

DIRITTI SOCIALI, LIBERTÀ ECONOMICHE E  
PREVEDIBILITÀ NELLA PIÙ RECENTE  
GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COST.  
(NN. 125 E 183/2022) IN MATERIA DI  
LICENZIAMENTO

di **MARCO MARAZZA**

*Approfondimento del 07 ottobre 2022*

ISSN 2420-9651

*Chiamati ad una riflessione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha riscritto l'apparato sanzionatorio del licenziamento ingiustificato ([Corte cost. nn. 194/2018; 150/2020; 59/2021; 125/2022; 183/2022](#)) la prima sensazione che se ne ricava è la conferma che questa stagione della Corte ha, anzitutto, il merito di aver segnato la strada per una più matura integrazione del nostro ordinamento nel sistema sovranazionale.*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La prospettiva della paritaria coesistenza di diritti e libertà a partire dall'art. 52 della CDFUE - 3. L'incostituzionalità della formula della “manifesta insussistenza” e l'alternativa valoriale della sua interpretabilità - 4. Dalla valutazione del “comportamento” e delle “condizioni” delle parti all'apprezzamento della “manifesta insussistenza”: il tema della gradazione della tollerabilità della indeterminatezza applicativa della norma - 5. Prevedibilità della norma e libertà economiche, oltre il parametro dell'art. 3 Cost. - 6. Piccola impresa, regime sanzionatorio e contenuto essenziale delle libertà economiche

## 1. Premessa

Chiamati ad una riflessione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha riscritto l'apparato sanzionatorio del licenziamento ingiustificato ([Corte cost. nn. 194/2018](#); [150/2020](#); [59/2021](#); [125/2022](#); [183/2022](#)) la prima sensazione che se ne ricava è la conferma che questa stagione della Corte ha, anzitutto, il merito di aver segnato la strada per una più matura integrazione del nostro ordinamento nel sistema sovranazionale. Non solo con il riconoscimento del valore della Carta sociale europea per il tramite dell'[art. 117 Cost.](#) ([Corte cost. 120](#) e [194/2018](#); [183/2022](#)) ma anche, e soprattutto, per aver messo a punto il meccanismo della doppia pregiudizialità ([Corte cost. 269/2017](#); [20](#) e [63/2019](#); [11/2020](#); [182/2021](#)) che consente alla Corte, ove adita in via prioritaria, tramite gli [artt. 11](#) e [117 Cost.](#), di valutare la conformità di norme interne (anche) alle fonti euro-unitarie [1] e di abrogarle se ritenute in contrasto. Ovvero, se necessario, di sollevare essa stessa la questione pregiudiziale ai sensi dell'[art. 267 TFUE](#) così ponendo le basi per un costruttivo dialogo con la CGUE. È un assetto che consentirà di riscrivere il diritto del lavoro in una prospettiva, virtuosa, culturalmente, e tecnicamente, *connessa* alla dimensione sovranazionale.

## 2. La prospettiva della paritaria coesistenza di diritti e libertà a partire dall'art. 52 della CDFUE

Ma se dal generale passiamo al dettaglio – e con il dovuto rispetto istituzionale focalizziamo l'attenzione sul contenuto delle sentenze che hanno progressivamente riscritto il regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato – resta forte la sensazione che, proprio nella stagione che proietta il nostro ordinamento in una più consistente prospettiva sovranazionale, la Corte, anche grazie all'utilizzo della Carta sociale europea, procede spedita nel percorso di progressiva espansione dei diritti dei lavoratori con un approccio argomentativo che non sembra adeguatamente considerare il valore – sia interno che sovranazionale – delle libertà economiche.

**2.1.** Colpisce, in particolare, che nelle motivazioni delle sentenze di cui ci stiamo occupando manchi un riferimento agli [artt. 41 Cost](#) e [16 CDFUE](#) e ciò, a maggior ragione, quando: *a*) la [CDFUE, all'art. 52](#), pone sullo stesso piano “diritti” e “libertà” precisando che “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previsti dalla legge e rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà”; *b*) la nostra Costituzione, nel raccordo tra gli [artt. 2](#),

[4](#) e [41 Cost.](#), valorizza la dimensione oggettiva della libertà economica e, cioè, il valore di utilità sociale che l'impresa di per sé esprime, se posta nelle condizioni di operare secondo criteri di economicità, quale strumento che concorre al benessere collettivo [2].

**2.2.** È una prospettiva, quella della dimensione paritaria di diritti sociali e libertà economiche [3], orientata alla conservazione del contenuto essenziale degli uni e delle altre, che nel nostro ordinamento incontra una certa resistenza. Anche per questo motivo, a maggior ragione se consideriamo l'impatto che determina il valore attribuito alla Carta sociale europea (nella sua interezza incentrata sul riconoscimento di diritti), vorrei utilizzarla come chiave di lettura delle recenti sentenze [Corte cost. nn. 125 e 183](#) del 2022.

### **3. L'incostituzionalità della formula della “manifesta insussistenza” e l'alternativa valoriale della sua interpretabilità**

Per [Corte cost. n. 125/2022](#) il fatto che qualifica l'essenza del giustificato motivo oggettivo, la cui manifesta insussistenza nella intenzione del legislatore avrebbe dovuto comportare l'applicazione della sanzione della reintegrazione, si compone di tre elementi: l'esigenza organizzativa, il nesso causale tra quella esigenza e la risoluzione del rapporto di lavoro e l'impossibilità di assegnare il lavoratore ad altra posizione di lavoro. Orbene, senza voler indugiare sul fatto che questo terzo elemento non è contemplato dalla lettera della legge che delinea la fattispecie del giustificato motivo oggettivo ([art. 3 della legge n. 604 del 1966](#)), può essere condivisibile che la verifica del parametro della “manifesta” insussistenza di un fatto si presti, come rilevato dalla sentenza, ad una eccessiva discrezionalità interpretativa. Ciò non di meno, in modo altrettanto chiaro, va detto che nulla avrebbe impedito alla Corte, in alternativa alla dichiarazione di incostituzionalità dell'[art. 18, comma 7, della legge n. 300 del 1970](#), di interpretare, e così definitivamente precisare, la portata del concetto di “manifesta insussistenza” onde delimitarne la variabilità applicativa. Ad esempio, specificando che la “manifesta insussistenza” è configurata solo quando mancato tutti e tre gli elementi costitutivi del fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo, ricostruito con meritoria precisione dalla stessa Corte o, forse meglio, perché il risultato sarebbe certamente più equilibrato, quando manca anche solo uno dei primi due elementi (e, cioè, quando manca l'esigenza organizzativa o il nesso causale tra quella esigenza e la risoluzione del rapporto di lavoro) [4].

**3.1.** Se ne ricava che la scelta di concludere per la incostituzionalità dell'[art. 18, comma 7](#), dello Statuto non è una conseguenza obbligata della incerta portata interpretativa della formula della “*manifesta insussistenza*” scelta dal legislatore del 2012. Piuttosto, assumendo come corretta la valutazione di eccessiva indeterminatezza di quella soluzione legislativa, la conclusione cui è pervenuta la Corte, rinunciando ad ogni sforzo interpretativo, è il frutto di una precisa scelta valoriale. Una scelta indubbiamente legittima che da ulteriore consistenza alla tendenza espansiva dei diritti di cui si diceva. Ma che colpisce, se guardiamo l'apparto argomentativo, per l'assenza di riferimenti argomentativi alle libertà economiche, se mai da valorizzare nella loro dimensione oggettiva [5], che per effetto di quella scelta valoriale restano, in qualche modo, comunque compresse [6].

#### **4. Dalla valutazione del “comportamento” e delle “condizioni” delle parti all'apprezzamento della “manifesta insussistenza”: il tema della gradazione della tollerabilità della indeterminatezza applicativa della norma**

Se, poi, il parametro di valutazione della insussistenza del fatto (la “*manifesta insussistenza*”) risulta per la Corte eccessivamente indeterminato, causa incertezze applicative e si presta ad apprezzamenti imprevedibili e mutevoli (così [Corte cost. 125/2022](#)), resta il dubbio se siffatta imprevedibilità sia così diversa da quella che caratterizza il criterio, più volte invocato dalla stessa Corte costituzionale per la sua portata sistematica, oltre che dal legislatore ([art. 8, legge 604/1966](#); [art. 18, comma 5, legge n. 300/1970](#)), che consente al giudice di graduare la sanzione del licenziamento illegittimo valutando, tra l'altro, il “comportamento” e le “condizioni delle parti” [7]. C'è da chiedersi, in altri termini, se valutare la manifesta insussistenza del fatto che qualifica il giustificato motivo oggettivo sia così differente dalla valutazione che attiene al comportamento delle parti per la quantificazione di un'indennità risarcitoria tra il valore minimo e quello massimo di legge.

**4.1.** Del resto, se partiamo dall'assunto che l'apparato sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi (ma non nulli) è unitario, se pur composto da sanzioni di carattere economico (indennizzo) ed altre di natura ripristinatoria (reintegrazione) e, dunque, in una scala unitaria orientata a graduare la sanzione sulle base delle circostanze del caso concreto parte dalla sanzione indennitaria minima per arrivare alla

reintegrazione (diverso è il caso del licenziamento nullo, per il quale c'è solo la reintegrazione), non si può fare a meno di notare che anche in altre occasioni l'approccio della Corte non sempre è risultato pienamente convincente.

**4.2.** Colpisce, ad esempio, [Corte cost. n. 59 del 2021](#) [8] che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'[art. 18, settimo comma, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300](#), nella parte in cui prevede che il giudice ... può altresì applicare la sanzione della reintegrazione stante il potere di valutazione eccessivamente discrezionale che sarebbe a lui rimesso in assenza di “elementi oggettivi”, rispetto al caso concreto. Il ragionamento anche in quel caso si riferisce espressamente al rischio di amplificare “*le incertezze del sistema*” [9]. Ma guardando al merito della soluzione trovata dalla Corte non può passare inosservata una certa asimmetria tra questa sentenza e la precedente [Corte Cost. n. 194 del 2018](#) [10] che, invece, nel dichiarare incostituzionale l'[art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015](#), ha ritenuto possibile affidare al giudice il potere di quantificare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente licenziato disponendo che “nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'[art. 1, comma 7, lett. c\) della legge n. 183 del 2014](#) e che ispira il disegno riformatore del [d.lgs. n. 23 del 2015](#) – nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)” [11].

**4.3.** Ond'è che, a ben vedere, visto che quei criteri sono desumibili proprio “dalla disciplina limitativa dei licenziamenti”, e sempre partendo dall'assunto che il sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo (ma non nullo) sia unico se pur articolato in sanzioni indennitarie e ripristinatorie (vedi sopra al n. 4.1.), resta il dubbio di sapere se quei medesimi criteri avrebbero potuto guidare il giudice nel disporre o meno la sanzione della reintegrazione ai sensi dell'[art. 18, comma 7](#), dello Statuto. In altri termini, allorquando la legge stabilisce che il Giudice “può” disporre la reintegrazione attribuisce all'interprete un arbitrio inaccettabile ma anche quella formulazione, seguendo una diversa opzione valoriale, poteva essere in via interpretativa ricondotta ad

un criterio di ragionevolezza richiamando l'applicabilità dei criteri desumibili dal sistema e cioè dei criteri che fanno riferimento anche al comportamento e alle condizioni delle parti. Ciò tenuto conto che il concetto di condizione delle parti fa riferimento, da un lato, alla condizione di sotto protezione del lavoratore, ma, dall'altro, anche alla condizione di sostenibilità della sanzione rispetto alle esigenze della libertà di iniziativa economica.

## **5. Prevedibilità della norma e libertà economiche, oltre il parametro dell'art. 3 Cost.**

Per la Corte le disposizioni che si prestano ad interpretazioni eccessivamente variabili e discrezionali sono incostituzionali per contrasto con l'[art. 3 Cost.](#) ([Corte cost. n. 125/2022](#)). Ma sempre nella chiave di lettura prescelta per questo contributo (e dichiarata sopra al 2.1. e 2.2.) non è marginale evidenziare che il riferimento costituzionale all'[art. 3 Cost.](#) per sindacare la legittimità di norme eccessivamente aperte non è esaustivo perché, a ben vedere, non considera che anche il riconoscimento delle libertà economiche, tanto nell'ordinamento interno che sovranazionale, impone un adeguato livello di prevedibilità della norma.

**5.1.** Per la Corte di giustizia, ad esempio, il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche è rispettato a condizione che i limiti posti dal legislatore nazionale, a prescindere dalla loro intensità di merito, non siano “formulati in maniera generica e imprecisa” (punto 99). Ciò in quanto i limiti “che non sono precisi e non riposano dunque su condizioni oggettive e controllabili, vanno oltre quel che è necessario per conseguire gli obiettivi indicati e non possono pertanto soddisfare quanto esige il principio di proporzionalità” (punto 100), violando, peraltro, gli [artt. 49 del TFUE](#) e la libertà d'impresa sancita dall'[art. 16](#) della Carta (punti 102-103) (Sentenza della Grande [Sezione della CGUE del 21 dicembre 2016 C-201/15](#)). Ma rinviando per più approfondite argomentazioni ad un precedente e più documentato scritto [12], sia qui sufficiente ricordare che il vincolo di prevedibilità si può (e deve) ricavare direttamente dai principi “di libertà e programmazione sanciti dall'[art. 41 Cost.](#)” [13]. Lo si può ricavare anche dalla passata giurisprudenza della Corte costituzionale per la quale “l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato (...)” potendo generare, se carente, “inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli

interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva recando danno alla stessa utilità sociale” ([Corte Cost. n. 200/2012](#)) [14].

**5.2.** In breve, e senza voler tornare su cose già dette [15], se è profondamente vero che una norma, soprattutto se giuslavoristica, e quindi orientata alla tutela di diritti della persona che lavora, deve essere sufficientemente chiara e prevedibile per proteggere i lavoratori evitando ingiustificate differenziazioni ([art. 3 Cost.](#)) è altrettanto vero che la medesima chiarezza e stabilità applicativa è dovuta anche a tutela delle libertà economiche ([art. 41 Cost](#) e [16 CDFUE](#)). È importante esserne consapevoli perché partendo da tale assunto potrebbe risultare meno distante il livello di discrezionalità affidato dal legislatore al giudice nel valutare la “*manifesta insussistenza*” del fatto posto a base del licenziamento per ragioni economiche rispetto a quello esercitato, sempre dal giudice, nel valutare, solo per fare qualche esempio, i requisiti dell'autonomia funzionale e della preesistenza che qualificano la fattispecie del ramo di azienda ([art. 2112 c.c.](#)) [16] o, per altro verso, i criteri di scelta dei lavoratori coinvolti in una procedura di riduzione del personale [17].

## **6. Piccola impresa, regime sanzionatorio e contenuto essenziale delle libertà economiche**

Con la [sentenza n. 183/2022](#) la Corte, invocati gli [artt. 1, 4](#) e [35 Cost](#) e l'[art. 24 Carta sociale europea](#), rileva l'inadeguatezza del regime sanzionatorio indennitario riservato ai datori di lavoro di piccole dimensioni dall'[art. 9 del d.lgs n. 23 del 2015](#) sia sotto il profilo della rigida quantificazione del danno (compreso tra 3 e 6 mensilità) che del criterio di misurazione della forza economica dell'impresa (basato esclusivamente sulla dimensione occupazionale). Ma la sentenza dichiara inammissibile la prospettata questione di incostituzionalità invitando il Legislatore – prioritariamente investito del compito di scegliere i mezzi più congrui per conseguire un fine costituzionalmente necessario – ad intervenire, tempestivamente, per riscrivere le tutele in esame.

**6.1.** La rigidità del meccanismo sanzionatorio introdotto dall'[art. 9 del d.lgs. n. 23 del 2015](#) è piuttosto evidente e si apprezza agevolmente anche solo raffrontando quella disposizione con la maggiore elasticità dell'[art. 8 della legge n. 604 del 1966](#) (pur non potendosi trascurare, a dire il vero, che il licenziamento più gravemente viziato, perché nullo, già oggi sarebbe sanzionato con la reintegrazione). Ma a prescindere dal merito

va evidenziato che il giudice remittente riteneva di aver puntualmente indicato l'intervento a suo giudizio idoneo a porre rimedio ai denunciati vizi di incostituzionalità, identificandolo nella estensione alle piccole imprese del regime sanzionatorio applicabile a quelle più grandi. Tale prospettazione, almeno agli occhi di chi scrive, pone palesemente un problema di tutela del contenuto essenziale della libertà economica (calata nello specifico contesto delle piccole imprese) ma la questione non è stata considerata dall'apparato argomentativo della sentenza della [Corte costituzionale n. 183 del 2022](#) e se ne avverte la mancanza (visto il monito ad intervenire senza indugio rivolto, dalla medesima Corte, al Legislatore).

**6.2.** Sia comunque utile ricordare che il contenuto essenziale della libertà economica certamente non può essere identificato, come faceva la prima giurisprudenza in materia di limiti esterni del diritto di sciopero, nella tutela della salvaguardia dell'integrità fisica degli impianti (Cass. n. 711/1980). Il contenuto essenziale della libertà economica lo dobbiamo piuttosto ricavare non solo dall'evoluzione giurisprudenziale che, sempre in materia di sciopero, avverte la necessità di salvaguardare l'organizzazione aziendale intesa come struttura finalizzata al conseguimento di un risultato economico nel quadro generale della produzione e del mercato ([Cass. n. 24653 del 2015](#)), ma anche dalla stessa evoluzione della legislazione. A partire dalla disciplina della crisi d'impresa e della prevenzione della crisi d'impresa, pacificamente orientata alla salvaguardia dell'equilibrio economico dell'impresa [18].

*Il contributo raccoglie e riordina le considerazioni esposte in occasione dell'intervento al seminario “L'[art. 18 Stat. Lav.](#) e Corte Costituzionale, l'erosione continua ...”, organizzato da AGI Lazio il 28 settembre 2022.*

### **Riferimenti bibliografici**

[1] In particolare, il riferimento è alla Carta fondamentale dei diritti dell'unione europea, M. Cartabia *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Seminario 60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti supreme italiane” tenutosi il 25 maggio 2017 a Roma presso il Palazzo della Consulta, sede della Corte costituzionale, 2.

[2] Per una più strutturata riflessione sul valore costituzionale della libertà economica e sul suo contenuto essenziale, soprattutto nella prospettiva oggettiva del valore sociale dell'impresa intesa come entità che concorre al benessere collettivo ([artt. 2, 4 e 41 Cost.](#)), nonché sugli effetti che se ne possono ricavare in termini di vincolo di prevedibilità della normativa di bilanciamento, si rinvia a M. Marazza, *Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa*”, in *Il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*, XX Congresso nazionale AIDLASS, Taranto 28-30 ottobre 2021, pp. 191-245, Milano, 2022.

[3] M. Marazza, ult. op. cit.

[4] Si veda [Cass. 6 luglio 2022, n. 21470](#).

[5] M. Marazza, ult. op. cit.

[6] Esemplificativo, in tal senso, il caso di [Cass. ord. n. 21470/2022](#) che dopo la sentenza della [Corte cost. n. 125 del 2022](#) cassa con rinvio la pronuncia della Corte di Appello di Brescia che, prima che la Corte cost. si pronunciasse, aveva dichiarato illegittimo per violazione dell'obbligo di *repechage* il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato da un datore di lavoro che presentava una oggettiva e comprovata situazione di esubero di personale dovuta ad una perdita di appalto con condanna dell'impresa al pagamento di una indennità risarcitoria. Ciò quando la violazione dell'obbligo di *repechage* era riferita ad un caso di assunzione di risorse con profilo diverso ed inferiore rispetto a quello posseduto dal dipendente licenziato. Non può essere questo un caso di insussistenza, e non manifesta insussistenza, del giustificato motivo oggettivo idoneo a giustificare la sanzione indennitaria in capo all'impresa che affronta un percorso di riconversione organizzativa?

[7] Si soffermano sulla valutazione del comportamento e delle condizioni delle parti, [Corte d'Appello Ancona, Sez. lavoro, 13 giugno 2019, n. 182](#); [Tribunale Roma, Sez. IV, 19 maggio 2020, n. 2503](#) Tribunale Vicenza, Sez. lavoro, Sent., 05/08/2019, n. 304;

[Tribunale Bergamo, Sez. lavoro, 21 marzo 2019, n. 201](#); Tribunale Ragusa, Sez. lavoro, 8 febbraio 2019, n. 136.

[8] Per alcuni commenti alla sentenza, M. T. Carinci, *La sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale: road map per una riforma?*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2021, pp. 289-300; C. Cester, *La Corte costituzionale sul licenziamento per g.m.o. [giustificato motivo oggettivo]: più spazio per la tutela reale in caso di illegittimità*, in *Lav. giur.*, 2021, pp. 605-613; V. Di Cerbo, *La disciplina del licenziamento nel prisma della Corte costituzionale. Valori, razionalità, sistema*, in *Lav. dir. eur.*, n. 3/ 2021; S. Varva, *Dibattito istantaneo sulla sentenza della Corte costituzionale 1° aprile 2021 n. 59*, in *Lalabor.it*, 28 aprile 2021; V. Ferrante, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, pp. 509-514.

[9] [Corte cost. n. 59 del 2021](#).

[10] Tra i diversi contributi, M.V. Ballestrero, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015. Ma crescono davvero le tutele dopo l'intervento della Corte?* in *Lav. Dir.*, 2019, p. 243 ss.; A. Bellavista, *Discutendo con Carlo Cester su alcuni profili delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in Tremolada M., Topo A. (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa, Liber amicorum Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 2019, p. 957; Carinci F., *All'indomani della Corte cost. n. 194/2018*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2019, p. 477; Carinci M.T., *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona"it, 378/2019, 15 ; De Luca Tamajo R., *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *Dir.Lav.Merc.*, 2018, p. 634; Ichino P., *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2018, pp.1050- 1059; Maresca A., *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la Corte cost. 194/2018*, in *DRI*, 2019, p. 228; Novella M., *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, 2019, 2, pp. 287-303; C. Zoli, *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".It – 428/2020 ; Zoppoli A., *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in

*Dir.Lav.Merc.*, 2019, p. 219; Zoppoli L., *Il licenziamento “de-costituzionalizzato”*: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta, in *Dir.Rel.Ind.*, 2019, 1, p. 277 .

[11] Si legge poi nella citata sentenza che “*tale discrezionalità si esercita (..)all'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa*”.

[12] M. Marazza, *Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa*”, op. cit.

[13] M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività*, op.cit., pp. 20-23; tra le disposizioni costituzionali sul diritto all'affidamento l'autore individua l'[art. 41, primo comma, Cost.](#) come, tra l'altro, affermato dalla [Corte cost. n. 155 del 1990](#). L'individuazione (anche) nell'art. 41 primo comma del diritto all'affidamento era stata prospettata anche da G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, 1961, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, p. 174.

[14] Si veda anche [Corte cost. n. 70 del 2013](#) che non censura direttamente la qualità della legislazione, ma gli effetti che la stessa produce in termini di violazione di un altro bene giuridico costituzionalmente garantito. Sul punto, Gometz G., *La Certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, p. 279.

[15] M. Marazza, *Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore sociale dell'impresa*”, op. cit.

[16] Per una ricostruzione del tormentato intreccio tra fonti e giurisprudenza sia consentito rinviare a M. Marazza, *Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 2, 2018, p. 388 ss. Ciò che qui si vuole ricordare è l'estrema volubilità di concetti quali “autonomia funzionale” e, soprattutto, “preesistenza” del ramo di azienda. Quanto al tema della preesistenza va chiaramente detto, come del resto più volte ricordato dalla giurisprudenza comunitaria (si veda [CGUE, 6 marzo 2014, C-458/12](#); [CGUE, 6 settembre 2011, C-108/10](#)), che ai sensi dell'[art. 1 della direttiva n. 23 del 2001](#) è considerato trasferimento di azienda quello che ha ad oggetto un'entità economica “*che conserva la propria identità*” (e che, dunque, esiste anche prima del trasferimento) e che sia dotata di una forma di autonomia che può essere conservata o meno dal cessionario per effetto del trasferimento ([art. 6 direttiva 23/2001](#)). Ciò non di meno sempre per la Corte di giustizia “[l'art. 1, paragrafo 1, lett. a\) e b\), della direttiva](#)

[2001/23/CE](#) del Consiglio, del 12 marzo 2001,( .), deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale..., la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento" ([CGUE, 6 marzo 2014, C-458/12](#); [Cass. n. 4601 del 2015](#)).

[17] Si pensi, ad esempio, alla questione relativa alla possibilità, per il datore di lavoro, di delimitare il processo di riorganizzazione aziendale, e quindi anche la platea delle eccedenze, ad una specifica unità produttiva o area aziendale. Seppur la possibilità di realizzare tale limitazione costituisca in teoria principio ormai consolidato ([Cass. n. 12040 del 2021](#); [Cass. n. 21306 del 2020](#); [Cass. n. 32387 del 2019](#); [Cass. n. 22178 del 2018](#); [Cass. n. 4678 del 2015](#); [Cass. n. 2429 del 2012](#)), resta incerta, ed esposta ad una ad un non trascurabile livello di discrezionalità giudiziale, la consistenza delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative che, in concreto, consentono di circoscrivere la ristrutturazione ad una determinata unità produttiva ([Cass. n. 12040 del 2021](#); [Cass. n. 19416 del 2020](#), [Cass. n. 21886 del 2020](#)). Ulteriore questione da sempre aperta e soggetta ad oscillazioni giurisprudenziali è quella inerente ai criteri, quantitativi (nel senso anche di cronologici) e/o qualitativi, che portano a delimitare, o ad ampliare, la professionalità dei lavoratori da considerare ai fini della verifica della loro fungibilità. La questione, anche in questo caso, sembrerebbe consolidata in seno alla giurisprudenza di legittimità se non fosse che, di volta in volta, la Suprema Corte, al fine di valutare la legittimità dell'operazione attuata dal datore di lavoro adotta, per valutare la professionalità dei lavoratori coinvolti, criteri non consentono di orientare in modo adeguatamente prevedibile le scelte dell'impresa, quali: lo svolgimento di “mansioni assolutamente identiche a quelle ordinariamente svolta anche in altri reparti” ([Cass. n. 12040 del 2021](#)); il possesso di “professionalità specifiche, infungibili rispetto alle altre” ([Cass. n. 32387 del 2019](#)); la “autonomia e specificità delle professionalità utilizzate” in un determinato ramo ([Cass. n. 19105 del 2017](#)); “l'omogeneità delle mansioni svolte tra le lavoratrici di tutte le unità produttive” ([Cass. n. 4678 del 2015](#)) la sussistenza di “acquisite esperienze per pregresso e frequente svolgimento della propria attività in altri reparti dell'azienda con positivi risultati” ([Cass. n. 13783 del 2006](#)).

[18] Sul contenuto essenziale della libertà economica come garanzia di “economicità” dell'attività, si rinvia a M. Marazza, *Il diritto del lavoro per la sostenibilità del valore*

*sociale dell'impresa"*, op. cit.