

## La corte costituzionale ovvero un giudice sovrano nel diritto del lavoro

(di Guido Vidiri, Già Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione.)

---

L'autore, dopo l'esame di alcune sentenze della Corte Costituzionale avente ad oggetto problematiche di diritto del lavoro di rilevante impatto sul versante socio-economico, ravvisa in queste decisioni una tendenza della Corte volta a limitare e condizionare il potere legislativo al fine di un graduale passaggio verso la supremazia del potere giudiziario.

### The constitutional court or a sovereign judge in labor law

The author, after examining some judgments of the Constitutional Court concerning labor law issues of significant impact on the socio-economic side, recognizes in these decisions a tendency of the Court to limit and condition the legislative power in order to a gradual transition to the supremacy of judiciary power.

Keywords: Constitutional Court – sovereign judge – supremacy on legislative power.

Articoli Correlati: Corte Costituzionale - giudice sovrano - supremazia sul potere legislativo

### SOMMARIO:

1. La Corte Costituzionale e le sfide del futuro - 2. Il dibattito nella dottrina sul ruolo (collaborativo o creativo) della Corte Costituzionale con gli altri poteri dello Stato - 3. L'oscillazione del pendolo della Corte Costituzionale ovvero il graduale passaggio verso la supremazia del potere giudiziario su quello legislativo - 4. La Corte Costituzionale quale giudice sovrano nel diritto del lavoro - 5. Il sovranismo della Corte nella sentenza 26 settembre 2018, n. 194 - 6. Verso la supremazia della Corte Costituzionale sul legislatore anche nel diritto penale? - 7. Qualche considerazione finale - NOTE

### 1. La Corte Costituzionale e le sfide del futuro

In un suo lucido e utile scritto, che apre il volume riassuntivo degli atti di un recente Convegno, in memoria di Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli ne ha indicato l'oggetto nell'esame dei rischi di quella che definisce la *"eccessiva oscillazione del pendolo verso il polo della politica e sulla conseguente collocazione della Corte Costituzionale nell'attuale sistema ordinamentale del nostro Paese"* <sup>[1]</sup>.

Ha precisato al riguardo che ci si è chiesto tra i partecipanti di detto Convegno quali fossero, e se ci fossero, i confini oltre i quali l'oscillazione non avrebbe dovuto andare ed avrebbe comunque dovuto fermarsi al passaggio della supremazia della legge a quella dei giudici. Ed ha aggiunto ancora l'Autore che nel Convegno si sono manifestate diverse opzioni in ordine alla importanza del rispetto da parte della Corte delle regole del processo costituzionale specie a fronte di *"certe affermazioni del Giudice costituzionale secondo le quali si dichiarava esplicitamente di potere, in certi casi, operare indipendentemente da tali regole"*.

Da una parte, infatti, si è sostenuto che di fronte al grande malato (Parlamento e sistema rappresentativo), la Corte con i suoi interventi ha inteso attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il Parlamento non è riuscito ad imprimerle, per cui il controllo di costituzionalità si è ormai inserito nel procedimento legislativo in una condizione di parità tra la Corte

(ormai divenuta terza Camera) ed il legislatore, realizzando in tal modo una sorta "di controllo operativo".

In contrario è stato invece rilevato che una Corte che partecipa a livello paritario nel procedimento legislativo determina "uno snaturamento del nostro modello di giustizia sostanziale" [2].

Le summenzionate problematiche, la cui rilevanza a livello istituzionale è da tutti riconosciuta, sono già da tempo oggetto di un vivace dibattito, ben al di là del nostro Paese.

Si è detto in uno studio di un celebre avvocato e professore di diritto costituzionale alla *Yale University* [3], che "l'America assiste al passaggio della supremazia della legge a quella dei giudici", e che altri "Paesi nei quali è previsto il controllo di costituzionalità giungeranno ad esiti simili". Ed in conseguenza logica si è aggiunto anche che "la supremazia giudiziaria viene esercitata non solo sugli organi democratici dello Stato ma anche sulla Costituzione stessa" [4].

La trasformazione della Corte Suprema degli Stati Uniti *da foro legale a tribunale culturale e politico*, dedito all'imposizione dei valori "dell'intelligenza progressista", è stata così vista come uno dei risultati ottenuti dalla *New Class* attraverso le istituzioni culturali americane [5].

## **2. Il dibattito nella dottrina sul ruolo (collaborativo o creativo) della Corte Costituzionale con gli altri poteri dello Stato**

Chi pratica con qualche difficoltà un ordinamento complesso quale quello dell'Unione europea – che crea incertezze nei diversi Paesi per un "disordinato rapporto" tra le Alte Corti – non può che limitarsi ad avanzare "modeste" critiche sulla nostra giurisprudenza costituzionale [6].

Anche perché spetta soprattutto ai costituzionalisti ricercare una soluzione alle complesse problematiche riguardanti il ruolo *collaborativo* con gli altri poteri dello Stato, o invece *creativo*, svolto dalla nostra giurisprudenza costituzionale, che si è spinta, come si è da alcuni denunciato, sino al superamento dei confini di legittimità. E perché inoltre spetta a quanti privilegiano negli studi quelli di diritto comparato e internazionale chiedersi se analogamente a quanto è avvenuto negli Stati Uniti ed in altri Stati si possa pure nel nostro Paese parlare ancora della supremazia della legge su quella dei giudici pure a seguito della trasformazione della nostra Corte Costituzionale che, con l'invadere le competenze degli altri poteri dello Stato, finisce per assumere un ruolo politico "che ne snatura la sua natura istituzionale" [7].

Al di là delle precedenti considerazioni, tutti coloro che hanno sempre creduto, nella scia del pensiero crociano, che il diritto appartiene alla scienza pratica e non alla scienza pura, ben possono rivendicare di essere pienamente legittimati a dare agli interrogativi posti in sede dottrina una risposta avente la stessa dignità scientifica di tutte le altre. E ciò per la "semplice" e "modesta" ragione di avere nella maggior parte dei casi frequentato le aule dei giudici del lavoro, e di avere conseguentemente acquisito – in una materia di accentuata rilevanza a livello socio-economico – la capacità, l'esperienza e la sensibilità per capire se e quando il pendolo della giustizia dei giudici anche di quelli della Corte Costituzionale sia andato o continui ad andare verso la politica o verso le ideologie, e se e quando si sia giunti a legittimare la supremazia del potere giudiziario sugli altri poteri dello Stato tanto determinare "uno snaturamento del nostro assetto ordinamentale" [8].

## **3. L'oscillazione del pendolo della Corte Costituzionale ovvero il graduale passaggio verso la supremazia del potere giudiziario su quello legislativo**

Esigenze di chiarezza sulla *ratio* del presente scritto portano ad evidenziare seppure sinteticamente che la Corte Costituzionale, cresciuto sorta come organo giurisdizionale volta al controllo ed alla tutela dei diritti fondamentali, si è nel tempo allontanata dall'iniziale funzione attribuendosi un potere

creativo<sup>[9]</sup>, che cresciuto nel tempo, le ha fatto perdere credibilità per essersi posta di fatto come un legislatore con proprie scelte politiche e ideologiche anche per effetto della variabilità e instabilità dei rapporti con la CEDU<sup>[10]</sup>.

Per dimostrare che nel diritto del lavoro la Corte agisce oggi come giudice sovrano, attribuendosi poteri ad essa non spettanti, sono sufficienti pochi ma autorevoli richiami dottrinari capaci di fornire un valido supporto al suddetto assunto.

Negli anni '80 del secolo scorso un illustre giurista nel commentare l'art. 41 Cost. – norma fondamentale della Parte I, Titolo III (Rapporti economici) della Carta – ha affermato che detto articolo non ha trovato una chiave di lettura unitaria perché su di esso si è esercitata quella che è stata la tentazione dominante della nostra cultura giuridica, quella cioè di leggere la Costituzione con *"gli occhiali della ideologia"*.

E si è aggiunto anche che l'utilità sociale di cui al comma 2 – è stata letta non di rado nell'ottica di un marxismo astratto e astorico o invece praticato e teorizzato in altre realtà storiche e nazionali<sup>[11]</sup>.

Si è così di fatto data nel nostro Paese una lettura del testo costituzionale più vicina al "modello" della socializzazione della proprietà dei mezzi di produzione tanto da porsi l'accento sul governo pubblico dell'economia, finendosi in tal modo *"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"*.

Tali affermazioni risalenti agli anni '80 del secolo scorso risultano di indubbia utilità per rinvenirsi tuttora, anche nel diritto al lavoro, influenti settori della dottrina e della magistratura, che, nell'interpretare le norme della Costituzione se ne proclamano unici ed affidabili interpreti al fine di rivendicare competenze improprie ed invasioni di campo a danno degli altri poteri dello Stato<sup>[12]</sup>.

Ulteriore conforto volto ad accreditare la tesi che ha visto trasformare radicalmente la natura della Corte Costituzionale è dato da chi ha perspicuamente fatto notare che negli ultimi anni si è avuto un lungo periodo di oscillazione del pendolo verso l'anima politica con pericolosi riflessi sulla legittimazione della stessa Corte attraverso "l'accentramento" o il "riaccentramento" di funzioni rispetto alla precedente fase, caratterizzata invece da un incentivo alla "diffusione" del controllo di costituzionalità a favore dei giudici comuni (con conseguente, ovvia, valorizzazione della natura giurisdizionale del controllo)<sup>[13]</sup>.

Ed ancora da più parte si è rimarcato come il particolarissimo "giudizio di accertamento" che ha consentito alla Consulta di esprimersi sulla normative elettorale pieghi le regole processuali, su cui devono fondarsi gli interventi della Corte, alla necessità di orientare il sistema verso la garanzia di alcuni diritti. In questo modo, però, si è detto che il giudizio di costituzionalità perde i suoi connotati e il giudice delle leggi, compiendo scelte di carattere sostanziale, sviluppa una vera e propria *policy* alternativa alle decisioni assunte dal legislatore<sup>[14]</sup>. Nella stessa linea si pongono tutti coloro che ritengono che ogni volta che la Corte Costituzionale intervenga sulle leggi elettorali – la cui natura è innegabilmente politica – venga a configurarsi una limitazione del potere legislativo per una intromissione da parte del giudice delle leggi in quella che la dottrina costituzionale qualifica le "zone franche" come *"political questions"*<sup>[15]</sup>.

#### **4. La Corte Costituzionale quale giudice sovrano nel diritto del lavoro**

In un dialogo con coloro che negli studi hanno nell'ambito del diritto civile privilegiato il diritto del lavoro, in quanto "diritto valoriale"<sup>[16]</sup>, è sufficiente solo qualche accenno ad alcune decisioni della Corte Costituzionale per comprendere come si sia giunti dalla supremazia della legge a quella dei giudici attraverso sentenze che ne hanno accresciuto il potere, con l'assenso o comunque con una

sostanziale acquiescenza di settori autoreferenziali della scienza giuridica supportati sovente da una giurisprudenza ugualmente autoreferenziale <sup>[17]</sup>.

In tempi risalenti La Corte Costituzionale, con la sentenza 10 giugno 1966, n. 63 <sup>[18]</sup>, ha innovato, con una decisione indubbiamente creativa, la normativa sulla prescrizione con riferimento ai crediti del lavoratore statuendone la sospensione per l'intera durata del rapporto stante la situazione psicologica in cui versa il lavoratore durante detto rapporto, solo all'esito del quale inizia a decorrere il termine prescrizione.

La suddetta sentenza seguita da decisioni *additive* o *manipolative* (anche esse in vario modo creative per averne modificato in più punti il *dictum*) è stata criticata da più parti per avere occupato spazi di competenza riservata al legislatore <sup>[19]</sup>. Per di più è stata causa di una incertezza interpretativa in sede di applicazione in una materia destinata ad assumere un notevole rilievo per gli interessi coinvolti, compreso quello di impattare con un contenzioso sempre copioso <sup>[20]</sup>.

Al di fuori delle considerazioni svolte, va sottolineato che anche nell'assetto delle relazioni sindacali la Corte Costituzionale è intervenuta con una sentenza che la Corte stessa ha definito come *additiva*, *ma che al di là della sua qualificazione ha un contenuto indubbiamente creativo*, per avere dichiarato con la sentenza 23 luglio 2013, n. 231, l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, lett. b), legge 20 maggio 1970, n. 300 nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non essendo firmatarie dei contratti collettivi applicabili nella unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti di lavoratori dell'azienda <sup>[21]</sup>.

In una ottica politico-istituzionale non può farsi a meno di rilevare che l'azione sindacale è rimasta sempre in bilico tra scelte politiche destinate ad incentivare in alcuni periodi storici una accesa conflittualità ed invece in altri periodi una estesa collaborazione con le forze governative ed imprenditoriali, attraverso la sperimentazione di forme di "*neo-contrattualismo*" o di "*concertazione sociale*" <sup>[22]</sup>. Già in passato, dunque, le problematiche relative alle relazioni industriali disciplinate da regole (contrattuali o legali) sono state oggetto di vivace dibattito, come tra l'altro è dimostrato dalle numerose riserve che pure sul versante della costituzionalità sono state mosse sul disposto dell'art. 8, legge 14 settembre 2011, n. 148 <sup>[23]</sup>, e sulla disarticolazione e scomposizione dei contratti collettivi nazionali in contratti aziendali destinati, specialmente nelle imprese di grandi dimensioni, a convivere con i primi <sup>[24]</sup>.

Orbene data le dirette ricadute sul generale contesto socio-economico la sentenza qui scrutinata non può non considerarsi, per la sua stessa, di *natura politica*.

Nello stesso tempo essa ha assunto una *portata creativa* perché ha finito per incidere direttamente sulla libertà delle organizzazioni sindacali e perché inoltre si è posta in totale discontinuità con la sentenza 12 luglio 1996, n. 244 <sup>[25]</sup>. Si è infatti, disapplicato il precedente criterio sulla rappresentatività sindacale e lo si è sostituito con uno nuovo di difficile approccio ermeneutico, che per di più non ha trovato mai nessun riscontro nella giurisprudenza di legittimità, del resto del tutto obliterata senza che sul punto vi sia stata una congrua motivazione <sup>[26]</sup>.

## 5. Il sovranismo della Corte nella sentenza 26 settembre 2018, n. 194

Il sovranismo della Corte Costituzionale, già espressosi con l'attribuzione di competenze non proprie e di nuovi spazi di operatività, ha trovato nuove vie per espandersi e consolidarsi con la recente sentenza 26 settembre 2018, n. 194, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 sia nel suo testo originale che in quello successivo del d.lgs. n. 87/2018 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) <sup>[27]</sup>.

La suddetta sentenza sulla declaratoria di incostituzionalità di una medesima disposizione contenuta in due differenti testi normativi<sup>[28]</sup>, ha seguito un inusitato *iter* procedurale.

Ed infatti la Corte con il riconoscere l'accesso al giudizio di costituzionalità non ha osservato un canone fondamentale della giustizia costituzionale, quello cioè della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, volto a circoscrivere il ruolo del giudice delle leggi solo su quanto richiesto in sede di pregiudiziale dal *giudice a quo*<sup>[29]</sup>.

Dalla lettura del dispositivo e della motivazione della sentenza in esame emerge infatti chiaramente il vizio di ultrapetizione dal momento che mentre nell'ordinanza di rimessione non risulta esservi alcun riferimento all'art. 1 del suddetto decreto n. 23/2015 (norma intertemporale volta a definire l'intero ambito applicativo del decreto), invece l'interpretazione del dispositivo alla stregua delle ragioni che lo sorreggono (*Considerando in diritto n. 15*) legittima, a parere della Corte, l'apparato sanzionatorio di cui alla legge n. 92/2012 anche ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015<sup>[30]</sup>.

Per quanto ora detto, il superamento da parte della Corte dei limiti entro i quali devono essere esaminate le domande di cui alla pregiudiziale risulta agevolmente riscontrabile anche nella declaratoria di incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 87/2018, non essendo il decreto dignità invocato nella pregiudiziale al fine di farne dichiarare l'incostituzionalità del suddetto articolo che nel regolare, diversamente rispetto al passato, le indennità risarcitorie per i licenziamenti illegittimi ne ha aumentato l'entità.

Né per andare in contrario avviso può darsi rilievo al "*principio generale*" dello "*ius superveniens*" al fine di accreditare la tesi che anche davanti alla Corte Costituzionale sia consentito l'esame di questioni nuove (rispetto a quelle rinvenibili nella pregiudiziale), ostando a tale estensione la *specialità* della procedura e *le istituzionali competenze* dei giudici delle leggi, ben diverse da quelle devolute ai giudici ordinari davanti ai quali ha invece trovato applicazione il suddetto principio, con le limitazioni tra l'altro imposte con regole rigide e severe dal codice di rito e dai *dicta* della giurisprudenza di legittimità<sup>[31]</sup>.

Né può inoltre sottacersi che demandare – come avvenuto nel caso in esame – alla Corte Costituzionale problematiche mai esaminate e mai decise dai giudici ordinari, oltre a ribaltare un tradizionale ordine temporale in sede di interpretazione della compatibilità della legge con i principi della nostra Carta, si traduce in un consequenziale ridimensionamento della stessa giurisprudenza di legittimità con un diretto rafforzamento dell'anima politica della recente tendenza favorevole all'accrescimento dei poteri dei giudici delle leggi, in controtendenza rispetto al passato caratterizzato invece da un incentivo alla diffusione del controllo di costituzionalità a favore dei giudici ordinari con una ovvia valorizzazione della funzione giurisdizionale di detto controllo<sup>[32]</sup>.

Ciò premesso, la sentenza scrutinata è di scarsa, se non di nulla, efficacia a livello applicativo con riguardo all'apparato sanzionatorio in tema di licenziamenti illegittimi<sup>[33]</sup>.

Nonostante tutto la decisione della Corte assume però ugualmente una specifica rilevanza per quanto interessa in questo scritto, perché offre un contributo utile per dimostrare che si è forse con essa superata l'asticella, di per se stessa flessibile, delle c.d. sentenze "additive" o "manipolative" o di quelle catalogabili – seppure con un linguaggio approssimativo – nella tipologia delle sentenze "diversamente creative". Fattori questi tutti che accrescono, stante la debolezza dei partiti e più in generale della politica, le competenze della Consulta con effetti di condizionamenti del potere legislativo e di graduale acquisizione di una supremazia sui giudici ordinari al fine di legittimare la giurisprudenza costituzionale come ulteriore e nuova fonte normativa<sup>[34]</sup>.

## 6. Verso la supremazia della Corte Costituzionale sul legislatore anche nel diritto penale?

Nell'epoca attuale sempre più numerosi sono i giuristi che ritengono che anche il diritto penale sia contrassegnato da un "*legislatore inadeguato*", da una "*giurisprudenza anarchica*" e da "*pronunziati giurisprudenziali condizionati da pregiudizi ideologici*".

Non è questa la sede per dare risposte approfondite da parte di chi nella propria vita professionale ha privilegiato il civile sul penale, essendo il presente saggio volto – per ragioni di completezza argomentativa – a chiarire se le criticità e le riserve evidenziate nel diritto del lavoro siano o meno estensibili, ed eventualmente in quale misura, anche al diritto penale per quanto attiene alla incidenza delle decisioni della Corte Costituzionale sul potere legislativo e sullo stesso potere giudiziario.

Per dimostrare come le ragioni delle denunciate criticità della giustizia siano comuni nel diritto pubblico e nel diritto privato sono sufficienti poche e brevi considerazioni.

Anche nel diritto penale infatti non è certo trascurabile il pericolo di decisioni erranee e di processi che risultino chiara espressione di una "*giustizia malata*", conseguenza ancora una volta di molti fattori quali: l'oscurità e la mancanza di semplicità della norma; la molteplicità delle disposizioni in cui la norma può articolarsi ed il loro sovrapporsi; la mancanza di stabilità con una ridotta tenuta temporale delle leggi<sup>[35]</sup>; ed ancora la lunghezza dei giudizi dovuta in buona misura alla crescita esponenziale del contenzioso scaturente anche dal continuo succedersi di novelle e di normative settoriali che ne svelano l'assoluta mancanza di progettualità. Elementi tutti che finiscono per erodere progressivamente la fiducia del cittadino nello Stato.

Al riguardo è stato, con condivisibili considerazioni, rilevato che nella serie di leggi che hanno variamente inciso sul vigente codice di procedura penale la c.d. "*riforma Orlando*" segna un punto di grave decadenza sotto il profilo sia della tecnica legislativa che dei suoi contenuti, con gravi immancabili ricadute in termini di "*giusto processo*"<sup>[36]</sup>.

È innegabile che una cattiva gestione della giustizia penale è ineluttabilmente destinata a causare rilevanti danni a livello ordinamentale per effetto delle incertezze derivanti da normative ambigue e di sfuggente e scivoloso contenuto, che rendono concreto il pericolo di letture del dato normativo condizionate da rigide opzioni culturali o politico-ideologiche o da pregiudizi di altra natura<sup>[37]</sup>. E inoltre non può neanche trascurarsi di considerare che la perdita di affidabilità dell'intero assetto della giustizia penale è addebitabile in buona misura anche ad un legislatore che in luogo di ridurre le norme li moltiplica con disposizioni dalla tecnica disinvolta, che rendono estremamente difficile il compito dell'interprete di individuare il confine esistente tra illeciti amministrativi e condotte perseguibili penalmente nonché tra delitti di diversa gravità sociale<sup>[38]</sup>, con immancabili ricadute sul versante sanzionatorio e su quello delle risposte giudiziarie. Risposte che è necessario vengano rese in processi di "*ragionevole durata*" e da ogni giudice che sia sempre e comunque "*terzo ed imparziale*"<sup>[39]</sup>.

In questo quadro si è assistito nella realtà fattuale ad una progressiva espansione del c.d. diritto giudiziario come effetto delle disfunzioni del diritto legislativo<sup>[40]</sup>.

Ed espressione di certo più significativa del sovranismo giudiziario sul legislativo è data dalla recente sentenza della Corte Costituzionale del 25 settembre 2019 (data di riunione in Camera di Consiglio), che ha esaminato le questioni sollevate dalla Corte d'Appello di Milano sull'art. 580 c.p., riguardanti la punibilità dell'aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita (procedimento penale a carico di Marco Cappato per il suicidio assistito di Fabiano Antoniani; detto DJ Fabo).

Nel lasciare ai processualisti ogni approfondita valutazione sulla motivazione della suddetta decisione, è sufficiente allo stato – sulla base della ordinanza 16 novembre 2018, n. 217 di rinvio alla pubblica udienza del 24 settembre 2019 e del solo comunicato stampa – per affermare che la recente sentenza ha pubblicamente certificato il potere della stessa Corte di dettare al legislatore i tempi e le modalità per pronunziarsi sulle questioni sollevate nella pregiudiziale con un procedura che innova le

regole del processo costituzionale rivendicando – sulla base di quanto avviene in altri Paesi – di poterlo fare, finendo per partecipare quanto meno a livello paritario nel procedimento di formazione delle leggi, ma determinando però di fatto per tale via *"uno snaturamento del nostro tradizionale modello di giustizia sostanziale"* [41].

## 7. Qualche considerazione finale

Si è detto che il concetto di *rule of law*, nato in Europa, ma essenziale negli ordinamenti statunitense e canadesi e caratterizzante da sempre la civiltà dell'Occidente tutte, è ormai ridotto a un rispetto di facciata, a una formula sterile da utilizzarsi in qualche scambio di accuse tra magistrati, e si è poi aggiunto che se non comprendiamo il deterioramento della funzione giudiziaria a livello mondiale, non potremo capire la portata della rivoluzione politica che sta avvenendo in tutto le nazioni occidentali e che sta portando alla graduale sostituzione dei rappresentanti eletti con quello dei giudici nominati [42].

Invero si sta assistendo ad un anticipo di tale rivoluzione perché si avverte che nella nostra scienza giuridica ed in molti settori della stessa magistratura sta circolando l'idea che è preferibile affidare ai giudici piuttosto che ai partiti ed alla politica, divenuti in molti Paesi impopolari, il tentativo di salvare i principi fondanti della nostra civiltà giuridica. Nello stesso tempo non può negarsi che un siffatto tentativo trovi un non voluto ma oggettivo supporto nell'assetto ordinamentale dell'Unione europea ed in un ordinamento complesso. Questo è all'origine di un diritto sempre più incerto per rimanere incerti, perché non compiutamente individuati i valori e le finalità di un Unione, priva di una propria Costituzione e di propri codici unificanti [43].

Nell'attuale e complesso normativo il ruolo del giudice si è di fatto sostanzialmente modificato perché, e non soltanto in Occidente, gli spazi di istituzionale competenza di altri "poteri dello Stato" sono stati – gradualmente nel tempo – e spesso anche inavvertitamente – occupati dal "potere giudiziario" con un'alterazione dell'equilibrio tra detti poteri, per il venir meno di opportuni contrappesi, quale necessaria garanzia di democrazia e di libertà.

Per evitare quindi con "l'eclissi del diritto" il pericolo di approdi autoritari [44], è necessario, quindi, un riequilibrio tra i poteri anche, e non solo, tra quello giudiziario e quello legislativo, per evitare il consolidamento di una supremazia del primo sul secondo, che a lungo andare potrebbe tradire anche le basi della democrazia [45].

In tempi prossimi per limitare l'onnipotenza attivismo giudiziario favorito dalla latitanza della politica appaiono non più differibili riforme spesso evocate; riforme strutturali della organizzazione giudiziaria e della magistratura, capaci di ostacolare il sorgente sovranismo dei giudici attraverso una selettiva, meditata e coraggiosa rivisitazione anche delle norme costituzionali – riguardanti la Magistratura (Parte II, Titolo IV) e le stesse garanzie Costituzionale (Parte II, Titolo VI) – per rendere, nella realtà fattuale, effettive e attuative e non meramente evocative e programmatiche le prescrizioni dell'art. 111 Cost., al fine di garantire una *giustizia credibile ed affidabile e processi giusti, di ragionevole durata, in condizioni di parità tra le parti e davanti a giudici "terzi" ed "imparziali"* [46].

## NOTE

[1] Cfr. sul ruolo futuro della Corte Costituzionale, sulla necessità di ripensare la disciplina della giustizia costituzionale e sui suoi strumenti e regole processuali in un ordinamento a più livelli, che non rende agevole il dialogo tra le Alte Corti: R. Romboli, *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Un convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso*, in AA.VV., *La Corte Costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa 15 dicembre 2017, Pisa University, 2018, pp. 1-16.

[2] Cfr. più ampiamente sul punto R. Romboli, *op. cit.*, pp. 3-4, il quale – dopo avere ricordato come già fosse stata rimarcata anche l'opportunità di procedere ad alcune innovazioni della disciplina regolante il processo costituzionale – ha osservato puntualmente che le sfide che alla Corte si pongono negli anni 2000 si traducono nel decidere o meno se *"la disciplina relativa a momenti essenziali dell'attività del Giudice costituzionale (composizione, vie di accesso, tipologie delle decisioni, ecc.) sia oggi ancora adeguata alle questioni che le vengono poste dalla società ed ai compiti che la Corte deve affrontare quale organo custode della Costituzione e di chiusura del sistema"*.

[3] Cfr. al riguardo: R.H. Bork, *Il giudice sovrano (coercing virtue)*, Macerata, 2004, il cui filo conduttore è la riflessione – scaturita da una indagine sulle Corti Supreme statunitense, canadese, israeliana e sulle Corti europee – che emerge ormai evidentissima la incontestabile attività creativa dal diritto da parte di una casta giudiziaria che assume i connotati del dispotismo e che ora conseguentemente il "giudice legislatore" è una realtà a cui i cittadini delle comuni democrazie sembrano essersi assuefatti.

[4] In questi precisi termini vedi: R.H. Bork, *op. cit.*, pp. 30-31, che rimarca pure come la preoccupazione dei giuristi non sia più quella di "individuare" il significato della Costituzione interpretata in base al testo, alla sua storia ed alla sua struttura *"ma capire quello che i giudici hanno detto e diranno"*.

[5] Cfr. sempre: R.H. Bork, *op. cit.*, p. 31, che dopo avere citato a sostegno della sua opinione il giudice Scalia (più precisamente Antonin Gregory Scalia, giudice della Corte Suprema dal 1986 sino al momento della sua morte) rileva poi che – nonostante gli apologeti della *New Class* continuino a sostenere, senza troppa originalità, che la Corte si limita a interpretare la Costituzione – *"tutte le parti in causa riconoscono, comunque, che essa ha oltrepassato ogni sua ragionevole e ordinaria funzione"*.

[6] Scrive S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, p. 3, che *"la sovranità statale si diluisce"* aggiungendo poi che *"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"*.

[7] Nel confrontare il diritto del nostro Paese con quello degli Stati Uniti, S. Sileoni (nella *Prefazione* al testo di R.H. Bork, *op. cit.*, pp. XVII-XIX) mette in evidenza che giudici delle Corti Supreme, negli ordinamenti presi in esame dal costituzionalista americano, non hanno un mandato a termine, come i giudici costituzionali italiani, per cui per essi risuona più giustificato l'interrogativo che Giovenale fa pronunciare a Messalina *"quis custodiet ipsos custodes"* (cfr. p. XVII); ed inoltre osserva che in uno Stato di diritto dove ha ancora un senso la tripartizione dei poteri, non è compito dei giudici, ma del legislatore innalzare la soglia di protezione dei diritti i sopra quello che il testo stabilisce o prevederne di nuovi. Ogni pretesa di modifica *"può semmai essere sostenuta nelle sedi (politiche, culturali) giudicate più appropriate, ma non in quella giurisdizionale"* (cfr. p. XIX).

[8] Tale "snaturamento" non solo dei giudici costituzionali ma anche di quelli ordinari è agevolato nella materia del lavoro da leggi ambigue, di contenuto spesso indecifrabile, privi di progettualità perché scritte nella maggior dei casi senza alcuna riflessione e con una tecnica normativa improvvisata, che costituiscono terreno privilegiato per letture politiche e ideologiche del dato normativo (cfr. in generale sulle cause che violando il principio della certezza del diritto agevolano di fatto letture politiche ed ideologiche delle norme, fungendo conseguentemente da supporto alla scuola del diritto libero: F. Lopez De Onata, *La certezza del diritto*, nella *Collana Civiltà del diritto*, Milano, 1968, che è arricchita da saggi in tema dai mirabili saggi di: Pietro Calamandrei, F. Carnelutti, Pio Fedele, Giuseppe Capograssi, nonché dall'appendice di Massimo Corsale.

Sui numerosi contributi sulla certezza del diritto, la cui rilevanza è maggiore in quelle materie, come il diritto del lavoro ed il diritto penale, stante le loro ricadute sul contesto socio-economico del Paese cfr.: tra i tanti contributi di recente: A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*,

Napoli, 2017; G. Vidiri, *L'incertezza del diritto tra "positivismo giuridico" e "giusnaturalismo"*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, Milano, 2016, n. 4, p. 511 ss.; ed in precedenza S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Manelli, 2002.

[9] Significativo per individuare i poteri della Corte Costituzionale è il pensiero di T. Martines (*Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2003, p. 203, che dopo avere ricordato il carattere rigido della nostra Costituzione ed avere specificato come i poteri della nostra Costituzione sono quelli di cui i all'art. 134 della Carta, afferma poi che la nostra Corte svolge una attività "giurisdizionale" che richiede "imparzialità" ed una "tecnica giuridica"; ragioni queste capaci di garantire – anche nei processi sulle accuse al Capo dello Stato, in cui partecipano i rappresentanti delle Regioni (che non rientrano nella normale composizione della Corte) – un processo giusto proprio in ragione dell'esercizio dell'attività giurisdizionale.

[10] Che molte decisioni della Corte Costituzionale risultino condizionate da opzioni politiche o da pregiudizi ideologici sembra opinione condivisa – per effetto delle incertezze scaturenti dalla sentenze della Corte di Giustizia – anche da R. Romboli, *op. cit.*, p. 7. Questi infatti – dopo avere richiamato alcuni interventi creativi della giurisprudenza costituzionale ed avere criticati detti interventi per essere apparsi più o meno in contrasto con previsioni specifiche derivanti dalle leggi, se non addirittura dalla Costituzione, evidenzia che una volta avutasi la "sdoganatura" della Cedu, con "le sentenze gemelle", si è instaurato un rapporto più diretto tra le due Corti (Corte Costituzionale e CEDU,) che ha fatto sorgere la possibilità di contrasti, poi infatti verificatisi.

Il che potrebbe in futuro indurre gli interessati – come di fatto già avvenuto (nella materia giuslavoristica con riferimento ai casi di trattamento economico nel caso ATA e delle pensioni svizzere) – ad andare a cercare altrove "un giudice", incentivando i ricorsi alla Corte europea stante "l'aumento di politicità della nostra Corte".

[11] Per più ampie riflessioni su tale assunto cfr. F. Galgano, in F. Galgano-S. Rodotà, *Rapporti economici*, tomo II, in *Commentario della Costituzione (artt. 41-44)*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982, Sub art. 41, pp. 40-43, che rimarca anche come l'idea di "funzionalizzare" l'impresa privata "ha trovato poi la sua manifestazione estrema negli anni del centro sinistra, patrocinata dalle visioni tecnocratiche della cultura giuridica di ispirazione socialista".

[12] Chi ha studiato il succedersi del diritto del lavoro a partire degli anni '70, sino ai giorni d'oggi non può negare che in passato la dottrina giuslavoristica abbia mostrato di privilegiare il pensiero e la cultura giuridica di ispirazione socialista, finendo per relegare in secondo piano i valori del liberismo, come emerge dalle considerazioni sopra riportate. Né può negarsi che non soltanto nelle nostre Università ma anche nella cultura economica e giuridica circolante nel nostro Paese non hanno trovato l'attenzione, il seguito, e la valorizzazione che meritano gli studi e gli scritti dei padri fondatori e divulgatori del pensiero liberale, quali Adam Smith, José Ortega y Gasset, Friedrich von Hayek, Karl Popper, Raymond Aron, Isaiah Berlin, e Jean-Francois Revel.

Di recente proprio la forza dei valori rinvenibili in tali scritti ha indotto un noto scrittore (premio Nobel per la letteratura nel 2010) a passare dal disincanto verso la Rivoluzione cubana alla ammirazione del liberismo per i motivi mirabilmente sintetizzati in poche righe: "*La dottrina liberale ha rappresentato sin dalle sue origini le forme più avanzate della cultura democratica*", che "è quella che ha fatto progredire maggiormente i diritti umani, la libertà di espressione, i diritti delle minoranze sessuali, religiose e politiche, la difesa dell'ambiente e la partecipazione del cittadino comune alla vita pubblica. In altre parole, ciò che nel tempo ci ha protetto di più dall'inesauribile richiamo della tribù" (per tali testuali parole che dovrebbero interrogare permanentemente sia i legislatori che i giudici di ogni Paese che voglia essere democratico vedi: M. Vargas Llosa, *Il richiamo della tribù*, Torino, 2019, p. 19).

[13] Cfr. sul punto in tali termini ancora: R. Romboli, *op. cit.*, p. 6, il quale puntualizza anche come alla pure opportuna e quasi ineliminabile "creatività" della giurisprudenza costituzionale vi sono limiti non superabili e per i quali sembrerebbe necessario un intervento del legislatore.

[14] In questi sensi vedi: P. Zicchittu, *La Corte Costituzionale di fronte alle "zone franche"*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, p. 428.

[15] Cfr. sul punto ancora P. Zicchittu, *op. cit.*, pp. 421-423, *cui amplius*: G. Zegrebelsky-V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 67 ss.; G. Azzariti, *Osservazioni sull'accesso e sull'estensione del sindacato della Corte Costituzionale*, in A. Anzon-P. Caretti-S. Grassi (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del seminario*, svoltosi a Firenze il 28-29 maggio 1999, Torino, 2001, p. 426 ss.; ed ancora sui rapporti tra organi istituzionali in relazione alle c.d. "zone franche": A. Ruggeri, *Presentazione del Seminario*, in R. Balduzzi-P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2006, p. 1 ss.

[16] In un suo saggio R. Del Punta, riporta un lungo frammento di un intervento tenuto nel 2005, nella facoltà di Firenze, da un suo collega, universalmente compianto, Matteo Dell'Olio, che affermava: "*Il diritto del lavoro non è stato mai nichilista, è sempre stato valorista, ha sempre perseguito dei valori, e il valore di fondo ... è quello della libertà e della dignità del lavoratore; la tutela della libertà umana del lavoratore .... quindi non può essere annegata, con il pretesto della partecipazione, nel diritto commerciale, né con questo, magari con tutto il diritto, nell'economia*". (l'intervento così come riportato nella presente nota, è rinvenibile in P. Grossi, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, pp. 30-31).

[17] Su una cultura ed una giurisprudenza autoreferenziali sia in dottrina che in magistratura – a magistratura volte ad accreditare solo a parte dei giudici il ruolo di fedeli ed affidabili interprete della Costituzione al fine della saldatura del sovranismo giudiziario con quello della Corte Costituzionale, cfr.: R. Rivero-C. Ponterio (quali coordinatori del gruppo di lavoro di Magistratura democratica), *Quale giudice del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, pp. 720-722 cui *adde* in tema, per opinioni differenziate: R. Del Punta, *Il giudice e la Costituzione: una replica ai giudici del lavoro di Magistratura democratica*, *ivi*, pp. 723-727, ed ancora A. Agnente, *Note in margine ad un interessante dibattito*, *ivi*, pp. 729-734.

[18] Tale sentenza (che può leggersi in *Foro it.*, 1966, I, c. 985 ed in *Giur. cost.*, 1966, p. 942), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2018, n. 4, c.c. (in tema di prescrizione breve di cinque anni) e degli artt. 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c. (in tema di prescrizioni presuntive di un anno e di tre anni), limitatamente "*alla parte in cui consentono che la prestazione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro*". A tale pronuncia la Corte è pervenuta richiamando, a giustificazione della sospensione del termine prescrizione, la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare i propri diritti per il timore del licenziamento. Sul punto la Corte ha evidenziato che con il decorrere della prescrizione durante il rapporto si "*produce proprio quell'effetto che l'art. 36 della Costituzione ha voluto impedire vietando qualsiasi tipo di rinuncia, anche implicita, ai propri diritti da parte del lavoratore che per timore faccia decorrere il termine prescrizione*".

[19] Cfr. per un ricostruzione della tortuosa procedura che ha portato alla definitiva, e tuttora vigente normativa, sulla prescrizione dei crediti del lavoratore cfr. G. Vidiri, *La prescrizione nel diritto del lavoro e la Corte costituzionale prima e dopo la legge Fornero ed il Jobs act*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 639 ss., che – sulla base di un diritto del lavoro mutato nel tempo, anche nella disciplina dei licenziamenti in relazione alla quale si è formata la giurisprudenza – dichiara di volere allo stato privilegiare tra le altre numerose soluzioni prospettate quella di assoggettare il regime della prescrizione dei crediti di lavoro alle generali regole codicistiche, rimarcando al riguardo come non spetti al giudice costituzionale né la responsabilità né il potere di fare, riformare o modificare le leggi, dal momento

che "nello Stato di diritto la Corte, garante della costituzionalità delle leggi, non può non dare l'esempio del rispetto delle sue attribuzioni".

[20] La sentenza in commento e le altre successive che ne hanno modificato il contenuto sono state a criticata da più parti. Tra coloro che hanno sollevato di recente numerose riserve sulla disciplina della prescrizione dei crediti dei lavoratori cfr.: M. Persiani, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, I, pp. 8 e 11-12, il quale osserva che: "il riferimento alla 'situazione psicologica' del lavoratore comporta l'esercizio di una sorta di discrezionalità legislativa in quanto presuppone non solo l'accertamento ma soprattutto la valutazione di un elemento deducibile soltanto dall'esperienza; e che le sentenze emesse in materia dai giudici costituzionali, per essere 'manipolative' o meglio 'creative', hanno determinato, con riguardo alla decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, 'la produzione di una norma non scritta' unitamente ad un orientamento della giurisprudenza costituzionale e dei giudici di legittimità, avente una propria giustificazione in valutazioni di merito condizionate da esigenze di natura sociale, che non possono essere determinanti allorché si tratti di interpretare e di applicare le leggi perché i giudici ordinari e, a maggior ragione, la dottrina non hanno il potere di modificare le scelte accolte dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità".

In tema cfr. anche F. Santoni, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *Riv. dir. lav.*, 2013, I, p. 893, il quale osserva che coloro che prospettano la sopravvenuta inutilizzabilità del termine di prescrizione durante il corso dei rapporti di lavoro ormai non garantiti dalla stabilità del rapporto, finiscono per fornire una risposta scarsamente approfondita se non viziata da un evidente "apriorismo ideologico", così come avviene per l'indirizzo volto ad equiparare il mutamento delle tutele del lavoro ed il complessivo arretramento della posizione contrattuale dei lavoratori nelle imprese di dimensione medio-grande in quanto private delle precedenti tutele; ed in tempi più risalenti: A. Maresca, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano 1983, p. 239 ss., il quale ha lamentato che a sostegno della sentenza n. 63/1966 si sia fatto riferimento ad un *obiter dictum* in essa contenuto, richiamando il *metus*, cioè la "situazione psicologica del lavoratore, reputato come un moderno 'capite deminutus' sempre bisognoso, anzitutto, di essere difeso anche 'contro la sua propria debolezza'".

[21] Per una critica a tale sentenza cfr. in dottrina *ex plurimis*: F. Carinci, *Il buio oltre la siepe: Corte Costituzionale 23 luglio 2013 n. 231 (23 settembre 2013)*, in *Forum di Quad. cost.*, 2013, che qualifica detta sentenza come "falsamente additiva", ed ancora Id., *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte Costituzionale n. 231/2013*, in *ADAPT Labour studies e-book series*, 2014, n. 20, cui *adde*: U. Carabelli, *Rappresentanza e rappresentatività dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 231/2013*, *ivi*, p. 99, che definisce la decisione commentata una "strana sentenza", addebitando alla stessa anche preoccupanti incertezze.

[22] Va ricordato che, come sta avvenendo spesso in tempi recenti, già in passato si sia inteso ricercare strumenti di decisione congiunta e di negoziazione trilatera tra Stato, sindacato ed associazioni imprenditoriali, con scelte che hanno già fatto sorgere però seri dubbi sul versante costituzionale per la conseguente trasformazione del ruolo del Parlamento da legislatore a mero organo di ratifica di decisioni prese altrove.

Sugli effetti limitativi delle prerogative del parlamento a seguito di politiche neo-contrattualistiche cfr. A. Cessari, *Pluralismo, neo-corporativismo e neo-contrattualismo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, p. 186; e sui due accordi triangolari successivi del 31 luglio 1992 e 23 luglio 1993: M. Roccella, *Azione sindacale e politica dei redditi: appunti sull'accordo triangolare del 23 luglio 1993*, in *Riv. giur. lav.*, 1993, p. 263 ss., e più in generale: G. Vidiri, *Poteri del sindacato ed efficacia della contrattazione collettiva*, in *Giust. civ.*, 1995, II, pp. 437-438.

[23] Per l'art. 8, legge n. 148/2011 i cosiddetti contratti di prossimità, oltre a regolare le materie ad essi delegate espressamente dai contratti collettivi nazionali di lavoro o dalla legge, possono in una ottica di accrescimento della loro operatività, disciplinare le specifiche materie espressamente indicate nel comma 2, anche in deroga alla legge ed ai contratti collettivi nazionali, restando sempre fermo il "rispetto della Costituzione", nonché dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

[24] Sulla contrattazione a doppio livello cfr. tra i molti: G. Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 109 ss.; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 479 ss.; D. Garofalo, *Gli accordi territoriali*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 171 ss.

[25] La sentenza della Corte (che si legge anche in *Foro it.*, 1966, I, c. 2969, con ampia nota redazionale) ha reputato non fondate le questioni di legittimità costituzionali dell'art. 19, comma 1, lett. b), legge 20 maggio 1970, n. 300 (nel testo risultante dall'abrogazione parziale disposta dal d.P.R. 28 luglio 1955, n. 312 nella parte in cui limitava il riconoscimento delle rappresentanze aziendali alle sole organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi, in riferimento agli artt. 3 e 39 Cost. Conclusione alla quale la Corte è pervenuta sul presupposto che il criterio di cui alla citata norma statutaria – esteso alla intera gamma della contrattazione collettiva – avesse valorizzato la rappresentatività dell'organizzazione sindacale sulla base della "effettività" della propria azione "desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva" applicabile nell'unità produttiva. Principio di "effettività" dell'azione sindacale in precedenza valorizzato come elemento fondante delle rappresentanze sindacali aziendali da Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 482, in *Foro it.*, 2016, I, c. 5, con nota di G. Amoroso, *Nuovo intervento della Corte Costituzionale sulla nozione di «maggiore rappresentatività» delle associazioni sindacali e possibili riflessi sull'art. 19 dello statuto dei lavoratori*.

[26] In questi sensi cfr. più ampiamente: G. Vidiri, *Clausole generali e certezza del diritto nel rapporto di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 632 ss. e spec. par. 6, secondo il quale il ritenere la sola partecipazione alle trattative sufficiente per soddisfare il requisito previsto dalla norma statutaria avrebbe richiesto per la sua comprensione non un assoluto silenzio sul punto ma invece un iter argomentativo ben più articolato anche attraverso il riferimento alla giurisprudenza di legittimità sulla difficile e complessa fase prenegoziale e quindi anche sullo svolgimento delle trattative

In giurisprudenza sul criterio della rappresentatività delle organizzazioni sindacali cfr. *ex plurimis*: Cass. 5 agosto 2010, n. 18260; Cass. 27 agosto 2002, n. 12584, in *Riv. dir. lav.*, 2002, II, p. 482, con nota di M. Vincieri, *In merito ai criteri di costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali*; Cass. 20 aprile 2002, n. 5765, *ivi*, 426, con nota di G. Boni, *RSA, RSU e diritto di assemblea: il difficile coordinamento tra gli artt. 19 e 20 st. lav., il protocollo del 1993 e il referendum del 1995*; e più di recente sempre in tema: Cass. 31 maggio 2018, n. 13982 e Cass. 5 luglio 2016, n. 13677.

[27] La sentenza n. 194/2018 ha inoltre dichiarato l'inammissibilità delle altre questioni devolute al giudice delle leggi dall'ordinanza del Trib. Roma, Sez. III lav., 26 luglio 2017 (cfr. nn. 2, 3 e 4 del dispositivo). La suddetta ordinanza è annotata da P. Tosi-F. Lunardon, *Cronaca di una ordinanza ..., già annunciata*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2169 ss.

[28] La decisione ora in esame è stata oggetto di una molteplicità di studi che hanno valutato in modo estremamente differenziato la sua portata in relazione all'intero apparato sanzionatorio in termini di *effettività* e *dissuasività* di comportamenti illegittimi del datore di lavoro ed in termini di efficace tutela dei diritti del lavoratore. Nel già sterminato panorama dottrinario cfr. *ex plurimis*: E. Balboni, *Il "diritto al lavoro" da principio fondamentale a diritto fondamentale: propaggine estrema del costituzionalismo ad impronta personale e sociale*, in *Lav. dir. Europa*, 2019, n. 2; G. Zilio Grandi, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, *ivi*, pp. 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*, n. 382/2018, pp. 29-30, secondo cui la sentenza ora in esame 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; S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte Costituzionale*, *ivi*, 2018, n. 270, p. 7, che 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 di adeguatezza dei mezzi allo scopo perseguito dal legislatore".

[29] M. Massa, *Considerazione sull'inammissibilità della questione*, in Atti del Seminario in previsione della udienza pubblica della Corte costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità del decreto n. 23/2015 (tenutosi ad iniziativa dell'Università degli Studi di Ferrara – Dipartimento di giurisprudenza, il 28 giugno 2018), pp. 113-118,, aveva perspicuamente paventato l'eventualità, poi verificatasi, che la Corte Costituzionale, invece di dichiarare l'inammissibilità di tutto quanto richiesto dal giudice *a quo*, avrebbe potuto anche decidere nel merito la sollevata pregiudiziale.

[30] Cfr. al riguardo M. Massa, *op. loc. cit.*, il quale correttamente ha osservato che, a differenza del disposto dell'art. 1, d.lgs. n. 23/2015, l'art. 3, comma 1, del suddetto decreto non può avere alcun effetto (né diretto né indiretto) a livello temporale del suddetto decreto, dal momento che quest'ultima norma non è abrogativa o sostitutiva di altra, il cui annullamento potrebbe far rivivere automaticamente la disciplina precedente, né tanto meno ha natura di norma speciale, il cui annullamento lascerebbe espandere quella generale.

[31] In tali sensi cfr. *amplius*: G. Vidiri, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, *cit.*, pp. 9-10.

[32] Cfr. al riguardo le puntuali considerazioni di R. Romboli, *op. cit.*, pp. 6-7, che ha anche rimarcato come uno degli elementi che ha avuto maggiore influenza sull'attività della Corte Costituzionale è rappresentato dalla tutela sovranazionale dei diritti e dai rapporti che sono andati a farsi sempre più stretti con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e con la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

[33] Cfr. *amplius*: G. Vidiri, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, *cit.*, pp. 9-12, il quale osserva che la Corte ha ribadito dapprima che, a fronte di licenziamenti illegittimi, il criterio risarcitorio deve essere "dissuasivo" per il datore di lavoro e nello stesso tempo "adeguato" ai fini compensativi del danno subito dal lavoratore; ed ha poi fatto riferimento alla regola del bilanciamento dei diritti come equa regolamentazione tra interessi ontologicamente contrapposti, senza però fornire né una regola chiara sui parametri di riferimento per declinare detta regola né alcuna valida giustificazione sull'applicazione degli stessi principi sia alle fattispecie regolate dal d.lgs. n. 23/2015 che a quelle diversamente disciplinate dal d.lgs. n. 87/2018.

Più nello specifico i numerosi passaggi motivazionali contenuti nei quindici ed articolati dei "Considerando in diritto" si caratterizzano per la vaghezza dei principi enunciati, la cui applicazione richiederà ai fini decisori una autonoma e discrezionale valutazione, da parte dei giudici del lavoro, di ciascuna fattispecie scrutinata.

Osservano P. Tosi-F. Lunardon, *op. cit.*, p. 2178, che il giurista – anche a volere ritenere la funzionalità della deterrenza connaturata alla responsabilità civile – non può però non accorgersi che la *dissuasività* della sanzione non va considerata un elemento intrinseco ma un mero effetto pragmatico della stessa, suscettibile quindi di variare a seconda del contesto e del momento storico in cui essa

viene prevista ed applicata sicché "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".

[34] In questi termini cfr. G. Vidiri, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018*, cit., pp. 8-9, che evidenzia anche come il rafforzamento degli spazi interpretativi della Corte Costituzionale può far correre il pericolo di letture permeabili a condizionamenti politici, ideologici o socio-economico; pericolo che si accresce quando si devono interpretare disposizioni di contenuto generico, e quindi non agevolmente decifrabili come la disposizione di cui al comma 2, art. 41 Cost., in cui a fronte della nozione di "utilità sociale" il giudice, se non è "terzo", "imparziale" e quindi "libero" dai propri "pregiudizi", può vestire di volta in volta i panni del "legislatore", del "sociologo" e del "moralizzatore". Cfr. per come si debba porre il giudice a fronte di norme della Costituzione dal contenuto generico, come le c.d. clausole generali: 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 *Corr. giur.*, 2018, p. 965 ss.

[35] Ricorda saggiamente F. Lopez De Onata, *op. cit.*, p. 71, che poiché la natura dell'uomo non può consentire che la codificazione positiva consti di leggi eterne, deve almeno l'ordinamento giuridico essere composto "da leggi che non potendo essere eterne, devono però essere leggi stabili, leggi longeve".

[36] Così: P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzione del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1265 ss., il quale afferma che "lo stato di dissesto del codice di rito, ormai disarticolato e reso pressoché illeggibile da continui ritocchi del legislatore e della Corte Costituzionale, ciò di cui si avvertiva la necessità era una moratoria delle innovazioni, accompagnata da una semplice quanto preziosa opera di riscrittura", volta a chiarire il significato spesso oscuro delle nuove disposizioni, a risolvere le numerose contraddizioni e ad eliminare le inutili ridondanze, con un intervento "da svolgersi più nella logica del togliere che dell'aggiungere".

[37] Va ribadito ancora una volta che leggi indeterminate possono risultare terreno fertile per occultare "pregiudizi", "scelte culturali" ed anche "radicate posizioni politiche ed ideologiche", che rendono concreto lo spettro di una giustizia "precaria nei valori", spesso "strabica" e non di rado anche "persecutoria". Tutto questo spiega come proprio in tema di interpretazione del disposto dell'art. 416 bis c.p. sia stato possibile assistere – e si potrà anche nel futuro assistere – a seguito di un dilagante soggettivismo giudiziario alla violazione dei principi dell'uguaglianza e della certezza del diritto, con decisioni non di rado lesive di diritti fondamentali garantiti contemporaneamente sia dall'ordinamento statale che da quello dell'Unione europea.

In tema: G. Vidiri, *Il caso Contrada tra (in)certezza del diritto e (in)giusto processo*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 289 ss., ed in precedenza F. Viganò, in *www.diritto penale contemporaneo.it*, fasc. 9, 2017, *Strasburgo ha deciso. La Cassazione chiude il Caso Contrada*, secondo cui la decisione della Cass. n. 43112/2017 ha correttamente dichiarato la illegittimità della condanna a dieci anni di reclusione inflitta a Contrada, dovendosi seguire i principi fissati della CEDU nel corso del processo in ragione del fatto che lo Stato italiano aveva sottoscritto e dato esecuzione con la legge n. 848/1955 alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.

Per le numerose problematiche sorte sull'interpretazione dell'art. 416 bis c.p., stante la difficoltà di lettura di una norma articolata in una pluralità di disposizioni, delle quali non sempre è agevole individuare gli spazi applicativi, cfr. lo scritto di G. Silvestri, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, nota a Cass. 24 aprile 2012, n. 15727, in *Foro it.*, 2013, II, p. 385, che sottolinea come la individuazione del fatto tipico e degli elementi (oggettivi e soggettivi) del reato di associazione mafiosa abbia richiesto ben tre volte l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione: prima con la sentenza *Dimitry* (che può leggersi in *Foro it.*, 1995, II, c. 422), successivamente con la sentenza *Carnevale* del 30 ottobre 2002 (in *Foro it.*, 2003, II, c. 453), e da ultimo con la sentenza *Mannino* del 12 luglio 2005 (in *Giust. pen.*, 2006, p. 257).

[38] È opinione diffusa che tra le fattispecie delittuose sub Libro II, Titolo II (*Dei delitti contro la pubblica amministrazione*) del vigente codice penale si riscontrano molti reati (quali ad esempio: *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*, art. 319; *Corruzione in atti giudiziari*, art. 319 ter; *Induzione indebita a dare o promettere utilità*, art. 319 quater; *Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio*, art. 320; *Abuso d'ufficio*, art. 323; *Millantato credito*, art. 346; *Traffico di influenze illecite*, art. 346 bis; *Inadempimento di contratti di pubbliche forniture*, art. 355; *Frode nelle pubbliche forniture*, art. 356) ciascuno dei quali pone all'interprete un compito difficile, nella individuazione della fattispecie regolata, e di estrema complessità, nella ricerca della determinazione ed identificazione degli elementi di confine con altre fattispecie delittuose o con altre figure di meri illeciti amministrativi. Incertezze queste che allontanano gli investimenti nel nostro Paese, stante il timore degli imprenditori: di perdersi nell'inestricabile ginepraio di decreti, leggi (statali, regionali, provinciali), norme, commi, codicilli, regolamenti, in continuo succedersi e sovrapporsi; e di rimanere vittima di risposte giudiziarie tardive e imprevedibili e dai costi insopportabili.

[39] Va al riguardo rimarcato che nel corso degli anni si è assistito ad un costante e corporativo rifiuto da parte della magistratura dei numerosi tentativi diretti a riforme radicali e strutturali dell'ordine giudiziario, soprattutto con riguardo al diritto penale e processuale pur essendo sempre più pressante l'esigenza di un "processo giusto" e di una "giustizia efficiente", capace di dare risposte che non ne ledano la credibilità.

Per severe critiche verso la magistratura cfr. per tutti: M. Ainis, *Privilegium. L'Italia divorata dalle lobby*, Milano, 2012, p. 37, che ai *giudici ingiudicabili* addebita "il vizio di ogni sistema autoreferenziale dove l'autonomia degenera in separatezza, la separatezza in arbitrio, l'arbitrio in impunità generalizzata. È questo vizio abita nella cittadella giudiziaria, sia pure in nome del principio costituzionale che sancisce l'autogoverno della magistratura, Difatti chi giudica i giudici? I giudici attraverso il Csm".

[40] In questi sensi: A. Lucarelli, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" *"Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto"*, Brescia 24 novembre 2017, a cura di A. Apostoli-M. Gorlani, Napoli 2018, p. 130, che esprime un richiamo forte alla responsabilità della politica, delle politiche legislative alla separazione dei poteri, al principio di legalità e, in ultima analisi, al rischio di "addossare" sul giudice nella sostanza il potere di determinare politiche *ambientali, sanitarie, sociali* ed anche – è bene aggiungere – anche *economiche*.

[41] Per critiche di diverso tenore alla ord. 16 novembre 2018, n. 217 (Pres. Lattanzi, Rel. Modugno) per il ruolo svolto dalla Consulta sul caso Cappato: cfr. *ex plurimis*: A. Ruggeri, *Pilato alla Consulta decide di non decidere per lo meno ... per ora (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta on line*, 26 ottobre 2018, e successivamente Id., *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 271 del 2018 sul caso Cappato)*, cui adde più di recente E. Billotti, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*, in *Corr. giur.*, 2019, n. 4, p. 463.

[42] In questi precisi termini cfr. R.H. Bork, *op. cit.*, pp. 213-214, che con parole dal contenuto già allo stato profetiche ha affermato: "sino a qualche anno fa era inconcepibile che tanti ambiti della vita negli Stati occidentali sarebbero stati controllati dal potere giudiziario. Quello che oggi è inimmaginabile può ben divenire verosimile nei prossimi cinquant'anni".

[43] Ricorda V. Scalisi, *Fonti-Teoria-Metodo*, Milano, 2014, pp. 435-436, che A. Trabucchi, estensore del primo codice di diritto comunitario, ritenesse che l'Europa, come comunità di vita fatta di relazioni tra popoli, avrebbe dovuto avere un diritto suo proprio per essere l'idea stessa di Europa inconcepibile senza una reale unificazione, senza una salda unità del diritto dei popoli europei e soprattutto, senza una uniforme normativa dei rapporti interpretati, evidenziando contestualmente che l'Europa è stata concepita dai suoi fondatori non come unità di mercato, ma in un senso più alto, secondo il motto

ciò di uno dei suoi fondatori, Jean Monet, per il quale l'Europa non doveva servire "coalizzare Stati, ma ad unire uomini".

[44] Sull'eclisse del diritto cfr. la trilogia di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2005 ed *Il salvagente della forma*, Bari, 2007 e più di recente, con considerazioni estensibili in buona parte anche al diritto penale: C. Castronovo, *Ecclissi del diritto civile*, Milano, 2015, che descrive in un *excursus* storico i tempi ed i luoghi in cui si è verificato il passaggio da un diritto civile di originario nitore nella stagione gloriosa dell'Ottocento sino al suo epilogo contrassegnato da una Costituzione negletta ed abusata, da una giurisprudenza con un ruolo non appropriato perché oscillante tra il legislativo ed il dottrinale, ed inoltre da un ordinamento positivo europeo rozzo e spesso luogo privilegiato d'elezione di straripamenti giurisprudenziali.

[45] Per l'assunto che il ruolo del giudice nel nostro Paese si è modificato a seguito dell'acquisizione – in assenza di validi contrappesi tra i poteri dello Stato – degli spazi di istituzionale competenza del potere legislativo e di quello esecutivo cfr. G. Vidiri, *La certezza del diritto tra «positivismo giuridico» e «giusnaturalismo»*, in G. Bronzini-R. Cosio (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, 2017, p. 22, il quale aggiunge che, in mancanza di garanzie per la democrazia e per la libertà, si potrà pervenire alla cosiddetta "tirannia della maggioranza" (saggio questo che si può, per chi lo voglia, leggere anche in *Riv. internaz. fil. dir.*, 2016, n. 4, come riportato alla nota 8).

Sulla "tirannia della maggioranza", sui suoi pericoli e sui suoi antidoti cfr.: A. Tocqueville, *Vita, pensiero, opere scelte*, in *Il Sole 24 Ore*, nella Collana *I grandi Filosofi*, Milano, 2006, n. 20, spec. pp. 106-115 e pp. 475-509.

[46] Di recente A. Lucarelli, *op. cit.*, p. 131, osserva che per evitare abusi del potere giudiziario e nello stesso tempo per fare fronte ad inadeguatezze e persistenti inerzie del legislatore, con perniciose ricadute sull'apparato burocratico ormai da tempo privato dalla bussola dell'art. 97 Cost., occorrono per quanto attiene agli appartenenti all'ordine giudiziario: un reclutamento dei magistrati indifferente all'orientamento politico e culturale; una valorizzazione delle prerogative di autonomia e indipendenza che la nostra Carta Costituzionale assegna all'ordine giudiziario e dunque a ciascun giudice nell'atto di esercitare il potere giurisdizionale; ed ancora una valorizzazione del dovere del giudice di dare conto, con le proprie motivazioni, delle decisioni, come già previsto dall'art. 111, comma 6, Cost.