

ROBERTO PESSI

Prof. ord. dell'Università di Roma LUISS «Guido Carli»

## IL DIALOGO TRA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E SISTEMA ORDINAMENTALE (\*)

SOMMARIO: 1. Tradizione e valori costituzionali. – 2. Società civile e legittimazione del diritto. – 3. Interessi materiali e principi morali. – 4. Positivizzazione e diritto senza norme. – 5. Solidarietà e razionalizzazione dei diritti sociali. – 6. Razionalità e bilanciamento. – 7. Interpretazione e diritto vivente. – 8. Federalismo e frammentazione regolativa. – 9. Identità nazionale e ordinamento comunitario.

1. – Nella relazione svolta al seminario di Bertinoro del luglio 2005 Natalino Irti richiamava l'aforisma di Nietzsche ancorato alla premessa che la rottura tra il *diritto* e la *tradizione* comporta che il primo perda il suo connotarsi come insieme di regole condivise per farsi imposizione arbitraria (1).

Irti trovava conforto nella sua provocazione dal frantumarsi dell'ordito delle fonti, ulteriormente accentuato dal sovrapporsi degli attori nazionali e comunitari, dai ricorrenti conflitti di competenze sovranazionali ed intranazionali, dalla crescente centralità dell'autonomia collettiva e di quella individuale, dalla incalzante pervasività della *Lex mercatorum*, dal complessivo disegnarsi di quello che è stato icasticamente definito il «caos normativo» (2).

Va detto, peraltro, che l'evolversi del *diritto* è da sempre segnato da ampie scansioni temporali nelle quali l'instabilità socio-economica determina la rottura con la *tradizione*. Ma in questa rottura si genera un processo lungo e sofferto che porta al graduale sedimentarsi di una nuova *tradizione*, cioè di un insieme di regole e valori socialmente condivisi (3).

---

(\*) Questo saggio è destinato agli *Scritti in onore di Edoardo Ghera*.

(1) Al seminario di Bertinoro, 15-16 luglio 2005, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro*, Natalino Irti e Mattia Persiani svolsero due relazioni sul tema *L'interpretazione: categorie concettuali e argomentazioni retorico-persuasive*. Vedi già del primo Autore, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990; *Teoria generale del diritto e problemi del mercato*, *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, pag. 2; *Letà della decodificazione*, 4ª ed., Milano, 1999.

(2) L'espressione «caos normativo» è di M. PEDRAZZOLI, *La difficile conoscibilità delle norme. In margine ad un Codice dei Valori*, in *Scritti in memoria di M. D'Antona*, Milano, 2004, pag. 1181 e segg.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, pag. 8 e segg.; M. RUSCIANO, *Diritto del lavoro (Voce per un'Enciclopedia)*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, pag. 1027, è ripresa da Franco Carinci nella sua relazione introduttiva (*Le fonti*) del seminario sopra ricordato.

(3) N. BOBBIO, *Stato, Governo, Società (Frammenti di un Dizionario Politico)*, Torino, 1995; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, rist. 2ª ed.; G. GIUGNI, *Introduzione*

Certo questo continuo fluire porta spesso alla solitudine del giurista, impossibilitato all'utilizzo del metodo e delle categorie concettuali consolidatisi nella grande tradizione classica; essa è il risultato di un assetto normativo segnato da continue modifiche suggerite dall'«ansia del riformismo»; e può comportare «il rifluire nella ridotta dell'esegesi» per la carenza di riferimenti sistemici cui ancorare operazioni ricostruttive <sup>(4)</sup>.

Né può indurre ad ottimismo la propensione del *diritto* e nel *diritto* a ragionare per eccezioni e ad abbandonare la norma generale ed astratta; tanto più laddove la stessa giurisprudenza, come sottolineava Mattia Persiani nella sua relazione al sopra ricordato seminario di Bertinoro, contribuisce, con il suo farsi contraddittoria ed autoreferenziale, ad un clima di incertezza <sup>(5)</sup>, nel quale diviene difficile affermare (o ricercare) la «comune ideologia normativa» del realismo scandinavo come mezzo per pervenire alla regola giusta nel caso concreto o anche come sinonimo di una condivisa *tradizione* giuridico-culturale <sup>(6)</sup>.

Per altro verso, tuttavia, guardando al passato, questi traumi ordinali hanno sempre segnato le fasi di passaggio da una all'altra comune ideologia normativa <sup>(7)</sup>.

Lo stesso diritto del lavoro, del resto, ha conosciuto processi di formazione di una *tradizione* giuridico-culturale e di formalizzazione della conclusione dei processi stessi. Si pensi, esemplificativamente, all'esperienza probivirale che ha generato la stessa legge per l'impiego privato e poi successivamente la codificazione del '42. Ma anche alla stessa costituzionalizzazione del diritto del lavoro che si è posta come sintesi tra la comune ideologia normativa, costruita sull'esperienza del rapporto di lavoro vissuta dagli inizi del '900, ed i valori che si erano rapidamente conso-

---

*allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, 1960. In questa prospettiva, per l'articolarsi dell'evoluzione ordinamentale vedi L. GAETA e A. VISCOMI, *L'Italia e lo stato sociale*, in A. RITTER (a cura di), *Storia dello stato sociale*, Roma-Bari, 1999, pag. 227 e segg.

<sup>(4)</sup> Natalino Irti ha più volte richiamato nella sua relazione la solitudine del giurista, indotta, tra l'altro, da questa continua vocazione alla riforma dell'assetto normativo.

<sup>(5)</sup> Richiamo qui la relazione di Mattia Persiani citata alla nota 1. La dialettica tra le due relazioni ha sollecitato importanti interventi, tra cui quelli di De Luca Tamajo, Del Punta, Miscione, Roccella, Scognamiglio e Vallebona. Le relazioni e gli interventi possono leggersi negli atti in corso di pubblicazione.

<sup>(6)</sup> Mi riferisco alla relazione di Carla Faralli svolta nello stesso seminario di Bertinoro prima ricordato (*Il metodo tra formalismo e antiformalismo*). Esempio in termini di maturazione di valori condivisi è la nascita dell'assicurazione infortuni sul lavoro; vedi L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile alle origini del diritto del lavoro*, Napoli, 1987.

<sup>(7)</sup> Ancora Carla Faralli che segnala come la costruzione di un giudizio sociale condiviso sia il risultato di una complessa elaborazione che investe tutti gli attori, istituzionali e non, del sistema.

lidati nel breve ma intenso periodo della resistenza e del primissimo dopoguerra <sup>(8)</sup>.

Semmai, restando all'aforisma di Nietzsche, può chiedersi se la fase normativa che determina la frattura con la *tradizione* passata ed apre la formazione di quella futura sia necessariamente "arbitraria", in quanto impositiva, o non possa essere la naturale presa d'atto del modificarsi nella coscienza sociale dei valori che erano a fondamento della comune ideologia normativa. Per restare al diritto del lavoro, è questa la possibile ambivalente lettura dello Statuto dei lavoratori, che segna il passaggio storico tra due diverse *tradizioni* giuridico-culturali; e che oggi esprime, comunque, una ideologia normativa consolidata nel sentire sociale <sup>(9)</sup>.

E, d'altra parte, laddove la coscienza collettiva abbia acquisito una *tradizione* come propria, anche in ragione dei processi comunicativi che ne hanno favorito il radicamento <sup>(10)</sup>, la regola interiorizzata si prospetta a complessa modificabilità anche in presenza di indiscussi presupposti economici; esemplare, al riguardo, è la vicenda del passaggio dalla pensione retributiva a quella contributiva e della contestuale impermeabilità della società alla recezione della previdenza complementare <sup>(11)</sup>.

Si torna al raccordo necessitato della *tradizione* come sintesi di valori socialmente condivisi, in quanto tale capace di esprimere una comune ideologia normativa, con il processo evolutivo che interessa quegli stessi valori e si esprime nel costante modificarsi dell'assetto regolativo; e si perviene alla conclusione (che è tutta nella dialettica tra le due relazioni di Irti e di Persiani) che l'arbitrarietà o meno del *diritto* nel suo allontanarsi dalla *tradizione* per modificarne ambiti e contenuti discende dal suo ancoraggio o meno ad una solida codificazione di valori che sia idonea a presidiarne qualsiasi processo evolutivo <sup>(12)</sup>.

<sup>(8)</sup> G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, 1967; M. DEL'OLIO, *Le culture dei giuristi e le influenze sull'Assemblea costituente. Il diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, pag. 803 e segg.

<sup>(9)</sup> A. PACE, *Corte Costituzionale ed "altri" giudici tra «garantismo» e sensibilità «politica»*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, pag. 601 e segg.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.*, 1991, pag. 639 e segg.; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione, interpretazione per valori*, in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 3775 e segg.

<sup>(10)</sup> L'importanza del processo comunicativo nel radicamento di valori etici e di principi morali condivisi è sottolineata da Vincenzo Ferrari nella sua relazione al più volte richiamato seminario di Bertinoro (*L'apporto delle scienze socio-economiche*).

<sup>(11)</sup> M. PERSIANI, *Razionalizzazione o riforma del sistema previdenziale pensionistico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1996, n. 3, pag. 53 e segg.; L. ANTONINI, *Il ridimensionamento del sistema pensionistico, ovvero: fra «fatti ostinati» e argomenti «deboli», il principio del montante attuariale dei contributi come possibile controlimite (concorrente)», in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 3722.*

<sup>(12)</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; R. BIN, *Diritti e argomenti, il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano,

È qui il centro della relazione di Persiani, secondo cui il giurista non è solo quando possa contare su una robusta codificazione di valori, quali quelli espressi dalla Carta costituzionale e da un organo di chiusura del sistema che vigila sulla loro persistenza nell'ordinamento, garantendo un processo evolutivo operato attraverso un loro ragionevole e razionale bilanciamento <sup>(13)</sup>.

2. – In un importante saggio dedicato alla giurisprudenza costituzionale sul diritto del rapporto di lavoro Raffaele De Luca Tamajo sottolinea come l'attività della Corte costituzionale sia andata via via assumendo una pluralità di funzioni, accanto a quella più tipica di mero controllo della legittimità costituzionale delle norme legislative; come testimoniato, del resto, dalla crescente articolazione tipologica delle sue sentenze assai oltre la rigida alternativa iniziale dell'accoglimento o del rigetto <sup>(14)</sup>.

D'altro canto, queste funzioni sono espressive di un dialogo costante che la Corte intrattiene, attraverso le sue decisioni, con i diversi attori nazionali e sovranazionali del sistema ordinamentale, presidiando per questa via l'evoluzione complessiva del *diritto* in coerenza alla specifica opzione metodologica di garantire un riformismo equilibrato e ragionevolmente ancorato al progresso nella continuità <sup>(15)</sup>.

In questa prospettiva, la Corte costituzionale ha avuto la capacità di non leggere l'ordinamento come un sistema autoconcluso ed autoreferente (così da limitarsi ad un'opera di meccanico confronto tra regola legislativa e testo costituzionale), ma di vigilare sulla sua evoluzione attraverso un'opera di costante interrelazione con diversi soggetti istituzionali, in una dialettica costruita attraverso l'invio di « inputs di varia natura » generatori di risposte variegata ed insieme idonei a consentire diverse e

---

1992; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1993; L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, 1994, pag. 262 e segg.

<sup>(13)</sup> Rinvio ancora alla relazione svolta da Mattia Persiani al seminario di Bertinoro del 2005 ed alla sua dialettica con la relazione di Natalino Irti.

<sup>(14)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Lavoro. La Giurisprudenza costituzionale (1 luglio 1989 – 31 dicembre 2005)*, Vol. IX, Roma, 2006, 39 e segg. In ordine all'intervento della Corte costituzionale sul rapporto di lavoro cfr. E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, I, pag. 1 e segg.

<sup>(15)</sup> A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984; A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, pag. 3199 e segg.; A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Torino, 1994; S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, pag. 39 e segg.

sempre più incisive reazioni, « in una feconda dinamica di vivificazione dell'ordinamento giuridico »<sup>(16)</sup>.

Al riguardo, quanto al diritto del lavoro, può dirsi che la Corte costituzionale ha già affrontato, superato e risolto il dibattito del rapporto tra *diritto* ed *economia* utilizzando il parametro dell'equilibrato bilanciamento delle rispettive ragioni<sup>(17)</sup>; in ciò, cosciente che il tema è essenzialmente un tema metodologico, il giudice delle leggi ha operato un proficuo confronto sinergico tra le posizioni teoriche del diritto del lavoro e della *labour economics*<sup>(18)</sup>.

Espressivo di questa accentuata sensibilità è, d'altro canto, l'evolversi della giurisprudenza costituzionale nell'area del diritto sindacale che, dopo la stagione (conclusasi alla fine degli anni ottanta) dedicata alla verifica della compatibilità con la Costituzione delle norme corporative (in particolare quelle del Codice penale sullo sciopero), è stata edificata sulla dialettica tra la fonte legale (con le nuove incisive regolazioni sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla "privatizzazione" del pubblico impiego) e l'autonomia collettiva<sup>(19)</sup>.

Per altro verso, ed in misura assai più significativa, l'attenzione della Corte costituzionale alle ragioni dell'economia è segnalata dall'evolversi della sua giurisprudenza in materia di previdenza sociale, laddove, abbandonata l'impostazione risalente che (trascurando le stesse indicazioni di cui all'art. 38 Cost. ed utilizzando piuttosto a referente il principio di eguaglianza formale sancito dal primo comma dell'art. 3 Cost.) assumeva a presupposto l'equiparazione dei trattamenti previdenziali alla retribuzione (dando applicazione al principio di proporzionalità e sufficienza

---

<sup>(16)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., 40; vedi anche B. VENEZIANI, *Corte Costituzionale e sistema di relazioni industriali*, in *Lav. Dir.*, 1989, pag. 485 e segg.

<sup>(17)</sup> Sul punto si legga la suggestiva relazione di MATTIA PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale*, al convegno *Giurisprudenza costituzionale ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, Roma 24 maggio 2006; ora in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, n. 4-5, pag. 1031 e segg.

<sup>(18)</sup> G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, op. cit., II, pag. 608 e segg.; *idem*, *L'iniziativa economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, pag. 325 e segg.; F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1982; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, parte speciale, 2ª ed., Padova, 1992, pag. 461; *idem*, *Alcune riflessioni sul pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano, 1993, pag. 229 e segg.

<sup>(19)</sup> M. PERSIANI, ult. op. cit., pag. 1033 e segg.; M. DELL'OLIO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto sindacale*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale (1 luglio 1989 - 31 dicembre 2005)*, op. cit., 1 e segg.; sottolinea anche la rilevanza del dialogo con l'autonomia collettiva B. VENEZIANI, *Corte Costituzionale e sistema di relazioni industriali*, op. cit., pag. 485 e segg.

enunciato dal primo comma dell'art. 36 Cost.)<sup>(20)</sup>, il giudice delle leggi ha avvertito e condiviso l'azione legislativa per il superamento della crisi finanziaria delle gestioni previdenziali e gli interventi finalizzati alla razionalizzazione del sistema, sino a riconoscere come legittima la riduzione dell'effettività della tutela laddove necessitata da « inderogabili esigenze » di bilancio<sup>(21)</sup>.

3. – Siamo, del resto, nella fase in cui il rapporto tra la Corte ed il potere legislativo è caratterizzato da una significativa dilatazione dell'ambito in cui viene operato il controllo di legittimità, attraverso il ricorso a tecniche e metodologie del vaglio di costituzionalità che consentono la produzione “sostanziale” di norme e di principi<sup>(22)</sup>.

Al modello originario del giudizio di costituzionalità centrato su un controllo formale di congruità tra regolazione ordinaria e norma costituzionale, si sostituisce un sindacato di costituzionalità che apprezza significativamente gli interessi ed i principi, approfondendo i profili materiali ed i valori sottostanti alle norme e, conseguentemente, sottoponendo a verifica sostanziale la ragionevolezza dell'uso del potere discrezionale da parte del legislatore<sup>(23)</sup>.

Del resto, osservava Mengoni in un saggio dedicato alla giurisprudenza costituzionale sul diritto del rapporto di lavoro, la natura del sindacato di costituzionalità implica inevitabilmente valutazioni di carattere meta-giuridico, perché « rinvia a valori metalegislativi riconosciuti come criteri di legittimazione di diritto positivo », così che la giurisprudenza costituzionale resta ed è « essenzialmente una giurisprudenza valutativa »<sup>(24)</sup>.

<sup>(20)</sup> Si veda in particolare la sentenza n. 155 del 1969. Per una serrata critica di tale sentenza vedi: M. PERSIANI, *Osservazioni sul cumulo di pensione e retribuzione*, in *Enpas*, 1972, pag. 7 e segg.; P. CORRIAS, *Ancora sul divieto di cumulo fra pensione e retribuzione*<sup>2</sup>, in *Dir. Lav.*, 1970, II, pag. 129 e segg. Si veda anche la sentenza n. 144 del 1971; per considerazioni critiche sulla stessa M. PERSIANI, *Pensione e retribuzione: un accostamento ambiguo*, in *Giur. Cost.*, 1971, pag. 1630 e segg.

<sup>(21)</sup> M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale (1 luglio 1989 – 31 dicembre 2005)*, op. cit., pag. 153 e segg.; L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, n. 1, pag. 1 e segg.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Padova, 1996, pag. 261 e segg.

<sup>(22)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 41; E. CHELI, *Il giudice e le leggi*, Bologna, 2003; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

<sup>(23)</sup> Così E. CHELI, *Il giudice e le leggi*, op. cit., pag. 19 e segg.; ma vedi anche l'ampio contributo di U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, pag. 19 e segg.; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit., pag. 105 e segg.

<sup>(24)</sup> L. MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale (1956-1989)*, op. cit., pag. 39 e segg.

Ciò, d'altra parte, in coerenza con la Carta costituzionale che, per volontà dei costituenti, evidenzia « il carattere politico del suo oggetto »<sup>(25)</sup>, e costituisce « il precipitato in opzioni di diritto positivo di valori etici ovvero la positivizzazione dei principi morali nei quali si identifica una comunità »<sup>(26)</sup>.

Il senso di questa evoluzione appare poi ancor più percettibile quando il giudizio di costituzionalità viene ad operarsi sulla legislazione del lavoro, che esprime in ogni singolo passaggio regolatorio la sintesi di una articolata dialettica compromissoria tra gli interessi dell'economia di mercato e dell'iniziativa privata e quelli della tutela della persona, della sicurezza, della dignità del lavoratore attraverso l'accentuarsi del garantismo vincolistico<sup>(27)</sup>.

Il giudizio di costituzionalità si fa, dunque, in questa area regolativa consapevolmente valutatore, ora dell'opzione politica espressa dal legislatore, ora del prodotto normativo risultante dall'autonomia collettiva, già filtrato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, sempre in termini di ragionevole bilanciamento del grado di protezione degli interessi materiali in conflitto, nonché di coerenza con le scelte di valore operate dalla Carta costituzionale<sup>(28)</sup>.

In questa prospettiva, particolare sensibilità ha mostrato la Corte nel presidiare il processo di positivizzazione delle regole espresse dai gruppi sociali nel diritto sindacale, laddove l'iniziale assenza di interventi legislativi (peraltro, successivamente, corretta solo parzialmente e settorialmente) ha caratterizzato questa area come un « diritto senza norme » o con « frammenti, relitti, progetti, simulacri di norme » e l'operare della Corte

---

<sup>(25)</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pag. 122; vedi anche G. ZACREBELSKY, *Il diritto mite*, op. cit., pag. 115.

<sup>(26)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 42; vedi anche G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Bari, 2005, pag. 26 e segg.

<sup>(27)</sup> T. TREU, *Commento all'art. 55*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, op. cit., pag. 1 e segg.; F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, *ivi*, pag. 242; C. FERRARO, *Continuità e innovazione nella giurisprudenza lavorativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. Dir. Lav.*, I, 1991, pag. 378 e segg.; F. LISO, *Statuto dei lavoratori e recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Alcuni spunti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, pag. 61 e segg.; E. GHERA, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 633 e segg.

<sup>(28)</sup> Sulla tecnica del bilanciamento vedi A. PACE, *Intervento*, in AA.VV., *I diritti fondamentali*, Padova, 1995, pag. 102; vedi anche R. BIN, *Diritti e argomenti, il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit., pag. 105 e segg.; sul connotarsi della scarsità di risorse come « limite esterno al bilanciamento » vedi G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81 v.c. della Costituzione*, Milano, 1993, pag. 82.

sul prodotto dell'autonomia collettiva filtrato dalla giurisprudenza ha costruito un « diritto senza lacune »<sup>(29)</sup>.

4. – La cultura della Corte ha così positivizzato il complesso di esperienze delle formazioni sociali, valorizzando nel diritto sindacale in chiave di sistematicità regolativa la sussidiarietà reciproca delle sue forme e delle sue fonti<sup>(30)</sup>.

Perno di questa azione di politica del diritto è stata la conferma della vitalità dei principi costituzionali, rafforzata pur in assenza di gran parte delle leggi di cui la Carta costituzionale aveva espressamente previsto l'emanazione; primo tra tutti quello di libertà sindacale, inteso anche e significativamente come autonomia collettiva, « cioè posizione di regole ai propri interessi, appunto collettivi, e quindi implicanti un percorso caratteristicamente normativo per incidere su quelli individuali, di cui sono sintesi, e sui rapporti che di questi sono sede »<sup>(31)</sup>.

In quest'area, la Corte, in assenza di una definizione, ha proceduto su due linee ricostruttive tra loro complementari, quella della rilevazione della « tipologia della realtà » evocata dalla norma e quella dell'analisi della proporzione normativa in sé, per elaborare in relazione a quella tipologia la stessa nozione di libertà nei suoi diversi riflessi statici, valutativi, selettivi e dinamici<sup>(32)</sup>.

I successivi primi interventi legislativi (dalla legislazione promozionale e di sostegno sino a quella dell'emergenza e poi della flessibilità) hanno consentito, poi, alla Corte di affinare le opzioni di politica del diritto ritenute coerenti ai valori espressi dalla Carta costituzionale, ribadendo la permanente vincolatività del modello di cui all'art. 39 Cost. nella sua in-

---

<sup>(29)</sup> M. DELL'OLIO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto sindacale*, op. cit., pag. 6; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, pag. 193 e segg.; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema di diritto del lavoro*, Milano, 1958; G. SUPPIEJ, *Fonti per lo studio del diritto sindacale*, Padova, 1970; G. PERA, *Problemi costituzionali di diritto sindacale*, Milano, 1986.

<sup>(30)</sup> M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *Atti del convegno Aidlass 2001, Il sistema delle fonti del diritto del lavoro*, Milano, 2002, pag. 483 e segg.; E. GHERA, *Intervento*, *ivi*, pag. 495 e segg.; M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, pag. 1 e segg.; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003.

<sup>(31)</sup> M. DELL'OLIO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto sindacale*, op. cit.; *idem*, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, in *Enc. Giur. Lav.*, Padova, 1980; R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Milano, 1978, pag. 131 e segg.; G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981.

<sup>(32)</sup> G. VARDARO, *Ordinamento intersindacale e teoria dei sistemi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1984, pag. 5; M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione oggi*, *ivi*, 1998, pag. 665; ora in *Contrattazione, rappresentatività, conflitto: scritti sul diritto sindacale*, Roma, 2000.

tegralità precettiva, nonché, quindi, il favore per la dimensione categoriale e per il principio di proporzionalità ai fini della produzione di contratti collettivi ad efficacia generale <sup>(33)</sup>.

Nella costruzione sistemica non sono, comunque, mancati affaticamenti e difficoltà. Assecondate le opzioni del legislatore di sostegno al modello confederale, articolato per categoria e territorio e selezionato attraverso il parametro della maggior rappresentatività (da ultimo comparativa), nonché riconosciuta la libertà della contrattazione collettiva di diritto comune nella sua qualità di produttore di norme sostanziali (che il legislatore può solo supportare o sostituire con un'inderogabilità rafforzata), la Corte ha, infatti, dovuto affrontare una serie di ipotesi nelle quali la contrattazione sembrava necessitata a ricercare nelle altre fonti quella efficacia generale che la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. le aveva precluso <sup>(34)</sup>.

Sono questi i casi in cui si accentua il rischio di correre sull'ambiguo crinale che separa il *diritto* dalla politica <sup>(35)</sup> o anche di assecondare secondo l'aforisma di Nietzsche la frattura tra *diritto* e *tradizione*, così da rendere il primo arbitrario <sup>(36)</sup>.

Ma qui la Corte ha scelto di preservare, anche a costo di qualche significativa forzatura dell'impianto concettuale che essa stessa aveva costruito, la lettura evolutiva dei valori costituzionali che le formazioni sociali avevano sedimentato nel primo quarantennio repubblicano <sup>(37)</sup>.

Al riguardo, si possono ricordare esemplificativamente, data la regola

---

<sup>(33)</sup> M. RUSCIANO, *Il contratto collettivo*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XV, Torino, 1986, pag. 112 e segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, pag. 16; G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva*, Milano, 1994.

<sup>(34)</sup> A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pag. 381; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *ivi*, pag. 191.

<sup>(35)</sup> R. BORTONE, *Introduzione*, in *Giustizia Costituzionale e relazioni industriali*, Bari, 1990, pag. 8; L. MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 39.

<sup>(36)</sup> Esempio al riguardo è la problematica dei diritti quesiti ed ancor più delle situazioni in formazione, laddove vulnerati dal legislatore; vedi C. FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, I, pag. 313 e segg.; vedi anche M. PERSIANI, *Diritti quesiti e riforma previdenziale*, in AA.VV., *Diritti quesiti e retroattività delle leggi in materia di lavoro*, *Atti del convegno del centro studi D. Napoletano*, Caserta, Febbraio 1979, Novara - Roma, 1979, pag. 51 e segg.

<sup>(37)</sup> Il tema dei rapporti tra legge e autonomia collettiva era già stato avvertito dai costituzionalisti nel contrasto tra legislazione di sostegno e legislazione sul costo del lavoro; vedi per tutti B. CARAVITA, *Prime osservazioni (alla luce della giurisprudenza costituzionale) circa la presenza di una «riserva» dell'autonomia collettiva nell'art. 39 Cost.*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, pag. 103 e segg.

dell'esclusione di modelli alternativi di conferimento dell'efficacia generale ai contratti collettivi, la sentenza 30 giugno 1996, n. 268, sull'efficacia degli accordi sindacali in materia di criteri di scelta <sup>(38)</sup>; la sentenza 18 ottobre 1996, n. 344, sugli accordi collettivi in materia di prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero <sup>(39)</sup>; le sentenze 30 luglio 1993, n. 359, 28 marzo 1996, n. 88, 25 luglio 1996, n. 313, 16 ottobre 1997, n. 309, e 13 gennaio 2004, n. 4, sulla natura del contratto collettivo nel pubblico impiego "privatizzato" e "contrattualizzato" <sup>(40)</sup>.

Così operando, tuttavia, la Corte, pur con qualche evidente sofferenza concettuale, ha salvaguardato la pluralità di funzioni assolve dalla contrattazione collettiva in termini di sussidiarietà orizzontale come metodo di produzione giuridica. Essa ha colto la coerenza con i valori costituzionali non solo della funzione "regolamentare" ma anche di quella "gestionale" nella crisi d'impresa (sentenza n. 268 del 1994) che, proprio in quanto ablativa e distributiva di sacrifici, esprime un ragionevole e complessivo governo degli interessi coinvolti ed un equilibrato bilanciamento nel processo di selezione e di sintesi degli interessi individuali in quelli collettivi, assicurando l'equità dello scambio tra l'arretramento delle garanzie retributive e/o occupazionali dei singoli e la salvaguardia dell'occupazione e/o la sopravvivenza dell'impresa, nella sua qualità di generatrice di lavoro e di ricchezza per la collettività <sup>(41)</sup>.

<sup>(38)</sup> A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit., 381; F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, op. cit., pag. 191; G. MANNACIO, *Legittimità costituzionale della normativa sui contratti collettivi che individuano i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1994, pag. 447; E. MANGANIELLO, *Legge e autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione del personale: la Consulta introduce il controllo di ragionevolezza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 242.

<sup>(39)</sup> A. D'ATENA, *L'efficacia degli accordi contemplati dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 3025 e segg.; M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, pag. 1 e segg.; ora in *Diritto del Lavoro*, Padova, 2004, pag. 265 e segg.

<sup>(40)</sup> M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Aa.Vv.*, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Milano, 1997, pag. 69 e segg.; M. BARBIERI, *Problemi costituzionali nella contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Bari, 1997; F. CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Aa.Vv.*, *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale*, op. cit., pag. 327 e segg.; F. CARINCI e L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, *Commentario*, Torino, 2005.

<sup>(41)</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, *Arg. Dir. Lav.*, 2000, n. 1, pag. 1 e segg.; ora in *Diritto del Lavoro*, op. cit., pag. 45 e segg.; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, Milano, 1982, pag. 1227; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, op. cit., pag. 609 e segg.; P. SPADA, *Impresa*, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. Comm.*, VII, Torino, 1992, pag. 32 e segg.; E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, pag. 31 e segg.

D'altro canto, e in buona sostanza, la Corte resta fedele alla sua opzione di politica del diritto. Quella che si era già espressa nella fase della integrale supplenza rispetto alla fonte legislativa, che poi si inserirà nella linea ricostruttiva delineata dalla Corte stessa <sup>(42)</sup>.

Esemplare, in proposito, il complesso processo sistematico in materia di azione diretta e di diritto di sciopero con il quale la Corte, anticipando gli approdi del legislatore ordinario, elabora il principio del contenimento dell'interesse all'autotutela sindacale con gli altri di preminente rilievo sociale (sentenza 26 gennaio 1990, n. 30; sentenza 12 luglio 1996, n. 244) <sup>(43)</sup>.

Invero, del resto, lo stesso schema della delega da parte della legge all'autonomia collettiva utilizzato dalla Corte nella richiamata sentenza n. 268 del 1994 (brillante, ma aspramente criticato da autorevoli dottrine) risponde all'esigenza di ricondurre ad unità un'opzione sistemica elaborata su di un'articolata ma rigorosa ricostruzione del sistema delle fonti con conseguenti espliciti ed impliciti riparti di competenza <sup>(44)</sup>.

5. – Va detto, per altro verso, che se la Corte avesse dimostrato una maggiore prudenza nel centrare il giudizio di costituzionalità sulla verifica di compatibilità tra l'opzione "politica" del legislatore e le scelte di "valore" operate dalla Carta costituzionale, non avrebbe potuto esercitare alcun ruolo, o un ruolo del tutto marginale, specie in materia di diritto del lavoro, perché qui « la legge esprime sempre un compromesso "politico" e solo una considerazione di ragionevolezza o almeno di coerenza del punto di equilibrio individuato dal legislatore permette una compiuta verifica di compatibilità con i principi costituzionali » <sup>(45)</sup>.

<sup>(42)</sup> F. MODUGNO, *Antinomie e lacune*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988; S. BASILE, « *Valori superiori* », *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. Cost.*, 1993, pag. 2001; R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in L. CABELLA PISU e L. NANNI (a cura di), *Clasole e principi generali nell'argomentazione giudiziale degli anni novanta*, Padova, 1998, pag. 95 e segg.

<sup>(43)</sup> A. PACE, *Intervento*, in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995, pag. 102, il quale sottolinea come alla recitizzazione reciproca e al bilanciamento dei valori corrisponda l'interpretazione sistematica delle norme rispetto alle quali i valori non hanno eccedenza normativa.

<sup>(44)</sup> M. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico*, op. cit., pag. 69 e segg.; M. PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, op. cit., pag. 1 e segg.; L. ZOPPOLI, *Accertamento pregiudiziale e contratto collettivo nel lavoro pubblico: una sentenza tranquillizzante*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2003, pag. 462 e segg.; M. MARAZZA, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in F. GALCANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVIII, Padova, 2005.

<sup>(45)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 43; vedi anche A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. BIN,

Del resto, l'irrompere nei sistemi ordinamentali di Costituzioni rigide che prevedono un sindacato di legittimità sulle norme di diritto positivo ha reso insufficiente l'interpretazione che si esaurisca sul piano della statuizione, laddove, ponendosi i principi costituzionali come elementi direttivi del sistema giuridico, diviene necessario il giudizio di coerenza tra quei principi ed il singolo precetto dettato dal legislatore ordinario <sup>(46)</sup>.

In questa direzione, mentre va in crisi tutta la costruzione positivista che considera la Costituzione (da un punto di vista strettamente procedurale) quale strumento di organizzazione delle competenze e, quindi, identifica per il legislatore vincoli non sostanziali ma formali <sup>(47)</sup>, il sistema di diritto positivo « si apre maggiormente all'influenza dei principi e dei valori della Costituzione materiale ed al contempo riemerge come un sistema incompleto, aperto, lacunoso » <sup>(48)</sup>.

Ne consegue che nell'interpretazione la ricezione dei principi si pone quale momento direttivo centrale nella e per l'applicazione del diritto positivo, favorendo la discrezionalità delle Corti e, quindi, il connotarsi "sostanzialistico" del giudizio di costituzionalità, laddove il bilanciamento tra i valori esprime necessariamente un'opzione di politica del diritto <sup>(49)</sup>.

Va sottolineato, peraltro, che la Corte, pur collocandosi in un contesto metodologico ad ampio spettro discrezionale per l'assenza di vincoli derivanti da un confronto meramente testuale, ha sempre operato con un significativo equilibrio, evitando fratture traumatiche con il potere legislativo (e, seppur con durezza di fronte agli abusi nell'utilizzo dei decreti legge, con il potere esecutivo), nonché invasioni in ambiti non riservati alla sua competenza istituzionale <sup>(50)</sup>.

---

*Diritti e argomenti*, op. cit.; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

<sup>(46)</sup> V.G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit.; U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, op. cit., pag. 19 e segg.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, op. cit., pag. 122 e segg.

<sup>(47)</sup> V.L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, in AA.VV., *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*, Bari, 1999; ma già C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, pag. 1573 e segg.

<sup>(48)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 43; V.L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, op. cit.; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

<sup>(49)</sup> Evidente quando il bilanciamento si esprime assumendo a valore l'equilibrio del bilancio statale; vedi C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati: argomento delle risorse disponibili; principio di equilibrio finanziario*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, op. cit., pag. 548 e segg.

<sup>(50)</sup> U. ROMAGNOLI, *Giustizia costituzionale e relazioni industriali*, in AA.VV., op. cit., pag. 134 e segg., il quale sottolinea come proprio questo equilibrio ha consentito alla Corte di conservare integro il proprio ascendente sul potere legislativo e di acquisire un significativo credito scientifico.

Conferme, in proposito, si hanno proprio da quella svolta nella giurisprudenza della Corte indotta dalla crisi finanziaria del sistema pensionistico, laddove i giudici, chiamati a valutare la legittimità costituzionale degli interventi di razionalizzazione succedutisi nel periodo 1992-2004, hanno condiviso le preoccupazioni del legislatore e le profonde modifiche che lo stesso aveva apportato all'assetto del nostro sistema previdenziale e, in particolare, di quello pensionistico <sup>(51)</sup>.

Così la Corte costituzionale ha escluso l'illegittimità di leggi che operavano una riduzione delle prestazioni pensionistiche quando questa poteva essere giustificata dalla « necessità economica-sociale di evitare in un momento di grave crisi economica notevoli disparità tra le categorie dei pensionati » e da « superiori esigenze di politica sociale »; ovvero dall'esigenza di « copertura del bilancio statale » sul quale era stato fatto « ricadere l'onere di integrare e ripianare il deficit degli enti previdenziali »; o ancora dall' « inderogabile esigenza di assicurare un equilibrato andamento del bilancio » per evitare l'« insorgenza di notevoli difficoltà finanziarie (...), che avrebbero potuto riflettersi sulla capacità stessa di effettuare in futuro le prestazioni pensionistiche a tutti gli aventi diritto » <sup>(52)</sup>.

È un mutamento di prospettiva rispetto alla prima giurisprudenza costituzionale che equiparava la pensione alla retribuzione; la Corte si fa carico di governare il processo di modifica della comune ideologia normativa di cui quella prima giurisprudenza era espressione, assumendo a riferimento l'art. 38 Cost. e la garanzia dei « mezzi adeguati alle esigenze di vita », nonché conseguentemente il perseguimento dell'interesse generale

---

<sup>(51)</sup> M. CINELLI, *Lineamenti generali della riforma previdenziale*, in *Giur. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1994, pag. 53 e segg.; G. BALANDI e P. BOER, *La riforma del sistema pensionistico*, *ivi*, pag. 1430 e segg.; G. FERRARO e F. MAZZIOTTI, *Il sistema pensionistico riformato, dalla legge delega n. 421 al d.lgs. n. 585 del 1993*, Napoli, 1994; M. CINELLI e M. PERSIANI, *Commentario della riforma previdenziale; dalle leggi « Amato » alla finanziaria del 1995*, Milano, 1995. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di previdenza sociale è puntualmente illustrata da M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale*, *op. cit.*, pag. 1120 e segg., il quale sottolinea come i giudici costituzionali hanno avuto il coraggio di condividere le preoccupazioni del legislatore e, sulla base delle prevalenti esigenze economiche e sociali, hanno escluso l'illegittimità costituzionale di leggi che comportavano una riduzione dei trattamenti pensionistici.

<sup>(52)</sup> Le citazioni sono tratte rispettivamente dalla sentenza n. 349 del 1989, dalle sentenze n. 173 del 1986 e n. 99 del 1995, dalla sentenza n. 390 del 1995; M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, *op. cit.*, pagg. 158-159; vedi anche, in merito all'affermarsi nella giurisprudenza della Corte della funzionalizzazione del sistema pensionistico al perseguimento di un interesse pubblico generale da realizzare secondo valutazioni discrezionali del legislatore nel quadro delle compatibilità finanziarie, L. MENCONI, *I diritti sociali*, *op. cit.*, pag. 1 e segg.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, *op. cit.*, pag. 261 e segg.

che è anzitutto quello di « dare sicurezza ai pensionati attuali e futuri sulla tenuta finanziaria del sistema stesso »<sup>(53)</sup>.

In coerenza, i giudici costituzionali hanno ritenuto prevalente il valore dell'equilibrio finanziario dei bilanci dello Stato, nonché, per questa via, il principio di solidarietà che impone di tener conto dell'interesse sia dei « pensionati attuali » che di quelli « futuri » e, al tempo stesso, anche dell'« interesse delle categorie meno ricche e fortunate e pur bisognevoli di tutela adeguata »<sup>(54)</sup>.

Nella prospettiva assunta il valore che viene a rilievo è quello della garanzia di una tutela « adeguata » non solo ai pensionati, ma anche a quanti ancora lavorano e, quindi, assume nella dimensione dei diritti sociali anche una prospettiva generazionale<sup>(55)</sup>. « Garanzia che non può, e non deve, essere realizzata onerando le generazioni future di costi ai quali non farà riscontro un beneficio analogo a quello che si pretende di conservare agli attuali pensionati o a quanti sono già vicini alla pensione »<sup>(56)</sup>.

Con questa giurisprudenza la Corte si assume l'onere di guidare il processo di evoluzione della comune ideologia normativa o, da altra angolazione, del rapporto tra *tradizione* e *diritto*. Il principio di solidarietà si manifesta, allora, anche come « principio giuridico di organizzazione e di razionalizzazione dei diritti fondamentali (tra i quali i diritti sociali garantiti dall'art. 38 Cost.) in rapporto agli interessi della comunità politica

<sup>(53)</sup> Sentenza n. 2 del 1994. Per una prima affermazione da parte della Corte Costituzionale del principio di solidarietà nel sistema previdenziale (sentenza n. 146 del 1972, ma con il successivo arresto della sentenza n. 119/1981) vedi M. PERSIANI, *Livelli delle prestazioni previdenziali economiche. Principio di solidarietà, interesse pubblico alla realizzazione della tutela previdenziale*, in *Giur. Cost.*, 1972, pag. 1495 e segg.

<sup>(54)</sup> Sentenze n. 7 del 1986 e n. 390 del 1996; vedi anche sentenza n. 417 del 1996, su cui L. ANTONINI, *Il ridimensionamento del sistema pensionistico*, op. cit., pag. 3722; C. COLAPIETRO, *I trattamenti pensionistici ed il limite delle risorse disponibili nella Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1997, pag. 553 e segg.

<sup>(55)</sup> P. HABELE, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, Roma, 1993, pag. 204 e segg.; peraltro, l'affermazione che sulla base di tale motivazione si possa eliminare retroattivamente una prestazione già conseguita (sentenza n. 211 del 1997) suscita vivaci reazioni in dottrina. Vedi A. CERRI, *Di un'evidente lesione del principio di ragionevolezza ovvero dell'intollerabile contraddizione di un legislatore imprevidente in materia previdenziale*, in *Giur. Cost.*, 1997, pag. 2133 e segg.; R. ALESSE, *Note minime (... e non propriamente tecniche, per una sentenza scontata) in tema di bilanciamenti tra l'art. 81 e 38 Cost.*, *ivi*, pag. 2135 e segg.

<sup>(56)</sup> M. PERSIANI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto della previdenza sociale*, op. cit., pag. 162; tale orientamento, tuttavia, ha suscitato timori nella dottrina ritenendosi che l'effettività dei diritti sociali non possa essere condizionata alla disponibilità delle risorse; vedi C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati*, op. cit., pag. 548 e segg.; R. GRECO, *Diritti sociali: logiche di mercato e ruolo della Corte Costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 1994, pag. 262 e segg.; L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, op. cit., pag. 38 e segg.; A. MOSCARINI, *La Corte Costituzionale contro lo Stato sociale?*, in *Giur. Cost.*, 1997, pag. 2027 e segg.

generale, in particolare alla preservazione degli equilibri della finanza pubblica»<sup>(57)</sup>.

6. – Come si è anticipato, per governare il processo evolutivo della comune ideologia normativa i giudici costituzionali hanno costruito alcuni parametri concettuali e metodologici con i quali sottoporre a verifica la « congruità o arbitrarietà del bilanciamento degli interessi confliggenti » (sentenza n. 300 del 1983)<sup>(58)</sup>.

Prevalente in questa opera, sempre più accentuatamente sostanzialistica, è stato l'utilizzo del canone della razionalità, ora assunto come congruità logica della legge nello stabilire trattamenti differenziati, che impone al legislatore, in diretta coerenza con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., l'applicazione di canoni di razionalità comparativa nella valutazione dell'identità o della diversità delle situazioni da disciplinare<sup>(59)</sup>; ora, con un ulteriore passaggio estensivo, utilizzato come principio di non contraddizione, per questa via censurando le incoerenze tra precetti normativi presenti in una stessa disposizione o i contrasti tra *ratio* e regolamentazione normativa o l'incoerenza della legge con il sistema, generale o settoriale, in cui la stessa si inserisce<sup>(60)</sup>.

La costruzione di una *tradizione* costituzionale porta i giudici anche ad elaborare ed utilizzare il parametro della ragionevolezza (razionalità pratica) per valutare la legittimità della scelta del legislatore, desumendolo in chiave evolutiva dall'art. 3, comma primo, Cost. per il « suo stretto collegamento con il principio di eguaglianza di fronte alla legge »<sup>(61)</sup>; l'utilizzo del metodo porta spesso la Corte a condurre il controllo di coerenza e di razionalità anche in termini di adeguatezza e proporzionalità (in sintonia con una metodologia propria della Corte di Giustizia della

<sup>(57)</sup> L. MENGONI, *I diritti sociali*, op. cit.; ma già, *Presentazione*, in G. AMOROSO, R. FOGLIA, L. TRIA (a cura di), *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla sicurezza sociale (1990-1996)*, Milano, 1997, pag. VII; vedi anche M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di M. Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, pag. 126 e segg.

<sup>(58)</sup> Sentenza n. 300 del 1983. Vedi sul tema R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 44; G. SCACCIA, *Gli strumenti di ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, op. cit.

<sup>(59)</sup> E. CHELLI, *La giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 45; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pag. 80 e segg.; L. MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 39 e segg.

<sup>(60)</sup> A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro, i nuovi problemi*, I, *Studi in onore di Mattia Persiani*, Padova, 2005, pag. 223 e segg.; A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, op. cit.

<sup>(61)</sup> B. VENEZIANI, *Corte Costituzionale e sistema di relazioni industriali*, op. cit., pag. 488; L. VENTURA, *Il principio di uguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984; P. HABELE, *Le libertà fondamentali dello Stato costituzionale*, op. cit., pag. 204.

CE e della Corte europea dei diritti dell'uomo), tra l'altro favorita dall'assetto complessivo dato alla materia dalla Carta costituzionale <sup>(62)</sup>.

Nella ricostruzione del sistema di valori etici e di principi morali identificativi della comunità nazionale che i costituenti avevano positivizzato nel testo della Costituzione, i giudici hanno utilizzato costantemente la tecnica del bilanciamento di interessi, attraverso la quale il controllo di proporzionalità si traduce in una verifica della correttezza delle opzioni legislative rispetto al rilievo dei valori che sono oggetto degli interventi regolativi <sup>(63)</sup>.

Una tecnica, quella del bilanciamento dei valori o degli interessi, che è stata utilizzata senza traumatiche risoluzioni delle antinomie normative, ma sempre assumendo le stesse « non come contraddizioni irrisolvibili, ma come rapporti di tensione da comporre volta per volta » <sup>(64)</sup>; esemplare, in questa prospettiva, il bilanciamento operato tra il valore del lavoro e della persona umana in esso coinvolto con il valore dell'iniziativa privata e dell'impresa come fonte di occupazione e di benessere sociale <sup>(65)</sup>.

L'elaborazione di questa *tradizione* costituzionale è avvenuta, del resto, secondo tecniche e metodi che hanno consentito alla Corte di conservare un permanente credito scientifico e di segnalarsi come centrale nel progresso della « scienza della politica del diritto giurisprudenziale » <sup>(66)</sup>; ciò ha permesso ai giudici costituzionali di spingere il controllo sulla razionalità e sull'adeguatezza della legge financo alla « rilevazione dell'ini-

<sup>(62)</sup> Si pensi, in particolare, agli artt. 36, 37 e 38 Cost. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 1 e segg.; vedi anche A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, op. cit., pag. 223 e segg.

<sup>(63)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pagg. 46-47; vedi anche F. PIERANDREI, *Corte Costituzionale* (voce), in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, pag. 984 e segg.; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale* (voce), in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, pag. 652 e segg.

<sup>(64)</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, op. cit., pag. 123; vedi anche R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 295 e segg.; C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, op. cit., pag. 261 e segg.

<sup>(65)</sup> M. PERSIANI, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio AIDLASS (Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002), Milano, 2003, pag. 629 e segg.; ora in *Diritto del lavoro*, op. cit., pag. 89 e segg., il quale sottolinea come l'impresa non è soltanto il luogo di produzione del profitto capitalistico. Essa è anche oggetto di attese sociali (e, tra queste, quella di creare e garantire occupazione) onde è strumento per la realizzazione dei valori della persona. Cfr. anche M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale*, op. cit., pag. 1117 e segg.; E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, op. cit.; S. SCIARRA, ult op. cit.

<sup>(66)</sup> U. ROMAGNOLI, op. ult. cit., pag. 134 e segg. Sull'autorevolezza della Corte Costituzionale, anche in sede interpretativa, vedi anche A. CELOTTO, *La Corte Costituzionale*, Bologna, 2004, pag. 90 e segg.

quità delle conseguenze pratiche prodotte » dall'intervento legislativo « sino a sfiorare un controllo di “giustizia-equità” della norma oggetto di verifica »<sup>67</sup>; ma, anche e di più, di farsi « colegislatore permanente »<sup>68</sup> e/o « fonte extralegislativa » di produzione di norme e di principi<sup>69</sup>.

Il potere creativo della Corte costituzionale si è manifestato soprattutto nella sostanziale formulazione di nuovi precetti attraverso le sentenze “manipolative”, “additive” e “sostitutive”, al fine di colmare omissioni legislative di per sé idonee a vulnerare valori costituzionali<sup>70</sup>. Peraltro, questo potere è sempre stato esercitato con prudenza (laddove, esemplificativamente, le sentenze “additive” sono state utilizzate solo in assenza di altra alternativa in grado di assicurare il rispetto del principio di eguaglianza) e spesso anticipato dalle sentenze cd. “monito”, con le quali la Corte invita il legislatore, perentoriamente o meno (in ragione della maggiore o minore perplessità circa la legittimità costituzionale del suo operato), a ripensare alle opzioni compiute<sup>71</sup>.

Il dialogo pedagogico della Corte con il legislatore, che ha come oggetto proprio la non arbitrarietà del *diritto* e, quindi, il suo non discostarsi dalla *tradizione* costituzionale che la Corte stessa ha elaborato, porta i giudici a far seguire le sentenze “monito”, laddove perentorie, a successive pronunzie di incostituzionalità, quando alle stesse non ha conseguito il conformarsi alle indicazioni della Consulta. Si avvia così un circuito virtuoso che porta spesso il legislatore, pur in assenza di specifici ammonimenti, ad assumere spontaneamente nell'ambito dei processi di riforma la *tradizione* elaborata dalla Corte<sup>72</sup>.

<sup>67</sup>) R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pagg. 47-48, il quale richiama esemplificativamente la sentenza n. 421 del 1991, che considera il mancato proporzionamento del premio di servizio alla diversa durata della prestazione lavorativa illegittima in quanto contrario al « principio di razionalità che implica l'esigenza di conformità dell'ordinamento a valori di garanzia e di equità ».

<sup>68</sup>) Vedi U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, op. cit., pag. 19 e segg. In questa prospettiva vedi anche E. CHELI, *Il giudice e le leggi*, op. cit., pag. 19; nonché A. PIZZORUSSO, *Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale* (voce), in *Noviss. Dig. It., Appendice*, VII, Torino, 1987, pag. 50.

<sup>69</sup>) L. MENGONI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 39 e segg.; vedi anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionali*, op. cit., pag. 393 e segg.; B. VENEZIANI, *Corte Costituzionale e sistema di relazioni industriali*, op. cit., pag. 485 e segg.

<sup>70</sup>) L. ELIA, *Il potere creativo della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Padova, 1988; vedi anche G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, pag. 6 e segg.

<sup>71</sup>) R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pagg. 48-49; G. AMOROSO, *L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutica e tecnica di sindacato di costituzionalità*, in *Foro It.*, 1998, V, pag. 89.

<sup>72</sup>) M. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 73; M. RICCI, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Bari,

Si è andato così costruendo un sistema completo e coeso per la cui elaborazione la Corte ha scelto « la materia del lavoro quale terreno elettivo e prioritario »; nella sua costruzione i giudici costituzionali hanno gradualmente spostato il baricentro « dalla difesa del lavoratore in quanto parte di una speciale relazione giuridica con il datore, alla salvaguardia dei diritti di cittadinanza » in funzione « dei valori della tutela della persona e della solidarietà sociale » <sup>(73)</sup>.

7. – Il notevole equilibrio mostrato dalla Corte nell'utilizzo della tecnica del bilanciamento ha imposto una dialettica costante, vivace e sofferta con la giurisprudenza che reiteratamente ha resistito (su tutti la Corte di Cassazione) a conformarsi alle soluzioni ermeneutiche indicate dalla Consulta, negandone la vincolatività in ragione del riparto di competenze risultante dalla Costituzione formale <sup>(74)</sup>.

Le difficoltà di questa dialettica sono invero ascrivibili all'opzione "morbida", operata dai giudici costituzionali, dell'utilizzo diffuso delle sentenze interpretative di rigetto, con le quali la Corte accredita una interpretazione costituzionalmente orientata, cioè la sola che rende possibile la non declaratoria di incostituzionalità della norma <sup>(75)</sup>.

L'opzione è certamente ispirata dall'obiettivo di salvaguardare la completezza dell'ordinamento, evitando il venir meno del precetto sospettato di incostituzionalità; ma è intrinsecamente debole perché l'efficacia generalizzata della sola interpretazione possibile è affidata esclusivamente all'autorevolezza della Consulta, laddove, tra l'altro, in genere, essa opera una selezione tra preesistenti interpretazioni giurisprudenziali, privilegiando un orientamento già emerso rispetto a tutti gli altri <sup>(76)</sup>.

Forse per la composizione del collegio, solo alcune volte la Corte ha reagito alle resistenze da parte della Cassazione a conformarsi all'inter-

---

1999; A. CERRI, *Corso di diritto costituzionale*, Milano, 1997, pag. 117 e segg.; A. VALLEBONA, *Filosofia della Corte Costituzionale in materia di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, I, pag. 275 e segg.

<sup>(73)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pagg. 50-51; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, op. cit., pag. 126 e segg.; L. MENGONI, *I diritti sociali*, op. cit., pag. 1 e segg.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, op. cit., pag. 170 e segg.

<sup>(74)</sup> E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *La giustizia costituzionale*, Torino, 2003, pag. 309 e segg.; G. AMOROSO, *L'interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutica e tecnica di sindacato di costituzionalità*, op. cit., pag. 89 e segg.

<sup>(75)</sup> Peraltro secondo G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 285 e segg., questa interpretazione, nella maggior parte dei casi, esprime una significativa efficacia, pur non essendo vincolante, per l'autorevolezza dell'organo che l'ha formulata.

<sup>(76)</sup> A. PIZZORUSSO, *Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale* (voce), op. cit., pag. 50; F. PIERANDREI, *Corte Costituzionale* (voce), op. cit., pag. 984; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale* (voce), op. cit., pag. 652.

pretazione costituzionalmente orientata con una successiva sentenza di accoglimento <sup>(77)</sup>; piuttosto, ha preferito prevenire il conflitto con il potere giudiziario ed attestare in via preventiva le sue sentenze di rigetto sul « diritto vivente », cioè ritenendosi, di fronte ad un consolidato orientamento della Cassazione, dallo stesso vincolata nel fissare l'interpretazione costituzionale necessitata della norma sospettata di incostituzionalità <sup>(78)</sup>.

In realtà, l'adozione di questa formula (sentenza n. 276 del 1974, ma vedi già sentenza n. 3 del 1956) segnala l'equilibrio dei giudici costituzionali nel presidiare l'evoluzione della comune ideologia normativa e dei principi morali nei quali si identifica una comunità, valorizzando il dinamismo delle norme giuridiche, ora per effetto di rinnovate esegesi, ora in relazione al modificarsi dell'assetto legislativo in cui erano state originariamente inserite <sup>(79)</sup>.

Del resto, la Corte ha governato tutte le tensioni che si sono di volta in volta presentate nel sofferto processo evolutivo del sistema; esemplare il governo dei conflitti tra poteri dello Stato (Presidenza della Repubblica ed Esecutivo, Parlamento e Magistratura, ecc.); tra questi, quello ricorrente tra potere legislativo e Magistratura, con l'attento dosaggio tra la salvaguardia della potestà del legislatore « di modificare retroattivamente i termini normativi delle controversie in atto » e la tutela della « libertà di qualificazione dei giudici », laddove « il tentativo legislativo di orientare un contenzioso in atto si traduce nella violazione di altri principi costituzionali » <sup>(80)</sup>.

---

<sup>(77)</sup> A. CELOTTO, *La Corte Costituzionale*, op. cit., pag. 90. Esempio della capacità della Corte di reagire ad indirizzi giurisprudenziali in contrasto con i suoi insegnamenti è la vicenda della previdenza complementare con la sentenza n. 421 del 1995 (nata da una questione che aveva sollevato, d'ufficio, innanzi a se stessa, con ordinanza n. 225 del 1995) e con le sentenze n. 178 del 2000 e n. 393 del 2000.

<sup>(78)</sup> A. MORELLI, *Il « diritto vivente » nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 1995, II, pag. 169. Vedi anche R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 55, che ricorda come già la sentenza n. 3 del 1956 parla di « norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici » e la sentenza n. 198 del 1972 che richiama la norma « come vive nella realtà concreta ».

<sup>(79)</sup> Tra i numerosi richiami al diritto vivente, le sentenze n. 191 del 1992 in materia di interposizione; n. 402 del 1993 e n. 164 del 1994 in tema di computo della mensa; n. 225 del 1994 in materia di opzione per la prosecuzione del rapporto oltre l'età pensionabile; n. 190 del 2000 in materia di licenziamenti collettivi; n. 297 del 2000 in tema di cause di sospensione del rapporto.

<sup>(80)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 56, il quale richiama, in particolare, le sentenze n. 121 del 1993 e n. 151 del 1994 che hanno sancito la piena libertà di qualificazione dei giudici di merito, « non potendo il legislatore disporre del tipo contrattuale sino a privare i lavoratori delle tutele costituzionali del lavoro subordinato ».

8. – L'elaborazione di una *tradizione* costituzionale come espressione di un sistema coeso di principi morali e di valori etici identificativi della comunità nazionale viene necessariamente posta in discussione dalla riforma federalista operata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, in ragione della frammentazione regolativa indotta dalla nuova formulazione dell'art. 117 Cost. <sup>(81)</sup>.

I giudici costituzionali avevano, invero, una giurisprudenza assai restrittiva nei confronti di ogni ampliamento delle competenze regionali e, del resto, sintonica con l'originaria opzione del Costituente di contenere l'autonomia normativa delle Regioni entro spazi residuali ed angusti <sup>(82)</sup>.

La diffidenza della Corte nei confronti della fonte regionale trova, d'altro canto, motivazioni, sia nella preservazione dell'unitarietà dell'assetto garantista del diritto del lavoro, sia nella salvaguardia della funzione attribuita alla autonomia collettiva, di per sé assai più idonea ad articolare l'apparato protettivo sul territorio <sup>(83)</sup>.

In coerenza, accantonate alcune aperture della fine degli anni '90 connesse al progressivo coinvolgimento delle Regioni nella gestione dei servizi per l'impiego conseguente alla fine del monopolio pubblico <sup>(84)</sup>, la Corte prosegue anche dopo la riforma costituzionale del 2001 nella linea di chiusura, supportata dalle preoccupazioni della dottrina di « preservare l'assetto garantistico del diritto del lavoro da diversificazioni territoriali (magari al ribasso) conseguenti all'ampliamento delle competenze regionali » e convinta che l'unitarietà dell'apparato regolativo sia « requisito coesistente a tale ramo del diritto » <sup>(85)</sup>.

<sup>(81)</sup> M. PERSIANI, *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, n. 1, pag. 19 e segg.; ora in *Diritto del lavoro*, op. cit., pag. 671 e segg.; M. DELL'OLIO, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, *ivi*, pag. 131 e segg.; P. TOSI, *I nuovi rapporti tra Stato e Regioni: la disciplina del contratto di lavoro*, *ivi*, pag. 599 e segg.; ora in *Scritti in onore di G. Suppiej*, Padova, 2005, pag. 1025 e segg.

<sup>(82)</sup> D. GAROFALO, *Federalismo e diritto « per il » lavoro*, Bari, 2005; M. LUCIANI, *Regioni e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, pag. 57 e segg.; M. MAGNANI, *Il lavoro nel Titolo V della Costituzione*, *ivi*, pag. 645 e segg.; ora in *Studi in onore di G. Suppiej*, op. cit., 1025 e segg.; S. SCARPONI, *Lavoro, federalismo, diritto comunitario*, in *Studi in onore di G. Ghezzi*, II, Padova, 2005, pag. 1605 e segg.

<sup>(83)</sup> L. ZOPPOLI, *Neoregionalismo e sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in M. RUSCIANO (a cura di), *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Napoli, 2004, pag. 9 e segg.; A. VISCOMI, *Riflessioni preliminari sull'art. 117 Cost. e sulla disciplina dei rapporti individuali e delle relazioni collettive*, *ivi*, pag. 25 e segg.; VILLONE, *Il diritto del lavoro nella riforma del Titolo V*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2003, I, pag. 495 e segg.

<sup>(84)</sup> Sul punto vedi F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 17 e segg.; R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale*, Padova, 2005; B. CARUSO, *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella Governance multilivello)*, in *Studi in onore di M. Persiani*, I, Padova, 2005, pag. 35 e segg.

<sup>(85)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op.

L'obiettivo viene perseguito attraverso l'ancoraggio del diritto del lavoro all'«ordinamento civile», rafforzato da una nozione tendenzialmente omnicomprensiva idonea a preservare la competenza esclusiva della legislazione statale nella materia (sentenze n. 50 del 2005 e n. 234 del 2005); l'assetto regolativo centralizzato, del resto coerente alla esclusività normativa dello Stato in materia di previdenza sociale obbligatoria, viene preservato anche dalla negazione della possibilità di interventi regionali nelle materie oggetto di competenza concorrente tra Stato e Regioni fin tanto che non siano emanate le leggi cornici che dettino i principi fondamentali <sup>(86)</sup>.

E, d'altro canto, laddove si tratti di costruire una *tradizione* fondata su principi e valori identificativi della comunità nazionale il percorso seguito dai giudici costituzionali appare obbligato; non casualmente, laddove la Corte avverte l'esigenza di preservare gli spazi della fonte regionale, insistente si fa il richiamo al principio della «leale collaborazione» tra i soggetti legiferanti, al quale la Corte ha sempre fatto ricorso per salvaguardare la coerenza complessiva degli assetti normativi risultanti da concorsi di competenza <sup>(87)</sup>.

9. – Il compito affidato dai Costituenti alla Consulta di custode di quel precipitato in opzioni di diritto positivo dei valori etici e dei principi morali in cui si identifica la comunità nazionale che costituisce la nostra Carta costituzionale chiarisce la delicatezza del rapporto con le istituzioni comunitarie, laddove la rottura tra *tradizione* e *diritto* dell'aforisma di Nietzsche assume un marcato tasso di probabilità <sup>(88)</sup>.

---

cit., pag. 52; F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 739 e segg.; A. BELLAVISTA, *Ordinamento civile, diritto del lavoro e regionalismo*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2003, pag. 501 e segg.; L. D'AGATA, *Federalismo e diritto del lavoro*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2004, pag. 479 e segg.; M. BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2002, pag. 151 e segg.

<sup>(86)</sup> E. ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e «livello essenziale di prestazione» nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'«uguaglianza solidale»*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2002, pag. 349 e segg.; M.G. GAROFALO, *Pluralismo, federalismo e diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I, pag. 401 e segg.; A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della parte II della Costituzione e sistema amministrativo, Regioni*, 2001, pag. 1313 e segg.; F. PATERNITI, *La riforma dell'art. 117, comma 1, Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione Europea*, in *Giur. Cost.*, 2004, pag. 2101 e segg.

<sup>(87)</sup> A. PIZZOFRERATO, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario e nel sistema costituzionale italiano*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, pag. 732 e segg.; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001, n. 1, pag. 21 e segg.; *idem*, *L'Italia verso il federalismo, Taccuini di maggio*, Milano, 2001; A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977.

<sup>(88)</sup> A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. Dir.*, 1993, pag. 7, il quale osserva che «l'ancoraggio all'ordinamento comunitario ha praticamente sottratto, con riferimento ai diritti economici, la piena potestà legislativa al nostro legislatore».

Non casualmente in questa prospettiva il rapporto tra ordinamento statale e ordinamento comunitario è stato costruito in termini di dualismo istituzionale, anche se la reciproca autonomia è stata temperata con tecniche di coordinamento dedotte dall'art. 11 Cost., che hanno consentito alla Corte di ritenere legittima costituzionalmente l'integrazione giuridica realizzata attraverso l'adesione ai Trattati istitutivi <sup>(89)</sup>.

Così i giudici costituzionali, in un contesto che imponeva all'ordinamento nazionale il primato del diritto comunitario e l'effetto diretto delle fonti comunitarie, hanno comunque elaborato un criterio di delimitazione delle rispettive aree di influenza dei due ordinamenti, con lo specifico obiettivo di salvaguardare l'ordinamento nazionale da possibili aggressioni alla sua sovranità ed alla sua identità <sup>(90)</sup>.

Entra qui in gioco, infatti, secondo l'aforisma di Nietzsche il rapporto tra la *tradizione* nazionale ed un *diritto* espressivo di una identità diversa e, quindi, percepibile nel suo primato come impositivo (o, con Nietzsche, come arbitrario), nonché insieme portatore di altri valori etici, non tutti, seppur ipoteticamente, bilanciabili con quelli positivizzati nella Carta costituzionale <sup>(91)</sup>.

E, del resto, il dualismo istituzionale è, per un verso, evidenziato dalla persistente presenza nella società di ricorrenti tensioni per gli effetti del primato del diritto comunitario; per l'altro, dall'esplicita ricerca da parte di quell'ordinamento di un rafforzamento della diretta coerenza delle sue norme <sup>(92)</sup>.

<sup>(89)</sup> R. FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002; M. ROCCELLA e T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, 3ª ed., Padova, 2002; L. PALADIN, *Le fonti nel diritto italiano*, Bologna, 1996, pag. 419 e segg.; S. SCIARRA, ult. op. cit.

<sup>(90)</sup> E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, op. cit., pag. 339 e segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 56 e segg.

<sup>(91)</sup> S. SIMITIS, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, pag. 307 e segg.; G. FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale*, Milano, 2003; M. D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994, pag. 695 e segg.; R. FOGLIA, *Il lavoro*, in M. BESSONE (diretto da), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 1999, pag. 18 e segg.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pag. 317 e segg.; S. MARETTI, *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2003.

<sup>(92)</sup> S. MAINARDI, *Lavoro e politiche sociali nella Costituzione europea*, in A. ZANOBETTI (a cura di), *La Costituzione europea*, Torino, 2005; G. ARRIGO, *Principio di sussidiarietà e politica sociale nell'Unione Europea*, in *Principio di sussidiarietà, Europa, Stato sociale*, Milano, 2003, pag. 34 e segg.; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo: attori, procedure, prospettive*, Milano, 2001; T. TREU, *L'Europa sociale: problemi e prospettive*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, pag. 307 e segg.; G. PROIA, *Lavoro e Costituzione europea*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, pag. 519 e segg.; ora in *Scritti in onore di M. Grandi*, Padova, 2005, pag. 641 e segg.

In realtà, il processo di transizione da *tradizioni* nazionali ad una *tradizione* comunitaria non è forse neppure iniziato; e certo è del tutto assente una comune ideologia normativa. Di tutto ciò, d'altro canto, è significativa espressione il diverso bilanciamento dei valori economici e di quelli della solidarietà presenti nei due ordinamenti; o, da altro angolo di visuale, la diversa lettura del rapporto tra *diritto* ed *economia*, laddove permane il contrasto sull'assegnazione al primo di una funzione di regolazione del mercato finalizzata a preservarne l'essenza o, piuttosto e tutt'al contrario, di alterazione delle sue dinamiche per modificarne i flussi e gli effetti secondo logiche di solidarietà redistributiva <sup>(93)</sup>.

Anche qui, peraltro, il misuratore del connotarsi o meno dell'arbitrarietà dell'intervento regolativo è il suo rapportarsi alla *tradizione* giuridico-culturale come sintesi di valori socialmente condivisi. Si torna alle considerazioni iniziali ed alle grandi scansioni temporali che segnano l'evolversi delle *tradizioni* tra arresti, fratture e nuove complesse sedimentazioni <sup>(94)</sup>.

Ma si torna, allora, ai valori ed al compito del giurista che è e resta quello di ricercare, anche nella solitudine del caos ordinamentale, la riconduzione a sistema dei prodotti normativi <sup>(95)</sup>.

In questo contesto anche l'indicazione di chi suggerisce di assumere a riferimento microsistemi, laddove siano identificabili aree normative a connotata specificità, appare condivisibile; ma resta comunque necessario che questi si raccordino in un assetto sistemico complessivo che sia espressione e sintesi di valori condivisi nella comunità di riferimento <sup>(96)</sup>.

---

<sup>(93)</sup> S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003; S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di «soft law»*, in *Quad. Cost.*, 2004, pag. 281 e segg.; B. VENEZIANI, *La Costituzione europea e le icone della solidarietà*, in *Studi in onore di M. Persiani*, I, Padova, 2005, pag. 303 e segg.; *idem*, *L'allargamento della UE e la Costituzione europea*, in *Studi in onore di G. Ghezzi*, II, Padova, 2005, pag. 1739 e segg.

<sup>(94)</sup> V.L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, op. cit.; vedi anche V.G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, op. cit. Può richiamarsi qui anche il dibattito sulle clausole generali, sul quale vedi L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, pag. 12 e segg.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ivi*, pag. 26 e segg.; M. DE LUCA, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1994, I, pag. 29.

<sup>(95)</sup> F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametri nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO e M. AGRÒ, *Il principio di unità del controllo delle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2ª ed., Torino, 1991, pag. 247 e segg.

<sup>(96)</sup> C. ESPOSITO, *L'art. 3 della Costituzione e il controllo della ingiustizia delle leggi*, in *Giur. Cost.*, 1958, pag. 606; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 1975, pag. 561 e segg.; C. MEZZANOTTE, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

È su questa linea che il giurista deve assolvere la sua funzione, che resta quella della ricerca del *diritto* giusto, laddove per giusto deve intendersi come coerente alla *tradizione*, quale sintesi di principi identificativi di una comunità <sup>(97)</sup>.

Il richiamo alla nuova esegesi evocata da Irti, quindi, è utile, ma non sufficiente. Nel percorso tracciato dalla Corte costituzionale, del resto, è racchiuso il senso della preservazione del metodo anche come equilibrata lettura della persistente polemica tra formalismo e antiformalismo <sup>(98)</sup>.

La sfida è complessa, ma non impossibile. In fondo, alla rilevanza sociale del fenomeno lavoro fa riscontro il rilievo che la nostra materia, nata intorno alle fattispecie della subordinazione e dell'autonomia, ha sempre utilizzato con risultati apprezzabili le sperimentate categorie civilistiche, resistendo alle ricorrenti tentazioni della costruzione di un *diritto* del caso concreto <sup>(99)</sup>.

Qui, d'altro canto, la *tradizione* giuridico-culturale è costruita dalla costante opera di controllo del processo evolutivo dell'assetto sistemico in coerenza al bilanciamento dei valori costituzionali e del loro rapportarsi con la società che la Corte è venuta a realizzare elaborando una continua positivizzazione del prodotto delle formazioni sociali <sup>(100)</sup>.

Il compito si fa ora, tuttavia, ancor più complesso dovendo i giudici costituzionali presidiare il processo di integrazione della *tradizione* nazionale con quella comunitaria, tra l'altro ancora priva di una connotazione

<sup>(97)</sup> Richiamo qui gli interventi di Renato Scognamiglio e di Antonio Vallebona al Seminario di Bertinoro già ricordato. Si vedano anche le considerazioni di A. PAGE, *Alcune riflessioni sul pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano, 1993, pag. 229, sul corretto esercizio dell'attività dell'interprete che non deve farsi mai potere di « determinazione del diritto ».

<sup>(98)</sup> Vedi U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, op. cit., pag. 19 e segg.; M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Diritto positivo e positività del diritto*, Bologna, 1991, pag. 74 e segg.; M. D'ANTONA, *L'anomalia postpositivistica del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1990, pag. 207 e segg.

<sup>(99)</sup> Del resto, sottolinea L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, pag. 356, la funzione paradigmatica del testo della norma ne assicura l'identità nella molteplicità di interpretazioni onde la sua applicazione non crea una norma nuova. Vedi anche M. PERSIANI, *Cenni sul metodo del diritto del lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992, pag. 123 e segg.; ora in *Diritto del lavoro*, op. cit., pag. 3 e segg. Spunti importanti anche in E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, R. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2003.

<sup>(100)</sup> F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993, pag. 15; L. MENGONI, *Problematiche e sistema nella controversia del metodo giuridico*, in *Dir. Val.*, op. cit., pag. 11 e segg.; C. MEZZANOTTE, *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, op. cit., pag. 118 e segg.; T. TREU, *Commento all'art. 35 Cost.*, op. cit., pag. 18 e segg.

identitaria, alla cui costruzione sta faticosamente operando la Corte di Giustizia <sup>(101)</sup>.

La funzione della Consulta resta, peraltro, imm modificata; ancora una volta i giudici dovranno operare, anche attraverso il dialogo con la Corte europea, una costante e faticosa ricerca di coerenze che superino le antinomie e colmino i vuoti, ridisegnando un assetto sistemico espressivo di un equilibrato bilanciamento di valori etici e di principi morali che siano identificativi della nuova comunità che si sta formando attraverso l'integrazione di quella nazionale con le altre società civili dell'Europa comunitaria <sup>(102)</sup>.

---

<sup>(101)</sup> R. FOGLIA, *Il ruolo della Corte di Giustizia e il rapporto tra giudice comunitario e i giudici nazionali nel quadro dell'art. 177 del Trattato (con particolare riferimento alle politiche sociali)*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, pag. 138 e segg.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, op. cit., pag. 419 e segg.; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, op. cit., pag. 58.

<sup>(102)</sup> A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, I, pag. 269; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, op. cit., pag. 639 e segg.; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione, interpretazione dei valori*, op. cit., pag. 3775 e segg.; T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, pag. 67 e segg.; F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto, la teoria del diritto oggettivo*, Torino, 1988.