

### Universo valoriale ed effetti del principio di prevedibilità nel diritto del lavoro

di Marco Marazza\*

*Ricevuto il 7.3.2023 – Accettato il 28.3.2023*

**Riassunto.** Partendo dalla giurisprudenza costituzionale che negli ultimi due anni ha censurato la eccessiva indeterminatezza di disposizioni giuslavoristiche in una prospettiva espansiva dei diritti dei lavoratori il saggio ricostruisce le basi giuridiche del vincolo della prevedibilità per spiegarne, in rapporto all'universo valoriale sotteso, la riconducibilità tanto ai valori del lavoro che delle libertà economiche (queste ultime, rilevanti soprattutto se intese nella loro dimensione oggettiva). Da ciò l'Autore ipotizza, e per certi versi auspica, un più significativo utilizzo del vincolo di prevedibilità tanto per verificare in modo più diffuso l'appropriato esercizio della tecnica legislativa (tenuto conto dell'impatto che le disposizioni giuslavoristiche caratterizzate da un'eccessiva indeterminatezza producono anche sulle libertà economiche) che per guidare il governo della tecnica dell'interpretazione costituzionalmente orientata e, nell'ordinamento multilivello, della tecnica dell'utilizzo del precedente della CGUE ai fini del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE).

*Parole chiave:* Prevedibilità; Tecnica legislativa; Interpretazione; Diritto del lavoro; Libertà economiche.

**Abstract.** *Value-driven universe and effects of the principle of predictability in labour law.* Starting from the constitutional jurisprudence that in the last two years has censured the excessive indefiniteness of labour law provisions in an expansive perspective of workers' rights, the essay reconstructs the legal bases of the principle of legal certainty in order to explain, in relation to the subtended universe of values, its traceability both to the values of labour and economic freedoms (the latter are especially relevant if understood in their objective dimension). From this the author hypothesises, and in some ways hopes for, a more significant use of the principle of legal certainty both to verify in a more widespread way the appropriate exercise of legislative technique (considering the number and the impact that the legal provisions characterised by excessive vagueness also produce on economic freedoms) and to guide the government of the technique of constitutionally oriented interpretation and, in the multilevel system, of the technique of the use of the CJEU precedent for the purposes of preliminary ruling (Art. 267 TFEU).

*Keywords:* Principle of legal certainty; Predictability; Labour law; Social right; Freedom to conduct a business.

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, sede di Roma, Largo Francesco Vito 1, 00168 Roma. E-mail: marco.marazza@unicatt.it.

*Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 177-178, 2023, 1-2*  
(ISSN 1720-4321, ISSN 1972-5507) DOI: 10.3280/GDL2023-177010

1. Il concetto di prevedibilità, in generale. 2. La prevedibilità nel diritto del lavoro a partire dalle esigenze di tutela della persona che lavora (nella giurisprudenza costituzionale sull'apparato sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi). 3. La prevedibilità nell'universo valoriale del diritto del lavoro. 4. Prevedibilità e libertà economiche nella giurisprudenza della Corte costituzionale. 4.1. *Segue*: prevedibilità e libertà economiche nella giurisprudenza CGUE. 5. Il diritto costituzionale delle persone che lavorano e delle imprese alla prevedibilità della norma giuslavoristica (ed i suoi effetti sulla tecnica legislativa e dell'interpretazione). 6. Prevedibilità e tecnica legislativa: le previsioni lavoristiche "evanescenti". 6.1. *Segue*: l'esempio della rappresentatività sindacale. 6.2. *Segue*: l'esempio della fattispecie del ramo di azienda. 6.3. *Segue*: l'esempio dei licenziamenti collettivi. 6.4. *Segue*: l'esempio della procedimentalizzazione in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. 7. La prevedibilità e i limiti della interpretazione costituzionalmente orientata. 8. La prevedibilità nella dimensione multilivello di fronte alla tecnica del rinvio pregiudiziale. 8.1. *Segue*: la questione della identificazione del precedente della Corte di giustizia. - 8.2. *Segue*: e, in particolare, la rilevanza della diversità dei sistemi nazionali.

1. Per la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>1</sup> l'esercizio del potere legislativo deve essere incanalato in un contesto tecnico governato da parametri oggettivi e controllabili che possano garantire, anche attraverso il metodo interpretativo, «la più elevata prevedibilità delle decisioni»<sup>2</sup>. Ciò per non incorrere nel rischio di «una valutazione non ancorata a precisi punti di riferimento, tanto più necessari quando vi sono fondamentali esigenze di certezza, legate alle conseguenze che la scelta stessa determina»<sup>3</sup>. Ancora più incisiva è la giurisprudenza europea secondo la quale il principio di certezza del diritto «costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione» diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici «affinché gli interessati possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza»<sup>4</sup>.

Orbene, affinando il percorso di ricerca intrapreso con la relazione AIDLASS del 2021 partendo dalla ricostruzione del valore sociale dell'impresa<sup>5</sup>, e cioè dai

<sup>1</sup> Mi riferisco alla recente giurisprudenza che ha riscritto l'apparato sanzionatorio del licenziamento ingiustificato e, in particolare, a Corte cost. 125/2022; Corte cost. 59/2021.

<sup>2</sup> Corte cost. 125/2022, punto 10.3 del considerando in diritto.

<sup>3</sup> Corte cost. 125/2022, punto 9.1 del considerando in diritto; tra i commenti, Caruso, 2022; Perrone, 2022; Cester, 2022; Pisani, 2022.

<sup>4</sup> La certezza del diritto è una delle componenti della *Rule of Law*, principio fondativo dell'Unione europea la cui base giuridica è rinvenibile nel Preambolo del TUE, artt. 2 e 49 TUE, Preambolo CDFUE. Le sue componenti e il loro consolidamento sono opera della Corte di Giustizia. In particolare, la sentenza Cgce 12.11.1981, C-212-217/80 afferma la certezza del diritto nel senso che «le norme europee debbono possedere caratteri di chiarezza e prevedibilità per gli amministrati»; tra le altre sentenze negli stessi termini e da ultimo, Cgue 2.2.2023, C-649/20: « il principio generale della certezza del diritto, che costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che la normativa sia chiara e precisa, affinché i singoli possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza (v. sentenze 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Belgio/Commissione*, Racc. pag. I-2801, punti 30 ss., nonché IATA e ELFAA, cit., punto 68)».

<sup>5</sup> Marazza, 2022a, 191.

contenuti della dimensione oggettiva della libertà economica<sup>6</sup>, l'obiettivo del presente saggio è ora quello di approfondire, e quindi meglio puntualizzare, sempre in una prospettiva multilivello, il ragionamento sull'origine e sugli effetti del valore (o principio)<sup>7</sup> della prevedibilità da intendere, ai nostri fini, tra le diverse accezioni possibili, quale modalità di estrinsecazione del principio della certezza del diritto<sup>8</sup> e nel senso più generale della «possibilità diffusa di prevedere le conseguenze giuridiche» – nel nostro caso giuslavoristiche – «di atti e fatti»<sup>9</sup>.

2. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale appena ricordata il valore della prevedibilità è ricavato dagli artt. 3, 4 e 35 Cost. ed è posto a fondamento della dichiarazione di incostituzionalità di due formulazioni legislative (entrambe contenute nell'art. 18, c. 7, secondo periodo, della l. 20 maggio 1970, n. 300<sup>10</sup>) che, a ben vedere, presentavano differenti tipologie di imprevedibilità giacché in un caso si trattava di una definizione legislativa ritenuta eccessivamente elastica o generica e, nell'altro, di un chiaro ed esplicito rinvio della legge alla discrezionalità del giudice viziato dalla assenza di criteri espliciti che ne potessero in concreto guidare la decisione.

Quanto al primo tipo di indeterminatezza è a tutti noto che il requisito della «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del licenziamento economico, che per la legge era il presupposto necessario per l'applicazione della tutela reintegratoria, è stato ritenuto «indeterminato» in quanto accosta alla fattispecie un elemento «labile che richiede un apprezzamento imprevedibile e mutevole, senza alcuna

<sup>6</sup> Marazza, ult. op. cit., 204-207.

<sup>7</sup> Sulla certezza come valore giuridico fondamentale, per tutti Bobbio, 1964, 150; valore qui inteso in un senso assimilabile a quello di principio. Sulla labile distinzione tra valori e principi, che a loro volta appresentano modi e/o concezioni di intendere la costituzione, Modugno, 2005, 3: «come nota Massimo Luciani, [...], il valore contiene un dato di ineffabilità tanto che “non posso descriverlo posso solo pronunciarlo: eguaglianza, libertà, vita. Se tento di tradurlo in forme normative diventa principio. Il rapporto fra valore e principio è di sofferenza però. Se c'è il principio, già ho circoscritto il valore, l'ho definito». Accoglie l'argomentazione dell'autore sull'uso promiscuo dei termini valore e principio nel linguaggio giuridico, Luciani, 2014, 466, nt. 193; per una ricognizione dei diversi significati di certezza del diritto, Gometz, 2005, 7 ss.; si vedano anche Gianformaggio, 1986; Luzzati, 1999.

<sup>8</sup> Sulla prevedibilità come uno dei criteri o condizioni della certezza del diritto da ultimo, anche in termini critici, Pino, 2018; sulla prevedibilità come «accezione più equilibrata e meno presuntuosa» della certezza del diritto v. Cester, in corrispondenza privata.

<sup>9</sup> È il significato offerto da Gometz, 2005, 22-23; accolto da Luciani, 2014, 470. Tra i giuslavoristi, su un piano diverso e con specifico riferimento alla prevedibilità delle decisioni, Franza, 2019, 22; Maio, 2020.

<sup>10</sup> Perrone, 2022, 408: «la *ratio decidendi* di entrambe le pronunce orienta verso la costruzione di un quadro dogmatico in cui trova spazio un vincolo costituzionale, dedotto anche questa volta dagli artt. 4 e 35 Cost., che impone sul piano oggettivo che le fattispecie estintive del rapporto di lavoro ad iniziativa datoriale rispondano al criterio della determinatezza legale».

indicazione utile a orientarne gli esiti» del giudizio<sup>11</sup>, prestandosi «a incertezze applicative e condurre a soluzioni difformi, con conseguenti ingiustificate disparità di trattamento»<sup>12</sup>. Poco prima, nel 2021, il medesimo valore della prevedibilità è stato invece posto alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale di quell'altra parte della medesima disposizione che prevedeva 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 medesimo art. 18, c. 4. In questo caso la scelta tra due forme di tutela, risarcitoria o reintegratoria, rimessa al verbo «può», disancora la valutazione del giudice da precisi punti di riferimento, senza fondarsi «su elementi oggettivi o razionalmente giustificabili, amplificando «le incertezze del sistema»<sup>13</sup>.

3. Le sentenze ora richiamate rinunciano ad una ricostruzione interpretativa della norma orientata a limitarne l'incertezza applicativa, come a parere di chi scrive sarebbe stato possibile<sup>14</sup>, e vincolano il giudizio di legittimità costituzionale alla verifica di un livello di prevedibilità delle disposizioni idoneo a scongiurare un uso discrezionale del potere del giudice.

Ma nel fare ciò entrambe le pronunce confermano l'impostazione di fondo che sembra aver caratterizzato tutti i precedenti che hanno riscritto l'apparato sanzionatorio dei licenziamenti introdotto a partire dal 2012<sup>15</sup> e lasciano emergere, in modo piuttosto chiaro, che (anche) quel vincolo di prevedibilità, ricostruito senza mai richiamare anche l'art. 41 Cost., poggia su una precondizione assiologica<sup>16</sup> distante da un assetto valoriale “neutro” volto a «garantire una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati»<sup>17</sup> ed insuscettibile di essere ordinato in un preconstituito sistema gerarchizzato<sup>18</sup>.

Se per un verso ciò consente agevolmente di superare la diffidenza mostrata, da alcuni, in merito ad una presunta sbilanciata assonanza tra valore della prevedibilità e interessi economici<sup>19</sup>, per l'altro, a ben vedere, impone una precisazione. Ed infatti, se è vero che una disposizione giuslavoristica, guardata dalla prospettiva della tutela di diritti della persona che lavora, deve essere sufficientemente chiara e prevedibile, anzitutto per evitare ingiustificate differenziazioni (art. 3 Cost.), altrettanto evidente è il fatto che, soprattutto nella fondamentale logica eurounitaria del-

<sup>11</sup> Corte cost. 125/2022, punto 9.1 del considerando in diritto.

<sup>12</sup> Corte cost. 125/2022, punto 9.1. del considerando in diritto.

<sup>13</sup> Corte cost. 59/2021, ultimo capoverso del punto 10.1 del considerando in diritto; tra i diversi commenti, Carinci M.T., 2021; Cester, 2021; Di Cerbo, 2021; Varva, 2021; Ferrante, 2021.

<sup>14</sup> Marazza, 2022b.

<sup>15</sup> Marazza, 2022b.

<sup>16</sup> Marazza, 2022b; Perrone, 2021.

<sup>17</sup> Corte cost. 58/2018, che richiama le sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012.

<sup>18</sup> Persiani, 2000, par. 16.

<sup>19</sup> Maio, 2020, 816; sul processo di trasformazione del diritto del lavoro in un sistema eminentemente calcolabile di costi e di benefici per l'impresa, Perulli, 2021, 6.

la equiparazione dei diritti e delle libertà (art. 52 CDFUE)<sup>20</sup>, il valore della prevedibilità della regola costituisce anche il precipitato logico del riconoscimento delle libertà economiche (art. 16 CDFUE; art. 41 Cost.)<sup>21</sup>.

Da tale assunto, se confermato, deriva che la prevedibilità, proprio perché presuppone l'esigenza concorrente di tutela tanto del lavoro che delle libertà economiche, in un'ottica di bilanciamento, non può che apprezzarsi in quanto comprensiva di entrambi gli interessi sottesi. Non deve, infatti, trascurarsi che il pregiudizio arrecato dall'inaffidabilità della legge alla libertà d'impresa, intesa in senso oggettivo, si riflette, necessariamente, se pur indirettamente, anche sulla realizzazione dei diritti sociali.

Onde ribadire la fondatezza dell'assunto di partenza occorre, a questo punto, spiegare e documentare con maggiore dettaglio l'importanza del contributo delle libertà economiche al valore della prevedibilità.

4. Che il valore della prevedibilità abbia una vocazione universale e sia funzionale a tutelare i diritti sociali anche attraverso l'agire economico nel senso sopra indicato<sup>22</sup>, emerge nella stessa giurisprudenza (non strettamente giuslavoristica) della Corte costituzionale.

Ciò a partire dal principio della tutela dell'affidamento (art. 3 Cost.) che, pur rappresentando un'espressione in senso soggettivo del principio di certezza del diritto, condivide le medesime basi giuridiche della certezza del diritto intesa in senso oggettivo<sup>23</sup>, qui identificata nella completezza del contenuto precettivo della norma e nella conseguente prevedibilità della sua proiezione applicativa. Emergendo in entrambe le prospettive (quella soggettiva e quella oggettiva) un tema di rappresentazione, e tutela, del rapporto tra privati e «certezza e sicurezza dell'ordinamento giuridico»<sup>24</sup> che, indubbiamente, trae origine anche dal riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Sul piano costituzionale, la dimensione paritaria di diritti sociali e libertà economiche, orientata alla conservazione del contenuto essenziale degli uni e delle altre è stata affermata dalla Corte cost. 85/2013 nel senso che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

<sup>21</sup> A maggior ragione se consideriamo la libertà economica, come certamente consente la nostra Costituzione, nella sua dimensione oggettiva. Il riferimento è al valore di utilità sociale che l'impresa di per sé esprime, se posta nelle condizioni di operare secondo criteri di economicità, quale strumento che concorre al benessere collettivo (artt. 2, 4 e 41 Cost.): Marazza, 2022a.

<sup>22</sup> Franza, 2022, 18-22.

<sup>23</sup> In materia di affidamento, molti sono stati gli interventi della Corte costituzionale, tra cui Corte cost. 310/2013, che richiama le sentenze 302/2010, n. 236 e 206/2009; Corte cost. 219/2014; Corte cost. 56/2015; Corte cost. 241/2019; Cost. 54/2019; Corte 57/2019.

<sup>24</sup> Corte cost. 73/2017.

<sup>25</sup> Luciani, 2007, 20-23, che tra le disposizioni costituzionali sul diritto all'affidamento individua l'art. 41, c. 1, Cost. come, tra l'altro, affermato dalla Corte cost. 155/1990. L'individuazione (anche) nell'art. 41 primo comma del diritto all'affidamento era stata altre-

Se, poi, concentriamo l'attenzione sul vincolo di prevedibilità che si può (e deve) ricavare direttamente dai principi «di libertà e programmazione sanciti dall'art. 41 Cost.»<sup>26</sup> la conferma della sua natura trasversale la possiamo in modo ancora più evidente ricavare dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che rileva come «l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato» potendo generare, se carente, «inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva recando danno alla stessa utilità sociale» (Corte cost. 200/2012)<sup>27</sup>.

Se, infine, sempre nell'ambito delle libertà economiche, concentriamo in modo più mirato l'attenzione proprio sul rapporto tra prevedibilità e regole di contemporaneo tra diritti fondamentali della persona e libertà economica, è qui necessario ricordare la giurisprudenza della Corte costituzionale che – richiamando gli art. 2, 4, 32, 35, 41, c. 2, Cost. – ha espressamente condizionato la legittimità delle tecniche di bilanciamento all'esistenza di misure cautelari specifiche. Con ciò sancendo, in un contesto che vedeva addirittura coinvolto il diritto alla salute, l'importanza della prevedibilità della regola nel senso che la prosecuzione dell'attività di impresa è stata ritenuta correttamente bilanciata con gli altri diritti di pari rango costituzionale coinvolti solo in quanto condizionata «all'osservanza di specifici limiti» ed all'esistenza di una «specifico disciplina di controllo e sanzionatoria»<sup>28</sup>.

4.1. Conclusioni più esplicite si ricavano nella giurisprudenza europea ove il valore della prevedibilità, quale espressione, come prima accennato, del diritto dell'Unione<sup>29</sup>, si apprezza attraverso il test di proporzionalità rivolto alla disposi-

si prospettata da Guarino, 1962, 174, che nel suo studio sulle leggi di incentivazione si sofferma sulla assenza di stabilità delle leggi in questione volta a ledere la libertà di cui all'art. 41, c. 1. Guarino parla di una protezione costituzionale “rafforzata” desumibile dagli art. 41, 3 e 25 della Costituzione, che impongono al legislatore un vincolo di “impegnatività” della legge.

<sup>26</sup> Luciani, 2007.

<sup>27</sup> Si veda anche Corte cost. 70/2013, che non censura direttamente la qualità della legislazione, ma gli effetti che la stessa produce in termini di violazione di un altro bene giuridico costituzionalmente garantito: Gometz, op.cit., 279.

<sup>28</sup> Corte cost. 58/2018, che si pronuncia nel senso della illegittimità costituzionale richiamando gli art. 2, 4, 32, 35, 41, c. 2, Cost.; tra i commenti, Amendola, 2018.

<sup>29</sup> Vedi nt. 4. Il principio della certezza del diritto, nell'ambito del quale va collocato il valore della prevedibilità, è riferito anche alla tecnica di recepimento degli atti europei, giacché «è importante che ciascuno Stato membro dia alle direttive [...] un'attuazione che risponda pienamente alle esigenze di chiarezza e di certezza delle situazioni giuridiche volute dalle direttive stesse» (Cgce 6.5.1980, *Commissione c. Belgio*, C-102/79). Sono da segnalare anche le Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot presentate l'11.9.2007, C-408/04, *Commissione delle Comunità europee c. Salzgitter AG*, per il quale «Il principio della certezza del diritto implica che la normativa comunitaria deve essere certa e la sua applicazione prevedibile per coloro che vi sono sottoposti. Esso esige che ogni atto delle istituzioni produttivo di effetti giuridici sia chiaro, preciso e portato a conoscenza dell'interessato, in modo

zione che delimita la libertà economica. In questo caso il principio di proporzionalità è, infatti, rispettato a condizione che i limiti posti dal legislatore nazionale, a prescindere dalla loro intensità di merito, non siano «formulati in maniera generica e imprecisa» (punto 99). Ciò in quanto i limiti «che non sono precisi e non riposano dunque su condizioni oggettive e controllabili, vanno oltre quel che è necessario per conseguire gli obiettivi indicati e non possono pertanto soddisfare quanto esige il principio di proporzionalità» (punto 100), violando, peraltro, gli artt. 49 del TFUE e la libertà d'impresa sancita dall'art. 16 della Carta (punti 102-103)<sup>30</sup>. Nella prospettiva comunitaria, nel bilanciamento tra libertà di impresa e diritti sociali, il controllo di proporzionalità non è, pertanto, superato dalla legislazione nazionale quando «i datori di lavoro interessati non sanno in quali circostanze specifiche e oggettive» si estrinseca il limite all'iniziativa economica<sup>31</sup>. La libertà economica, in altri termini, impone che anche le regole riferite ai diritti sociali siano connotate da «condizioni oggettive e controllabili» e articolate su «circostanze specifiche».

5. Se ne ricava che il vincolo di prevedibilità da ultimo utilizzato dalla Corte costituzionale (vedi sopra al n. 2) deve essere inquadrato nell'ambito della evoluzione del principio, e di conseguenza anche del valore<sup>32</sup>, della certezza del diritto e posto alla base del diritto dei lavoratori, ma anche delle imprese, di poter ragionevolmente prefigurare, se non anticipare, le conseguenze giuridiche di un dato comportamento. Un valore trasversale, non a caso identificato dalla dottrina in una sorta di *principio dei principi*, «specifica manifestazione giuridica del raccordo pace-sicurezza-statalità», il cui fondamento giuridico positivo è da ricercare, nei rispettivi campi di attività, in una pluralità di previsioni che, per i profili che ora stiamo considerando, contemplano tanto i diritti del lavoro che le libertà economiche (artt. 2, 3, 4, 35, 41, cc. 1 e 2, 101, Cost.).

che questi possa conoscere con esattezza il momento dal quale il suddetto atto esiste e inizia a produrre i suoi effetti giuridici. Tale principio si impone con particolare rigore nel caso di un atto che può produrre conseguenze economiche, in modo da permettere all'interessato di conoscere esattamente la portata degli obblighi che esso gli impone».

<sup>30</sup> Cgue, Grande Sezione, 21.12.2016, C-201/15. Per alcuni commenti sulla sentenza, Campanella, 2017; Cosio, 2018; Countouris, Koukiadaki, 2017; Giubboni, 2016; Orlandini, 2017; Ratti, 2017.

<sup>31</sup> In tal caso, infatti, come riportato dalla menzionata sentenza della Corte di giustizia (punto 100), i limiti posti alla libertà di impresa «non sono precisi e non riposano dunque su condizioni oggettive e controllabili, vanno oltre quel che è necessario per conseguire gli obiettivi indicati e non possono pertanto soddisfare quanto esige il principio di proporzionalità». Nei medesimi termini si era espressa anche la sentenza della Corte di giustizia *Arblade*, 23.11.1999, per le cause riunite C-369/96 e C376/96, richiamata dalla sentenza *Laval un Patneri*, 11.12.2007, C-438/05 al punto 57. Inoltre, Cgce 4.6.2002, *Commissione c. Francia*, C 483/99, punti 51 e 53; Cgce 26.3.2009, *Commissione c. Italia*, C-326/07, punti 66 e 72; Cgue 8.11.2012, *Commissione c. Grecia*, C-244/11, punti da 74 a 77 e 86. Per una valorizzazione del principio di prevedibilità nel noto caso *Laval* cfr. Corti, 2008, 274.

<sup>32</sup> Si rinvia alla nt. 7.

In altri termini, se nell'ordinamento eurounitario l'esigenza che la regola di contemperamento operi sulla base di «circostanze specifiche», di «condizioni oggettive e controllabili» è direttamente ed esplicitamente ricondotta dalla Corte di giustizia alla libertà economica, nell'ordinamento interno è utile evidenziare che quella medesima esigenza di «certezza e sicurezza dell'ordinamento giuridico», elemento fondamentale dello Stato di diritto<sup>33</sup>, sembra affondare le sue radici, da ciò traendo maggiore forza, non solo nel riconoscimento della libertà di iniziativa economica intesa nella sua proiezione soggettiva di libertà di avviare un'impresa facendo affidamento sulla stabilità del contesto normativo di riferimento ma anche, e soprattutto, nelle esigenze di tutela della persona e della libertà di iniziativa economica, in senso oggettivo di contesto produttivo che concorre al benessere collettivo durante il suo dinamico sviluppo.

Con ciò non si intende proporre il mito della “assoluta”, “illuministica”, certezza del diritto<sup>34</sup> (in questo caso, “del lavoro”). Principio di per sé soggetto ad una sorta di necessario relativismo in ragione della complessità del sistema normativo<sup>35</sup> e che, soprattutto nella nostra materia, certamente non può essere invocato per alimentare il mito della aritmetica calcolabilità e, con essa, di meccanismi normativi rigidi al punto da non consentire una fisiologica gradazione degli effetti sulla base della diversità delle fattispecie concrete<sup>36</sup>.

Si intende, piuttosto, rimarcare l'universo valoriale sotteso alla prevedibilità nel diritto del lavoro e precisare che il vincolo di costituzionalità che da quel valore

<sup>33</sup> In altri termini, Corte cost. 31/2011.

<sup>34</sup> «Il positivismo moderato (nel quale, personalmente, mi riconosco appieno) è perfettamente consapevole dell'impossibilità di predicare “una” sola interpretazione delle norme, riducendo il giudice ad “automa” [...] ma rifiuta l'idea (egemone nella nostra dottrina, ma per fortuna non ancora nella nostra giurisprudenza) che il testo (di legge) non sarebbe che un pretesto e che esprimerebbe un significato unicamente quando viene “illuminato” da un caso concreto»: così Luciani, 2017, 2. Vedi anche Speciale, 2018, 181, con riferimento alla tendenza ad attribuire alle sentenze natura di vera e propria fonte giuridica, svolgendo una funzione di “creazione” del diritto.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost. 364/1998: «la più certa delle leggi ha bisogno di letture ed interpretazioni sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di “entrate in vigore” di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori seconde mediazioni». Sotto altro profilo, per una più equilibrata calcolabilità del diritto del lavoro, da conciliare con un pluralismo giuridico che non scada nell'immediato soggettivismo, cfr. Zoppoli, 2016.

<sup>36</sup> Corte cost. 194/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. 23/2015 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183) – sia nel testo originario, sia nel testo modificato dall'art. 3, c. 1, d.l. 87/2018 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), conv., con mod., nella l. 96/2018 – limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizi», in quanto «la previsione denunciata, nel prestabilire interamente la misura dell'indennità, la connota, oltre che come «certa», anche come rigida, perché non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio». Per una lettura della prevedibilità come controllo della ragionevolezza argomentativa cfr. Abignente, 2023.

discende impone di contenere il rischio di una eccessiva, strutturale, imprevedibilità applicativa del diritto del lavoro<sup>37</sup>.

Ond'è che quel vincolo, da un punto di vista degli effetti, senza che sia possibile utilizzarlo in una prospettiva che guardi solo agli interessi di una parte, non può che rappresentare un fondamentale parametro di riferimento sia per il vaglio di adeguatezza della tecnica legislativa utilizzata per contemperare interessi del lavoro e dell'impresa che, a valle, per la corretta applicazione della tecnica dell'interpretazione.

6. Dal punto di vista della adeguatezza della tecnica legislativa non v'è dubbio che il valore della prevedibilità non deve precludere l'utilizzo mirato e consapevole di clausole generali ed elastiche<sup>38</sup>, per le quali semmai si pone, in una prospettiva costituzionalmente orientata, un problema di adeguatezza delle metodologie applicative e delle tecniche di interpretazione di cui, in questa sede, non si può certo dare conto<sup>39</sup>. Né, per altro verso, quel vincolo può limitare la tecnica legislativa che rinvia ad una valutazione giudiziale del caso concreto legata a parametri predeterminati (si pensi, ad esempio, all'art. 6 della l. 604 del 1966; art. 18, cc. 4, 5 e 7, l. 300 del 1970) di cui il Giudice ha l'obbligo di motivare l'utilizzazione.

Una questione di carenza di adeguata prevedibilità, piuttosto, si pone allorché la formulazione legislativa non nasce con il mirato obiettivo di soddisfare un'esigenza di fisiologica elasticità degli effetti idonea a valorizzare, nell'ambito di parametri fissati dalla legge, le molteplici sfumature delle possibili fattispecie concrete. Si pensi, piuttosto, tenendo necessariamente conto della proiezione applicativa della norma che si estrae dal diritto vivente<sup>40</sup>: a) alla legge che rinvia ad una valutazione giudiziale discrezionale e priva di adeguati parametri di riferimento (ad esempio, il Giudice «può» disporre la reintegrazione); b) o, per altro verso, all'utilizzo di concetti e terminologie che, nel diritto vivente, producono un patologico eccesso di discrezionalità valutativa (la «manifesta infondatezza» del fatto che consente la reintegrazione). Non da ultimo per via del difficile raccordo tra potere legislativo e giudiziario che, storicamente, caratterizza anche la nostra materia.

Se è così, come la Corte costituzionale pare aver stabilito (vedi sopra al n. 2), il punto è che, a ben vedere, sono piuttosto numerose le disposizioni giuslavoristiche che, in modo non dissimile dai frammenti dell'art. 18, c. 7, della l. 300 del 1970 già rimossi dal Giudice delle leggi, presentano confini applicativi altrettanto labili e, quindi, imprevedibili. Norme destinate a vivere tramite un esercizio di discrezionalità giudiziale che non si muove più «all'interno di confini ragionevolmente delimi-

<sup>37</sup> Gometz, 2005, 279.

<sup>38</sup> La letteratura in materia è sconfinata; si riportano, tra tutti, Di Majo, 1984; Mengoni, 1986; Castronovo, 1987; Rodotà, 1987.

<sup>39</sup> Per una analisi delle clausole elastiche in ambito lavoristico, Tullini, 1990; Persiani, 1995; Calcaterra, 2000; Campanella, 2014; De Luca Tamajo, 2015.

<sup>40</sup> Corte cost. 59/2021, che in modo molto significativo considera, ai fini della verifica della legittimità costituzionale, l'art. 18, c. 7, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità.

tati dal legislatore, che è al contrario il valore aggiunto della giurisdizione»<sup>41</sup> e che determinano una incertezza applicativa che pare oggettivamente idonea ad incidere non solo sulle persone ma anche, nell'universo valoriale che in questa materia si deve considerare<sup>42</sup>, sulle attività economiche.

6.1. Si possono considerare, ad esempio, i rinvii legislativi alla contrattazione collettiva qualificata sulla base del dato di rappresentatività dei soggetti stipulanti<sup>43</sup> che, pur nella conclamata assenza di un esigibile criterio di misurazione della rappresentatività sindacale<sup>44</sup>, dovrebbero addirittura funzionare nella prospettiva, comparativa, imposta dalla formula del «sindacato comparativamente più rappresentativo». Con ciò potendosi dubitare che il nostro sistema di contrattazione collettiva sia realmente idoneo, persino nella medesima categoria professionale, ad assicurare a tutti i lavoratori, come richiesto anche dall'Unione europea<sup>45</sup>, una retribuzione caratterizzata da adeguati standard di uniformità; o che, comunque, si presti ad una modalità di quantificazione della retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto e sufficiente ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.) non rispettosa di canoni di adeguata prevedibilità. Ciò per via del fatto che il processo di determinazione dell'obbligazione fondamentale del datore di lavoro risulta esposto, *ex ante*, alla soggettività dell'attore sindacale, *ex post*, alla valutazione giudiziale<sup>46</sup>.

6.2. Analoghi dubbi si potrebbero sollevare con riferimento ai criteri di distribuzione degli effetti giuslavoristici del trasferimento del ramo di azienda (art. 2112

<sup>41</sup> Corte cost. 125/2022.

<sup>42</sup> Persiani, 2000.

<sup>43</sup> Senza pretesa di esaustività, si ricordano l'art. 203, d.l. 34/2020, conv. in l. 77/2020; l'art. 51, d.lgs. 81/2015; l'art. 1.1175, l. 296/2006; l'art. 5, d.l. 510/1996. In modo più selettivo: (i) l'art. 7, d.l. 248/2007, (ii) l'art. 3, l. 142/2001, (iii) l'art. 2, c. 25, l. 549/1995; (iv) l'art. 17, l. 84/1994; per la valorizzazione giurisprudenziale di rinvii più selettivi come quelli sopra indicati, Cass. n. 7047 del 2019.

<sup>44</sup> E quindi, ritengo, in ciò potendo richiamare anche Corte cost. 231/2013, in assenza di una sempre più necessaria legge sulla rappresentanza sindacale. Si rinvia a tal riguardo alla proposta di legge sindacale avanzata del gruppo di giuslavoristi denominato *Frecciarossa* (B. Caruso, R. De Luca Tamajo, R. Del Punta, M. Marazza, A. Maresca, A. Perulli, R. Romai, F. Scarpelli, V. Speciale) corredata dalle Linee guida di una disciplina legislativa di rappresentanza, rappresentatività sindacale ed efficacia dei contratti collettivi aziendali, 2015, 4; tra le altre proposte, si veda quella della rivista *Diritti lavori mercati* (Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori), 2014.

<sup>45</sup> La questione si riallaccia alla proposta di direttiva sul salario adeguato del 28.10.2020. Sul dibattito in materia, tra i contributi cfr. Bavaro, Borelli, Orlandini, 2021.

<sup>46</sup> Il richiamo è alla tendenza della giurisprudenza a censurare i livelli retributivi fissati dalla contrattazione collettiva sottoscritta anche dai sindacali comparativamente più rappresentativi. Si veda, sul punto, T. Torino n. 1128 del 9.8.2019.

c.c.)<sup>47</sup>, ove l'autonomia funzionale richiesta dalla legge per il diritto vivente consiste nel fatto che il compendio aziendale ceduto deve avere la capacità di svolgere autonomamente dal cedente il suo scopo produttivo «senza integrazioni di rilievo» da parte del cessionario<sup>48</sup>. È davvero difficile, a ben vedere, tracciare una gradazione del livello di prevedibilità applicativa tra la locuzione della «manifesta infondatezza» del fatto posto a base del licenziamento economico, censurata dalla Corte costituzionale in quanto affetta da indeterminatezza, e quella che, ai sensi dell'art. 2112 c.c., impone di verificare che il ramo di azienda sia funzionalmente autonomo perché al momento della cessione non subisce «rilevanti integrazioni» da parte del cessionario. Anche in questo secondo caso sembrano evidenti i profili di soggettività che possono alterare, di volta in volta, il giudizio sulla qualificazione della fattispecie concreta senza che si possa evocare un'esigenza di gradazione degli effetti giuridici che, a ben vedere, qui proprio non esiste.

6.3. Lo stesso potrebbe dirsi in materia di licenziamenti collettivi avuto riguardo alla possibilità o meno del datore di lavoro di delimitare l'individuazione della platea degli esuberanti con riferimento ad una specifica unità organizzativa escludendone, quindi, la trasferibilità altrove. Delimitazione teoricamente consentita in presenza di esigenze tecniche ed organizzative, e compatibile con il fatto che l'art. 5, c. 1, della l. 223 del 1991 richiede di considerare le esigenze del «complesso aziendale»<sup>49</sup>, ma, nel concreto, a causa della eccessiva indeterminatezza della regola applicabile, esposta ad un esercizio di elevata discrezionalità giudiziale. Se è vero, come sembra, che neanche «l'aggravio di costi» o «l'interferenza sull'assetto organizzativo» sarebbero sufficienti esigenze tecniche ed organizzative idonee ad escludere l'obbligo di mantenimento in servizio, mediante il suo trasferimento, di un lavoratore appartenente alla sede soppressa<sup>50</sup>.

Incertezze che, sempre in mancanza di puntuali indicazioni legislative, si manifestano anche nel momento della comparazione tra i dipendenti del complesso aziendale ove la giurisprudenza, per ampliare o restringere la platea dei lavoratori professionalmente fungibili sui quali devono operare i restanti criteri di scelta, richiama parametri variabili, e quindi indeterminati, come, a titolo esemplificativo, lo svolgimento di «mansioni assolutamente identiche a quelle ordinariamente svolta anche in altri reparti»<sup>51</sup>; il possesso di «professionalità specifiche, infungibili rispetto alle altre»<sup>52</sup>; la «autonomia e specificità delle professionalità utilizzate» in un determinato ramo<sup>53</sup>; «l'omogeneità delle mansioni svolte tra le lavoratrici di tut-

<sup>47</sup> Per una ricostruzione del tormentato intreccio tra fonti e giurisprudenza sia consentito rinviare a Marazza, 2018.

<sup>48</sup> Cass. 22249/2021; Cass. 18948/2021; Cass. 7364/2021; Cass. 6077/2021.

<sup>49</sup> Cass. 12040/2021; Cass. 21306/2020; Cass. 32387/2019; Cass. 22178/2018; Cass. 4678/2015; Cass. 2429/2012.

<sup>50</sup> Cass. 2131/2023; in senso diverso, ma in presenza di accordo con le parti sociali, Cass. 4132/2023.

<sup>51</sup> Cass. 12040/2021.

<sup>52</sup> Cass. 32387/2019.

<sup>53</sup> Cass. 19105/2017.

te le unità produttive»<sup>54</sup>; la sussistenza di «acquisite esperienze per pregresso e frequente svolgimento della propria attività in altri reparti dell'azienda con positivi risultati»<sup>55</sup>.

Ancora più evidente, se possibile, l'inadeguatezza di disposizioni che definiscono il regime individuale o collettivo della risoluzione del rapporto di lavoro applicabile in caso di cambio appalto sulla base di fatti che si collocano, cronologicamente, in un momento successivo al perfezionamento della fattispecie<sup>56</sup>.

6.4. In una prospettiva esemplificativa virtuosa può, invece, essere interessante richiamare la sperimentazione di interventi legislativi, per ora circoscritti alla gestione della fase emergenziale connessa alla crisi epidemiologica, orientati a stabilizzare l'ambito di applicazione di norme connotate da forte elasticità tramite la valorizzazione, qui esplicita, e consapevole, del dialogo sociale e della contrattazione collettiva (art. 29-*bis*, d.l. 23/2020; 2087 c.c.)<sup>57</sup>. Interventi nei quali, con riferimento alle misure di sicurezza che il datore è tenuto a garantire per la tutela dell'integrità fisica dei dipendenti (art. 2087 c.c.), il valore sociale dell'impresa ed il suo impatto sul vincolo di prevedibilità sembra specificatamente tutelato proprio dalla introduzione di misure orientate a garantire una maggiore stabilità della regola applicabile quale elemento costitutivo della certezza del diritto. Con la valorizzazione del dialogo sociale e la sperimentazione di nuove forme di procedimentalizzazione degli obblighi, e non più solo dei poteri, del datore di lavoro.

7. Se dalla tecnica legislativa passiamo alla tecnica dell'interpretazione l'impatto del valore della prevedibilità emerge, anzitutto, con riferimento ai limiti dell'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>58</sup> giacché, come evidente, onde contenere forzature manipolative<sup>59</sup>, il cui effetto non può che essere quello di rendere imprevedibile la portata precettiva della norma, tale valore può dirsi rispettato

<sup>54</sup> Cass. 4678/2015.

<sup>55</sup> Cass. 13783/2006.

<sup>56</sup> Art. 7, d.l. 31.12.2007 n. 248, conv. in l. 31/2008, che, come noto, in caso di cambio appalto prevede che l'appaltatore uscente non debba applicare la procedura di cui all'art. 24 della l. 223/1991 nei confronti dei lavoratori riassunti dall'appaltatore subentrante a parità di condizioni economiche e normative. Ond'è che qualora tali condizioni non si verificano il datore di lavoro che cessa di erogare il servizio in appalto non è esonerato dall'applicazione della procedura di licenziamento collettivo (Cass. 23732/2016; Cass. 2212/2016; Cass. 20772/2018); così anche la più recente giurisprudenza di merito (T. Roma 4954 del 24.5.2021).

<sup>57</sup> Sulla centralità assunta dalla contrattazione collettiva e dalla procedimentalizzazione in relazione alla gestione degli obblighi di sicurezza nella fase emergenziale sia consentito rinviare Marazza, 2020, 267; Pascucci, 2021a, 1. Più in generale, sulla rilevanza dei modelli organizzativi, nella specifica prospettiva della prevedibilità, cfr. Pascucci, 2021b.

<sup>58</sup> Modugno, 2008, 77; Luciani, 2016, 361.

<sup>59</sup> Ainis, 1997, 27.

esclusivamente se l'interpretazione costituzionalmente orientata non si spinga oltre il tenore letterale della disposizione interpretata<sup>60</sup>.

Ciò per dire che l'interpretazione costituzionalmente orientata di una disposizione consente di valorizzare i principi costituzionali di riferimento da un punto di vista sostanziale esclusivamente nei limiti in cui sia preventivamente rispettato, nel medesimo processo interpretativo, il vincolo di prevedibilità. Ond'è che è proprio in ragione di tale vincolo, (come detto) universalistico, che la lettera della legge resta, e deve rimanere, un limite invalicabile dell'attività interpretativa là dove «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»<sup>61</sup>.

Emblematica, sotto questo profilo, è l'estensione applicativa dell'art. 46 d.l. 18/2020 anche ai dirigenti, allorché il divieto di licenziamento introdotto da quella disposizione era espressamente riferito all'ipotesi di recesso per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 l. 604/1966.

8. Ma non v'è dubbio che la questione della tecnica dell'interpretazione verso l'alto assume carattere di maggiore complessità se considerata nell'ordinamento multilivello<sup>62</sup>. È così in ragione del fatto che l'obbligo del giudice nazionale di pervenire ad un risultato conforme (anche<sup>63</sup>) a quello della normativa comunitaria potrebbe indurre la giurisprudenza interna a piegare il contenuto della legge nazionale sino ad arrivare, ove necessario, quando risulta «fallita qualsiasi ricomposizione del contrasto su base interpretativa, o se del caso attraverso il rinvio pregiudiziale», a disapplicarla nel caso concreto<sup>64</sup>. Tenuto dunque conto della estrema elasticità delle norme comunitarie, e della conseguente centralità che assumono le sentenze della Corte di giustizia<sup>65</sup>, senza voler qui entrare anche sul tema del «concorso di rimedi giurisdizionali»<sup>66</sup>, e sul fondamentale ruolo che la Corte costituzionale tende proficuamente a puntualizzare per se stessa nella «costruttiva coopera-

<sup>60</sup> Marazza, 2022a, 208 ss.; Tosi, 2022, 467.

<sup>61</sup> Cass. 102/2021; Cass. 253/2020; Cass. 11749/2019; Cass. 174 /2019; Cass. 21617, 8282, 7157 e 42/2017; Cass. 36/2016; Cass. 27341/2014; Cass. 232/2013. Ma si veda anche Corte cost. 42/2017, 36/2016, 231/2013, 91/2013; Guastini, 1993, 399; Scarpelli U., 1971, 36.

<sup>62</sup> Ferrajoli, 2016, 4; Marazza, 2021, 210 ss.

<sup>63</sup> Sulla complessa, e davvero delicata, questione del raccordo tra interpretazione conforme a costituzione e interpretazione conforme alle fonti euro unitarie, con particolare riferimento alla rilevanza ed alla portata del sistema dei controlimiti, Luciani, 2016, 453 e ss.

<sup>64</sup> Nel senso indicato dalla Corte cost. 269/2017; si veda anche Corte cost. 170/1984 e 269/2017. In dottrina, Grasso, 2017; La Pergola, 2003; Scaccia, 2018; Calafà, 472-475.

<sup>65</sup> Ferrajoli, ult. op. cit.

<sup>66</sup> Corte cost. 20/2019; sul punto, Sciarra, 2021, 49 che guarda a quel concorso, «in termini di discorso unitario che porta a ricercare una “connessione inscindibile” tra diritti sanciti dalla Costituzione e dalla CDFUE».

zione»<sup>67</sup> con la Corte di giustizia<sup>68</sup>, pare piuttosto serio il rischio di un approccio “creativo”, e quindi anche imprevedibile, dell’organo giudicante<sup>69</sup>.

Entro tale tracciato, il principio di prevedibilità si presta ad orientare anche il contrasto tra norma nazionale e quella comunitaria, a fronte del trasferimento, almeno in parte, dei processi decisionali a livello europeo, imponendo la necessità di un maggior coordinamento tra organi giurisdizionali.

Ciò tenuto conto che per garantire l’uniforme applicazione dell’ordinamento eurounitario il Giudice nazionale di ultima istanza che dubiti sull’esistenza di contrasto tra norma interna e quella comunitaria, è obbligato, ai sensi dell’art. 267, c. 3, TFUE, a rinviare la questione pregiudiziale sulla interpretazione e validità<sup>70</sup> della norma comunitaria alla Corte di giustizia ove ritenga detta questione rilevante ai fini della risoluzione della controversia principale e, dunque, idonea ad influire sull’esito della lite<sup>71</sup>. Non a caso, con una formula assai felice, la pregiudiziale eurounitaria è stata definita come «lo strumento principe» della connessione tra ordinamento interno ed eurounitario<sup>72</sup> ed è proprio sulla tecnica di utilizzo di questo fondamentale strumento che occorre verificare l’impatto del vincolo di prevedibilità.

8.1. Superato il preliminare (ed assorbente) sindacato di pertinenza e rilevanza della questione pregiudiziale sollevata, l’obbligo del giudice nazionale di ultima istanza di deferire alla Corte di giustizia la questione interpretativa o di validità viene meno qualora «la questione sollevata sia sostanzialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale» ovvero «qualora il punto di diritto di cui trattasi sia stato risolto dalla costante giurisprudenza della Corte» (anche in mancanza di una stretta identità delle materie del contendere)<sup>73</sup> ovvero nel caso in cui «la corretta applicazione

<sup>67</sup> Corte cost. 254/2020; 117/2019; 20/2019; 63/2019; per alcuni commenti, Bronzini, 2019; Tega, 2019, 6. Per una ricostruzione, anche critica, della giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza 269/2017, si rinvia a Tega, 2020, 237.

<sup>68</sup> Cgue, 2.2.2021, causa C-481/19.

<sup>69</sup> È del 1986 il volume *Giudici del lavoro e conflitto collettivo: tendenze italiane ed europee*, Edizioni Esi, Napoli, 1986. Di qualche anno fa è poi il dibattito attivato all’interno della *Rivista italiana del diritto del lavoro* sul ruolo del giudice del lavoro a cui hanno contribuito Caruso, 2013; Del Punta, 2012; Magnani, 2013; Mazzotta, 2013; Romagnoli, 2013; Perulli, 2015; di recente, Santoro Passarelli G., 2017.

<sup>70</sup> L’art. 267 TFUE distingue i casi nei quali la Cgue è chiamata a pronunciarsi a seguito di rinvio.

<sup>71</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Bot presentate il 27.3.2012, causa C-83/11: spetta «(...) solo ai giudici nazionali cui è stata sottoposta la controversia e a cui incombe la responsabilità della decisione giudiziaria valutare, tenendo conto delle specificità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale all’emanazione della loro sentenza sia la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte».

<sup>72</sup> Luciani, 2016, 453.

<sup>73</sup> Cgue 6.10.1982, C- 283/81, *Cilfit e al.*; da ultimo, Cgue 6.10.2021, C-561/19. In precedenza, Cgce 27.3.1963, da C-28/62 a C-30/62, *Da Costa e a.*; Cgce 6.10.1982, C-283/81, *Cilfit e al.*, punti 13 e 14; Cgce 4.11.1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, punto 29; Cgce 2.4.2009, C-260/07, *Pedro IV Servicios*, punto 36. Art. 99 della versione consolidata

del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata»<sup>74</sup>. Ciò fermo restando che anche in queste ipotesi il giudice nazionale, pur non essendo obbligato, conserva sempre la facoltà di rivolgersi – pur non essendovi tenuto – alla Corte di giustizia ai sensi dell’art. 267 TFUE<sup>75</sup> e che, in ogni caso, secondo quanto precisato dalle stesse Raccomandazioni della Corte di giustizia<sup>76</sup>, nel valutare il “se” del rinvio il Giudice tiene conto «delle particolari circostanze di ciascuna causa»<sup>77</sup>.

Orbene, tenuto conto che il diritto eurounitario vive nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la disciplina appena esposta comporta che ove sussista il dubbio che una determinata controversia presenti una *ratio distinguendi* rispetto a quella già decisa dalla Corte di giustizia, il giudice di ultima istanza è tenuto ad effettuare il rinvio pregiudiziale, a tal fine domandando alla Corte di giustizia se il principio dettato in relazione ad altre fattispecie sia, o meno, estendibile a quella di cui è causa. Per evitare il rinvio pregiudiziale, in altri termini, non è sufficiente rilevare l’esistenza di una pronuncia della Corte di giustizia che ha interpretato la norma applicabile alla fattispecie concreta<sup>78</sup>.

Ne deriva che un utilizzo controllato della tecnica dell’interpretazione costituzionalmente orientata, rispettosa del principio di prevedibilità, e funzionale al contenimento della giurisprudenza creativa postula una particolare attenzione nel valutare non solo la fonte comunitaria di riferimento ma anche, e soprattutto, la portata e la utilizzabilità del precedente reso dalla Corte di giustizia su quella regola di contemperamento.

A tal ultimo riguardo, va subito detto che la verifica dell’identità dei precedenti della Corte di giustizia deve senz’altro valorizzare il raffronto tra i fatti materiali rispettivamente posti a base del giudizio che il Giudice interno è chiamato a decidere e di quello oggetto della controversia che ha dato luogo al precedente della giurisprudenza europea su cui si vuole fondare la decisione medesima. Ma tale procedimento di raffronto può non risultare pienamente appagante a fronte dell’inevitabile constatazione che l’ordinamento giuridico nazionale nel quale la questione si pone, ed è quindi oggetto di valutazione, interferisce in modo significativo sulla rilevanza che si deve attribuire ai fatti del caso concreto<sup>79</sup>.

Ciò che si vuole dire è che il giudice interno, nell’indagare la corrispondenza di un precedente della Corte di giustizia rispetto alla questione demandata alla sua

del regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25.9.2012; al suddetto Regolamento fa riferimento Franza, 2019, 240.

<sup>74</sup> Cgue 6.10.2021, C-561/19.

<sup>75</sup> Cgue 6.10.2021, C-561/19.

<sup>76</sup> Cgue 21.11.2019, C-380/01.

<sup>77</sup> Cgue 15.11.2022, C-144/22: «Infine, ciascuna disposizione di diritto dell’Unione deve essere collocata nel suo contesto e interpretata alla luce dell’insieme delle disposizioni di tale diritto, delle sue finalità e dello stadio della sua evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione in parola (sentenza del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C-561/19, EU:C:2021:799)».

<sup>78</sup> Franza, 2022, 18-22.

<sup>79</sup> Franza, 2019, 241.

cognizione – e ciò tanto per valutare l'esistenza di un obbligo di rinvio pregiudiziale quanto, all'opposto, per escludere a monte che la questione pregiudiziale sia pertinente e, quindi, che la normativa interna si ponga in contrasto con il diritto eurounitario così come interpretato dalla Corte di giustizia – non può, a ben vedere, esaurire la sua analisi alla sola verifica di identità dei fatti materiali. Dovendo necessariamente verificare, in aggiunta alla comparazione del fatto materiale<sup>80</sup>, anche se la peculiare relazione che intercorre tra quei fatti e l'impianto normativo dell'ordinamento interno possa far emergere elementi di differenziazione rispetto al precedente invocato<sup>81</sup>.

8.2. In verità, che il vincolo di remissione della questione pregiudiziale debba essere scrutinato tenendo in considerazione le diversità dei sistemi nazionali degli Stati membri<sup>82</sup> si evince non solo dall'art. 4, par. 2, del TUE ma anche dalla lettura delle disposizioni dettate nel TFUE in materia di politiche sociali e, in particolare, negli artt. 151 e seguenti del Trattato ove si valorizza, in particolar modo per ciò che attiene alle relazioni contrattuali ed al ruolo delle parti sociali, la specificità degli ordinamenti nazionali e delle prassi interne che in tale contesto l'Unione, espressamente, tutela e promuove. L'Unione, ad esempio, nel perseguire gli obiettivi dell'art. 151, c. 1, TFUE, adotta «misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali» (art. 151, c. 2, TFUE); «riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali» (art. 152 TFUE); stabilisce che il Parlamento europeo e il Consiglio possono adottare, mediante direttive, «le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro» (art. 153, c. 2, TFUE)<sup>83</sup>.

Ond'è che, in applicazione delle disposizioni del TFUE ora citate, il principio affermato dal(dai) precedente(i) della Corte di giustizia, se pur reso su una fattispecie identica, ma con riferimento ad un diverso ordinamento nazionale, andrebbe comunque vagliato dal Giudice interno per verificare: a) se l'interpretazione della fonte comunitaria già resa con riferimento ad un determinato ordinamento abbia effettivamente una portata pertinente in altro ordinamento, perché se così non fosse l'ordinamento comunitario non dovrebbe porre un problema di disapplicazione della norma interna o, per altro verso, di innovazione della sua portata applicativa; b) se quell'interpretazione, ove pertinente, sia coerente con la necessità di tutelare la diversità degli ordinamenti nazionali e, in particolare, la specificità dell'ordinamento nel quale il Giudice interno è investito del problema di effettuare il rinvio pregiudiziale; c) se, di conseguenza, ove tale specificità esista, si configura l'obbligo di un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione;

<sup>80</sup> Sul ruolo della fattualità nella ricognizione delle premesse delle decisioni giudiziarie le fondamentali riflessioni svolte da Mengoni 1994, 1.

<sup>81</sup> In tal senso Franza, 2019, 12.

<sup>82</sup> Franza, 2022, 18.

<sup>83</sup> Le disposizioni citate, come anticipato nel testo, si collocano in quadro generale volto a dare rilievo alle identità nazionali secondo quanto dispone l'art. 4.2 TUE. Il tema dell'identità nazionali in raccordo con le «tradizioni costituzionali comuni» all'art. 52.4 CDFUE è ampiamente dibattuto: per tutti, Cartabia, 2005.

d) e, infine, se quella interpretazione, applicata ad un diverso ordinamento interno, non esponga la norma comunitaria interpretata ad un profilo di invalidità.

In altri termini, se la normativa comunitaria può risultare invalida perché in contrasto con i principi esposti nei Trattati appare evidente che la adattabilità del precedente della Corte di giustizia al caso sollevato dinanzi al Giudice interno non può non tenere conto, oltre che del fatto materiale, anche della specificità di quell'ordinamento e di quello considerato dalla Corte di giustizia nel precedente. Occorre considerare, in altri termini, anche la qualificazione e gli effetti giuridici che gli ordinamenti ricollegano a quel fatto. Del resto, l'argomentazione appare coerente con la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia laddove, nel definire l'ulteriore limite all'obbligo di rinvio della questione pregiudiziale consistente nella manifesta evidenza della corretta applicazione del diritto eurounitario alla fattispecie concreta, ha precisato che il giudice interno, prima di giungere a tale conclusione, «deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia»<sup>84</sup>.

Ne segue che una generalizzazione dei principi di diritto dettati dalla Corte di giustizia con specifico riferimento a casi concreti, anche materialmente equiparabili, non è, di per sé, necessariamente coerente con la corretta applicazione del diritto eurounitario e, probabilmente, neanche con il vincolo costituzionale di prevedibilità delle regole di contemperamento degli interessi del lavoro e dell'impresa che, tanto nell'ordinamento eurounitario che in quello nazionale, è possibile ricostruire a partire anche dal valore delle libertà economiche<sup>85</sup>.

#### Riferimenti bibliografici

- Abignente A. (2023). L'incertezza del diritto: biasimo o elogio. *DLM*: 1 ss.  
 Ainis M. (1997). *La legge oscura*. Bari: Laterza.  
 Amendola G. (2018). Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa? *QuestioneGiustizia.it*.  
 Bavaro V., Borelli S., Orlandini G. (2021). La proposta di direttiva Ue sul salario minimo adeguato. *RGL*: 111 ss.

<sup>84</sup> Cgue 6.10.1982, C-283/81, *Cilfit*.

<sup>85</sup> Si consideri, ad esempio, la nota questione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Europea in ordine alla interpretazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88/CE e dell'art. 3 della direttiva 2000/79/CE per ciò che attiene alla quantificazione della retribuzione feriale ed alla portata che i precedenti della Corte di giustizia (a partire da Cgue 15.9.2011, C-155/10, *Williams e altri c. British Airways plc*) possono assumere nella valutazione del giudice italiano nel caso in cui la quantificazione, nella controversia posta alla sua attenzione, quella retribuzione risulti determinata, in applicazione dell'art. 39 Cost., dall'autonomia privata. Sul punto si veda Cass. 20216/2022 e si rinvia a Levi, 2022. Si pensi, ancora, alla rilevanza dell'esistenza o meno di accordi collettivi, e del rilievo attribuito all'autonomia privata collettiva dai diversi ordinamenti nazionali, nell'ambito della disputa relativa alla qualificazione dell'orario di lavoro per i lavoratori privi di un luogo di lavoro abituale con specifico riferimento al periodo di tempo impiegato per recarsi, a inizio turno, presso il luogo di lavoro e, a fine turno, per fare rientro al domicilio: Cgue 10.9.2015, C-266/14.

- Bobbio N. (1964) La certezza del diritto è un mito? *RIFD*: 146 ss.
- Bronzini G. (2019). La sentenza n.20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia? *QuestioneGiustizia.it*.
- Calafà L. (2016). Sull'assenza di limiti alla disapplicazione: l'effetto diretto orizzontale dopo il caso Dansk. *RGL*, II: 472 ss.
- Calcaterra L. (2000). Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro. *GC*: 315 ss.
- Campanella P. (2017). Licenziamenti collettivi in Grecia al vaglio della Corte di giustizia: quale modello sociale europeo? *LG*: 784 ss.
- Carinci M.T. (2021). La sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale: *road map* per una riforma? *DLRI*: 289 ss.
- Caruso B. (2013). Giudici, giuristi e legislatori davanti alla crisi per un manifesto ermeneutico. *RIDL*, I: 245 ss.
- Caruso B. (2022). Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte costituzionale. *RIDL*, I: 301 ss.
- Castronovo C. (1979). *Problema e sistema nel danno da prodotti*. Milano: Giuffrè.
- Castronovo C. (1987). *L'avventura delle clausole generali*. Milano: Giuffrè.
- Cester C. (2021). La Corte costituzionale sul licenziamento per g.m.o. [giustificato motivo oggettivo]: più spazio per la tutela reale in caso di illegittimità. *LG*: 605 ss.
- Cester C. (2022). Ancora un intervento demolitorio della Corte costituzionale sul novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori. *LG*: 813 ss.
- Corti M. (2008). Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia. Un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale. *RIDL*, II: 274 ss.
- Cosentino A. (2020). Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee. *QuestioneGiustizia.it*.
- Cosio R. (2018) Libertà d'impresa e tutela dei lavoratori nei licenziamenti collettivi. *LDE*: n. 2.
- Cosio R. (2020-2021). La sanzione dissuasiva nei licenziamenti collettivi tra ragionevolezza e proporzionalità. *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*.
- Countouris N., Koukiadaki A. (2017). The glass half full: collective redundancies, public interest, and the (unfulfilled) potential of Europe's "highly competitive social market economy". *DLRI*: 193 ss.
- Del Punta R. (2012). Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema. *RIDL*, I: 461 ss.
- De Luca Tamajo R. (2015). Licenziamento disciplinare, clausole generali e "fatto" contestato. *ADL*: 269 ss.
- Di Cerbo V. (2021). La disciplina del licenziamento nel prisma della Corte costituzionale. Valori, razionalità, sistema. *LDE*: n. 3.
- Di Majo A. (1984). Clausole generali e diritto delle obbligazioni. *RCDP*: 539 ss.
- Ferrajoli L. (2016). Contro la giurisprudenza creativa. *QuestioneGiustizia.it*.
- Ferrajoli L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.
- Ferrante V. (2021). Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo. *DRI*: 509 ss.
- Franza G. (2019). *Il valore del precedente e la tutela dell'affidamento nel diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Franza G. (2022). La vincolatività del precedente della Corte di giustizia e la politica sociale europea. *LDE*, 3: 1 ss.
- Gianformaggio L. (1986). Certezza del diritto. In: Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*. Torino: Giappichelli.

- Giubboni S. (2016). Libertà di impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea. *Costituzionalismo.it*: n. 3.
- Gometz G. (2005). *La certezza giuridica come prevedibilità*. Torino: Giappichelli.
- Grasso G. (2017). La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea. *GC*: 525 ss.
- Guarino G. (1961). *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*. In: Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*. Milano: Giuffrè.
- Guastini R. (1993). *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- La Pergola A. (2003). Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio. *G.cost.*: 2419 ss.
- Levi A. (2022). L'ammontare della retribuzione feriale dei piloti di aeromobile: previsioni collettive ed attività interpretativa della Corte di Giustizia. *GiustiziaCivile.com*
- Luciani M. (2014). Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale. *DeS*: 470 ss.
- Luciani M. (2016). Interpretazione conforme a costituzione. *Enc. dir.*, IX.
- Luciani M. (2017). Le istituzioni e la certezza del diritto. Dattiloscritto.
- Luzzati C. (1999). *L'interprete e il legislatore*. Milano: Giuffrè.
- Magnani M. (2013). Il giudice e la legge. *RIDL*, I: 777 ss.
- Maio V. (2020). Valori e tecniche nell'assetto dei licenziamenti emergente dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018. *ADL*: 816 ss.
- Marazza M. (2018). Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.). *ADL*: 388 ss.
- Marazza M. (2020). L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre). *RIDL*: 267 ss.
- Marazza M. (2022a) Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa. In: *Il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile. XX Congresso nazionale AIDLASS. Taranto 28-30 ottobre 2021*. Piacenza: La Tribuna, 191 ss.
- Marazza M. (2022b). Diritti sociali, libertà economiche e prevedibilità nella più recente giurisprudenza della Corte cost. (125 e 183/2022) in materia di licenziamento. *GC*: 735 ss.
- Mazzotta O. (2013). Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico tra metodo e merito. *RIDL*, I: 235 ss.
- Mengoni L. (1986). Spunti per una teoria delle clausole generali. *RCDP*: 5 ss.
- Mengoni L. (1994). L'argomentazione orientata alle conseguenze. *RTDPC*: 1 ss.
- Modugno F. (2005). Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori. *Costituzionalismo.it*: n. 3.
- Modugno F. (2008). Metodi ermeneutici e diritto costituzionale. In: *Scritti sull'interpretazione costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Orlandini G. (2017). Licenziamenti collettivi e regole di mercato: a proposito della sentenza Aget iraklis della Corte di giustizia Eu. *DLRI*: 191 ss.
- Pascucci P. (2021a). SARS-CoV-2 e obbligo dei lavoratori di vaccinarsi. *LDE*: n. 1.
- Pascucci P. (2021b). Salute e sicurezza sul lavoro, responsabilità degli enti, modelli organizzativi e gestionali. *RGL*, I: 537 ss.
- Perrone F. (2022). L'espansione del principio lavorista nelle sentenze costituzionali n. 59/2021 e n. 125/2022 sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento. *RIDL*, I: 395 ss.
- Persiani M. (1995). Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro. *DL*, I: 135 ss.
- Persiani M. (2000). Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico. *ADL*: 1 ss.
- Perulli A. (2015). Il contratto a tutele crescenti e la Naspi, un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro. In: Fiorillo L., Perulli A., a cura di, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli.

- Perulli. (2021). Il “trittico” della Corte costituzionale sulla disciplina licenziamento. Dalla law&economics ai principi di tutela del lavoro. *LDE*: n. 3.
- Pino G. (2018). La certezza del diritto nello Stato costituzionale. In: Apostoli A. Gorlani M., a cura di, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*. Napoli: Editoriale scientifica, 109 ss.
- Pisani C. (2022). La Corte costituzionale elimina il regime di tutela indennitaria previsto dall'art. 18 Stat. Lav. per il motivo oggettivo di licenziamento da soppressione del posto. *ADL*: 723 ss.
- Ratti L. (2017). Tutela del lavoro e libertà d'impresa alla prova del diritto europeo. *LG*: 433 ss.
- Rodotà S. (1987). Il tempo delle clausole generali. *RCDP*: 709 ss.
- Romagnoli U. (2013). Le parole sono pietre *RIDL*, I: 233 ss.
- Santoro Passarelli G. (2017). Il diritto e il giudice del lavoro. *RDC*: 1422 ss.
- Scaccia G. (2018). Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017. *Osservatorio AIC*: n. 2.
- Scarpelli U. (1971). Metodo giuridico. *RDP*: 36 ss.
- Sciarra S. (2021). Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità. *Federalismi.it*: n. 3.
- Speziale V. (2018). Il declino della legge. *Costituzionalismi.it*.
- Tega D. (2019). Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso. *QC*: 6 ss.
- Tega D. (2020). *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccostamento della giustizia costituzionale in Italia*. Bologna: Bonomia University Press.
- Tosi P. (2022). Intervento. In Aa.Vv., *Il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*. Piacenza: La Tribuna.
- Tullini P. (1990). *Clausole generale e rapporto di lavoro*. Rimini: Maggioli.
- Varva S. (2021). Dibattito istantaneo sulla sentenza della Corte costituzionale 1° aprile 2021 n. 59. *Labor.it*.
- Zoppoli L. (2016). I giuristi del lavoro tra politica monodimensionale e polarizzazioni epistemologiche (ovvero il diritto del lavoro tra poesia e prosa). *LD*: 485 ss.