



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. III

(ESTRATTO)

ALESSANDRA CAMAIANI

**IL VALZER FABIANO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
IN ASSENZA DELLE RIME OBBLIGATE.
ILLEGITTIMO IL TETTO ALLE INDENNITÀ PER LICENZIAMENTO NON
CONFORME ALLA LEGGE, MA TOCCA (ANCORA!) AL LEGISLATORE**

2 NOVEMBRE 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Alessandra Camaiani

**Il valzer fabiano della Corte costituzionale in assenza delle rime obbligate.
Illegittimo il tetto alle indennità per licenziamento non conforme alla legge, ma tocca
(ancora!) al legislatore***

ABSTRACT: *After having reconstructed the reasons for the inadmissibility of the issues of constitutionality raised on the compensation provided for unjustified dismissal of the so-called small companies, the paper examines the Courts' approach to the threshold fixed sanctions and briefly dwells on the tolerability of a wait-and-see attitude in the face of the Parliament's inertia, wondering if it is not necessary to provide for forms of its mandatory activation.*

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. La quantificazione preordinata delle indennità: la Corte costituzionale tra automatismi legislativi, criteri correttivi e cd. doppia pronuncia. – 3. Corte costituzionale e Parlamento: “io vorrei, non vorrei, ma se vuoi”. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *La questione.*

A seguito di una questione sollevata dal Tribunale di Roma in funzione di giudice del lavoro, la Corte costituzionale, con [sentenza n.183 del 22 luglio 2022](#), si è espressa circa la legittimità dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183).

In particolare, l'autorità remittente aveva determinato l'incidente di costituzionalità in riferimento agli artt. 3, primo comma, 4, 35, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea, nella parte in cui, nonostante l'illegittimità del licenziamento¹, l'indennizzo che spetta al lavoratore viene dimezzato², stabilendo la legge persino una soglia massima dell'indennità economica dallo stesso percepibile³. In sostanza, la previsione di un tetto massimo quantitativo, identificandosi in una somma determinata *a priori*, svincolerebbe l'indennità dal danno subito in concreto, con conseguente inidoneità deterrente della misura⁴. Come argomentato dal giudice *a quo* risulterebbe evidente l'insufficienza dissuasiva della sanzione ove



¹ Nel caso di specie, appariva non provato il giustificato motivo oggettivo del licenziamento, sostanziandosi un *fumus* d'illegittimità. Tuttavia, proprio in ragione del tipo di causa addotta dal datore a sostegno della destituzione della lavoratrice, oggettiva e non soggettiva, le sue tutele erano individuate dagli articoli 3 e 9 del d.lgs. n.23/15, che si esprimono nei termini appena rammentati, individuando un tetto soglia alle indennità già dimezzate.

² Precisa, infatti, l'articolo 9 del d.lgs. 23/15: “l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, dall'articolo 4, comma 1 e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità”.

³ La disposizione regola l'indennità spettante al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo posto in essere da datori sprovvisti dei requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, della legge 20 maggio 1970, n. 300. In tal caso, la disposizione indubbiata prevede il pagamento di una indennità d'importo dimezzato rispetto al *quantum* ordinario, individuato dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/15, precisando peraltro che la somma deve essere compresa fra tre e sei mensilità.

⁴ Il censurato art. 9 dispone che, ove azienda del datore non raggiunga complessivamente un numero di dipendenti superiore a quindici, non trova applicazione l'articolo 3, comma 2, del d.lgs. n.23/15. Detta norma prevede una serie di garanzie per il lavoratore. Su tutte, la tutela reale, oltre al pagamento di un'indennità, mai superiore a dodici mensilità, e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione (preme precisare che la norma in parola non trova comunque applicazione nel caso di specie, poiché il licenziamento poggiava su un assunto giustificato motivo oggettivo). Parimenti, subiscono una limitazione le indennità di cui agli articoli 3, comma 1, 4, comma 1, e 6, comma 1, del medesimo d.lgs. n.23/15, dimezzate e mai superiori alle sei mensilità massime. La disposizione è stata censurata limitatamente alle parole «ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970, [...] l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, [...] è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità».

ristretta nei limiti appena evocati, laddove anche il tetto soglia non consentirebbe di parametrare in modo congruo l'indennità prevista dalla legge alle peculiarità di specie, impedendo quella doverosa personalizzazione presupposto della positiva valutazione di adeguatezza del rimedio.

Proprio, quindi, il carattere dell'adeguatezza del rimedio risulterebbe il parametro assunto dal tribunale come presupposto di compatibilità costituzionale della tutela lavoristica prescritta dalla legge sui licenziamenti come riformata nel 2015: se è vero, infatti, che, a differenza di quelle definibili "grandi" ex l. n. 300/70, l'esclusione della reintegrazione è prevista per le piccole imprese a causa della loro presunta incapacità di riassorbire il lavoratore, sarebbe anche indubbio che la distinzione si basa su un criterio estrinseco rispetto al rapporto di lavoro, ossia il numero di dipendenti, rischiando di creare «una forma pressoché uniforme di tutela». Conclusivamente, la rinuncia all'apposizione di limiti al potere di recesso dal contratto di lavoro del piccolo datore (perciò, recesso *ad nutum*) sarebbe giustificata solo ove fosse bilanciata con una pena pecuniaria, alternativa a quella reale, effettivamente adeguata, che tenesse in conto le specificità di quel determinato rapporto di lavoro (rivelando così che non si tratta di una facoltà di recesso *ad libitum*). Altrimenti opinando, l'art. 9 del d.lgs. 23/15 finirebbe per attribuire rilievo al solo parametro oggettivo del numero degli occupati nelle aziende del datore⁵, senza alcuna correlazione dell'importo alle peculiarità del caso concreto, tra cui, in particolare, la gravità della violazione e i dati economico finanziari dell'azienda ricavabili dai bilanci: criteri aggiuntivi, questi, che potrebbero attribuire legittimità al rimedio individuato dalla legge del 2015.

Pure alla luce di questi puntuali rilievi, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili la questione, in quanto, pur riconoscendo il contrasto con la Costituzione di una norma che, come quella in parola, non realizza un equilibrato componimento tra i contrapposti interessi in gioco, non ha ravvisato le condizioni per una soluzione costituzionalmente imposta. A differenza, infatti, di altre circostanze in cui era stata chiamata a intervenire sulla legittimità della cd. legge sulle tutele crescenti, nel caso di specie la richiesta di ridefinire l'indennità a beneficio di una delle parti coinvolte⁶, avrebbe richiesto valutazioni discrezionali, *rectius*: di discrezionalità politica o di politica legislativa. Poiché, dunque, un intervento avrebbe dato luogo ad un'inammissibile pronuncia manipolativa⁷, la Corte, secondo l'ormai consueta tecnica della "doppia pronuncia", ha evitato di sostituirsi al legislatore, limitandosi a rilevare le ragioni di incompatibilità costituzionale della norma, peraltro in qualche modo determinando un effetto conformativo con l'orientare l'auspicato intervento legislativo. Secondo la Corte, infatti, rientrerebbe nella "prioritaria valutazione del legislatore la scelta dei mezzi più congrui per conseguire un fine costituzionalmente necessario, nel contesto di «una normativa di importanza essenziale» ([sentenza n. 150 del 16 luglio 2020](#)), per la sua connessione con i diritti che riguardano la persona del lavoratore, scelta che proietta i suoi effetti sul sistema economico complessivamente inteso" e la materia imporrebbe anzi una razionalizzazione per via della stratificazione normativa che si è venuta a creare nel tempo e cui si aggiungono le pronunce di incostituzionalità che vi si sono abbattute⁸. Finalmente, la Corte ha tenuto ad avvertire come il perpetuarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe a provvedere direttamente, ove fosse nuovamente investita della medesima questione di costituzionalità⁹.

⁵ Ovvero cinque dipendenti, se si tratta di imprenditore agricolo e, in ogni caso, il numero va considerato in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento, nonché complessivamente nell'ambito dello stesso comune o nel medesimo ambito territoriale (se si tratta di impresa agricola).

⁶ Riguardo al rilievo di incostituzionalità giova considerare quanto la Corte chiarisce al punto sei del diritto: la fattispecie considerata non poteva essere comparata con quella esaminata nelle sentenze [n. 194 del 2018](#) e [n. 150 del 2020](#). La ragione va ravvisata nella divergenza delle richieste contenute nei precedenti. Ivi si domandava alla Corte di valutare e travolgere un criterio di computo dell'indennità, potendolo sostituire con altri criteri già presenti nel sistema e idonei a colmare la lacuna corrispondente alla declaratoria di incostituzionalità.

⁷ Mancavano, in sostanza, i criteri nel sistema per poter ricorrere a una delega di bilanciamento che correggesse, per il tramite di una pronuncia additiva per deficit di flessibilità, l'automatismo irragionevole della legge.

⁸ Sentenze Corte cost. nn. [194 del 2018](#) e [150 del 2020](#), cit.

⁹ Si veda, ad esempio Corte cost., [ord. n. 207 del 2018](#), [sent. n. 180 del 2022](#) o la [n. 22 del 2022](#). In questi casi, la Corte, posto che i bilanciamenti presupposti all'intervento richiesto dal remittente per mezzo della questione di legittimità

2. La quantificazione preordinata delle indennità: la Corte costituzionale tra automatismi legislativi, criteri correttivi e cd. doppia pronuncia.

Da tempo la giurisprudenza, specialmente, ma non esclusivamente, quella costituzionale in ambito penale, ha mostrato la propria avversione verso misure legislativamente predeterminate¹⁰. Peraltro, in generale le previsioni rigide non appaiono *ictu oculi* in armonia con il volto costituzionale del sistema, specialmente ma non esclusivamente penale¹¹. Si tratta di parametri fissi e commisurati solo in astratto, per loro stessa natura non adeguabili alle specificità del caso concreto. Si correlano al fenomeno degli automatismi legislativi, tali per cui la legge statuisce una conseguenza doverosa: se «è a, allora deve essere b»¹².

È evidente il punto di frizione di simili misure con la funzione giudicante stessa, allorché impediscono all'interprete il dovuto apprezzamento delle peculiarità del caso posto al suo vaglio¹³.

Negli insegnamenti della Consulta, invero, la considerazione delle specifiche esigenze dei singoli casi si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali; dacché, la necessità di

costituzionale implicherebbero l'esercizio di un potere affidato al Parlamento, potendosi in sede di legittimità delle leggi solo verificare la compatibilità con la Costituzione di scelte già compiute dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità politica, usa concludere con la formula "Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa", richiamando il precedente immediato in cui ha statuito per mezzo della doppia pronuncia (fino a risalire a [Corte cost., n. 32 del 2021](#)). Per un'analisi complessiva di questa tecnica decisoria anche alla luce della sentenza in commento, v. R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 13 settembre 2022.

¹⁰ Per vero, la posizione della Corte costituzionale sulle pene fisse è stata espressa chiaramente in un senso non assolutamente escludente (si veda, in proposito, sent. [Cort. cost., n. 50 del 1980](#)). La Corte ha, però, sempre rilevato come sia la pena mobile lo strumento più idoneo al rispetto dei vincoli che la Costituzione pone al potere sanzionatorio dello Stato. Anche con la [sentenza n. 67 del 1963](#) la Corte ha dichiarato non fondate, con riferimento agli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost., questioni di legittimità relative ad una disposizione comminante una pena pecuniaria in misura fissa (art. 54 del d.l. 15 ottobre 1925, n. 1033, conv. dalla l. 18 marzo 1926, n. 562). In argomento, si tenga conto, infine, di quanto chiarito dalla Corte nella recente declaratoria d'incostituzionalità degli automatismi sanzionatori concernenti infermi di mente e recidiva ([Corte cost., sent. 24 aprile 2020, n. 73](#)). È interessante notare come alcuni ritengano che nella ritrosia verso gli automatismi legislativi da parte della giurisprudenza vada individuata la tendenza del potere giurisdizionale a reagire contro forme di limitazione alle sue prerogative, ritenuto che il potere giudiziario sia anzi in espansione costante (S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Bari-Roma, 2022, *passim*, come anticipato da M. CAPPELLETTI, *Giudici e legislatori*, Milano, 1984, 10).

¹¹ Il principale profilo dei rilievi d'incostituzionalità attiene all'irragionevolezza della sanzione astrattamente predeterminata. È L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 18 settembre 2014, che alla nota 1 rinvia al lavoro di G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210 e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194 e segg., ove ci si sofferma soprattutto sulla necessaria duttilità applicativa delle misure. La predeterminazione forfettizzata del risarcimento del danno sostanzia la volontà del legislatore di garantire certezza ai datori, predeterminando le conseguenze del licenziamento illegittimo, ma entra in conflitto con il parametro costituzionale dell'art.3, almeno.

¹² L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

¹³ Nel diritto penale la ragione è chiaramente collegata a esigenze di legalità della pena. Ne offre considerazioni approfondite A. CARCANO nel suo *Automatismi: tra ragionevolezza e individualizzazione della pena*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 9 novembre 2021. Secondo l'Autore, gli automatismi integrano presunzioni *iuris et de iure* e rendono irragionevole la determinazione del trattamento sanzionatorio in base ad un meccanismo che non ammette prova contraria. Quindi, il loro impiego nel diritto sanzionatorio rischia di ledere i diritti fondamentali dell'individuo allorché impedisce ogni valutazione giudiziale dell'offensività e della pericolosità in concreto.

Preme chiarire che non si tratta di una previsione di favore verso il lavoratore, ma la valutazione precipua può dispiegare effetti anche negativi in suo capo. Si vedano, al riguardo, Cass. civ., sez. III, sentt. n. 14364 del 27 maggio 2019, n. 25211 del novembre 2014 e n. 3290 del 2013, intervenute in tema di risarcimento del danno da invalidità personale. Nelle citate pronunce, la Corte di cassazione ha chiarito che l'accertamento di postumi incidenti sulla capacità lavorativa del lavoratore non comporta forme automatiche di ristoro. Piuttosto, occorre la concreta dimostrazione che ciò si sia tradotto in una perdita effettiva di reddito, quindi in un danno economico.

un'articolazione legale mobile delle misure, che adegui il rimedio alla specie, individualizzandolo¹⁴. In tal modo, la determinazione ne diviene proporzionata, poiché il rimedio legale è parametrato dal giudice, nella sua commisurazione precipua, sia con riferimento alla vittima (cioè al danno) che in relazione all'agente (cioè alla condotta del responsabile)¹⁵.

Il dubbio d'illegittimità potrà essere sciolto di volta in volta, a condizione che, per la natura delle misure predeterminate dalla legge e per il loro esatto valore, esse appaiano ragionevolmente proporzionate rispetto a una considerazione complessiva e sistematica¹⁶.

Il concetto evocato dall'assunto appena riferito è la cd. personalizzazione del danno, dovendo il giudice modulare le tutele in modo da impedire ogni omologazione che, trattando in modo uguale situazioni eterogenee, sostanzi una violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.) con conseguenti effetti sul diritto al lavoro¹⁷. Con riguardo specifico alle tutele indennitarie in

¹⁴ Anche la dottrina affianca le proprie argomentazioni a quelle della Corte, dichiarando che è illegittima la condizione per cui la legge non lascia alcuna discrezionalità al giudice (così come quella che non individua alcun parametro-limite al suo potere): G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 346.

¹⁵ È noto il dibattito sviluppatosi intorno alla questione dei cd. *punitive damages*, in particolare legato alla delibabilità di sentenze di condanna sovracompenso. In proposito, si distinguono in dottrina coloro per cui i rimedi civilistici assolvono una funzione esclusivamente risarcitoria e altri per i quali tali rimedi non mancherebbero di esprimere una funzione aggiuntiva, di tipo punitivo.

Chi scrive ritiene che entrambe le prospettive, vittimologica e riferita all'autore della condotta responsabile, siano sempre, contestualmente, presenti nella determinazione del *quantum* risarcitorio, benché in misura differenziata in base alla *sedes materiae*, penale o civile, e quindi alla funzione prevalente della misura, sanzionatoria o riparatoria (in senso conforme, A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 68).

La considerazione del risarcimento come strumento volto unicamente a riparare il danno dimostra di sottovalutare diversi indici già ricavabili dal sistema, che mettono in evidenza come, accanto a tale funzione, il risarcimento ne espliciti sempre una ulteriore, pur eventualmente residuale: sanzionatoria.

Anche in sede civilistica, invero, sia in caso di illecito civile, i cui rimedi partecipano dei caratteri tipici della sanzione, sia con riguardo all'inadempimento contrattuale, affinché la condotta illegittima non diventi efficiente, cioè più utile per la parte che non adempie esattamente la propria obbligazione, il legislatore predispone tutele con funzione deterrente. Risolvendosi il risarcimento in una somma sconsigliata rispetto ai costi dell'inadempimento, la misura diviene una forma di pena pecuniaria e il debitore è stimolato ad adempiere con diligenza la propria prestazione *ex contractu*.

Proprio la Corte costituzionale, con la [sent. n. 125 del 2022](#) e nel caso in commento, rammenta che il regime applicabile in caso di licenziamento illegittimo dovrebbe assicurare un serio ristoro del pregiudizio arrecato al lavoratore e, al contempo, dissuadere il datore dal reiterare la condotta illecita. Se ne ricava che l'indennità guarda, da un lato, alla vittima, allorché l'irragionevolezza della misura economica è riferita all'adeguatezza del suo precipuo ristoro (e del resto la legge utilizza il termine indennità lavoristica e non il diverso indennizzo, optando perciò per una forma piena di compensazione del danno); dall'altro, la sua funzione deterrente si esprime in ottica generale e bilancia la perdita del rimedio reale per il lavoratore. *In parte qua*, la legge protegge un interesse astratto e generale, riconducibile al carattere preventivo delle sanzioni, distinto dalla misura più specificamente particolare, che è il ristoro del danno effettivamente patito dal lavoratore. La sperequazione del rapporto, congiunta allo squilibrio rimediario, viene ricondotta in bilanciamento attraverso uno spostamento dello scopo dell'indennità, il cui carattere sanzionatorio acquista, in tal caso, un rilievo più marcato rispetto alla consueta funzione compensativa del rimedio civilistico, in quanto reagisce alla violazione delle *regulae iuris* concernenti il licenziamento commessa dal datore di lavoro, eccedendo lo scopo del ritiro delle tutele del lavoratore. E del resto, in dottrina, G. SANTORO PASSARELLI nei suoi *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act* in [Labor](#) 1-2/2016, ci rammenta che "il diritto del lavoro si è sicuramente emancipato dal diritto civile ma non per questo cessa di considerarlo suo interlocutore privilegiato. E anzi si può dire di più, e cioè che il diritto del lavoro ha contribuito a favorire un'interpretazione costituzionalmente orientata di molte categorie del diritto civile attraverso il riconoscimento di valori come la dignità della persona e la solidarietà, la non discriminazione che ormai sicuramente permeano tutta la trama della disciplina del contratto di lavoro subordinato".

¹⁶ Si esprime in tal senso la già richiamata [Corte. cost., sent. n. 50 del 1980](#). La presunzione d'irragionevolezza degli automatismi, che indebitamente restringono la tutela di uno degli interessi in conflitto, è correlata al bilanciamento dei diritti, elemento necessario di ogni giudizio. Ne deriva che la presunzione scatta tutte le volte in cui la predeterminazione intervenga a pregiudicare uno di quei diritti, impedendo ogni bilanciamento e fatta, tuttavia, salva l'ipotesi in cui ciò avvenga in ragione di una risoluzione già compiuta a monte dalla legge per la tutela di un controinteresse prevalente (si vedano sul punto ZAGRELBESKY e MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, cit., 209 e seg.).

¹⁷ Dalla rilevata omologazione la Corte fa discendere l'astratta violazione del principio di eguaglianza, sancito all'art.3 Cost., colpito anche sotto specie di ragionevolezza in quanto difetta un equilibrato componimento dei diversi interessi in conflitto e della specialità dell'apparato di tutele adeguate previsto dal diritto del lavoro.

caso di licenziamenti illegittimi, la compatibilità costituzionale di un sistema che ha rinunciato a forme intense di tutela, ruotando oggi sul solo rimedio monetario, passa attraverso un bilanciamento degli interessi in conflitto volto a garantire effettività e adeguatezza all'unica protezione offerta al lavoratore: se è vero che la natura fiduciaria del rapporto nelle cd. piccole imprese impone misure di salvaguardia delle stesse da oneri eccessivi -come per esempio quelli derivabili da un ordine giudiziale di reintegrazione del lavoratore (pure ingiustamente) licenziato (Corte cost., [sentt. n. 2 del 1986, n. 189 del 1975 e n. 152 del 1975](#))- occorre, tuttavia, al contempo garantire il lavoratore affinché il suo diritto a un congruo ristoro non subisca uno sproporzionato sacrificio in ragione delle dimensioni del datore¹⁸. Dimensioni che, peraltro, ritiene la Corte, rappresentano un «dato aderente alla realtà economica di comune esperienza» (Corte cost., [sent. n. 55 del 1974](#)), ma non costituiscono un parametro certamente rispondente alla reale capacità economica dell'impresa¹⁹.

Sintetizzando, la previsione di una indennità prevista nel suo massimo, calcolata a priori, prescindendo dalle peculiarità concrete e solo parametrata al dato estrinseco delle dimensioni della azienda -*rectius*, al numero degli occupati- eccede lo scopo del regime di favore verso i piccoli datori di lavoro e fuoriesce dai limiti apposti dalla Costituzione alla potestà legislativa (in funzione di tutela individuale e di giustizia proporzionale), violando la Carta nella parte in cui manca ogni personalizzazione, con conseguente sproporzione e irragionevolezza delle misure prefissate dalla legge (art. 3 Cost.). Tanto impedisce una protezione effettiva del lavoratore, già privo in questo ambito della tutela più pregnante, quella reale²⁰.

Nella pronuncia in commento, tuttavia, come si è visto in apertura, la Corte non dichiara l'illegittimità della norma che regola l'indennità in caso di licenziamento illegittimo intimato da piccoli datori di lavoro, ma implicitamente può dirsi che la rilevi laddove evoca quanto già statuito nei propri precedenti, le sentt. [nn. 194/2018 e 150/2020](#).

Come allora, infatti, sembra mancare quel ragionevole bilanciamento degli interessi contrapposti, che sacrifica i diritti riconosciuti dalla Costituzione agli articoli 3, 4 e 35, primo comma, Cost.

Più in dettaglio, con la prima delle due pronunce, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui il

¹⁸ G. SANTORO-PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche*, cit., ci rammentava già che “è vero che il livello di tutele nel rapporto di lavoro si è attenuato. E per realizzare questo obiettivo il legislatore ha tentato di ridurre non soltanto i costi contributivi attraverso sgravi ma anche la discrezionalità del giudice per consentire all'impresa di quantificare con certezza i costi di una determinata operazione e per rafforzare la certezza del diritto nella gestione dei rapporti di lavoro, messa a dura prova quando questioni identiche sono risolte in modo diverso, se non diametralmente opposto, dalla diversa sensibilità dei singoli giudici. In realtà la discrezionalità del giudice è stata eliminata con riferimento all'indennità corrisposta in caso di licenziamento illegittimo e anche con il superamento della valutazione da parte del giudice dell'equivalenza delle mansioni ormai sostituita dal riferimento del contratto collettivo alla categoria e al livello di inquadramento. Per contro non sembra eliminata la discrezionalità del giudice quando questi debba valutare l'esigenza organizzativa che giustifica l'aver adibito il lavoratore al livello di inquadramento inferiore e neppure quando si tratti di stabilire quali siano i criteri per individuare i rapporti di collaborazione soggetti alla disciplina del lavoro subordinato”, dimostrando così come la valutazione precipua non fosse mai davvero venuta meno avuto riguardo ai licenziamenti. E, prosegue, “è vero che il diritto del lavoro attuale riconosce le ragioni dell'impresa ed è proiettato a favorire la maggiore occupazione, ma è altrettanto vero che non può disconoscere un valore importante e cioè che nel contratto di lavoro è coinvolta la persona del lavoratore e quindi deve essere garantita la sua dignità. Questo valore, consacrato anche dalla nostra Costituzione, ha giustificato in definitiva il superamento dello schema della locazione dove le energie lavorative erano prese in considerazione come bene staccato dalla persona del lavoratore”.

¹⁹ Corte cost. [sentenza n. 183 del 2022](#), al punto 5.2. del diritto.

²⁰ Come chiarisce l'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014, la norma oggetto del sindacato costituzionale è stata adottata in ottemperanza alla delega al Governo allo scopo di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché per riordinare i contratti di lavoro vigenti in modo da renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività”. La delega parlamentare precisa che i decreti delegati avrebbero dovuto essere adottati «in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali», escludendo per i licenziamenti economici la tutela reale del lavoratore; invece, fatta salva per i licenziamenti nulli, discriminatori e disciplinari ingiustificati, ma prevedendo però un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio, oltre a termini altrettanto certi per l'impugnazione.

meccanismo di determinazione dell'indennità «rigido e automatico» è stato ritenuto lesivo dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e del diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.), tutelato dalla Costituzione in tutte le sue forme e applicazioni. Nella pronuncia del 2020, secondo una linea di continuità, la Corte costituzionale aveva vagliato la disciplina dell'indennità dovuta per il licenziamento affetto da vizi formali e procedurali, soffermandosi in modo più netto sul criterio rigido di determinazione dell'indennità, commisurato alla sola anzianità di servizio e oscillante tra un limite minimo di due e un insuperabile limite massimo di dodici mensilità, pervenendo alle medesime conclusioni: in tal modo, l'indennità è liquidata legalmente in modo forfettario.

Secondo la Corte, invece, a dover essere considerati sono anche altri fattori, come la diversa gravità delle violazioni ascrivibili al datore, valorizzata dalla formulazione dell'art. 18, siccome riformato nel 2012, o il numero degli occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti²¹. In conclusione, può dirsi che la Corte costituzionale ha cristallizzato nelle citate pronunce i criteri che devono guidare il giudice nella determinazione del *quantum* compensativo: pur nel rispetto della dosimetria indennitaria sancita dalla legge, deve porre l'anzianità di servizio alla base di una più articolata valutazione in cui essa non è che uno dei molteplici indici di calcolo dell'ammontare liquidabile²². Dal sistema, infatti, si ricava che -perché la tutela offerta al lavoratore sia adeguata- concorrono a completare la ponderazione giudiziale le ulteriori particolarità del caso concreto²³.

Sembra potersi concludere che laddove una norma ai fini del calcolo dell'indennità preveda un solo parametro esclusivo, che sia il criterio dell'anzianità oppure le dimensioni di azienda, si appalesa strutturalmente inadeguata agli scopi che è chiamata a soddisfare e, per l'effetto, va dichiarata incostituzionale per violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.)²⁴. Sicché, alla luce della digressione svolta, risulta che anche le prescrizioni normative censurate con la pronuncia in commento paiono omologare le tutele dei lavoratori, poggiandone la quantificazione su elementi financo estrinseci rispetto allo specifico rapporto di impiego di volta in volta considerato (esclusivamente il numero degli occupati dal datore) e disponendo un tetto massimo all'indennità liquidabile, mancando così l'adeguamento ai principii espressi dalla stessa Corte costituzionale nei richiamati precedenti, intervenuti proprio a fornire i criteri utili per una determinazione costituzionalmente orientata della misura.

²¹ In tali termini si esprime anche l'art. 8 della l. n. 604 del 1966, recante norme sui licenziamenti individuali. E' evidente, però, che anche la sola dimensione dell'impresa sconta i medesimi dubbi di idoneità registrati per l'anzianità di servizio.

²² Sicché, “dopo l'intervento della Corte Costituzionale la determinazione dell'indennità spettante al lavoratore ingiustamente licenziato (...) è ora (ri)affidata alla valutazione discrezionale del giudice”, M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti* in [Massimario Giurisprudenza del Lavoro](#), 2018.

²³ Similmente, invero, viene a mancare un equilibrato componimento dei diversi interessi in gioco e il rimedio previsto dalla legge non bilancia, come dovrebbe, la perdita della tutela reale del lavoratore con il corrispondente affievolimento del ristoro pecuniario previsto in caso di licenziamento viziato solo formalmente.

²⁴ Va notato che la Corte costituzionale, nelle sue valutazioni, ha assegnato rilievo alla funzione della disciplina dell'indennità nel sistema, ritenendola “(...) garanzia di fondamentali valori di civiltà giuridica”, orientati alla tutela della dignità della persona del lavoratore” (ancora [ex sent. 150 del 2020](#)) e ha dichiarato il carattere pregiudiziale della norma posta alla sua attenzione verso il diritto al lavoro, poiché lesiva degli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost., che presidiano l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione come luogo del pieno sviluppo della persona umana ([Corte cost., sent. n. 163 del 1983](#), punto 6 del Considerato in diritto). Anche G. SANTORO-PASSARELLI in *Spirito del diritto del lavoro* in ID., *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, 1069-1076, si sofferma a considerare perfino “che il tratto distintivo rispetto agli altri contratti consiste nel fatto che il contratto di lavoro riguarda l'aver per l'imprenditore e l'essere per il lavoratore”. Sul piano internazionale, a conforto delle statuizioni della Corte, valga considerare che lo stesso Comitato europeo dei diritti sociali ha spesso richiamato congruità e adeguatezza del ristoro da garantire ai lavoratori licenziati senza valido motivo, a prescindere dalla natura formale o sostanziale del vizio. Infatti, pur potendo la loro tutela essere solo indennitaria, occorre garantire *ex lato creditoris* adeguatezza al rimedio, mentre con riguardo al debitore è prevalente un'ottica deterrente, affinché il datore si astenga da ogni forma di abuso, ritenendo il risarcimento più conveniente del rispetto del contratto di lavoro e dunque l'inadempimento efficiente.

Fermi gli analoghi contenuti di principio, però, come accennato in apertura dell'elaborato, a distinguere le citate pronunce da quella in commento sono altri aspetti. Anzitutto, con le parole della Corte si deve rilevare che, a differenza di quanto accaduto nei rammentati precedenti, nella [sent. n. 183 del 2022](#) l'analisi giudiziale non ha riguardato il criterio di computo dell'indennità, valutato per la legittimità di un calcolo svolto in base alla sola anzianità di servizio, circostanza che avrebbe certo consentito di pervenire alle medesime conclusioni del passato, con declaratoria immediata d'incostituzionalità. Piuttosto, si è domandata una ridefinizione "*in melius* per il lavoratore illegittimamente licenziato". In difetto di soluzioni predefinite o ricavabili *aliunde* dal sistema, la ridefinizione del tetto massimo dell'indennità avrebbe però comportato un intervento dal carattere manipolativo. La lacuna che si sarebbe creata per via della declaratoria d'incostituzionalità avrebbe potuto essere colmata soltanto dal legislatore, sicché la Consulta ha adottato la soluzione della doppia pronuncia²⁵: essendosi già espressa sulla necessità di un criterio integrativo rispetto alla predeterminazione legale delle tutele, stante la necessità di modularle in concreto, ha riconosciuto le disarmonie ravvisate dal rimettente e le ha correlate, altresì, all'esiguità del delta previsto tra l'importo minimo e quello massimo liquidabile a beneficio del lavoratore²⁶.

Secondariamente, a distinguere da quello in commento gli evocati interventi della Consulta sul *Jobs Act* si pone, altresì, una ulteriore considerazione giuridica. In entrambi i precedenti, la Corte ha emanato due sentenze additive per deficit di flessibilità con delega di bilanciamento²⁷. Si tratta di una pronuncia che tiene luogo allorché la Consulta, intervenendo su un automatismo legislativo, le più volte a natura sanzionatoria, lo ritiene incostituzionale proprio in ragione della sua predeterminazione intrinsecamente irragionevole e/o per l'effetto violativo del principio di uguaglianza cui si correla la sua applicazione, con conseguente *vulnus* all'art. 3 Cost. Per l'effetto, la Corte rinvia al giudice la valutazione in concreto della misura adeguata, sganciandola dalla astratta previsione -rigida- legale e facendo sì che la pronuncia sia parametrata ad altri indici.

Per darsi pronuncia additiva per deficit di flessibilità, però, la Corte deve poter individuare nel sistema tali indici, cioè dei criteri già esistenti, ai quali riferire la valutazione dei giudici, allorché la svincola dai parametri legali. Sicché, ogni qual volta la Corte costituzionale, come è accaduto nel caso in commento, non riscontra nel tessuto normativo indici cui agganciare la valutazione giudiziale

²⁵ "6. – Si deve riconoscere, pertanto, l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dal rimettente e si deve affermare la necessità che l'ordinamento si doti di rimedi adeguati per i licenziamenti illegittimi intimati dai datori di lavoro che hanno in comune il dato numerico dei dipendenti. Al *vulnus* riscontrato, tuttavia, non può porre rimedio questa Corte. Non si ravvisa, infatti, una soluzione costituzionalmente adeguata, che possa orientare l'intervento correttivo e collocarlo entro un perimetro definito, segnato da grandezze già presenti nel sistema normativo e da punti di riferimento univoci" ([sentenza n. 183 del 2022](#)). A definire i limiti del potere di intervento della Corte è la pronuncia n. 134 del 2012, intervenuta in merito alla legittimità costituzionale dell'articolo 216, ultimo comma, del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa). Tale pronuncia è stata richiamata dalla [sent. n. 236 del 2016 della Corte costituzionale](#) ove, tenendo conto "della circostanza che – a tutt'oggi – il legislatore non ha provveduto a quella «riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma», auspicata da questa Corte nella [sentenza n. 134 del 2012](#)" ha stabilito che "laddove il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore (...) si riveli manifestamente irragionevole a causa della sua evidente sproporzione rispetto alla gravità del fatto, un intervento correttivo del giudice delle leggi è possibile a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo», intesi quali «soluzioni [sanzionatorie] già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata".

²⁶ Per completezza, si segnala che il giudice, nel calcolare l'indennità risarcitoria da illegittimo licenziamento, deve detrarre l'*aliunde perceptum e percipiendum*, ovverossia le somme che il lavoratore ha percepito altrove o che avrebbe potuto agevolmente percepire, laddove si fosse attivato, in osservanza degli oneri *ex art. 1227, comma 2, C.c.* e in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*. Si esprime a sostegno del defalco dell'*aliunde perceptum* V. A. POSO in *Per determinare l'indennità risarcitoria da illegittimo licenziamento nei limiti delle dodici mensilità, con la detrazione dell'aliunde perceptum e percipiendum, è necessario «saper far di conto», secondo la Cassazione, che ci insegna come procedere correttamente*, in [Labor](#), 24 febbraio 2022, ove l'Autore evidenzia le difficoltà probatorie del datore di lavoro che fronteggiano un'ampia discrezionalità giudiziale.

²⁷ Per un approfondimento in materia si veda R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, in particolare il par. 22.

mediante la delega di bilanciamento, non v'è spazio per una additiva per deficit di flessibilità. La pronuncia integrerebbe, altrimenti, una manipolazione con ingerenza nelle riserve del potere legislativo. Pertanto, è in questi casi che la Corte ricorre al sistema *de quo*, ritenendo di non poter interferire con la discrezionalità del legislatore.

Se ne ricava, in conclusione, che sussiste un rapporto di alterità escludente tra la doppia pronuncia e l'additiva flessibilizzante.

3. Corte costituzionale e Parlamento: “io vorrei, non vorrei, ma se vuoi”.

Gli approdi contenuti al termine del precedente paragrafo consentono di ampliare la riflessione spostando il ragionamento dalla *sedes materiae* lavoristica a un piano di valutazione di sistema o, per meglio dire, di politica del diritto.

Si osserva che la doppia pronuncia può creare nell'ordinamento una situazione di incertezza giuridica, contesto entro il quale si verifica il maggior sacrificio dei diritti²⁸.

Invero, sussistono due forme di doppia pronuncia. Ve n'è una, di conio più recente, in cui la Consulta, stante la necessità di un intervento manipolativo per sanare la ritenuta situazione d'incostituzionalità, sospende il giudizio e trattiene presso di sé la causa, assegnando con ordinanza di rinvio un termine al legislatore per conformarsi a Costituzione²⁹. Non a caso, tale ordinanza è stata definita “ad incostituzionalità differita”³⁰, dato che, se il legislatore manca d'intervenire entro i termini indicati dalla Corte, si perviene alla declaratoria di incostituzionalità nonostante il vuoto normativo che ciò determina.

V'è poi una seconda forma di doppia pronuncia, con monito, mediante la quale la Corte si limita ad ammonire il Parlamento, rimanendo in attesa di un intervento legislativo nella materia di cui è già stata investita. In caso contrario, ove il legislatore rimanga inerte nonostante il monito ricevuto, sarà necessario un nuovo giudizio incidentale, che consenta alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità senza più differimenti.

Quest'ultimo meccanismo di rinvio, adottato nella sentenza in commento, non appare atto a soddisfare le esigenze di tutela di diritti costituzionalmente rilevanti. Infatti, la norma oggetto del sindacato della Corte è ritenuta incostituzionale dall'organo a ciò deputato, ma gli effetti non ne vengono travolti e i cittadini devono continuare a soffrirne le conseguenze³¹. Al riguardo, occorre tenere conto, peraltro, dell'incoercibilità della funzione legislativa nel nostro ordinamento³², che

²⁸ Va notato, al riguardo, che l'art. 136 Cost. prende in considerazione solo l'ipotesi in cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, non essendo stata concepita dai Costituenti la pronuncia temporeggiatrice della Corte (sebbene ormai si ritenga pacificamente ammissibile). La disposizione, peraltro, prosegue decisa: la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, confermando, in tal modo, che non c'è spazio per la perduranza di situazioni di incostituzionalità una volta che la funzione di garanzia della Corte costituzionale sia stata esercitata. Dunque, l'approccio dialogico è meritorio se e solo se non implica frustrazioni eccessive dei diritti costituzionali, risolvendosi in un'adeguata soluzione di compromesso.

²⁹ Come fu nel noto caso Cappato. Per un approfondimento si rinvia ad A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto* in *Diritti Comparati* 2/2022, nonché ad A. CAMAIANI, *Il fine non giustifica i mezzi: la Corte costituzionale frena gli entusiasmi referendari sul fine vita, ma salva l'ordinamento da un grave vuoto sanzionatorio*, in questa *Rivista* 2022/II, 632.

³⁰ M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita* in *Questione Giustizia*, 19/11/2018.

³¹ Ciò in uno all'impossibilità per i giudici di ricorrere a un'operazione di bilanciamento in concreto, posta la rilevata alternatività tra la delega di bilanciamento e la doppia pronuncia.

³² Per non parlare della ineffettività degli strumenti di democrazia diretta, potenziali correttivi dell'inerzia legislativa, ma rimessi, altrettanto, esclusivamente all'impulso spontaneo del Parlamento.

Si sono occupati, tra gli altri, dei problemi che pone l'inerzia del legislatore, affrontando temi distinti, C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore* in *Foro Italiano*, Vol. 93, No. 9 (Sett.1970), 153/154-191/192, M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni novanta* in AA.VV., *Effetti temporanei delle*

rende necessario riflettere con urgenza sui rapporti tra detto sindacato della Corte costituzionale e il “silenzio inadempimento” della politica, recuperando un istituto del diritto amministrativo, cui solitamente la pronuncia con monito si accompagna³³.

Invero, l'intento dialettico della Corte costituzionale è pregevole e ispirato alle migliori prassi di leale collaborazione interorganica, notevolmente sviluppatasi con l'avvento dell'ordinamento eurounitario³⁴; senza dubbio, quindi, andrebbe incentivato come strumento di buon esercizio dei pubblici poteri, evitando per giunta complessi vuoti normativi³⁵. Tuttavia, il Parlamento, sebbene astrattamente tenuto a conformarsi immediatamente alle statuizioni costituzionalmente orientanti della Consulta³⁶, può rimanere -e rimane- inerte, anche per tempi molto lunghi, senza che si attivi alcun rimedio per i soggetti che subiscono gli effetti negativi della norma incostituzionale e senza che alcuna responsabilità possa essere, d'altro canto, eccitata contro l'organo legislativo.

Il carattere libero della funzione politica, espresso agli articoli 68, comma 1, e 122, comma 4, Cost., come tale sottratta al sindacato giurisdizionale, ha fin qui giustificato l'esclusione di qualsiasi forma di responsabilità del legislatore. La fisiologia dell'impianto democratico adottato nel nostro Paese assume per valido, pure astrattamente, il principio per cui *the king can do no wrong*. O, se anche non dovesse esser così, si tratta di un rischio che i cittadini devono assumersi per garantire alla politica di agire nella massima libertà. Per l'effetto, la categoria della responsabilità legislativa non è

sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere, Milano 1989, *passim* e M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle sentenze “comandamento” ovvero sul potere “monitorio” della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1982, 826 ss. (tutti gli articoli raccolti nel Quaderno processuale del servizio studi della Corte costituzionale, *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, 2016). Si veda anche M. PICCHI, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3/2018. Sempre in tema di indirizzo verso il legislatore e di onere di attivazione, si consideri, infine, G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in questa [Rivista](#), 2012 (8.12.12.). Con riguardo al diverso tema del vincolo referendario e si segnala S. CURRERI, *Iniziativa legislativa popolare e democrazia rappresentativa parlamentare: un delicato equilibrio*, in [laCostituzione.info](#), 5 dicembre 2018, sul tema degli effetti della proposta di legge a iniziativa popolare. Sia consentito, altresì, un rinvio alle considerazioni conclusive già svolte in A. CAMAIANI, [Il fine non giustifica i mezzi](#), cit.

³³ Si pensi, invece, che in dottrina si è messo in collegamento proprio il presupposto della libertà nei fini della funzione legislativa con l'assenza di posizioni giuridiche soggettive tutelabili a fronte dell'esercizio del potere politico, dovendosi escludere forme di illecito da imputare allo Stato-persona, ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ce lo ricorda in modo esaustivo M. CAPUTO in *La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste* in [Iurisprudenzia](#).

³⁴ È noto che il cd. dialogo tra le corti è stato stimolato dalle necessità interlocutorie tra ordinamenti multilivello generatesi con l'evoluzione del diritto dell'Unione.

³⁵ Corre l'obbligo di precisare che può darsi una duplice condizione d'incostituzionalità. Ve n'è una che impone un intervento ablatorio o di modifica di una norma già vigente che disciplina una data materia e ve n'è un'altra, diversa, in cui la norma posta alla attenzione della Corte evidenzia indirettamente una lacuna normativa di per sé incostituzionale, poiché diritti riconosciuti dalla Costituzione non trovano adeguata tutela nell'ordinamento.

Nel primo caso l'intervento stimolato dalla Corte in capo al Parlamento è ablatorio, volto a rimodulare o espungere una data legge ritenuta incompatibile col dettato costituzionale. Nel secondo, invece, la pronuncia della Consulta ha un carattere, per così dire, normativizzante, nel senso che vorrebbe condurre il legislatore ad adottare una norma positiva che colmi quella lacuna in cui si sostanzia il *vulnus* ai diritti costituzionali (come nel caso del *fine vita*). Orbene, è evidente che anche in tale ipotesi, non potendosi riconoscere un potere conformativo in capo alla Corte costituzionale senza consegnarle un inammissibile ruolo politico nell'ordinamento, l'intervento della Corte si risolve interamente nella dichiaratoria d'incostituzionalità. Tuttavia, la doppia pronuncia fotografa sempre uno stato patologico dell'ordinamento da cui il legislatore è chiamato ad uscire prontamente, adeguandosi ai rilievi interlocutori formulati dalla Consulta. Pur nel libero esercizio del potere politico, il Parlamento dovrebbe rivedere il proprio operato, facendo altrettanto buona applicazione del principio di leale collaborazione tra organi costituzionali.

³⁶ Si ritiene ormai comunemente che la legge debba conformarsi a Costituzione. Per una sintesi organica sul tema della responsabilità del legislatore si veda F. CICCARIELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti* in [Judicium](#) 19 marzo 2018. Per un approfondimento M. RUOTOLO *Legge, diritto comunitario e responsabilità civile dello Stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Le trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 1999, 377-422.

ammissibile e non è data alcuna conseguenza sanzionatoria nel caso di inveramento dell'errore, *rectius*: dell'illecito, legislativo³⁷.

A subire gli effetti di una legge incostituzionale è però l'intera platea degli individui che si trovano ad occupare il suolo dello Stato nel momento della sua vigenza, non solo cittadini. In ogni caso, è comunque possibile distinguere delle posizioni giuridiche soggettive differenziate, riconducibili a soggetti pregiudicati in modo diretto dalla situazione d'incostituzionalità rilevata ma non dichiarata; si pensi, in proposito, al soggetto portatore dell'interesse nel giudizio *a quo* da cui si origina la doppia pronuncia. Appare, pertanto, doveroso garantire tutela a queste posizioni soggettive pregiudicate, quand'anche abbiano una natura giuridica più flessibile del diritto pieno³⁸. E', perciò, preciso dovere dell'ordinamento impedire la formazione di "sacche d'irresponsabilità", a prescindere da come si determinino e dunque anche se integrino forme di responsabilità *stricto sensu* legislative; altrimenti, si validerebbe questa peculiare forma di abuso del potere, che potremmo definire "abuso democratico", poiché perpetrato dal Parlamento. Per l'effetto, la sua componente organica *pro*

³⁷ Per ragioni di spazio, non ci si sofferma sul tema della differenza tra responsabilità del legislatore nazionale per illecito costituzionale e responsabilità dello Stato per contrasto con la normativa europea, che tuttavia non sfugge. Come noto, in base ai dettami della nota sentenza *Francoovich* (cui sono seguite le ulteriori *Brasserie du pêcheur* e *Factortame III*), la norma nazionale che si pone in conflitto con il diritto dell'unione per mancato o tardivo recepimento delle Direttive dell'Unione determina la responsabilità dello Stato, tenuto quindi a riparare il danno (sul punto, *inter alios*, P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2022, 178 ss.). La giurisprudenza nazionale ha elaborato degli indici sintomatici della sussistenza di ipotesi di responsabilità dello Stato in chiave europea, prevedendo che debba sussistere una violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione, ricorrente allorché il grado di chiarezza e di precisione della norma nell'assegnazione di un diritto non sia revocabile in dubbio. Anche l'ampiezza della discrezionalità riservata agli Stati membri, l'intenzionalità della violazione o del danno cagionato, nonché l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto incidono sulle valutazioni di responsabilità compiute dal giudice. Compresa, infine, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione U.E. abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario (cfr. G. SERRA *Cenni in tema di responsabilità del legislatore per adozione di legge incostituzionale. Note a margine dell'ordinanza T.A.R. per le Marche*, in federalismi.it, 7/2022).

Per molti, in dottrina, la responsabilità del legislatore per violazione del diritto eurounitario non è riconducibile al fatto illecito, bensì all'obbligazione *ex lege* dello Stato, che si rivela sicché inadempiente, con conseguente produzione di un'obbligazione in suo capo. L'attività dello Stato, però, non sarebbe da considerare anti-giuridica e dunque la misura di riparazione avrebbe natura indennitaria e non risarcitoria.

Condivisibilmente, secondo G. DE MARZO, R. PARDOLESI, *Legislatore e licenza d'illecito*, in *Foro Italiano*, 2021, "Il paradosso per il quale la violazione del precetto eurounitario consente risposte rimediali più ampie di quelle assicurate in caso di non rispondenza della legge al precetto costituzionale, oltre a lasciare insoddisfatto il principio di non discriminazione dell'ordinamento interno rispetto a quello dell'Ue (e, infatti, vedi le considerazioni di L. VIZZONI, *L'illecito costituzionale* cit., 261, sulla scia delle riflessioni di V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in Contratto e impresa Europa, 1999, 121), contrasta in radice con le conseguenze dell'affermazione del principio democratico e dell'applicazione del principio di legalità anche allo Stato, assoggettato nello svolgimento dell'attività legislativa ai controlli di legittimità costituzionale (v. già A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro Italiano*, 2003, V, 175). Ne discende che lo sbandierato presupposto dell'insindacabilità degli atti normativi, se riferito all'assenza in generale di strumenti di verifica della rispondenza dell'atto avente forza e valore di legge a canoni sovraordinati, è del tutto estraneo al sistema gerarchico delle fonti vigenti a partire dall'entrata in vigore della Costituzione e alla presenza della Corte costituzionale (e ciò senza dire dei controlli operati dai giudici eurounitari e, con diversità di metodi e di strumenti formali, anche dalla Corte di Strasburgo: sul punto insiste C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile fra pubblico e privato*, Torino, 2013, *passim*); se, invece, pone il problema della necessità che, nel rispetto dell'assetto costituzionale di ripartizione dei poteri, la pronuncia sulla responsabilità per l'illecito del legislatore sia preceduta dall'intervento della Corte costituzionale, opera una sovrapposizione di questioni che impone piuttosto una risposta al tema dell'ammissibilità o non del controllo diffuso di costituzionalità, entro ambiti specifici".

³⁸ Il riferimento è qui alle tesi che suffragano la responsabilità del legislatore ricorrendo all'argomento della risarcibilità dell'interesse legittimo. Si veda, *contra*, A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro Italiano*, 2003. Resta da chiedersi, tuttavia, *quid iuris*, allorché la norma incostituzionale afferisca all'ordinamento penitenziario o a quello penale e determini una condizione di limitazione alla libertà personale? E' evidente che in casi simili il sacrificio del diritto soggettivo non sarebbe temperato nemmeno ricorrendo alla doppia pronuncia con rinvio, attesa l'assoluta incompatibilità di norme che sacrificano l'art.13 Cost. con termini più o meno lunghi di attesa.

tempore sarebbe lasciata libera di recare danno ai cittadini -in ipotesi per l'intera durata della Legislatura- senza alcuna facoltà di stimolazione coatta, né alla presenza di strumenti giuridici deterrenti. La tutela dei diritti costituzionali sarebbe ineffettiva e lo stesso ruolo di garanzia della Consulta risulterebbe svilito al cospetto dell'assolutezza del potere dell'*organo* democratico.

Come chiarito, nel caso che ci occupa si verte in una situazione patologica, ove il Parlamento è certamente nell'errore, essendosi la Consulta già espressa sulla incompatibilità costituzionale della norma condotta alla Sua attenzione. Ancorché non l'abbia dichiarata, infatti, l'incostituzionalità della norma già vigente è stata rilevata dalla Corte, che ne ha quindi ammonito il Parlamento. Ritenere che si possa, a questo punto, accettare inerti il *n'importe quoi* dell'organo legislativo è retaggio di impostazioni illiberali dell'ordinamento e di concezioni retrograde del potere³⁹. L'avvento della Costituzione ha, invece, determinato un cambio di passo irreversibile nella concezione di tutti i poteri, financo quello espressivo della legittimazione popolare: anche la rappresentanza non è che un organo il cui operato soggiace inderogabilmente alle statuizioni della Carta costituzionale, la cui tutela è stata consegnata dai Padri costituenti alla Consulta. La discrezionalità del legislatore, cioè la funzione politica, non è perciò assoluta, ma come tutti i poteri dell'ordinamento è limitata dal proprio contrappeso, ovvero il controllo accentrato di costituzionalità⁴⁰.

L'assunto appena riferito ha trovato largo consenso nella dottrina. Alcuni ha ritenuto che stimare l'attività legislativa quale assolutamente discrezionale sia ipotesi del tutto incompatibile con gli ordinamenti a costituzione rigida o mista⁴¹; altri, invece, come soluzione al problema, ha suggerito di introdurre l'istituto dell'ottemperanza costituzionale⁴².

Dal canto suo, comprensibilmente, la giurisprudenza si è adagiata sull'orientamento consolidato, volto ad escludere la sindacabilità dell'attività e degli atti in cui si estrinseca la funzione legislativa, in ciò palesandosi l'assenza di un controllo diffuso di costituzionalità nel nostro ordinamento e dimostrando, il giudiziario, rispetto per l'altro potere dei tre, quello politico.

L'istituto giuridico che la giurisprudenza sovente richiama a conforto delle proprie tesi è la responsabilità da fatto lecito, posto che anche ove dannosa, la legge non sarebbe mai *non iure* e dunque il danno non sarebbe mai ingiusto, ma ontologicamente assorbito e giustificato in nome della libertà della funzione politica⁴³. La Corte di cassazione si spinge perfino oltre ed evidenzia che nel sistema delineato dalla Costituzione è escluso che la Carta attribuisca diritti direttamente ai singoli destinatari. Pertanto, l'eventuale violazione dei suoi parametri non ha attitudine a fondare ipotesi di

³⁹ Ha parlato di "licenza d'illecito" la dottrina con G. DE MARZO, R. PARDOLESI, cit. Per gli Autori, la versione domestica di responsabilità del legislatore appare apodittica e formale "là dove pretende di chiudere il discorso col dire che, nelle circostanze in cui si parla di illecito del legislatore, non possono ricorrere gli estremi dell'ingiustizia del danno (di «ritardo culturale quasi secolare nei confronti di altri ordinamenti europei» parla, a compasso più allargato, A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 2018, 132, 157). Il soggetto che subisce le conseguenze di un'attività legislativa che non doveva farsi perché contraria a un principio inderogabile subisce un pregiudizio reale: e dire che se lo deve tenere perché manca il carattere dell'ingiustizia è gioco di prestigio di gusto assai discutibile".

⁴⁰ Il tema è comunque controverso e sin dagli albori ha registrato profonde divergenze di lettura, sia tra gli interlocutori che hanno partecipato ai lavori della Costituente e, di recente, in seno alla dottrina. Per comprendere le difficoltà concettuali e applicative legate alla previsione della Corte costituzionale quale organo esclusivo deputato a valutare la legittimità della legge basta tornare indietro ai lavori della Costituente sul punto.

⁴¹ È la tesi di F. CICCARIELLO, cit., sostenuta anche da E. SCODITTI, *Il sistema multilivello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e Responsabilità*, 2003.

⁴² G. GIORGINI PIGNATIELLO *ICON-S Italian Chapter Il futuro dello Stato- panel* Costituzionalismo ambientale e forma di Stato nel XXI secolo, disponibile in [Voci costituzionali](#).

⁴³ La tesi in discorso è stata confermata dalla giurisprudenza successiva della Cass. civ., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730. Non si discosta da tale approccio nemmeno la giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2021, n. 4642. Tuttavia, è evidente l'errore logico: si confonde il diritto con la legge, con un atteggiamento di aperta legolatria non conforme all'impalcatura costituzionale dell'ordinamento. La Costituzione, non va dimenticato, è espressione di un diritto *super leges*, tanto che ne è fonte sopraordinata. Inoltre, un inquadramento sistematico della responsabilità da atto o fatto lecito ci consegna comunque delle forme riparative, sebbene nella forma dell'indennizzo, anziché del ristoro integrale del danno.

responsabilità legislativa da porre di fronte alla autorità giudiziaria (*sic*: Cass. civ., Sez. I, n. 39534 del 13 dicembre 2021, intervenuta sulla richiesta di risarcimento del danno per incostituzionalità della legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270 dopo la sentenza della [Corte costituzionale, n.1 del 13 gennaio 2014](#))⁴⁴. Tuttavia, quanto su cui si invita alla riflessione con il presente contributo, lo si ripete, non è la configurazione di ipotesi di responsabilità per mera violazione della Carta. Si ritiene, infatti, che ad essere intollerabile non sia l'“in sé” dell'incostituzionalità, rischio fisiologico nella democrazia parlamentare delineata dai Costituenti, quanto piuttosto l'inerzia del Parlamento, il quale colpevolmente lasci perdurare l'illecito costituzionale nella *certezza* della sua sussistenza⁴⁵.

Come accennato, la ragione dell'assunto è che una simile condotta può integrare una forma di abuso del potere, consistente nell'approfittamento dell'assenza di misure deterrenti (le sanzioni), anzi condizione idonea ad agevolare processi di mancata conformazione del dato legale all'ordinamento costituzionale perimetrato dalla Consulta.

L'intervento della Corte costituzionale, nel complesso dei *checks and balances*, contribuisce a regolare ordinatamente gli assetti e gli equilibri tra i poteri dell'ordinamento e tra gli organi costituzionali⁴⁶. La libertà legislativa, pure se concepita quale assoluta e inderogabile, non viene relativizzata dal sindacato di incostituzionalità, che non la erode, ma la perimetra.

La sentenza interlocutoria della Consulta definisce l'area della compatibilità costituzionale di una legge già vigente nell'ordinamento e quindi opera nel rispetto della libertà politica del Parlamento⁴⁷.

Diversamente opinando, cioè ritenendo che non sia dato ammettere alcuna capacità propulsiva o adeguatrice verso il potere politico, se ne ricava la perdita di efficacia della doppia pronuncia con mero monito, che finisce per divenire strumento deleterio per gli interessi che la Corte costituzionale è chiamata a proteggere, nella parte in cui, mantenendo in vigore una norma incostituzionale, consente la perduranza della più grave forma d'illecito, poiché *contra Constitutionem*.

In conclusione, quindi, *de iure condito*, sembra potersi individuare nella doppia pronuncia con ordinanza di rinvio una soluzione efficiente al problema dei rapporti tra libertà del Parlamento e ruolo di garanzia della Corte costituzionale: con tale sentenza si raggiunge un buon compromesso per l'adeguamento costituzionale delle leggi, pur nell'assenza di strumenti coercitivi dati alla Corte e nel rispetto della libertà legislativa che è sì assoluta, ma non senza controlli da quando la produzione positiva del diritto si esplica in un ordinamento, appunto, costituzionale.

Diversamente, la doppia pronuncia con mero monito non appare ammissibile senza criticità. Questa soluzione sarebbe significativa se venisse dotata per legge di legittimazione giuridica e di strumenti correttivi utili a conformare la volontà legislativa in caso di inerzia parlamentare, senza vanificare la dialettica tra poteri dello Stato⁴⁸. Fin tanto che così non è, però, sembra doveroso

⁴⁴ Ad argomento viene spesso addotto l'art. 7, comma 1, del c.p.a., norma che preclude qualsiasi sindacato del giudice amministrativo sugli atti politici. Anche di recente la Corte di cassazione ha ribadito l'impostazione in parola, senza però tenere in debito conto il caso peculiare della declaratoria implicita di incostituzionalità in cui si sostanzia la doppia pronuncia della Consulta. In tal caso, infatti, non si tratta delle valutazioni operate da un mero giudice sulla legge, ma dal Giudice delle leggi, che si pronuncia in funzione della tutela dei diritti costituzionali, determinando un contrappeso di civiltà giuridica al potere -libero nei fini- del legislatore.

⁴⁵ In linea con la ricostruzione offerta appare A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato*, cit., ove l'A. Rileva che la responsabilità civile dello Stato non si determina ogni qual volta sia violata una norma costituzionale, in base a un sindacato diffuso di costituzionalità preventiva sulla Consulta. Questo rischio, come detto, è fisiologico all'esercizio democratico del potere legislativo.

⁴⁶ M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza, 2020, 13-14; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, 1999, *passim* e, per completezza, si rinvia anche a *Passato, presente e futuro dello stato costituzionale odierno* in [Nomos](#), 2/2018.

⁴⁷ Non si tratta, infatti, di promuovere una funzione consultiva preventiva della Corte costituzionale. Nel caso della doppia pronuncia la situazione di mancata conformità alla Carta è già in atto e solo si tratta di reagire all'abuso che compie il potere politico.

⁴⁸ Sul controllo diffuso di costituzionalità, cui si collegherebbe una valutazione preliminare della Consulta sulla compatibilità costituzionale della legge si esprimono G. DE MARZO, R. PARDOLESI, cit.

rinunciare a tale dialogo interorganico⁴⁹ e ricorrere, meritoriamente, all'incostituzionalità differita. A ben guardare, siffatto schema dialogico integra di per sé un meccanismo d'induzione indiretta verso il potere politico; si tratta di un'ottemperanza autonoma realizzata dalla Corte.

4. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, l'ennesima pronuncia in materia di Jobs Act intervenuta a riconoscere uno stato di frustrazione dell'ordine costituzionale, ci ha consegnato l'occasione paradigmatica per riflettere sulla tollerabilità dell'inerzia legislativa entro un quadro di accertata patologicità.

Come anticipato, si ritiene di poter concludere per l'insufficienza della soluzione interlocutoria pura adottata dalla Corte costituzionale: il dialogo tra organi, ove sprovvisto di correttivi, espone i cittadini al perpetrarsi delle violazioni in loro danno⁵⁰. In tal modo, infatti, si fa dipendere la protezione dei diritti da fattori casuali, come la pronta attivazione -incoercibile- dell'organo legislativo. La loro tutela, però, non può essere incerta e deve essere anzi effettiva, in omaggio al canone proprio dei sistemi di *civil law*, per cui *ibi ius, ibi remedium*.

Preferibilmente, dovrebbe quindi erodersi il dogma dell'incoercibilità della funzione legislativa, che non può sostanzarsi in un assolutismo inaccettabile.

Sebbene, in termini generali, valga il principio della libertà politica, la doppia pronuncia con monito si estrinseca in un'indicazione che la Corte offre al legislatore, orientandone costituzionalmente l'intervento (di adeguamento). Perciò, in casi simili, l'inerzia parlamentare e il mantenimento di una condizione di accertata illegittimità tengono luogo della più grave forma di responsabilità, quella dell'organo rappresentativo dei cittadini.

C'è da chiedersi, perciò, se sia davvero condivisibile sostenere l'inammissibilità concettuale della responsabilità del legislatore almeno in detto caso di palese non curanza dell'incostituzionalità rilevata⁵¹. Laddove, invece, si dovesse continuare a ritenere incoercibile, sia in forme dirette che indirette, la volontà legislativa (e non data alcuna forma di responsabilità dello Stato-legislatore), si deve concludere che la soluzione dialettica individuata dalla Corte costituzionale sembra possibile solo allorché si realizzi mediante la tecnica del rinvio, meritevole per garantire la certezza del diritto, individuando un limite temporale all'inattività del Parlamento.

Anche nel caso del licenziamento illegittimo realizzato da un piccolo datore, si osserva che la decisione della Corte dispiega un effetto conformativo a cui, pur potendo scegliere tra una pluralità di soluzioni, il legislatore è ipoteticamente tenuto ad adeguarsi o comunque a dar conto ai cittadini di *tentare* un adeguamento. Del resto, la Corte ha già chiarito che è doveroso operare anche in astratto un prudente bilanciamento tra gli interessi costituzionali coinvolti dal fenomeno del licenziamento,

⁴⁹ Allo stato, l'impegno costruttivo della Consulta, attuato in omaggio alle migliori prassi istituzionali e a tutela della libertà politica del legislatore, rischia di determinare effetti negativi, agevolando la permanenza dell'illecito costituzionale. Sicché, occorre porre rimedio alla situazione descritta, non essendo tollerabile una attesa perpetua, celata dietro difficoltà politiche, organizzative o governative, che certo non giustifica un ritardo nella riparazione di una condizione di incostituzionalità. Esattamente come non lo giustifica una buona prassi interorganica.

⁵⁰ In proposito, pur con la sostanziale differenza della necessità di un intervento attivo del legislatore, chiamato in quel caso a legiferare nella materia del fine vita, basti pensare a quanto avvenuto su quel fronte. Si vedano, al riguardo, le recenti pronunce della Corte costituzionale, [sent. n. 242 del 2019](#) e [ord. n. 217 del 2018](#).

⁵¹ E non, quindi, nel caso di una incostituzionalità motivata in forza di un vuoto normativo da colmare mediante un'azione politica positiva (come in materia di fine vita). Per G. DE MARZO, R. PARDOLESI, cit., di fronte a casi di illegittimità accertata del potere normativo, la questione impellente non attiene all'*an* della responsabilità, che è certa, ma alla definizione del suo *quomodo*, dovendocisi interrogare sui criteri d'imputazione soggettiva della responsabilità e selezionare gli interessi da proteggere, poiché incisi dall'illegittimità dell'atto normativo primario. Ciò in quanto il dogma dell'insindacabilità degli atti politici "una volta tratto dalle secche di una precomprensione del sistema priva di fondamento e ricondotto nell'alveo (e nei limiti) del controllo sulla legittimità delle leggi, appare un simulacro che serve solo a nascondere il vero problema: quello dei modi e delle conseguenze del controllo stesso".

garantendo soddisfazione sia al datore - uniformità di trattamento e prevedibilità dei costi del licenziamento - che al lavoratore - ristoro adeguato, proporzionato alle particolarità del caso concreto⁵². Tuttavia, in concreto, il ricorso al monito non garantisce che il diritto al lavoro ritrovi una pronta dimensione di costituzionalità nell'ordinamento, il che pare confliggere con la sua natura di diritto fondamentale e, specialmente, con la qualità di sostrato fondativo della stessa impalcatura costituzionale (la Repubblica è fondata sul lavoro) che detiene.

Tale circostanza, invero, dovrebbe impedire anche la sola assunzione del rischio di un mancato o tardivo intervento parlamentare in materia. Dunque, l'esempio recato dalla pronuncia in commento si rivela emblematico per concludere le riflessioni oggetto di questo scritto a sostegno della necessità di dismettere l'approccio dialogico mero con il potere politico, ovvero di individuare criteri correttivi dell'inerzia legislativa, dovendosi preferire l'ordinanza a incostituzionalità differita, che consente di soddisfare le esigenze di certezza del diritto.

Sembra comunque opportuno avviare con prontezza una riflessione seria sugli strumenti propulsivi dell'attività legislativa, tenendo in debito conto, al contempo, che la volontà di rispettare le competenze e di salvaguardare i rapporti interorganici trova un limite assoluto nel *vulnus* ai diritti fondamentali delle persone; limite che, di preferenza e in assenza di una disciplina *ad hoc*, deve fare propendere per la rimozione immediata dell'incostituzionalità dall'ordinamento.

⁵² Per un approfondimento di specie si veda R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in *Lo Stato*, 2022 (in corso di pubblicazione).