

Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*

Roberto Bin

Negli anni più recenti, la Corte costituzionale mostra di utilizzare con una certa disinvoltura *standard* di giudizio che si sono consolidati negli anni, come la ragionevolezza, le “rime obbligate” e il bilanciamento degli interessi. Le variazioni sembrano prendere forma specialmente in alcuni settori della giurisprudenza costituzionale. Questo scritto esamina in specifico la più recente giurisprudenza in materia di licenziamento illegittimo. Inizia con alcune considerazioni sul piano generale e teorico attorno ai concetti di bilanciamento e ragionevolezza; per poi calibrare l’attenzione sulla giurisprudenza più recente della Corte costituzionale in materia di lavoro, e in particolare di risarcimento del lavoratore colpito da licenziamento illegittimo.

I. Standard di giudizio e interpretazione

1. Chi bilancia?

Al costo di sembrare un po’ dissonante rispetto al *mainstream* della dottrina costituzionalista, vorrei premettere che le figure di bilanciamento, ragionevolezza, proporzionalità, congruità e così via non sono distinguibili con nettezza una dall’altra, ma si compenetrano e danno nomi diversi ad un unico problema – un problema che non rientra in quell’opera che noi siamo soliti chiamare ‘interpretazione’. Non mi avventuro nel cercare la definizione di un termine così pregnante, specie se è riferito all’opera del giurista, ma se ‘interpretare’ è in qualche modo collegato all’opera di attribuire un significato a un segno, bilanciamento, ragionevolezza ecc. nulla c’entrano con questa opera. Però c’entrano a pieno con il lavoro del giurista. Non è l’obiettivo di esprimere significati ciò che guida queste argomentazioni, che pure sono intrinseche al giudicare.

Non c’è forse giudizio che non contempi una forma di bilanciamento, insita nella valutazione del caso concreto: si tratti dell’equilibrio tra gli interessi dei contraenti, del calcolo di aggravanti e attenuanti o della ponderazione degli interessi nella decisione discrezionale della PA, il giudice è tenuto ad affrontare un’opera di bilanciamento. Tant’è che – come mostrerò in seguito – la Corte

* Lo scritto nasce da una relazione svolta l’8 giugno 2022 alla Scuola Nazionale della Magistratura

costituzionale ha individuato una forma specifica di violazione del canone della ragionevolezza in quelle leggi che, fissando con rigidità gli elementi della fattispecie, non lasciano al giudice uno spazio adeguato di flessibilità e di bilanciamento “in concreto”. È un difetto della legge quello di fissare un punto rigido di equilibrio tra interessi in conflitto: la Corte costituzionale rimuove il blocco ed opera una “delega di bilanciamento”, che sposta sul giudice la ponderazione in concreto degli interessi in gioco¹.

Qui si impongono due precisazioni: chi bilancia e cosa si bilancia.

Il bilanciamento è anzitutto compito del legislatore. Dotato dell’investitura che gli deriva dalla democrazia rappresentativa, spetta al legislatore scegliere l’assetto degli interessi che più corrisponde al suo indirizzo politico. Non è una scelta del tutto libera, però, perché restano i vincoli posti in costituzione. Sono vincoli che operano essenzialmente “in negativo”, perché l’interpretazione della costituzione “*magis ut valeat*” - che era molto accreditata nei primi anni dell’era repubblicana, specie in reazione al gravissimo “ostruzionismo della maggioranza” nell’attuazione costituzionale² - ha perso con il tempo molto del suo seguito. Libero di navigare verso le mete conformi al suo indirizzo politico, il legislatore deve badare a non scontrarsi con i limiti posti dalla Costituzione e che sono vigilati dalla Corte costituzionale.

Qualcosa va detto però su come si articolano questi limiti. La costituzione non presenta una gerarchia di “principi” o di diritti: ogni interesse di cui annuncia la tutela si accompagna con il suo contrappeso. Certe volte esso è espresso nello stesso testo: i diritti della sfera individuale (*habeas corpus*, domicilio, corrispondenza...) si presentano assieme alle esigenze di tutela della sicurezza pubblica e della repressione dei crimini; i diritti della sfera pubblica (riunione, associazione, libertà di culto...) si trovano di fronte le esigenze dell’ordine pubblico; i diritti sociali soffrono tutti le limitazioni derivanti dal costo delle prestazioni; ecc. È la natura “pluralista” della costituzione, che assai poco convinceva persino molti membri della stessa Assemblea costituente (tra cui Benedetto Croce). Del resto, come ha ripetutamente affermato la Corte, non ci sono diritti assoluti, ognuno incontra limiti: limiti che non sono predefinibili una volta per tutte, ma si manifestano nell’«infinita varietà del reale», cioè nei casi

¹ Per questa figura cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè 1992, 90-93, 127 ss. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale si vedano, tra le tante, le sent. 253/2003, 367/2004, 7/2013, 213/2013, 232/2013 (in queste due ultime decisioni si richiama il principio del “minore sacrificio necessario” di cui si dirà in seguito).

² Cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, F. Angeli, 1982, 43 ss.

che bussano alla porta del giudice. Il punto di bilanciamento tra gli interessi è fissato dal legislatore, ma poi la sua “tenuta” costituzionale è verificata dai giudici con l’ausilio della Corte costituzionale.

2. *Cosa si bilancia?* Ecco chi sono i protagonisti del bilanciamento. Con ciò si è chiarito anche cosa ne sia l’oggetto. Non sono “valori” – termine che sarebbe meglio tenere fuori del lessico del giurista, anche perché i valori tendono ad essere assoluti, e quindi poco inclini al bilanciamento – e non sono “diritti” – che implicherebbero sempre una specifica titolarità -; forse non sono neppure “principi”, perché questi sono formulati in termini normativi, sia pure nella semplice forma del *favor*: sono “interessi”, il materiale più basilare con cui ha a che fare il giurista - interessi tutti potenzialmente titolati a salire sul piatto della bilancia, talvolta rivestendo i panni del “principio”. Ovviamente le potenzialità di conflitto tra interessi sono infinite: è inutile ripetere che tra essi non sorgono mai conflitti in astratto, ma solo in rapporto a concrete situazioni di fatto. Le potenzialità di conflitto sono infinite come infiniti sono i casi della vita: pertanto, invertendo i termini dell’equazione, ogni caso della vita è potenzialmente teatro di un conflitto tra interessi che, pur non essendo disciplinati in modo espresso da principi costituzionali, sono regolati – direttamente o indirettamente - da atti normativi. Sono questi che diventano perciò l’oggetto del giudizio. Riassumendo: il legislatore sceglie in punto di equilibrio tra gli interessi che ha preso in considerazione e lo incorpora in una norma “generale e astratta”; il giudice deve applicare la norma al caso concreto e, se trova che qualche interesse sia stato pretermesso dal legislatore o che l’equilibrio da questi tracciato in astratto si rivela in concreto incompatibile con quanto prescrive la costituzione, solleva la questione alla Corte costituzionale; quest’ultima sindacava il bilanciamento fissato dal legislatore alla luce dei limiti e dei canoni costituzionali. Tra questi un ruolo da protagonista lo esercita il canone della ragionevolezza.

3. *Ragionevolezza e congruità.* È interessante notare che le figure di uso ormai comune, come bilanciamento, ragionevolezza, congruità e così via, sono state tematizzate e sviluppate in sede teorica molto dopo rispetto alla loro comparsa nella pratica della giurisprudenza costituzionale. Per esempio, recentemente, occupandomi di giurisprudenza in materia di diritto di famiglia, mi sono imbattuto in argomenti che la Corte costituzionale degli anni ‘50 e ‘60 impiegava correntemente e che oggi non avremmo difficoltà a classificare nella categoria della “ragionevolezza”, pur se la Corte mai la ha nominata espressamente. È una giurisprudenza che oggi sicuramente ci apparirebbe decisamente retriva, in cui

la questione della eguaglianza dei coniugi veniva affrontata, non alla luce del principio generale di eguaglianza dell'art. 3 Cost., ma con riferimento esclusivo all'art. 29 Cost., letto come una funzionalizzazione della parità tra coniugi al fine ultimo del mantenimento dell'unità della famiglia. La disposizione costituzionale *«il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare»* significava che spetta al legislatore (e in primo luogo al codice civile prerepubblicano, ma anche al “fascistissimo” codice Rocco) fissare il punto di bilanciamento tra eguaglianza e unità familiare. Ma è proprio operando su questo nesso di strumentalità tra mezzo normativo e fine - la «corrispondenza delle norme stesse agli scopi perseguiti dal legislatore» come anni dopo Livio Paladin³ avrebbe definito la prima tappa del giudizio di ragionevolezza – la Corte è riuscita a smantellare alcune delle discriminazioni non più accettabili dalla evoluzione della «coscienza sociale», anticipando la riforma del diritto di famiglia del 1975. Emblematico fu l'*overruling* in materia di adulterio femminile: quella stessa giustificazione della palese discriminazione tra la donna “angelo del focolare” e l'uomo incapace a resistere alle sollecitazioni di una vita fuori di casa, svolta in punto di congruità tra differenziazione e difesa dell'unità familiare nella sent. 64/1961, viene rovesciata con la sent. 126/1968: *«Ritiene la Corte, alla stregua dell'attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocimento alla concordia ed alla unità della famiglia... Per l'unità familiare costituisce indubbiamente un pericolo l'adulterio del marito e della moglie, ma, quando la legge faccia un differente trattamento, questo pericolo assume proporzioni più gravi, sia per i riflessi sul comportamento di entrambi i coniugi, sia per le conseguenze psicologiche sui soggetti»*. Non si parla ancora di ragionevolezza – o di «irragionevolezza intrinseca» come oggi piace alla Corte chiamarla - ma la struttura del ragionamento ne è un evidente anticipo.

Anche nel campo della disciplina privatistica dei rapporti tra i coniugi i mutamenti di giurisprudenza sono clamorosi. Emblematica è la giurisprudenza costituzionale in tema di obblighi di mantenimento. La prima giurisprudenza (sent. 46/1966; sent. 144/1967) afferma che l'obbligo di mantenimento posto a carico del marito non contrasta con la costituzione «poiché la diversità della distribuzione degli oneri fra i due coniugi trova fondamento nella diversa posizione che il vigente Codice di diritto privato, ritenendola necessaria ad assicurare l'unità della famiglia, conferisce loro». Ma passano pochi anni e la

³ Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, t. 1, Padova, CEDAM 1985, 655 (il fondamentale saggio era già comparso in *Giur. Cost.* 1984, 219 ss.).

Corte si decide a ribaltare il suo precedente, dichiarando l'illegittimità dell'art. 145.1 cod. civ. «nella parte in cui non subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita»: e ciò perché la disparità di trattamento non è giustificabile in funzione dell'unità familiare, dato che, anzi, «quando si tratti dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo».

È del tutto evidente che i *revirement* della Corte dipendono, come essa stessa sottolinea con enfasi, dal mutamento della coscienza sociale, che avrebbe avuto pochi anni dopo pieno riconoscimento nella legge di riforma del diritto di famiglia. Questo mutamento fa cambiare la percezione della *ragionevolezza* della norma censurata, e più esattamente del *nesso di congruità* (o, se si vuole, di "pertinenza"⁴) tra la norma e il suo fine.

4. *La ratio legis e il ragionamento per analogia.* È lungo questo asse che si sviluppa il ragionamento sia nel giudizio di ragionevolezza che in quello di bilanciamento. La prima tappa punta ad individuare la *ratio legis* della norma oggetto di giudizio. Quando Umberto Eco elaborò la distinzione tra *intentio* del testo, dell'autore e del lettore⁵ forse ignorava che i giuristi si occupavano del tema da almeno duemila anni. Cosa sia la *ratio legis* e come essa si "estragga" è notoriamente un problema che non ha soluzioni univoche, su cui però qui non conviene soffermarsi. L'individuazione della *ratio* è un passo imprescindibile. A parte il caso in cui sia lo stesso scopo della legge a rivelarsi illegittimo⁶, il che rende inutile ogni altro ragionamento, è sulla relazione mezzo-fine che si appunta l'attenzione della Corte: siccome ogni legge che giunge al giudizio della Corte incide sugli interessi individuali (il requisito dell'interesse ad agire e la motivazione della rilevanza sono filtri che impongono che sia sempre così) non basta che la norma oggetto di giudizio si riveli un mezzo congruo allo scopo (lecito) perseguito dal legislatore, perché a questo primo passo se ne aggiungono altri, in qualche modo necessari.

⁴ Cfr. A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, Giappichelli 1996, 111 ss.

⁵ Cfr. per esempio *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, Bompiani 1995, 35 s. e *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani 1990, 21 s.

⁶ Il che talvolta può capitare, per esempio, nelle leggi che cercano di «precludere o ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale»: v. Corte costituzionale, sent. 114/2004 e le altre lì richiamate, a cui si aggiunga la sent. 98/2004)

Il primo è il giudizio di ragionevolezza in senso stretto, quello di cui Livio Paladin a metà degli anni '80 mostrò la forma triangolare di ragionamento. Tizio lamenta di essere discriminato ingiustamente (o ingiustamente assimilato) rispetto al trattamento previsto da una determinata fattispecie: la impugna "nella parte in cui" opera a suo danno. Due norme stanno alla base del triangolo (quella impugnata e quella che esclude/include indebitamente Tizio), che culmina nella *ratio legis* della norma impugnata: dal *punto di vista* della *ratio legis*, è ragionevole che Tizio subisca la esclusione/inclusione che lamenta? La struttura del ragionamento è la stessa del giudizio di analogia: che non considera se due situazioni siano *eguali*, ma se siano *ragionevolmente analoghe*. Ma l'analogia è comprensibile soltanto alla luce della *ratio legis*.

Un buon esempio possiamo trarlo dalla sentenza della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa⁷. Oggetto ne era la famigerata legge 40 del 2004, nella parte in cui vietava quella pratica di fecondazione medicalmente assistita (PMA). «Alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 "di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introduce un evidente elemento di irrazionalità, poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitorialità, alla formazione della famiglia con figli, con incidenza sul diritto alla salute, nei termini sopra esposti, è stabilita in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la *ratio legis*. Non rileva che le situazioni in comparazione non sono completamente assimilabili, sia perché ciò è influente in relazione al canone di razionalità della norma, sia perché "il principio di cui all'art. 3 Cost. è violato non solo quando i trattamenti messi a confronto sono formalmente contraddittori in ragione dell'identità delle fattispecie, ma anche quando la differenza di trattamento è irrazionale secondo le regole del discorso pratico, in quanto le rispettive fattispecie, pur diverse, sono ragionevolmente analoghe" (sentenza n. 1009 del 1988), come appunto nel caso in esame». Analogia non è eguaglianza, ma è sul principio di eguaglianza che si fonda il controllo di ragionevolezza. L'analogia è "ragionevole" e va argomentata partendo dalla *ratio legis*. Questa è "un qualcosa in più" che l'interprete (la Corte, nel caso) elabora e accredita: nel caso della fecondazione assistita la *ratio legis* aggiunge, alla soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dalla infertilità umana, anche il «diritto a realizzare la genitorialità». Se questa è la *ratio*, non rileva che le situazioni in comparazione non siano eguali: alle coppie che sono affette da un problema di infertilità si

⁷ Sent. 164/2014

aggiungono anche quelle che non possono avere i figli per un problema di totale impossibilità. Ma così ragionando si apre l'orizzonte a successivi sviluppi. Per esempio, sorge subito una domanda: come negare questo diritto a quelle coppie che sono strutturalmente inidonee a procreare perché dello stesso sesso? Quanto potrà reggere l'argine che la Corte ha elevato di fronte alla forza espansiva della *ratio legis*? Come si vede, la ragionevolezza è un percorso che non ha un termine dato, ma tende a prolungarsi aggiungendo caso analogo a caso analogo. Ragionare per analogia è contagioso. Se la *ratio legis* è il frutto di interpretazione, ragionevolezza e interpretazione si legano proprio in questo punto.

5. *Ragionevolezza e bilanciamento*. Ma nel giudizio di ragionevolezza c'è ancora un altro profilo assai rilevante. Se un determinato strumento normativo risulta congruo rispetto al fine individuato nella *ratio legis*, ci si deve chiedere anche se è proprio quello lo strumento necessario: se, cioè, non potrebbe configurarsi una formulazione legislativa diversa, anch'essa efficiente rispetto al fine della legge, ma meno costosa in termini di compressione degli altri interessi in gioco. Qui si segna il passaggio dal giudizio di ragionevolezza a quello di bilanciamento, che si occupa appunto di valutare come contemperare gli interessi coinvolti da una certa norma cercando la soluzione che consenta il perseguimento dei fini (o interessi) perseguiti dal legislatore senza sacrificio "eccessivo" degli altri interessi coinvolti.

Un buon esempio di questo passaggio lo troviamo, per esempio, nella giurisprudenza anni '70 della Corte costituzionale in materia di radiotelevisione. Il codice postale dell'epoca puniva con sanzione penale chiunque svolgesse attività di trasmissione via radio e televisione, perché violava il monopolio della Rai. La Corte, attraverso sentenze ben note ma troppo complicate per essere qui riassunte, ha avallato l'interesse pubblico alla regolazione dell'accesso all'etere, ma ha ritenuto irragionevole che esso godesse della tutela penale: questa non era uno strumento adeguato – oltre che congruo – in considerazione della possibilità che l'interesse pubblico fosse tutelabile con strumenti amministrativi "più leggeri", meno compressivi della sanzione penale⁸.

Giudizio di congruità, giudizio di ragionevolezza, giudizio di bilanciamento fanno parte di un unico percorso, come si vede, che si svolge attraverso considerazioni che solo marginalmente sono riconducibili a quelle operazioni che vengono incluse nell'interpretazione giuridica in senso proprio. Anche se sarebbe sempre

⁸ Si veda in particolare la sent. 226/1974, ma anche le sentt. 231/1985, 153/1987, 1030/1988.

possibile dare una formulazione “interpretativa” al quesito che la Corte si pone. Per esempio, la questione del bilanciamento degli interessi nel settore televisivo potrebbe essere formulata così: «che cosa significa libertà di espressione garantita attraverso ogni mezzo in relazione alle attività di diffusione dei programmi in un ambiente connotato da scarsità di risorse (le frequenze) e dal rischio di costituzione di un monopolio privato che se ne appropri?» Ma proprio la complessità e “artificiosità” del quesito così formulato sta a ben mostrare la distanza tra l’interpretazione e il giudizio di ragionevolezza-bilanciamento⁹.

Oltretutto il bilanciamento è preceduto da un’operazione indispensabile e preliminare, che è l’individuazione degli interessi a cui è consentito l’accesso ai piatti della bilancia, cioè la definizione della “topografia del conflitto”¹⁰. Nel caso del monopolio radiotelevisivo la Corte ha ragionato cercando l’equilibrio tra i tre interessi direttamente coinvolti: l’interesse pubblico a uno sviluppo ordinato di una risorsa limitata qual è l’etere, gli interessi imprenditoriali dei privati che voglio affacciarsi a un mercato promettente e gli interessi della collettività a ricevere una informazione ricca e pluralista. Ci sono casi in cui si coglie immediatamente l’importanza di una precisa topografia degli interessi ammessi. Un esempio è meglio di qualsiasi altra spiegazione: è tratto dalla storica giurisprudenza della Corte in tema di aborto. Nella sentenza 27 del 1975, la Corte – ricca anche dell’esperienza delle corti americana e tedesca (a dimostrare quanto il bilanciamento sia un’operazione lontana dall’interpretazione, essendo legata a percorsi argomentativi che non soffrono di eccessivi ancoraggi “dommatici” ai testi costituzionali o legislativi) – ha premesso al suo ragionamento che nella disciplina dell’aborto gli interessi ammessi alla bilancia sono solo il *diritto* della donna a tutelare la propria salute e l’*interesse* del concepito a nascere: con l’avvertenza però che «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare». La rilevanza di questa perimetrazione degli interessi in gioco la si è potuta apprezzare qualche anno dopo, quando un giovane (presunto) padre si incatenò alle griglie di una clinica dove la sua giovane compagna aveva scelto di abortire, denunciando di essere stato totalmente pretermesso dalla decisione in merito al proseguimento o meno della gravidanza. La questione – nella forma di

⁹ La distinzione non ha significato solo teorico ma può servire, per esempio, per delimitare il ruolo della Corte EDU nell’interpretazione della Carta dei diritti fondamentali, come ho iniziato a argomentare in *Critica della teoria dei diritti*, Milano, F. Angeli 2018, 106 ss. e ho poi sviluppato in *Critica della teoria delle fonti*, Milano, F. Angeli 2021, 130 ss.

¹⁰ Per questa espressione rinvio a *Diritti e argomenti cit.*, 62 ss.

un'impugnazione della legge intervenuta nel frattempo a disciplinare l'aborto – fu respinta *in limine* dalla Corte con ordinanza di manifesta inammissibilità (ord. 389/1988) in quanto la “mappatura” degli interessi ammessi era già stata decisa dalla sua sentenza precedente, con esclusione di qualsiasi altro interesse dai piatti della bilancia.

II. Ragionevolezza e bilanciamento nella recente giurisprudenza in materia di licenziamento

1. *Delega di bilanciamento.* Proviamo a verificare come operano le categorie astratte che ho descritto sin qui nel concreto della più recente giurisprudenza costituzionale in materia di licenziamento.

Il primo *standard* da verificare è la “delega di bilanciamento”, che dovrebbe operare respingendo norme legislative troppo rigide che non consentono al giudice di verificare che gli interessi prescelti dal legislatore trovino una composizione equilibrata nel caso concreto.

Un'applicazione lineare di questo *standard* la troviamo nella sent. 194/2018, a proposito della tutela risarcitoria in caso di ingiustificato licenziamento per giusta causa. Con essa viene dichiarata illegittima la norma del decreto legislativo 23/2015 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti) che àncora il risarcimento del lavoratore licenziato al solo parametro dell'anzianità di servizio (l'equivalente di due mensilità per ogni anno di servizio). È così impedito al giudice di valutare anche altri parametri che sono di solito considerati dalla disciplina limitativa del licenziamento, quali – è la Corte stessa ad elencarli - «numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti». «La previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse»: ecco una chiara espressione della “delega di bilanciamento in concreto” che opera dopo la dichiarazione di illegittimità di una norma legislativa troppo rigida.

Una analoga argomentazione con la medesima conclusione la possiamo ritrovare nella sent. 150/2020, che affronta il medesimo testo legislativo: qui però ad essere oggetto di impugnazione e di censura non sono le soglie fissate dal legislatore, ma il meccanismo di determinazione dell'identità, censurato

perché «rigido e automatico», tale cioè da impedire al giudice di «ponderare anche altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell'indennità aderente alle *particolarità del caso concreto*».

In altri casi, però, la Corte costituzionale pratica la via opposta. La sua sentenza opera sempre a favore del lavoratore licenziato – sia chiaro – in ciò la Corte mantenendosi coerente nel suo indirizzo. Ma quello che mi colpisce è che il fine perseguito porta a restringere la discrezionalità del giudice, anziché allargarla come capita nelle “deleghe di bilanciamento”. Un caso macroscopico è quello della sent. 59/2021, che riguarda l'obbligatorietà della reintegrazione del lavoratore licenziato per motivo oggettivo. Mentre nel licenziamento disciplinare la reintegrazione è sempre disposta dal giudice quando accerti l'insussistenza della giusta causa, nel licenziamento per motivi economici, anche quando l'insussistenza delle motivazioni addotte dall'imprenditore sia manifesta, la reintegrazione da parte del giudice era prevista solo come scelta possibile, che spettava al giudice valutare in concreto. La giurisprudenza di legittimità – come ricorda la Corte stessa (punto 6 della motivazione in diritto della sent. 59/2021) – aveva individuato, ragionando per analogia, la chiave del bilanciamento capace di guidare la valutazione in concreto del giudice nei principi generali in tema di risarcimento in forma specifica (art. 2058 cod. civ.), «che precludono la *restitutio in integrum* quando si riveli eccessivamente onerosa». Si apriva così la strada di un bilanciamento in concreto, che però la sent. 59/2021 della Corte preclude. Essa dichiara illegittima la legge che aveva riformato l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, rimettendo al giudice la scelta tra la tutela meramente risarcitoria e la reintegrazione, «nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, “può altresì applicare” – invece che “applica altresì” – la disciplina di cui al quarto comma del medesimo art. 18».

Un dispositivo “sostitutivo” che restringe lo spazio di valutazione del giudice in nome di un principio di eguaglianza che sarebbe leso per il trattamento «disarmonico» del rimedio della reintegrazione nelle due fattispecie di licenziamento. Il che però lascia aperto un punto: ma davvero il “fatto” addotto per il licenziamento disciplinare e il “fatto” addotto per il licenziamento economico sono sovrapponibili, così che risulterebbe ingiustificata la disparità di trattamento, come la Corte sostiene? Il licenziamento disciplinare si basa su circostanze che vanno provate dall'imprenditore e possono essere smentite dal lavoratore, come è indispensabile di fronte all'addebito di un illecito

disciplinare; il licenziamento conseguente a mutamenti economici difficilmente può essere soggetto allo stesso giudizio sì/no. Con la sent. 59/2021 la Corte si limita infatti a togliere alternative al giudice di merito che, in presenza di circostanze «manifestamente insussistenti», dovrà ordinare la reintegrazione. Ma questa restrizione della discrezionalità del giudice si giustifica solo perché il presupposto del licenziamento è «manifestamente insussistente», dispensando il giudice da indagini spesso assai complesse e incerte nel risultato.

2. *Congruità*. Tolta al giudice di merito la possibilità di verificare in concreto il bilanciamento degli interessi del lavoratore e dell'imprenditore, la Corte costituzionale, proseguendo il ragionamento iniziato con la sent. 59/2021, nella sent. 125/2022 dichiara illegittima la stessa disposizione di legge, «limitatamente alla parola "manifesta"». Per cui il giudice, perduta la discrezionalità nella valutazione del caso concreto, si trova di fronte ad una soluzione obbligata, ordinare la reintegrazione del lavoratore sempre e comunque quando i "fatti" su cui il licenziamento si basa risultino infondati: infondatezza che per i licenziamenti economici è particolarmente ardua da accertare, anche perché presuppone – per usare le parole stesse della Corte - «un apprezzamento imprevedibile e mutevole, senza alcuna indicazione utile a orientarne gli esiti» (punto 9.1 del "diritto").

I fatti che l'imprenditore può addurre a giustificazione del licenziamento sono «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, il nesso causale che lega il recesso alle scelte organizzative del datore di lavoro e, infine, l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 11 novembre 2019, n. 29102). Perché possa operare il rimedio della reintegrazione, è sufficiente che la manifesta insussistenza riguardi uno dei presupposti appena indicati (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 12 dicembre 2018, n. 32159)». Questo è il quadro del "diritto vivente" – tracciato dalla stessa Corte costituzionale nella sent. 59/2021 (punto 5 del "diritto") - in cui si colloca la valutazione del giudice di merito che deve saggiare la infondatezza *prima facie* del licenziamento. Perciò la conclusione cui arriva la Corte nella sent. 125/2022 lascia un po' interdetti per la scelta della motivazione: la disciplina legislativa è invalidata a causa dell'*incongruità* della disposizione censurata (punto 10.3); siccome «oltre all'accertamento, non di rado complesso, della sussistenza o della insussistenza di un fatto», la disposizione «impegna le parti, e con esse il giudice, nell'ulteriore verifica della più o meno marcata graduazione dell'eventuale insussistenza»; si conclude perciò che «un sistema così congegnato vanifica l'obiettivo della

rapidità e della più elevata prevedibilità delle decisioni e finisce per contraddire la finalità di una equa redistribuzione delle tutele dell'impiego». Vi sarebbe perciò contrasto tra la *ratio* della legge (la rapidità del giudizio) e la complicazione aggiuntiva, quella di valutare - arrivati alla conclusione che i "fatti" su cui si basa il licenziamento economico sono infondati - se la infondatezza sia o meno "manifesta". Ma la "congruità" della legge non sarebbe stata rispettata se si fosse invece conservata la limitazione del giudizio richiesto al giudice ai soli casi di infondatezza "manifesta" dei fatti, rendendo perciò inutile un esame *funditus* della loro fondatezza? Ovviamente però così si sarebbe ristretta la garanzia accordata al lavoratore licenziato.

3. *Topografia del conflitto*. Nelle recenti sentenze sul licenziamento la Corte è costante nel modo di tracciare la "topografia del conflitto". Gli interessi ammessi sono solo quelli del lavoratore e dell'imprenditore, protetti rispettivamente dall'art. 4 e dall'art. 41 Cost. Non vi sono altre considerazioni espresse in merito al peso specifico da assegnare ai due interessi sulla bilancia. Prevale la concezione "privatistica" del rapporto di lavoro dipendente, senza alcuna "apertura" agli interessi pubblici: Santoro Passarelli ha cancellato dalla memoria Costantino Mortati¹¹. La Corte ha per altro buon gioco a citare una lunga sequenza di precedenti in cui la conciliazione dei principi di tutela del lavoro e di libertà imprenditoriale è «affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale» (sent. 194/2018, che cita la sent. 194/1970).

Eppure in costituzione il diritto del lavoro è affermato e riaffermato senza clausole limitative, mentre la libertà d'impresa è subordinata al rispetto dell'utilità sociale, della dignità umana e dei fini sociali. Sembrerebbe socchiudersi, stando al testo, uno spiraglio all'introduzione di altri interessi da considerare, legati a queste limitazioni cui accenna l'art. 41 Cost. In una delle sentenze considerate la Corte sembra alludere ad un interesse "terzo", che si aggiunge ai due ammessi a bilanciamento: si parla di «funzione dissuasiva» che svolge la disciplina del licenziamento «nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto» (sent. 194/2018, punto 12.2). C'è forse un interesse non solo individuale alla limitazione della libertà dell'imprenditore e al mantenimento dei lavoratori al

¹¹ Sulla contrapposizione tra le due visioni storiche del diritto del lavoro cfr. le belle pagine di G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè 2007, 275 ss.

loro posto? La Corte nella sent. 194/2018 sembra netta nel rispondere negativamente: «questa Corte ha espressamente negato che il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost., terreno su cui non può non esercitarsi la discrezionalità del legislatore, imponga un determinato regime di tutela (sentenza n. 46 del 2000, punto 5. del Considerato in diritto)»; aggiungendo che «il legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza. Il diritto alla stabilità del posto, infatti, “non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme” (sentenza n. 268 del 1994, punto 5 del Considerato in diritto)». La topografia è chiusa.

La ragionevolezza vigila sull'equilibrio degli interessi in gioco quando tra di essi non vi siano in partenza precedenze o prevalenze (come accade invece nel caso della sentenza sull'aborto ricordata in precedenza). Che tra il diritto al lavoro sancito dagli artt. 4, 35, 36 ecc. e la libertà di licenziare che sarebbe insita nella libera iniziativa economica sancita dall'art. 41 vi sia equivalenza nessuno lo può affermare e la stessa esistenza di una disciplina del licenziamento sta a dimostrarlo. La Corte si avvale di questo argomento nella sent. 194/2018, sia pure in funzione sostanzialmente decorativa, a conferma di una decisione già motivata in termini di eccessiva rigidità del parametro disposto per la tutela risarcitoria del lavoratore illegittimamente licenziato: «l'irragionevolezza del rimedio previsto... assume, in realtà, un rilievo ancor maggiore alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.), per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana» (punto 13 del “diritto”, in cui si cita il precedente della sent. 163/1983). È solo un rafforzamento del motivo dell'accoglimento, un semplice *obiter dictum*. Che però non è ripreso e sviluppato nelle due sentenze sull'art. 18 “riformato”.

In esse si ribadisce che spetta al legislatore decidere quale composizione dare ai due interessi in conflitto, e si ricorda come la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori sia stato un parto assai travagliato del parlamento italiano: la sent. 59/2021 (punto 6 del diritto) fa un esplicito riferimento al fatto che la formulazione della legge (l'esclusione della reintegrazione obbligatoria) «scaturisce dalla mediazione tra opposte visioni, all'esito di un acceso dibattito parlamentare»; essa rende esplicita «la *ratio legis*, così come si ricava dai lavori preparatori». La sentenza della Corte rovescia quindi la sofferta decisione del

legislatore: ma vela con le vesti della ragionevolezza quella che è invece una decisione in merito al bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti, in cui si dichiara (implicitamente), in materia di licenziamento per motivi oggettivi, la prevalenza del diritto del lavoratore sulla libertà dell'imprenditore. Il legislatore della riforma ha travalicato i limiti costituzionali entro cui poteva scegliere il punto di bilanciamento tra gli interessi in conflitto.

Abstract

In more recent years, the Constitutional Court shows a certain nonchalance in using standards of judgement that have become established over the years, such as reasonableness, 'obligatory rhymes' and balancing test. Variations seem to take shape especially in certain areas of constitutional jurisprudence. This paper specifically examines the most recent case law on wrongful dismissal in a subordinate employment. It begins with some general and theoretical considerations on the tests of balancing and reasonableness, and then focuses on the most recent jurisprudence of the Constitutional Court on labour, and in particular on compensation for workers affected by wrongful dismissal.