimo Cass. Civ. 17 dicembre 2021, n. 40606). L'indirizzo è basato sull'assunto che anche nei processi

contumaciali vale il principio della non contestazione, dovendosi la contumacia reputarsi come un comportamento neutro, non suscettibile in quanto tale di essere valutata come una *ficta confessio*. In contrario con riferimento ai giudizi contumaciali stante il principio della ragionevole durata del processo cfr.: G. Vidiri, *La contumacia ed il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, 284 ss.

(8) Sulle incertezze del licenziamento per motivi economici è sufficiente rilevare la diversità di opinioni per l'onere della prova sul *repêchage*. Per l'indirizzo che addossa al datore di lavoro l'onere di provare cfr. Cass. Civ. 12 marzo 2021, n. 7068 (in contrasto con Cass. Civ. 6 agosto 2020, n. 16795), in *Riv. rel. ind.*, 2021, fasc. 1, 177 ss., con nota di A. Abbasciano, *La comunicazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve contenere anche la prova del repêchage?*, ed in prec. tra le altre Cass. Civ. 7 marzo 2019, n. 6678. In dottrina per differenziate opinioni: M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, I, 21; C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Torino, 2015, 145-154. Per riferimenti ai principi di buona fede e correttezza, vincolanti per ambedue le parti ed indispensabili anche per valutare le responsabilità in casi di infortuni sul lavoro: G. Vidiri, *Il licenziamento per motivi economici nel “nuovo corso” del diritto del lavoro*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1, 2017.

(9) La manipolazione viene accreditata dicendo che il corso veloce ed incessante della realtà comporterebbe la necessità di superare la “staticità della legge”: si finisce così per sostituire la legislazione vigente con la volontà del giudice.

un crescente “attivismo giudiziario”, fattore non secondario della supremazia dei giudici sugli altri poteri dello Stato (10).

Degrado questo a cui ha contribuito l’ascesa di una classe “giudiziaria ambiziosa”, “autoreferenziale”, e non di rado neanche “spregiudicata” perché intenzionata ad acquisire con ogni mezzo finalità politiche accreditate attraverso notorietà e consensi facili ed immediati, come la recente storia del diritto nel nostro Paese ha insegnato (11).

La Corte costituzionale: un giudice sovrano nel diritto del lavoro

In un Convegno tenutosi tempo addietro ad iniziativa dell’università di Pisa ed avente ad oggetto il ruolo della Corte costituzionale e la necessità di ripensare la disciplina della giustizia dell’Alta Corte in un ordinamento a più livelli quale quello dell’Unione Europea, un autorevole studioso - dopo avere ricordato come già fosse stata evidenziata la necessità di procedere ad alcune innovazioni della disciplina regolante il processo costituzionale - ha denunciato il rischio della eccessiva oscillazione del pendolo verso il polo della politica e sulla conseguente collocazione nell’assetto istituzionale della nostra Corte (12). Più nello specifico si ci è chiesto se per il futuro bisognasse o meno decidere “se la disciplina relativa a momenti essenziali dell’attività del Giudice Costituente (composizione, via d’accesso, tipologie delle decisioni ecc.) sia oggi ancora adeguata alle questioni che le vengono poste dalla società ed ai compiti che tale giudice deve affrontare quale organo custode della Costituzione e di chiusura del sistema”. Su tale base si

è poi ragionato su quali siano i confini oltre i quali l’oscillazione della Corte non deve andare, e deve comunque fermarsi, per non rischiare di snaturare il suo ruolo come giudice. In tale contesto si sono manifestate differenti opinioni anche in ordine alla importanza del rispetto da parte della Corte del processo costituzionale “specie a fronte di certe affermazioni del giudice costituzionale secondo le quali si è dichiarato esplicitamente di potere, in certi casi, operare indipendentemente da tali regole” (13).

Per di più si è rilevato contestualmente in una parte della dottrina che una Corte che voglia partecipare a livello paritario nel procedimento legislativo determina uno “snaturamento del nostro modello di giustizia sostanziale” occupando zone franche, sinora non esplorate, con il negativo effetto di una sovrapposizione tra poteri dello Stato e più specificatamente del proprio potere su quello legislativo e sulla stessa autorità giudiziaria (14).

E che già da tempo la Corte costituzionale abbia cercato di estendere il proprio potere al di là del perimetro dei suoi istituzionali compiti ed a discapito del potere legislativo e/o di quello esecutivo, è attestato significativamente proprio dal diritto del lavoro. A riprova di ciò sono sufficienti alcune decisioni del giudice delle leggi.

È di certo conferente al tema trattato il richiamo alla tanto discussa e commentata sentenza Corte cost. n. 194 del 2018. Decisione questa che, a seguito dell’ordinanza Trib. Roma, Sez. III lav., 26 luglio 2017 (15), ha dichiarato l’illegittimità costituzionale non solo dell’art. 3, comma 1, D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 nel suo testo originale, ma anche il successivo art. 3,

(10) Per uno studio di diritto comparato sul ruolo che - dopo quanto già avvenuto negli Stati Uniti d’America, Canada e Israele - sta assumendo il giudice anche nelle democrazie dell’Occidente cfr.: R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Macerata, 2002, 211. In tema anche G. Vidiri, *La certezza del diritto tra “positivismo giuridico” e “giusnaturalismo”*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4, 2016, 22 e nt. 67, per cui, nel nuovo e complesso attuale assetto normativo, il ruolo del giudice si è di fatto modificato perché, e non solo in Occidente, spazi di istituzionale competenza degli “altri poteri” dello Stato sono stati gradatamente - e spesso inavvertitamente - occupati dal “potere giudiziario”, con una preoccupante alterazione dell’equilibrio tra detti poteri per la mancanza dei necessari contrappesi, quale garanzia di democrazia e di libertà.

(11) Osserva sul punto sempre R.H. Bork, *Il giudice sovrano*, cit., 8-9 ss., che l’interventismo giudiziario, evidente in tutte le nazioni occidentali, sia il risultato di una guerra combattuta “tra la sinistra culturale e progressista e la grande massa dei cittadini che se lasciata libera di agire, tende ad essere tradizionalista”; critica severamente una classe giudiziaria non rispettosa della *rule of*

law, perché colposamente inadempiente ai propri compiti istituzionali (*op. cit.*, 213).

(12) Cfr. in questi sensi - in un Convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso: R. Romboli, in AA.VV., *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, 15 dicembre 2017, Pisa University, 2018, 1-16.

(13) Più ampiamente sul punto cfr. R. Romboli, *op. cit.*, 3.

(14) Cfr. *amplius* su tali problematiche R. Romboli, *op. cit.*, 8 ss. Non può al riguardo sottacersi che la debolezza delle motivazioni che spesso hanno caratterizzato le “sentenze a sorpresa” e “le sentenze creatrici” con le oscillazioni giurisprudenziali della Corte, ne hanno già indebolito e ne indeboliscono tuttora la credibilità, minandone la legittimazione di organo che ha sì un ruolo politico, nel senso alto del termine, ma la cui impoliticità nel senso di terzietà rispetto al gioco democratico dei partiti, è dovuta di fatto all’esercizio delle sue funzioni nelle forme tecniche della giurisdizione.

(15) L’ordinanza Trib. Roma 26 luglio 2017, in *Giur. it.*, 2017, 2019, con nota di P. Tosi - F. Lunardon, *Cronaca di una ordinanza ... annunciata*.

comma 1, D.Lgs. 12 luglio 2018 n. 87, c.d. “Decreto dignità” (16).

Detta sentenza ha superato i limiti entro i quali era legittimo l'intervento decisorio della Corte, dal momento che la problematica sulla incostituzionalità dell'apparato sanzionatorio di cui all'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 87 del 2018 non era oggetto della pregiudiziale del Trib. Roma, sicché nel caso in esame si è avuto di fatto un ampliamento del *thema decidendum* con una conseguente estensione dell'ambito applicativo dei *dicta* della Corte, con una crescita esponenziale dei suoi poteri (17).

Al fine di accreditare la tesi che sia invece consentito davanti alla Corte l'esame di domande nuove rispetto a quelle rinvenibili nella pregiudiziale, non può poi farsi riferimento all'*ius superveniens* dal momento che all'estensione di tale istituto ostano la specialità della procedura davanti al giudice delle leggi e le correlate competenze ben diverse da quelle devolute ai giudici ordinari, davanti ai quali il suddetto istituto ha trovato applicazione seppure con la limitazione di regole rigide e severe dettate dal codice di rito e dalla giurisprudenza di legittimità.

Né va trascurata la considerazione che pronunzie della Corte su tematiche mai portate a conoscenza dei giudici ordinari finirebbero per sottrarre a questi ultimi gli spazi interpretativi per decidere la compatibilità della legge con i principi fondanti della nostra Carta. Si ribalterebbe infatti per tale via - nell'assoluto silenzio della vigente Carta (18) - un ordine temporale volto a saggiare attraverso una compiuta attività ermeneutica - e nel doveroso rispetto del contraddittorio tra le parti - la tenuta di ogni legge ed il tutto prima delle definitive e vincolanti decisioni del “giudice delle leggi” (19).

In una continuità logico-istituzionale con le precedenti riflessioni sul distinto e specifico versante della tipicità delle decisioni della Corte costituzionale, va poi fatto riferimento a due sentenze aventi ad oggetto il disposto dell'art. 39 Cost. sulla libertà sindacale, norma che, rimandando al fondamentale principio giuridico sul quale si poggia l'attuale sistema delle relazioni industriali, è antitetico al modello corporativo, caratterizzato da rigido inquadramento delle strutture sindacali e su contratti collettivi che risentono di una partecipazione delle parti negoziali condizionate a livello statale e governativo (20).

Orbene, la più vicina nel tempo tra le ricordate sentenze è la Corte cost. n. 231 del 2013 (Pres. Gallo, Rel. Morelli), che - autocertificatasi additiva evidentemente al fine di rimarcare gli effetti innovativi e normativi della pronunzia - ha dichiarato l'illegittimità della disposizione sottoposta al suo esame (art. 19, comma 1, lett. b, Stat. lav.) “nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito delle associazioni sindacali, che pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione degli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”.

Decisione che è giunta a soluzione opposta a quella cui era pervenuta la stessa Corte con la sentenza n. 244 del 1996 (Pres. Ferri, Rel. Mengoni) che ha ritenuto invece non-fondate, con riguardo agli artt. 3 e 39 Cost., le questioni di illegittimità dell'art. 19, comma 1, lett. b), Stat. lav. (nel testo risultante dall'abrogazione parziale ex d.P.R. 28 luglio 1995, n. 312) nella parte in cui ha limitato il riconoscimento delle rappresentanze sindacali alle sole organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi, in

(16) Sulla sentenza Corte cost. n. 194 del 2018 cfr. per tutti E. Balboni, *Il “diritto del lavoro” da principio fondamentale a diritto fondamentale: propagine estrema del costituzionalismo a impronta personale e sociale*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2019, 1-7; G. Zilio Grandi, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018*, *ivi*, 1-9; ed ancora in senso critico: G. Fontana, *La Corte Costituzionale ed il diritto ed il decreto n. 23/2015, One step forward two step back*, in *WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona”.IT*, 182-2018, 29-30, e G. Vidiri, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto ed ordinamento complesso (tanto rumore per nulla)*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1, 2019.

(17) Osserva T. Martines, *Diritto costituzionale* (a cura di G. Silvestri), Milano, 2003, 324, che la Corte costituzionale non può ampliare l'ambito del suo giudizio ma deve attenersi, nel pronunziare la sentenza, a ciò che le è stato chiesto, secondo il principio di diritto processuale (*ne est iudex extra petitum partium*), definito come “principio di corrispondenza tra chiesto e pronunziato”.

(18) In argomento è utile evidenziare quanto è stato ricordato da R. Romboli, *op. cit.*, 15, che tra le sfide che per il futuro si dovranno affrontare va inclusa anche quella avente ad oggetto gli strumenti

attualmente in dotazione della Corte costituzionale al fine di scegliere o l'opinione di Mortati favorevole a riconoscere una serie nutrita di possibili ricorsi diretti, individuali o popolari ed ad iniziativa di soggetti pubblici, o quella invece di Calamandrei, che proponeva oltre ad un giudizio in via diretta - entro tre anni dalla entrata in vigore della legge - sempre da parte di soggetti pubblici, anche un controllo in via incidentale davanti al giudice, riconoscendo allo stesso la possibilità di decidere la problematica oggetto del giudizio oppure di rimetterla alla Corte, deputata comunque a decidere con effetto *inter partes*.

(19) Cfr. in tali sensi e per riferimenti giurisprudenziali sul tema in esame cfr. G. Vidiri, *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., 9-12, che critica la sentenza della Corte cost. n. 194/2018 nel merito per una insufficiente e sesquipedale motivazione; per il suo carattere didascalico e di indirizzo, ed infine perché destinata a far accrescere il già alto tasso di incertezze in tema di applicazione dell'apparato sanzionatorio del diritto del lavoro.

(20) Sull'art. 39 Cost. e sulle libertà sindacali cfr. per i necessari richiami dottrinari e giurisprudenziali: De Luca Tamajo - Mazzotta, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2018. 81-118.

riferimento agli artt. 3 e 39 Cost. sul presupposto che il criterio di cui all'art. 19 Stat. lav. abbia valorizzato la rappresentatività dell'organizzazione sindacale in ragione della "effettività della propria azione". *Ratio* questa che può desumersi dunque anche sulla base di "atti concreti" rinvenibili nella formazione della normativa contrattuale collettiva applicabile nell'unità produttiva, in linea con la giurisprudenza di legittimità che dette condotte ha provveduto a definire (21).

Il giudice delle leggi attraverso due decisioni contrastanti tra loro ha di fatto snaturando i propri istituzionali compiti sotto un duplice versante, per essere infatti intervenuta, in una materia quale quella della individuazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali (22), e per avere anche ostacolato una nomofilachia costituzionale necessaria, soprattutto in tempi come quelli attuali, per fornire approdi giurisprudenziali certi ed affidabili (23).

A ben vedere nulla è mutato rispetto al passato, restando identiche le condizioni che hanno costituito da tempo terreno privilegiato per disinvolti approcci ermeneutici del dato normativo. Condizioni queste che hanno portato i legislatori, privi di cultura giuridica e di adeguate competenze ed esperienze, a delegare al giudice, anche a quello delle leggi, l'esercizio di un assoluto e pieno potere decisorio. Potere spesso esercitato - mediante il supporto di influenti ed invasivi circuiti *mass*-mediatici - ad accreditare all'esterno

interpretazioni, che non sono altro che letture ideologiche delle norme rivolte a modificare e manipolare la volontà del legislatore. Il che ha portato nel tempo, come più volte ribadito, ad una condizionante sovrapposizione del potere giudiziario sugli altri poteri dello Stato, elevando la Corte costituzionale a giudice onnipotente e sovrano (24).

Le sentenze "creative" e "manipolative" della Corte cost. e l'inspiegabile silenzio del "costituzionalismo militante"

Quanto sinora descritto è avvenuto attraverso l'uso da parte della Corte costituzionale di nuove tecniche decisorie. Su queste e sulle sentenze classificate "creative", "manipolative", "additive", ed anche su quelle intervallate ad ordinanze tanto da potersi definire "sentenze a formazione progressiva", è stato in dottrina rimarcato che sono spesso deputate a dettare al giudice ordinario o allo stesso legislatore i parametri legali cui "attenersi obbligatoriamente" al fine di riempire i vuoti e le lacune delle norme sottoposte alla valutazione del giudicante. Ciò ha di fatto portato a modificare, sino ad ampliarlo senza alcun limite, il ruolo tradizionale ed istituzionale della Consulta, quello cioè di essere un "legislatore puramente negativo (25)".

Ragioni tutte queste che elevano di fatto nell'attuale assetto ordinamentale del Paese la Corte costituzionale ad assoluto protagonista tanto da divenire un

(21) A commento della decisione Corte cost. n. 231 del 2013, e per una sua differente lettura vedi: G. Vidiri, *Clausole generali e (in) certezza del diritto nel rapporto di lavoro e nelle relazioni industriali*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014, 622 ss. e S. Mattone (già Presidente di Sezione della Corte di Cassazione e componente del Comitato scientifico di *Questione Giustizia*, *Prime considerazioni sul pluralismo sindacale nel c.d. testo unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014*, in *Questione Giustizia*, 8 aprile 2014 nonché A. Terzi - S. Mattone, *Rappresentatività sindacale: l'attivismo della Consulta e il letargo del legislatore*, in *Questione giustizia*, 9 agosto 2013.

(22) Al fine della ricostruzione dell'impatto che anche in passato hanno avuto le normative dello Statuto dei lavoratori su "libertà sindacale" (Titolo II) ed "attività sindacale" (Titolo III), è sempre significativo, nonostante il tempo trascorso, U. Prosperetti, in *Introduzione al Commentario dello statuto dei lavoratori*, I, diretto da U. Prosperetti, Milano, 1977, che ha evidenziato - per quanto attiene ai sindacati dei lavoratori - che "se la funzione così detta conflittuale dello statuto è più apparente e più rilevante dal punto di vista giurisprudenziale [...] ormai affiora un più profondo ed essenziale valore di questa legge in senso *partecipativo*" (p. XIV).

(23) Per una critica severa, chiara ed esaustiva, pur nella sua brevità, al nostro diritto del lavoro dalla Costituzione del 1948 cfr.: A. Vallebona, *La certezza del diritto del lavoro*, in *LavoroDirittiEuropa*, 3, 2020, che, con riferimento al recente, ha ritenuto "vergognose" le condizioni in cui i versano il diritto del lavoro e l'intero ordinamento giuridico per l'"incompetenza" dei legislatori che si sono succeduti, ed ancora per "leggi chilometriche" e "disposizioni irrimediabilmente contraddittorie", che hanno creato incertezze rendendo "l'individuo incapace di orizzontarsi nella giungla delle norme". Più in generale sull'eclissi del diritto, anche per molte incertezze che ha creato, cfr. la trilogia di N. Irti, *L'età della*

decodificazione, Milano, 1999: Id., *Nichilismo giuridico*, Bari, 2005; Id., *Il salvagente della forma*, Bari, 2007. Quindi, anche per il diritto penale: C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

(24) Assunto accreditato anche in sede penale, dove la Corte, come per la "sentenza Cappato", ha finito per alterare il difficile ma necessario equilibrio tra giurisdizione e legislazione, affidando al Parlamento di privilegiare entro un termine predeterminato il "diritto alla morte" rispetto al "diritto alla vita" sulla base di non-equilibrato bilanciamento di interessi. Sentenza che ha in concreto fornito il mezzo alla Corte cost. 17 febbraio 2022 per dichiarare l'inammissibilità. Sull'ordinanza n. 207 del 2018, sul suddetto caso cfr. tra le sue molte letture critiche F. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3, 2019, 531 ss.; C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri della ordinanza n. 207/2018 nella Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 6, 2019. Tra i numerosi saggi aventi sulla tecnica processuale utilizzata, cfr. per osservazioni favorevoli: M. D'Amico, *Il caso Cappato e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum di "Quaderni costituzionali"*, 24 giugno 2019; G. Sorrenti, in *Intervento al Seminario 2019*, *ivi*, 8 giugno 2019; cui *adde* per valutazioni critiche: A. Ruggeri, in *Forum di "Quaderni costituzionali"*, 27 maggio 2019 e F. Grosso, *op. cit.*, spec. 532 (di questi puntuali riferimento dottrinari è debitore chi scrive di M.T. Stile, *Discrezionalità legislativa e giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, Napoli, 2020, 139-140, nt. 42).

(25) Osserva M.T. Stile, *Discrezionalità legislativa*, cit., 155 che la necessità di rispondere adeguatamente alla crescente domanda di giustizia, per attribuire al sistema ordinamentale la massima effettività sostanziale, ha spinto "la Corte costituzionale

Giudice sovrano (26). Da qui il consistente pericolo di un circuito istituzionale.

Nel diritto del lavoro si sono mostrati con maggiore chiarezza i limiti entro i quali la Consulta deve trovare la legittimazione delle sue competenze. In merito va preliminarmente rilevato che i numerosi D.P.C.M. (Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri), che si sono succeduti a ritmo frenetico durante il periodo della pandemia da Covid-19, per la loro indubbia natura di atti amministrativi, hanno di fatto limitato, in colpevole disinteresse, sia la libertà d'impresa attraverso un prolungato blocco dei licenziamenti, sia quella di numerosi dipendenti, soprattutto privati, che hanno visto la loro vita sospesa a tempo indeterminato (27).

Effetti culturalmente addebitabili ai non pochi autorevoli sostenitori di un "costituzionalismo militante", che continuano ad essere accreditati dall'opinione pubblica come i soli "unici genuini interpreti" della Costituzione, rimasti però per lungo tempo rinserrati in un "colpevole", "comodo" e "rassicurante" silenzio. Nel sistema multilivello, come più volte rimarcato, è ben possibile che il linguaggio del legislatore subisca modificazioni impreviste ad opera della giurisprudenza e della dottrina con l'effetto che l'interpretazione assuma spesso carattere "creativo" e che la giurisprudenza costituzionale risulti permeata dal vizio endemico di leggere le norme, anche quelle della Carta, con gli occhiali della ideologia e che lo stesso suo testo rimanga ripetutamente oggetto di scelte politiche o ideologiche della giurisprudenza, destinata a divenire nella realtà fattuale "nuova fonte normativa" (28).

Il concetto di *rule of law*, nato in Europa, che caratterizza da sempre la civiltà dell'Occidente è ormai ridotto a una formula sterile da utilizzarsi nei frequenti scambi di accuse tra magistrati e giuristi.

Ciò ha portato ad un drastico ridimensionamento della funzione giudiziaria senza che si comprendesse appieno la rivoluzione politica che è stata causa della graduale sostituzione in molti Paesi dei rappresentanti eletti con i giudici nominati. Tutto questo, a ben vedere, è all'origine di un diritto sempre più caratterizzato da "zone d'ombra", che rendono di difficile individuazione i veri valori e le stesse finalità di una Unione europea, priva di una Costituzione e di propri codici unificanti (29).

Come si è già autorevolmente rilevato, la sovranità statale "si diluisce. I poteri pubblici si riarticolano in forme pluralistiche e policentriche. Questo pluralismo ha bisogno di un ordine: occorre riempire i vuoti tra i diversi sistemi ... Indurli a cooperare, stabilire gerarchie di valori e principi" (30).

Effetti riscontrabili tutti nel c.d. "sistema giustizia" perché in esso si rinvengono sovrapposizioni di poteri, proprie e specifiche forme di burocratizzazione dovute ad un groviglio inestricabile di leggi di infinita lunghezza, di frettolosi decreti articolati spesso in numerosissimi commi di irragionevole contenuto, ed ancora di regolamenti mal fatti, che contribuiscono a rendere impossibile l'individuazione delle responsabilità per le gravi inadempienze che frequentemente si verificano. Alla fragilità del descritto assetto ordinamentale non sono dunque estranei la crescita esponenziale di un attivismo giudiziario alimentato dalle ideologie, una giustizia politicizzata inidonea a dare risposte capaci

a sperimentare ed affinare nuove tecniche decisorie che ne hanno relegato sullo sfondo, la tradizionale configurazione di *legislatore puramente negativo*".

(26) Come altri organi giurisdizionali, anche Cass. Civ., SS.UU., 9 settembre 2021, n. 24414 sul crocifisso nelle aule scolastiche si è di fatto accreditata come giudice sovrano chiamato a svolgere una missione salvifica sia religiosa che culturale. In senso *altamente elogiativo*, per il riferimento al c.d. "diritto mite" cfr. M.D. Oriano, *Il crocifisso nelle aule: per le Sezioni Unite nessun obbligo, ma ricerca dell'accomodamento ragionevole intesa come sanzione mite*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera. Contra invece A.V. Poso, Croce e giustizia. La libertà religiosa e il principio della laicità dello Stato nelle aule delle scuole pubbliche dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 24414/2021. Quasi un racconto*, 16 settembre 2021, in *Labor Il lavoro nel diritto*, 1, 2021, 18. Per le criticità evidenziate dai tanti cfr. tra gli altri R. Santoro, *Esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*. Per critiche S. Borelli, *Le Sezioni Unite sul crocifisso tra principio di legalità, accomodamenti ragionevoli, sindacato antidiscriminatorio e tanti dubbi*, in *LavoroDirittiEuropa*, 4, 2021, 4-5.

(27) Per riflessioni sull'illegittimità dei DPM cfr. G. Vidiri, *Incertezza del diritto e nuovo storicismo. Sul blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 2021, 1, 33-56 ma soprattutto 40-51.

(28) Ed invero ci si è chiesto da molti: cosa c'è stato di più politico della sentenza della Consulta sul "caso Cappato" che ha dato un *ultimatum* al Parlamento per stilare una norma favorevole al suicidio assistito? Ed ancora, che c'è di più politico delle molte sentenze nelle quali la Corte sulla base di indecifrabili formule - simili a quella di "leale collaborazione tra le istituzioni" - ha propugnato sino a legittimare la deriva verso il giudice-legislatore? Quanto meno bisognerebbe arricchire il bagaglio culturale a qualche riflessione sui precedenti, l'origine e le linee evolutive di Capo dello Stato. Cfr. *sub art. 83 Cost. G. Carboni*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, II (artt. 81-100), Torino, 2006, 1579-1614.

(29) Ricorda V. Scalisi, *Fonti-Teoria-Metodo*, Milano, 2014, 435-436, che A. Trabucchi, estensore del primo codice di diritto comunitario, riteneva già in tempi ormai lontani che l'Europa, come comunità di vita fatta da relazioni tra popoli, avrebbe dovuto avere un diritto proprio, per essere l'idea stessa di Europa inconcepibile senza una reale unificazione, senza una salda unità del diritto di tutti i popoli europei, e soprattutto, senza un'uniforme normativa dei rapporti interprivati.

(30) In tali sostanziali termini cfr. S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, 3, le cui parole scritte legittimano chi parla nel nostro Paese di una "democrazia commissariata" o di "democrazia malata".

di garantire una efficace tutela a diritti lesi e che non riesce quindi a riacquistare la credibilità perduta; ed ancora una retorica e fideistica esaltazione di una Carta costituzionale, che anno dopo anno continua a mostrare con sempre maggiore evidenza in alcune sue parti l'implacabile ed inarrestabile logorio del tempo. I recenti accadimenti aventi ad oggetto l'elezione del Presidente della Repubblica portano e rimarcare ancora una volta la indubbia necessità di fronte a radicali riforme strutturali del nostro ordinamento. Motivo questo che nel frattempo rende doverosa - anche per quel che potrà accadere in un prossimo futuro - una riflessione sulla interpretazione da dare al vigente art. 83 Cost., che al primo comma prescrive testualmente "Il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni" (31).

È appena il caso di ricordare al riguardo che, in presenza di leggi chiare nel loro testo, la interpretazione si presenta agevole perché in tale caso viene lasciato solo uno spazio residuale ad altre letture del dato normativo. Approccio ermeneutico questo da osservare con specifica attenzione in presenza di norme di una Costituzione rigida, che devono caratterizzarsi per la loro pronta ed efficacia portata precettiva, alla cui inosservanza consegue una generale perdita di affidabilità e di credibilità delle intere istituzioni.

In coerenza logica con quanto sinora detto va rilevato come una "rielezione" a tempo indeterminato e che deleghi, nel silenzio della Carta costituzionale, al Presidente della Repubblica l'esercizio di rilevanti poteri per complessivi 14 anni o più, suscita qualche non trascurabile dubbio anche perché non ha trovato sinora riscontro in alcuno dei Paesi democratici dell'Occidente pur in presenza di eventi che sono apparsi di accentuata gravità.

Non si può pertanto reputarsi un azzardo privilegiare, in adesione ad una parte della dottrina allo stato in preoccupante riposo, una interpretazione del dato normativo volta ad escludere una qualsiasi estensione dell'ambito applicativo del primo comma del citato art. 85 Cost.

Opinione questa che sembra trovare un conforto nel combinato disposto del primo con il secondo e terzo comma della ora citata norma costituzionale, da cui

pare evincersi che i Costituenti da un lato, hanno inteso lasciare agli elettori il tempo necessario per una scelta oculata e non frettolosa del Presidente da eleggere e, dall'altro, con l'usare per la sua "elezione" le parole "il nuovo Presidente" abbiano voluto vietarne la rielezione, ed escludere ogni estensione dell'ambito applicativo delle disposizioni ora scrutinate, impedendo pure ogni proroga dei poteri presidenziali (32). Per concludere, al fine di rimarcare anche su un distinto versante la necessità di numerose e radicali riforme strutturali ad ampio raggio è opportuno evidenziare come già in passato un autorevole giurista, dopo avere ricordato i poteri della Consulta di cui all'art. 134 Cost., ha poi affermato che la Corte costituzionale è un "organo di giustizia", che in quanto tale deve essere "terzo" ed "imparziale" ogni volta che sia chiamato ad assolvere sempre e comunque le sue funzioni, al fine di garantire, nell'esercizio dell'"attività giurisdizionale", un processo giusto (33).

Corollario di tale considerazione è l'affermazione che nell'Ue non mancano Paesi in cui l'ideologia e la politica albergano da tempo nelle aule di giustizia, pure in quelle del giudice delle leggi. In esse si vedono crescere in modo esponenziale le incertezze di un ordinamento a più livelli, dimostratosi da lungo tempo incapace - soprattutto in presenza di drammatici accadimenti imprevisi ed imprevedibili (pandemie, guerre ecc.) - di assecondare una solidarietà tra Stati a causa di un perdurante egoistico sovranismo di alcuni di essi. Per di più si rinvengono Paesi in cui è venuto meno il necessario equilibrio tra poteri dello Stato, cui ha fatto seguito una crescente sovrapposizione dell'ordine giudiziario e dell'esecutivo sulle Camere parlamentari con il pericolo che si pervenga a quella che, con un corretto linguaggio politico, ben può definirsi una "dittatura della maggioranza" verso le minoranze, che rappresenta una grave patologia con una preoccupante involuzione delle democrazie liberali (34).

Le presenti pagine hanno cercato di narrare senza acribia un breve capitolo della *Nouvelle histoire*, di quelli che sono stati per tutti e sono tuttora i tristi e travagliati giorni di un diritto del lavoro a cui - è da credere e sperare - faccia presto seguito un futuro migliore ed un mondo più giusto.

(31) Per esaustivo commento all'art. 85 Cost., anche per lo scioglimento delle camere ed il mandato presidenziale, cfr. pure F. Petrangeli, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1664-1670.

(32) Cfr. *amplius*: F. Petrangeli, *op. cit.*, 1665-1666; T. Martines, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2003, 290-291.

(33) Sulla definizione della Corte cost. come organo giurisdizionale ed in quanto tale imparziale ed autonomo, cfr. T. Martines, *Diritto costituzionale*, cit., 320-323.

(34) Nel libro *La democrazia in America* - opera del francese conte Alexis De Tocqueville - scritto in due volumi nel 1835-1840 e

divenuto nel tempo un classico non solo della politica e della sociologia ma anche della storia - viene scritto che le società moderne e democratiche sono caratterizzate da un "certo dispotismo non tirannico", che finisce per tradursi in realtà nei pochi che devono sottostare al volere dei molti e dei pochi che dominano i pochi. Finalità perseguita forgiando l'opinione pubblica e la mente di tutti fino ad approdare ad un imperante pensiero unico; cfr. anche Tocqueville, *Vita, Pensiero, Opere*, nella Collana *I Grandi Filosofi*, opere scelte di Armando Massarenti, n. 20, *Il Sole 24 ore cultura*, Milano, 2006.