

Brevi considerazioni sulla discrezionalità del legislatore e sulla legge del mercato (a partire dalla lettura della sent. n. 26 del 2017) *

di **Antonio Arena** – Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Messina

ABSTRACT: The essay concerns judgment no. 26 of 2017 of the Constitutional Court which provides the starting point for some considerations on legislative discretion. In the first paragraph, the contents of judgement are re-constructed. The second paragraph examines the difference between abrogative and propositive *referendum*. The third paragraph mentions a matter that remains in the background: the Constitution is also a limit to economic power.

SOMMARIO: 1. *La sentenza n. 26 del 2017.* – 2. *C'è chi può e chi non può.* – 3. *In disparte la sentenza. Dalla discrezionalità del legislatore alla discrezionalità del mercato?*

1. La sentenza n. 26 del 2017

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il *referendum* abrogativo avente ad oggetto il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*), nella sua interezza, e dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970 (c.d. "Statuto dei lavoratori"), relativamente ad alcune previsioni in particolare (quali risultanti dalle modifiche apportate nel 2012 e, per l'appunto, nel 2015)¹.

* Contributo sottoposto a referendum in base alle Linee guida della Rivista.

¹ Nel dettaglio, il quesito aveva ad oggetto l'art. 18 con riferimento al: primo comma, limitatamente alle parole «previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile»; quarto comma, limitatamente alle parole «per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili,» e alle parole «, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto»; quinto comma, nella sua interezza; sesto comma, limitatamente alla parola «quinto» e alle parole «, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi» e alle parole «, quinto o settimo»; settimo comma, limitatamente alle parole «che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo

Il gran numero di enunciati linguistici cui il quesito referendario si riferiva, secondo i promotori, avrebbe dovuto essere abrogato con l'intenzione, obiettivamente desumibile, di lasciar esplicare effetti ad una disciplina di risulta incentrata sulla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro in tutti i casi di licenziamento illegittimo, a condizione che il datore di lavoro, imprenditore o meno, occupasse alle sue dipendenze più di cinque lavoratori².

Come accaduto l'anno scorso, in occasione del giudizio di ammissibilità del *referendum* per “fermare le trivelle” (sent. n. 17 del 2016), anche in questo caso il Governo ha abbandonato ogni *self-restraint* presentando proprie memorie e comparando in camera di consiglio a svolgere argomentazioni contrarie all'ammissibilità³. Fino a non molto tempo fa si poteva affermare che «fortunatamente lo stesso Governo propende ormai – verrebbe da dire: quasi *consuetudinariamente* – per una linea di rigoroso *self-restraint*, non costituendosi in giudizio e mostrando così *factis* di non trovarsi istituzionalmente in uno stato di conflitto di interessi coi promotori»⁴. Tuttavia la stessa dottrina già avvertiva che la linea di autocontrollo governativo era stata interrotta nel 2005⁵ e negli ultimi anni essa sembra essere stata abbandonata.

La difesa dei promotori (con improprio richiamo all'art. 5 della legge n. 400 del 1988) ha stranamente contestato la ritualità dell'intervento del Governo, in quanto la richiesta ad esso relativa è stata firmata dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei ministri, anziché dal Presidente del Consiglio dei ministri. La Corte costituzionale ha chiarito, nella sua pronuncia, che tale opzione deve considerarsi corretta, in quanto nel giudizio di ammissibilità del *referendum* la decisione di intervenire è rimessa al Consiglio dei ministri, non al Presidente del Consiglio stesso (lo prevede l'art. 33, II comma, della legge n. 352 del 1970, quando si riferisce al Governo). Inoltre la

2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» e alle parole «; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma. In tale ultimo caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni. Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo»; ottavo comma, limitatamente alle parole «in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento», alle parole «quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di» e alle parole «, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti».

² Nel nostro Paese la legge n. 300 del 1970 ha costituito una tappa di straordinaria importanza storica sul piano della attuazione della Carta costituzionale; come sottolineato dalla dottrina (v., per tutti, F. SANTONI, *Lezioni di Diritto del lavoro*, II, *I contratti di lavoro – Il rapporto*, Napoli, 2008, 312) «l'innovazione di maggior rilievo della l. 300/70 è stata l'introduzione del cd. *regime reale*». L'anno prima, tra il settembre ed il dicembre 1969, la questione operaia esplodeva con una forza impreveduta: era il c.d. “autunno caldo”; per il modo in cui le proteste influirono sui lavori del Parlamento v. la sintesi offerta da I. MONTANELLI, M. CERVI, *Storia d'Italia*, II, *L'Italia degli anni di piombo*, Milano, 2004, 56 ss.

³ In quell'occasione l'intervento del Governo poteva spiegarsi in ragione del tentativo di scongiurare il *referendum* con un intervento sulle disposizioni che ne costituivano l'oggetto.

⁴ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 325.

⁵ *Ibidem*, nota n. 6. Sulla presentazione di memorie e sulla loro “illustrazione” nell'ambito del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo v. A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, 97 ss.

comunicazione all'Avvocatura della deliberazione del Consiglio compete comunque al Sottosegretario⁶.

L'organo di giustizia costituzionale ha poi sinteticamente escluso che le disposizioni oggetto del *referendum* rientrassero fra le leggi di cui all'art. 75, II comma, Cost. Ha ritenuto tuttavia di giudicare inammissibile il *referendum* in relazione «agli ulteriori limiti di ammissibilità del *referendum* abrogativo che la giurisprudenza di questa Corte, a partire dalla sentenza n. 16 del 1978, ha costantemente ricavato dalla Costituzione» (punto n. 4, *cons. dir.*). Il motivo principale dell'inammissibilità risiede nel carattere propositivo o manipolativo del *referendum*, estraneo alla *ratio* dello strumento di democrazia diretta (o partecipativa?⁷) previsto in Costituzione.

La Corte costituzionale ha ribadito (v., ad es., sentt. nn. 15-17 del 2008 in materia elettorale) che la tecnica del ritaglio non costituisce di per sé ostacolo all'ammissibilità del *referendum*⁸, la quale si rende talvolta necessaria «per la riesplorazione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del *referendum*» (punto n. 5, *cons. dir.*). In questo caso, però, in ragione dell'efficacia delle disposizioni oggetto del *referendum* non si sarebbe avuto un semplice ritaglio atto a liberare potenzialità normative implicite, ma (come sostenuto dall'Avvocatura generale) si sarebbe registrata una «manipolazione della struttura linguistica della disposizione», tale da dare vita ad un assetto sostanzialmente nuovo» (ancora punto n. 5, *cons. dir.*). In particolare, la Corte sottolinea che il numero di cinque dipendenti, che in ragione dell'eventuale esito positivo della consultazione referendaria, avrebbe costituito limite per l'operatività della tutela reale, era stato pensato dal legislatore solo per l'imprenditore agricolo. Pertanto non contiene una «portata espansiva» adeguata: con le parole della pronuncia, «la decisione su quale debba essere il livello numerico cui subordinare questo effetto esige una valutazione di interessi contrapposti, che il legislatore formula con riguardo alla disciplina generale dell'istituto, e che un *referendum* di natura esclusivamente abrogativa non può invece determinare di per sé, grazie alla fortuita compresenza nella disposizione di indicazioni numeriche sfruttabili mediante ritaglio» (punto n. 6, *cons. dir.*). Segue una sorta di suggerimento ai promotori del *referendum* (una sentenza d'inammissibilità con monito): diverso infatti avrebbe forse potuto essere il giudizio della Corte nel caso in cui si fosse proposta la totale abrogazione del limite in discussione. Rimane il dubbio, però, che la totale abrogazione avrebbe potuto essere contestata considerando la previsione di un limite occupazionale per l'applicazione

⁶ La Corte costituzionale ha riproposto analoghe considerazioni, per ovvie ragioni, anche nelle sentenze n. 27 e n. 28 del 2017. I *referendum* giudicati ammissibili con queste pronunce non si terranno in quanto, abrogate le disposizioni che ne costituivano l'oggetto, l'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte di Cassazione ha dichiarato che le operazioni relative non hanno più corso, sospendendole con effetto immediato.

⁷ Conviene sempre ricordare che secondo autorevole dottrina non si tratta di uno strumento di democrazia diretta, ma partecipativa, e ciò proprio in ragione del suo carattere strutturalmente non propositivo: v. M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 37, 2008, 158 ss., e più ampiamente, ID., *Commento all'articolo 75 della Costituzione italiana*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005.

⁸ Sul punto si rinvia ancora a A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, 334. Del resto, secondo F. PIZZOLATO, V. SATTA (Art. 75, in *Commentario alla Costituzione*, II, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Milano, 2006, 1478) «non sono poche le pronunzie in cui la Corte esclude il carattere propositivo o introduttivo dei *referendum* costruiti attraverso strategie di manipolazione del testo legislativo, progressivamente realizzate dai promotori con tecniche capaci di resistere alle censure dei giudici costituzionali».

della tutela reale una soluzione legislativa costituzionalmente necessaria⁹, cioè di obbligata attuazione della Costituzione, seppure per una delle molte vie che essa consente di percorrere¹⁰.

In quanto costituisce il tentativo di un'operazione manipolativo-propositiva – argomenta la Corte – il quesito è privo di univocità e omogeneità, manca cioè di una matrice razionalmente unitaria. Questo perché l'elettore (*rectius*, l'avente diritto) potrebbe volere sì la estensione della tutela reale a tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo, ma solo con riferimento a datori di lavoro che occupano più di quindici dipendenti in ciascuna unità produttiva o Comune, o ne impiegano complessivamente più di sessanta (questo è il limite occupazionale che, a parte l'eccezione degli imprenditori agricoli, prevede attualmente la legge¹¹). Potrebbe viceversa voler mantenere la tutela reale solo in alcune ipotesi di licenziamento illegittimo, ma auspicare che il limite occupazionale attualmente stabilito sia ridotto. In quest'ultimo caso, però, dovrebbe rimettersi alla determinazione del legislatore, o almeno questo sembra desumersi dalla lettura della sentenza¹²: in altre parole, per Costituzione, secondo la Corte, gli aventi diritto potrebbero proporre un *referendum* volto ad eliminare *in toto* il limite occupazionale, per rimettersi, dopo un eventuale esito favorevole, all'individuazione di un nuovo limite da parte del Parlamento (e/o del Governo). In questo senso gli effetti del *referendum* sembrerebbero per certi versi analoghi a quelli di una sentenza additiva di principio, se riguardati dall'angolo visuale del legislatore¹³. Questa tesi può essere sostenuta unicamente se si assume, dogmaticamente, che il risultato dell'ablazione referendaria costituisca un'opera necessariamente imperfetta, il che implica, però, un giudizio di valore, squisitamente politico, sulla bontà della situazione normativa risultante dalla pronunzia popolare. Peraltro l'effetto “primario” del *referendum* sarebbe non più integralmente deliberativo, ma in parte direttivo, mentre è da ritenere che il *referendum* abrogativo produca effetti deliberativi¹⁴.

In genere, poi, si sostiene che l'esito favorevole del *referendum* precluda al Parlamento o al Governo di intervenire successivamente con atti legislativi di segno contrario (effetto “secondario”)¹⁵. Tuttavia in astratto non è semplice distinguere tra l'intenzione di eliminare

⁹ Come osservato da G. D'AMICO [*Sulla nozione di “estraneità al contesto normativo” della disposizione di risulta. Una riflessione “preventiva” sull'(in)ammissibilità del referendum sul c.d. Jobs Act*, in *Consulta online*, fasc. I, 2017, 35-36] questa era la convinzione del comitato promotore.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 492.

¹¹ Tale limite non è stato intaccato dalle modifiche intervenute nel 2012 e nel 2015, le quali hanno però ristretto i casi nei quali il licenziamento illegittimo comporta per il lavoratore il diritto alla reintegrazione nel posto perduto.

¹² Si legge nella sent. n. 26 (punto n. 6, *cons. dir.*): «La decisione su quale debba essere il livello numerico cui subordinare questo effetto esige una valutazione di interessi contrapposti, che il legislatore formula con riguardo alla disciplina generale dell'istituto, e che un referendum di natura esclusivamente abrogativa non può invece determinare di per sé, grazie alla fortuita compresenza nella disposizione di indicazioni numeriche sfruttabili mediante ritaglio. Altro sarebbe stato se il quesito referendario avesse chiesto la integrale abrogazione del limite occupazionale, perché in questo caso si sarebbe mirato al superamento della scelta stessa del legislatore di subordinare la tutela reale ad un bilanciamento con valori altri, nell'ambito di un'operazione meramente demolitoria di una certa opzione legislativa (sentenza n. 41 del 2003), Laddove non intenda abrogare quella opzione di base, ma esclusivamente articolarla in modo differente, il quesito assume invece un tratto propositivo, che ne determina l'inammissibilità». Ma abrogare delle disposizioni non significa sempre demolire una scelta legislativa, che è sempre espressione di un certo bilanciamento tra interessi e valori differenti?

¹³ Si veda, a questo proposito, G.M. SALERNO, *Alcune considerazioni in tema di effetti consequenziali del referendum “di principio” in materia elettorale*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 285 ss.

¹⁴ Sulla distinzione tra *referendum* deliberativi e non deliberativi v. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, 1982, 545.

¹⁵ Per una parte della dottrina è invece possibile sebbene politicamente inopportuno: così A. PIZZORUSSO, *Indirizzo politico e referendum*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle*

definitivamente ogni limite occupazionale ed eliminarlo provvisoriamente di modo che sia il legislatore a stabilirne uno nuovo e diverso. Questa seconda ricostruzione dell'intenzione oggettivata nel *referendum* è possibile solo se si sostiene che per Costituzione un limite occupazionale debba esserci e che debba essere il legislatore a stabilirlo. Ma se è costituzionalmente necessaria la previsione di un limite occupazionale, tanto che in positivo tale limite può essere determinato soltanto dal legislatore, allora bisogna escludere che le leggi o gli atti aventi forza di legge che lo prevedono siano assoggettabili a *referendum*. In altre parole, si deve ritenere che il limite non possa mancare affatto, e allora la Corte avrebbe potuto semplicemente asserire che la previsione di un limite è costituzionalmente necessaria.

Altro invece è dire che un quesito più circoscritto non potrebbe per questo solo essere contestato in termini di insufficiente chiarezza e completezza ovvero in quanto il mancato coinvolgimento, alternativamente, delle disposizioni relative ai limiti occupazionali o concernenti le cause di licenziamento illegittimo cui la tutela reale si ricollega, equivalga ad un irragionevole restringimento dell'oggetto del *referendum*. Ovviamente questo nella misura in cui il quesito non escluda disposizioni o parti di disposizioni legate indissolubilmente a quelle oggetto del *referendum*, così da indurre confusione negli aventi diritto al momento del voto¹⁶.

Quanto alla proposta considerata nella sent. n. 26, non è così scontato che essa mancasse di matrice razionalmente unitaria, in quanto, a ben vedere, veicolava un'opzione molto semplice: l'abrogazione delle disposizioni che nel tempo hanno sostituito, in una pluralità di ipotesi, la tutela obbligatoria a quella reale. L'abrogazione avrebbe prodotto l'effetto di lasciare che la tutela reale venisse ad operare per tutti i lavoratori, nei contesti lavorativi caratterizzati dai limiti occupazionali minimi di risulta. È vero che gli aventi diritto avrebbero potuto essere favorevoli a soluzioni intermedie tra le disposizioni vigenti e le disposizioni di risulta; ma viene da chiedersi se questo non succeda sempre, ogni qualvolta si svolga una consultazione referendaria. Né la normativa di risulta avrebbe potuto reputarsi estranea al contesto normativo in quanto il limite occupazionale previsto per l'impresa agricola non è suscettibile di estensione. Infatti il quesito mirava all'espansione di una tutela già prevista in alcuni casi (impresa agricola) a tutti quelli analoghi in altro settore lavorativo (fuori dall'ambito delle imprese agricole); nell'intenzione della proposta, la tutela avrebbe potuto essere estesa sia sotto il profilo dei contesti sia sotto il profilo dei casi in cui è contemplata, con conseguente *reductio ad unum* della disciplina sanzionatoria per i licenziamenti illegittimi¹⁷. Come

Martines, a cura di M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura, Milano, 1998, 104 ss. Secondo R. PINARDI (*Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 2342 ss.) e E. MALFATTI (*Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale 1993-1995*, a cura di R. Romboli, Torino, 1996, 485 ss.), invece, è sempre possibile riprodurre con legge la disciplina abrogata con *referendum*, purché la nuova disciplina non abbia effetti *ex tunc*. È senz'altro possibile se la situazione di fatto o di diritto risulti mutata: in casi del genere potrebbe legittimamente essere approvato o adottato un atto legislativo che ripropone, in un contesto normativo e fattuale diverso, disposizioni abrogate in precedenza mediante *referendum*. In tal senso, A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 119.

¹⁶ In tal senso, sulla chiarezza/completezza del quesito v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 495.

¹⁷ Osserva V. COCOZZA (*Il quesito referendario sull'art. 18 della l. 300/1970 è veramente propositivo?*, in *costituzionalismo.it*, fasc. I, 2017, 9): «Si può ben dire che le soglie sono due ed attribuite, sulla base della discrezionalità legislativa, a scelte identificative di esigenze ritenute diverse. Ma le soglie esistono entrambe e trasferirle dall'una all'altra non sembra determini un *novum*, ma soltanto una differente valutazione delle esigenze che sono alla base della scelta». Di contrario avviso autorevole dottrina, per la quale «proprio il carattere propositivo della domanda referendaria, non limitata all'abrogazione di disposti, ma comprensiva di una proposta diretta a introdurre una regola nuova rispetto al testo vigente, rende il *referendum* sull'art. 18 inammissibile, per violazione del criterio dell'effetto di *sistema*, con conseguente illegittima violazione del diritto dell'elettore di esprimere un voto consapevole»: così A.

si legge nella sentenza, «non è sempre di immediata evidenza quando le norme prefigurino davvero ipotesi differenti, o quando esse piuttosto contribuiscano a definire una fattispecie razionalmente unitaria», ma che «indizi probanti» possano ricavarsi dalla storia degli istituti giuridici in relazione alle «opzioni politiche» (punto n. 7, *cons. dir.*), cioè alle ideologie politiche, che hanno determinato le modifiche legislative susseguitesi nel corso del tempo è dubbio. E questo perché una volta approvato, o adottato, l'atto legislativo deve considerarsi come manifestazione del pubblico potere, espressivo di un unico interesse voluto dal legislatore. Il fatto che il testo di una legge sia stato modificato molte volte nel tempo in base a visioni politiche differenti o che invece sia stato concepito e mai modificato dopo la sua entrata in vigore non cambia le cose: in entrambi i casi il *referendum* non può che mirare a «rigettare un assetto di interessi voluto dal legislatore», non da questa o quella maggioranza storicamente individuata.

La Corte ha finito per concentrarsi non tanto sul quesito, ma sulla eventuale normativa di risulta¹⁸ e per considerarla inaccettabile in quanto non si ispira ad un «criterio specificamente esistente (sia pure residuale) e rimasto in via di normale applicazione nella specifica parte di risulta della legge oggetto del *referendum*» (sent. n. 13 del 1999 e sent. n. 33 del 2000). Va detto, però, che l'idea che la ricomposizione spontanea o naturale del sistema normativo si abbia in alcuni casi e non in altri è piuttosto oscura: in linea di principio, secondo la Corte, «come in un *puzzle* normativo, col *referendum* si possono eliminare alcune tessere, a condizione che quelle rimanenti si espandano a coprire il vuoto e l'immagine, nel suo insieme, non ne risulti stravolta»¹⁹. In pratica, è dubbio che sia possibile stabilire *oggettivamente* quando secondo diritto tale “naturale” ricomposizione si abbia e quando invece l'insieme risulti stravolto.

Votando sì, ad ogni modo, l'avente diritto avrebbe espresso una, ed una sola, volontà: favorevole alla tutela reale per tutti i lavoratori, alle dipendenze di datori con più di cinque impiegati; favorevole quindi alla abrogazione di tutte le disposizioni in contrasto con questo tipo di tutela. Anzi, la semplicità delle intenzioni (favore per la tutela reale) sembra indicativa proprio della matrice razionalmente unitaria del quesito.

2. C'è chi può e chi non può

Come detto, la Corte costituzionale ha ritenuto inammissibile il *referendum* sostanzialmente perché manipolativo, cioè non avente una finalità meramente ablatoria ma (*de facto*) propositiva. L'argomento è piuttosto scivoloso. In caso di esito favorevole del *referendum* si producono effetti innovativi, si dà svolgimento alla realtà giuridica preesistente, “estirpando” delle disposizioni la cui

MORRONE, *Oltre l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori? Non un quesito abrogativo, ma un referendum propositivo inammissibile*, in *forumcostituzionale.it*, 2016, 2.

¹⁸ Su questo punto v. A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Milano, 1994, spec. 278 ss.

¹⁹ *Ibidem*, 498. Gli autori definiscono le formule impiegate dalla giurisprudenza costituzionale “oscure” e portano l'esempio della sent. n. 13 del 1999. Il *referendum* ritenuto ammissibile mirava ad abrogare disposizioni della legge elettorale per la Camera dei deputati che prevedevano, accanto alla ripartizione dei seggi per il 75% con il sistema uninominale maggioritario, la ripartizione del restante 25% dei seggi con il proporzionale. Il *referendum* fu giudicato ammissibile perché in questo caso la estensione della portata normativa delle disposizioni relative al sistema maggioritario sarebbe stata naturale o lineare... ma si sarebbe potuto ragionare così: quella legge prevede «un sistema che si volle composito; abolendo una sua parte lo si renderebbe semplice; il risultato finale sarebbe stato, dunque, la vecchia legge non emendata, ma snaturata».

efficacia viene delimitata nel tempo²⁰. Questo consente ad altre disposizioni di produrre effetti ulteriori rispetto a quanto accadeva in precedenza. Distinguere tra *referendum* sostanzialmente propositivi e meramente ablatori non è agevole. Infatti eliminare le disposizioni che prevedono x, libera sempre un diverso significato y ricavabile dalle disposizioni di risulta. Ogni *referendum* è in questo senso propositivo. Se per propositivo intendiamo «l'effetto di delineare una disciplina [...] completamente nuova e diversa» (punto n. 5, *cons. dir.*), allora ogni *referendum* abrogativo è propositivo (e per non esserlo dovrebbe essere inefficace)²¹.

Per esempio, cancellare disposizioni che prevedono il divieto di fumare tabacco significa aprire la strada al consumo di tabacco, salvo errore, senza bisogno di un immediato intervento da parte del legislatore che lo disciplini. Ritagliate alcune disposizioni, il sistema si ricuce immediatamente: la norma in sede di *legis executio* non può mancare²². Cioè, se anche non si avesse in tempi rapidi una disciplina relativa al consumo di tabacco, dovrebbe comunque individuarsi una norma da applicare ai casi concreti, evidentemente diversa e nuova rispetto a quella ricavabile dalle disposizioni abrogate. Non altrimenti potrebbero essere interpretate le disposizioni di risulta, anche alla luce della volontà espressa dagli aventi diritto in occasione del *referendum*. Allo stesso modo, benché la questione non possa essere qui approfondita, nel caso delle sentenze cc.dd. “manipolative”, la manipolazione è in fin dei conti giustificabile e giustificata proprio perché, per un verso o per un altro, negata. Nel caso delle sentenze “riduttive”, perché la Corte costituzionale ritiene di operare non diversamente che in tutti i casi di pronunce di accoglimento, eliminando previsioni normative incostituzionali; in quello delle sentenze “additive”, perché essa non ammette di aver creato nuove norme, ma ritiene sempre di essersi limitata ad esplicitare ciò che nel sistema costituzionale è implicito²³.

La sentenza n. 26 mira a proteggere la discrezionalità del legislatore, «nozione impalpabile» ma che «investe al cuore la teoria costituzionale»²⁴. Per un verso, la luce omnicomprensiva dei principi costituzionali copre ogni angolo del sistema normativo, per un altro, sono proprio i principi costituzionali ad essere strutturati in forma aperta, così da consentire il confronto dialettico tra

²⁰ Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 142.

²¹ Si legge nella sent. n. 26 del 2017 (punto 5, *cons. dir.*): «Il quesito manipola il testo vigente [...] attraverso la tecnica del ritaglio, ovvero chiedendo l'abrogazione di frammenti lessicali, così da ottenere, per effetto della saldatura dei brani linguistici che permangono, un insieme di precetti normativi aventi altro contenuto rispetto a quello originario. Questa tecnica, risolvendosi anch'essa in una abrogazione parziale della legge, non è di per sé causa di inammissibilità del quesito [...] Altra cosa invece è la manipolazione della struttura linguistica della disposizione, ove a seguito di essa prenda vita un assetto normativo sostanzialmente nuovo. Ne discende che tale assetto, trovando un mero pretesto nel modo in cui certe norme sono state formulate sul piano lessicale, sarebbe da imputare direttamente alla volontà propositiva di creare diritto, manifestata dal corpo elettorale. In questo caso si realizzerebbe uno stravolgimento della natura e della funzione propria del *referendum* abrogativo». In che cosa differisca esattamente la prima ipotesi (quesito ammissibile, “altro contenuto” normativo rispetto a quello originario) dalla seconda (quesito inammissibile, “assetto normativo sostanzialmente nuovo”) non sembra del tutto chiaro. Solo se immaginiamo veri e propri stravolgimenti della legge si capisce che possa configurarsi un abuso dello strumento referendario: ad esempio, una disposizione relativa ad una materia x ritagliata tramite *referendum* così da disciplinare un'altra materia.

²² Secondo questa impostazione, le lacune del diritto sono sempre ideologicamente individuate, anche perché giudici ed amministratori non possono rifiutarsi di esercitare le loro funzioni adducendo a pretesto l'esistenza di una lacuna. Si vedano le riflessioni di A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it. a cura di G. Gavazzi, Torino, 2001, 94 ss., nonché di N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, a cura di N. Morra, Torino, 1979, 238 ss.

²³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, 404.

²⁴ A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *forumcostituzionale.it*, 2006, 1.

opinioni, senza il quale non è pensabile la democrazia, quindi la loro realizzazione in una delle plurime direzioni consentite dalla Costituzione²⁵. Non tutto è stabilito in Costituzione, perché è la Costituzione stessa a prescrivere che la politica “faccia la sua parte”. Quindi è vero che la Costituzione costituisce un programma bisognoso di essere ordinariamente e necessariamente svolto dagli atti legislativi²⁶, ma non nel senso che la discrezionalità legislativa possa essere integralmente assimilata a quella propria, per intenderci, dell'amministrazione; vi sono delle «puntuali corrispondenze»²⁷ che chiamano ad una riflessione dogmatica unitaria sulla nozione di discrezionalità nell'esercizio del pubblico potere, ma questa ricostruzione non è finalizzata al disconoscimento della distinzione tra *legis latio* e *legis executio*. Se il principio di ragionevolezza informa l'esercizio di tutte le pubbliche funzioni, e quindi la scelta discrezionale del legislatore viene sindacata dalla Corte sulla base di tale principio²⁸, la sovrapposizione pura e semplice, che elimina le peculiarità proprie di ciascuna discrezionalità, non va accolta: e questo si scarica sul piano dei rapporti tra le fonti. Infatti la Costituzione non vincola la legge come quest'ultima l'atto amministrativo²⁹.

Nel caso della sent. n. 26, però, la Corte costituzionale è stata mossa forse non soltanto dall'esigenza di salvaguardare la discrezionalità del legislatore da possibili abusi dello strumento referendario. A ben vedere, la pronuncia da ultimo citata ha tolto le forze politiche di maggioranza da un grave “imbarazzo”. Difatti queste ultime avrebbero potuto evitare il *referendum*, ove questo fosse stato ritenuto ammissibile, solo in due modi. Eliminando, e non soltanto formalmente, le disposizioni che i promotori miravano ad abrogare (art. 39, l. n. 352 del 1970)³⁰, cedendo così in anticipo ai sindacati dei lavoratori e quindi scontentando il mondo dell'impresa; cercando di spingere il Presidente della Repubblica allo scioglimento delle Camere, in modo da differire nel tempo la consultazione referendaria (art. 34, II e III comma, della l. n. 352 del 1970). Le due strade non erano facilmente percorribili. Il *referendum*, qualora fosse stato giudicato ammissibile, avrebbe dato “scacco” alla maggioranza interessata alla conservazione delle disposizioni che ne costituiscono l'oggetto, perché l'avrebbe costretta (dopo la *débâcle* del dicembre scorso) ad una nuova e non facile prova. Ovviamente la Corte non ha ritenuto inammissibile il *referendum* per togliere le forze politiche di maggioranza da una situazione quantomeno complicata, ma la vicenda è significativa dell'altissima carica politica delle pronunce della Corte³¹, la quale non ha potuto non considerare le implicazioni sull'attività di governo conseguenti ad una “verifica” con esito positivo del quesito. Le competenze della Corte non appartengono alla politica, ma hanno una funzione politica³². È a questa forza o funzione politica dell'organo di giustizia costituzionale che sembra da

²⁵ *Ibidem*, 3 ss.

²⁶ Per tutti, v. F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 886 ss.

²⁷ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 160.

²⁸ D. BELVEDERE, *Il “difetto di giurisdizione” della Corte costituzionale in presenza della discrezionalità del legislatore ed il “difficile” ruolo del giudice a quo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 223-224.

²⁹ G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 5.

³⁰ Non soltanto formalmente, altrimenti il c.d. «giudizio sulla sufficiente abrogazione» da parte dell'Ufficio centrale per il *referendum* avrebbe avuto esito negativo: v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1997, 211.

³¹ Può discorrersi di «forza politica» della Corte costituzionale senza con ciò accogliere una dottrina della Costituzione di matrice schmittiana: v. L. D'ANDREA, *La “forza politica” della Corte costituzionale nel pensiero di Temistocle Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri, L. Ventura, Milano, 1998, 313 ss.

³² G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 3. Si vedano anche, tra i molti contributi offerti in dottrina, A. RUGGERI, *Gli effetti politici delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Consulta*

ricondere la sent. n. 26, mentre non pare che con essa possa registrarsi una inversione di tendenza quanto ai rapporti con il legislatore e la sua sfera di discrezionalità. Nel complesso, crescente è stata negli ultimi tempi la compressione della discrezionalità del legislatore ad opera della giurisprudenza costituzionale. Basti ricordare quanto la discrezionalità del legislatore sia risultata sempre più limitata in due settori, come la bioetica e la materia elettorale, dei quali è veramente difficile occuparsi in termini politici, senza alzare ogni secondo la testa verso la giurisprudenza costituzionale, che (lo si consideri, di volta in volta, un bene o un male) incombe come una spada di Damocle³³.

A fronte di sentenze manipolative³⁴ di sempre maggior impatto sul funzionamento del Parlamento, viene da domandare se sia coerente negare l'ammissibilità del *referendum* perché manipolativo/propositivo. Se per Costituzione esiste una sfera protetta e riservata alla dialettica politica, che ospita soluzioni diverse ma tutte egualmente legittime, tale sfera andrebbe rispettata sempre, in concreto, anche dalla Corte. In verità, però, la domanda di cui sopra, in quanto riguarda un tema assai discusso e controverso, meriterebbe una riflessione ben più approfondita rispetto a quella che è possibile proporre in questo scritto.

3. In disparte la sentenza. Dalla discrezionalità del legislatore alla discrezionalità del mercato?

La lettura della sent. n. 26 offre l'occasione per qualche rapida considerazione sulla capacità della Costituzione di rappresentare un limite anche per il potere economico, tema questo di straordinaria complessità e vastità che qui si può solo sfiorare³⁵. Come osservato da Mortati, in relazione all'art. 1 Cost., «collocando a base dello stato il lavoro [...] non si è inteso solo riepilogare le molteplici disposizioni costituzionali che lo prendono ad oggetto, ma si è piuttosto ubbidito all'intento polemico di esprimere una volontà di netto distacco dalle costituzioni del passato (le quali riflettevano strutture sociali basate sulla proprietà privata dei beni di produzione, proclamata e

online, 2014, 1 ss., nonché A. SPADARO, *Sull'intrinseca politicità delle decisioni giudiziarie dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it*, n. 5, 2017, spec. 10 ss.

³³ Almeno in materia di bioetica, però, si è forse avuta una battuta d'arresto con la sent. n. 84 del 2016, in tema di crioconservazione (piuttosto che destinazione a fini di ricerca) degli embrioni cc.dd. "soprannumerari", con la quale la Corte ha rigettato la questione sollevata, in nome della discrezionalità del legislatore a fronte delle divisioni ideologiche che attraversano la società tutta (e la comunità scientifica) in materia.

³⁴ L'innovazione prodotta da queste sentenze, se riguardata nella logica accolta dalla sent. n. 26 del 2017, è senza mezzi termini «normativa»: G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, I, 755 ss.

³⁵ Nelle economie di questo scritto non è davvero possibile dare conto, in modo adeguato, di temi come l'incidenza del mercato sugli assetti costituzionali né approfondire seriamente il significato delle molte disposizioni che la Carta costituzionale dedica al lavoro. Tra i molti contributi offerti in dottrina a quest'ultimo riguardo v. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica sul lavoro*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino, 2010, vol. V, 2013-2040. Ma vedi anche S. CECCANTI (*Le istituzioni della democrazia. Tra crisi e riforma*, Roma, 1991, 44-45) che riporta le emblematiche parole di Giuseppe Lazzati relative all'approvazione dell'art. 1 Cost.: «Vi era al fondo, largamente condivisa dai vari gruppi culturali e politici ivi rappresentati, l'intenzione di integrare il classico *fondamento politico* della democrazia – la sovranità popolare – con la dichiarazione del suo *fondamento sociale*. Di più, si avvertiva l'esigenza di anteporre questo a quello (tant'è vero che il riferimento alla sovranità popolare è confluito nel secondo comma dell'art. 1), nel convincimento – espresso da uomini di estrazione culturale diversa, da La Pira a Ruini, da Saragat a Fanfani – che proprio il fondamento sociale del lavoro conferisse alla costituzione italiana un segno di novità di portata storica». Si segnala anche, nella prospettiva della filosofia del diritto, L. BACCELLI, *Lavoro*, in AA.VV., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di A. Barbera, Roma-Bari, 2012, 145 ss.

tutelata come bene “sacro e inviolabile”) e così invertire il valore attribuito ai due termini del rapporto proprietà-lavoro, conferendo la preminenza a quest'ultimo sul primo»³⁶.

Qualche decennio fa si ragionava più di oggi del «significato profondo»³⁷ da attribuire agli articoli che la Costituzione dedica ai rapporti economici e si metteva in risalto come la precisazione della portata semantica da attribuire ad alcune impegnative disposizioni costituzionali fosse compito della Corte; altrimenti – si argomentava – quest'ultima avrebbe finito per venire meno, almeno in parte, al proprio ruolo nel sistema istituzionale, autolimitando in modo irragionevole le proprie competenze: «Dalla sostanziale autolimitazione posta dalla Corte alla sua attività interpretativa discende il mancato esercizio della funzione di controllo affidatale dalla Costituzione»³⁸. Il compito dell'organo di giustizia costituzionale è quindi di assoluto rilievo, ma ovviamente molto dipende dagli organi politici.

Se c'è un settore nel quale oggi la Costituzione sembra svuotata di contenuti è proprio quello relativo ai rapporti economici. È conforme a Costituzione stabilire che un datore di lavoro possa licenziare illegittimamente un lavoratore limitandosi a pagargli, dopo che questo ha dimostrato in giudizio l'illegittimità stessa, com'è naturale (ma non facile), un'indennità risarcitoria? Non equivale questo ad introdurre il principio per il quale può licenziare chi se lo può permettere o, meglio, chi può averne vantaggio? Se così fosse, cosa significhi che «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, I comma) e che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da arrecare danno alla libertà e alla dignità umana e debba essere coordinata e indirizzata a fini sociali (art. 41, I e II comma) rimarrebbe difficile da capire.

L'art. 4 della Costituzione vincola la «discrezionalità dei soggetti governanti» nel senso che se non comporta, come noto, il riconoscimento di un diritto soggettivo ad ottenere un posto di lavoro, implica un diritto a conservare il posto di lavoro³⁹. La giurisprudenza costituzionale ha da sempre chiarito che le norme relative ai rapporti economici attribuiscono diritti fondamentali, ma «queste norme, oggi, sembrano dimenticate, o meglio, è come se non fossero scritte»⁴⁰.

La Costituzione dovrebbe operare come limite al potere, anche a quello economico ed «è da escludere che il legislatore sia in grado di qualificare arbitrariamente e far passare ogni suo fine come fine sociale»⁴¹, specialmente nei periodi storici nei quali l'influenza delle grandi concentrazioni di capitale si fa più forte. È senz'altro importante ricordare come, nel contesto

³⁶ C. MORTATI, voce *Costituzione (Dottrine generali e Costituzione della Repubblica Italiana)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 214-215. A mio avviso, questo non esclude che il diritto di proprietà privata si debba considerare “fondamentale” (e infatti non sarebbe legittima una legge che ne disponesse puramente e semplicemente la cancellazione), ma solo implica la necessità di una sua “conversione” entro un orizzonte di valori che ha nella dignità umana (e non nel censo) il suo centro. Per approfondimenti sulla nozione di “diritti fondamentali”, v. A. RUGGERI (*Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta online*, fasc. II, 2016, 263 ss.), per il quale essi sono espressione dei bisogni elementari di ciascun essere umano e costituiscono condizioni indispensabili per un'esistenza libera e dignitosa.

³⁷ M. LUCIANI (*op. ult. cit.*, 2015), dove si legge per l'appunto del «significato profondo della scelta costituzionale di fondare proprio sul lavoro la novella Repubblica democratica», nonché (*ibidem*, 2029) della centralità antropologica, etica ed economica del lavoro in Costituzione.

³⁸ T. MARTINES, *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 178.

³⁹ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Napoli, 2015, 295, 297 ss. Come noto, lo scritto del chiaro Autore venne pubblicato per la prima volta nel 1952.

⁴⁰ L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2016, 57.

⁴¹ R. DE STEFANO, *Libertà privata e potere pubblico nell'art. 41 della Costituzione*, in AA.VV., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, cit., 186.

dell'Unione europea, molto, in fatto di politiche economiche e sociali, dipenda ormai da scelte prese a livello sovranazionale: questo, però, non deve comportare una deresponsabilizzazione dello Stato⁴².

Il modo in cui il potere economico influisce oggi sulla sfera politica finisce per rischiare di falsare i meccanismi di partecipazione politica. In un contesto globale caratterizzato da crescente disegualianza, anche in contesti democratici⁴³, sarebbe bene che le istituzioni tutte ne tenessero adeguatamente conto. Altrimenti, ad essere ottimisti, il rischio è di transitare dalla discrezionalità del legislatore, nel rispetto dei valori costituzionali, alla legge dei mercati (che alla fine «decidono tutto»⁴⁴). L'alleanza con il capitalismo ha consentito al costituzionalismo di affermarsi, ma non equivale alla loro identificazione.

⁴² Con riferimento ai rapporti tra Stati membri e Unione europea, ha osservato M. LUCIANI (*Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 5) che «sono gli stessi Stati (o meglio: i loro Governi) che hanno interesse ad alimentare la credenza nella fine della loro sovranità, per scaricare altrove la responsabilità politica delle scelte che compiono», il che si verifica anzitutto nel campo delle riforme economiche e sociali.

⁴³ T. PICKETTY, *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge (Mass.)-London, 2014, 24. In Italia si discute della soglia minima di reddito, ma forse dovrebbe riprendersi il discorso sulla soglia massima: mentre la distanza, in termini economici, tra la stragrande maggioranza dei cittadini, fra loro, è colmabile (ancorché dal meno al più abbiente certo significativa) nel giro di una generazione o poco più, quella tra questi e i pochi o pochissimi che usufruiscono delle concentrazioni realmente significative di ricchezza è di fatto incolmabile. Conseguentemente il potere che le famiglie dei *top earners* possono esercitare in ambito politico rischia di essere senza limiti.

⁴⁴ Così, ironicamente, G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Torino, 2015, 392.