



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2016
REFERENDUM E APPELLI AL POPOLO

La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche

di GIORGIO FONTANA

LA RIFORMA DEL LAVORO,
I LICENZIAMENTI E LA COSTITUZIONE
RIFLESSIONI CRITICHE

di *Giorgio Fontana*
Professore ordinario di Diritto del Lavoro
Università «Mediterranea» di Reggio Calabria

ABSTRACT

ITA

L'articolo si occupa della nuova disciplina dei licenziamenti individuali introdotta in Italia con le riforme del lavoro del Governo Renzi. L'autore discute la costituzionalità delle nuove norme a partire da una ricostruzione storica della giurisprudenza della Corte costituzionale. LE conclusioni sono molto critiche sia per le ingiustificate differenze di trattamento create dalla nuova normativa che per la regressione di tutele e diritti interconnessi con i principi della prima parte della Costituzione.

EN

This paper deals with the individual layoff legislation recently introduced in Italy by the government led by Renzi. The author evaluates whether new rules comply with the constitutional law in the light of an historical review of the constitutional court jurisprudence. He judges the new legislation inconsistent with the constitutional law on two different grounds: first, because it will treat analogous case in an unjustifiably different manner; second, workers' rights protected by the first part of the constitutional law.

**LA RIFORMA DEL LAVORO,
I LICENZIAMENTI E LA COSTITUZIONE
RIFLESSIONI CRITICHE**

di *Giorgio Fontana*

SOMMARIO: *1. La riforma del lavoro e la Costituzione. Una discussione necessaria; 2. Tornando alle origini. Le prime decisioni della Consulta sui licenziamenti individuali: il recesso ad nutum; 3. Considerazioni a margine su alcune questioni attuali relative al sistema rimediabile e alla discrezionalità legislativa; 4. Le differenze di trattamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale: a) il problema del campo di applicazione (art. 11 l. n. 604/1966; art. 35 l. n. 300/1970); b) il problema delle categorie escluse; 5. Il regresso delle tutele: è solo questione di ragionevolezza; 6. Che valore ha l'uguaglianza per il legislatore italiano?; 7. Conclusioni e brevi osservazioni sul (prossimo) referendum.*

1. La riforma del lavoro e la Costituzione. Una discussione necessaria

Dopo il “caos calmo” subentrato alle riforme del Governo Renzi è giunta l'epoca del risveglio¹?

A voler credere a questo parallelo con il romanzo di Veronesi il referendum costituzionale del 4 dicembre ne rappresenterebbe certo il segnale più evidente. Ma il “risveglio” potrebbe riguardare anche le riforme del diritto del lavoro approvate in questa legislatura. Fonti autorevoli manifestano con senso critico crescente notevoli perplessità sull'efficacia del *Jobs Act* - soprattutto della neo-disciplina dei licenziamenti, che ha di fatto abolito l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori per i nuovi assunti - e azioni molto concrete vengono ora intraprese dalla principale confederazione sindacale (la Cgil) con un'iniziativa

¹ L'analogia fra quanto accaduto in Italia dopo la “perdita” dell'art. 18 dello Statuto e la situazione del protagonista del romanzo di Sandro Veronesi, *Caos calmo*, pubblicato nel 2005 per i tipi della Bompiani e successivamente portato sul grande schermo da Moretti, potrebbe non essere solo apparente.

referendaria finalizzata, questa volta, all'abrogazione in toto della nuova normativa (che, a questo punto, non può escludersi si traduca in una nuova battuta d'arresto per le riforme del Governo Renzi, dopo che anche la riforma Madia sulla pubblica amministrazione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla recentissima sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale)².

Sono riscontri oggettivi (e non valutazioni soggettive pregiudizialmente critiche) a revocare in dubbio la *ratio* stessa di questo intervento così discusso³, progettato fra l'altro all'interno di circoli molto ri-

² Oggetto del prossimo referendum (che dovrebbe tenersi nella primavera del 2017) è l'abrogazione del d. lgs. n. 23/2015, che ha introdotto il cosiddetto contratto a tutele crescenti, che tuttavia altro non è se non una nuova (e peggiorativa) disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti (e cioè per i giovani, in massima parte), escludendosi, se non in casi residuali e molto limitati, la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di recesso illegittimo del datore di lavoro, sostituita dal pagamento al lavoratore di una somma pari, nel massimo, a due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio. Resta ferma in caso di licenziamento discriminatorio o nullo la reintegrazione e il risarcimento dei danni integrale (con pagamento di tutte le retribuzioni), mentre per il licenziamento illegittimo (cioè privo di giusta causa o di giustificato motivo) in un solo caso (ma si tratta di un caso-limite) il giudice può disporre la reintegrazione, con risarcimento ridotto. I quesiti referendari, che interessano anche le norme che hanno introdotto il sistema dei *voucher* per l'assunzione di lavoratori e alcune norme in materia di appalto, possono leggersi sul sito web della Cgil. Si tratta probabilmente degli aspetti più discutibili dell'attuale regolamentazione legislativa vigente nel settore privato.

³ Si veda, fra i primi a commentare negativamente gli effetti della riforma, LUCA RICOLFI, *Il mercato del lavoro e l'enigma che non c'è*, in *IlSole24ore* del 7/2/2016, basandosi sui dati INPS e ISTAT relativi al deludente andamento occupazionale nel 2015, per concludere in modo molto netto che il problema non sono i vincoli normativi per le imprese ma «la portante dell'economia italiana... da diversi anni la riduzione progressiva della base produttiva... con una distruzione pressappoco costante di posti di lavoro a tempo indeterminato». Più recentemente si vedano i dati "estivi" dell'Osservatorio della precarietà istituito dall'INPS relativi al primo semestre 2016 (una sintesi è pubblicata dal Corriere della Sera del 26 agosto 2016), che dimostrano uno scarso se non nullo incremento di occupazione a tempo indeterminato (addirittura con un saldo negativo al Meridione, tanto da far parlare di un flop del *jobs act* in queste regioni) ed ancora un primato dei contratti precari su quelli stabili, oltre ad un vero e proprio boom di voucher (oltre 69 milioni). Le stesse statistiche sul mercato del lavoro pubblicate dal Ministero del Lavoro a settembre 2016 rilevano un crollo, nei primi sei mesi del 2016, dei contratti a tempo indeterminato (quasi il 30% in meno rispetto al 2015) e, dato ancor più preoccupante, un aumento dei licenziamenti nel secondo trimestre 2016 di oltre il 7% rispetto allo stesso periodo 2015 (i dati sono riportati sul Corriere della Sera del 9 settembre 2016, mentre un'attenta analisi per il Meridione è quella di N. SANTONASTASO in *Il Mattino* del 10 settembre 2016). Situazione, questa, ancora più recentemente confermata dalla pubblicazione dei dati INPS sull'andamento occupazionale negli ultimi 12 mesi (resi noti dai principali organi di stam-

stretti, facendo a meno delle “risorse” di consenso sociale che accompagnano in genere i provvedimenti sul lavoro⁴. Il provvedimento legislativo ha ricevuto, a voler essere onesti, più critiche che consensi⁵, e pur non essendo scopo di questo lavoro discutere la questione dal punto di vista sociologico o economico non si può non sottolineare il paradossale di una “rivoluzione” copernicana fatta in nome delle giovani generazioni ma in cui s’intravede troppo poco o quasi niente di quella solidarietà intergenerazionale tanto invocata (e di fatto sempre elusa⁶). Non va in questa direzione il contratto di lavoro a tutele crescenti ed implicitamente lo “confessa” la sua stessa disposizione applicativa,

pa: si vedano il Corriere della Sera e la Repubblica del 19/10/2016), i quali dimostrano un significativo aumento di licenziamenti (oltre 30%) e una diminuzione dei contratti a tempo indeterminato. Il che, dunque, sembrerebbe confermare la diagnosi di RICOLFI di qualche mese prima (e di molti altri osservatori neutrali) sull’insuccesso della riforma dei licenziamenti e sull’effetto-doping della decontribuzione.

⁴ Come nota MAURIZIO FERRERA in un suo recente scritto il governo Renzi sembra aver puntato sull’isolamento piuttosto che sull’inclusione (v. M. FERRERA, *In mezzo al guado. Lo stil novo di Renzi e le politiche di lungo periodo*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2016, 1).

⁵ E’ sufficiente scorrere le cronache politiche e sindacali e i commenti dei più accreditati osservatori. Nella dottrina giuslavorista, invece, la riforma ha sollevato una discussione molto accesa con numerosi interventi critici (ma anche registrando posizioni adesive alle politiche del lavoro del governo Renzi) di cui non è possibile dar conto in questa sede dato il loro numero pressoché incalcolabile. Per una recente esposizione delle criticità più evidenti della riforma si veda però V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra costituzione e diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, 1, p. 111 ss.. Una delle disamine più complete è di C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in M. PERSIANI, F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. V, Cedam Padova 2015, ma anche in CSDLE “Massimo D’Antona” IT, n. 273/2015, a cui si rinvia pure per l’apparato bibliografico molto completo. Per una critica alla filosofia di fondo della riforma si può leggere, volendo, il mio *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell’uguaglianza*, in CSDLE “Massimo D’Antona” IT n. 276/2015.

⁶ cfr. G. AMATO, A. GRAZIOSI, *Grandi illusioni. Ragionando sull’Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013, per un’analisi molto chiara sul declino della società italiana. Per un accurato studio sulla condizione giovanile si vedano le ricerche dell’ISFOL e, in particolare, il recente volume *Crisi economica, lavoro e imprese. Il ruolo del capitale umano in Italia*, 2016, in particolare p. 15 ss. sul problema essenziale del rapporto fra lavoro e istruzione, lavoro e conoscenze, messo in evidenza anche dall’OCSE (v. il rapporto *Skills Outlook 2013: First Results from the Survey of Adult Skills*, reperibile sul sito web) ma completamente sottovalutato nelle politiche del lavoro del nostro paese.

che penalizza selettivamente proprio i più giovani (i “nuovi assunti”)⁷, richiamando alla mente quella caustica osservazione di Stiglitz sulla linea dei paesi che hanno adottato politiche di *austerity*, per cui, essendo a tutti noto che una delle principali cause della crisi economica è costituita dalle crescenti e ingiustificate diseguaglianze, si creano nuove diseguaglianze per combattere la crisi⁸. Nulla di più lontano da quella cornice volta a realizzare misure di investimento sociale, pur da tutti auspiccate, per promuovere una crescita duratura, equilibrata e sostenibile, che richiederebbe piuttosto, come dice bene Maurizio Ferrera, «la consapevolezza dell'imperativo di lungo periodo»⁹.

Il punto cruciale di questa contestata strategia è indubbiamente l'interversione dei modelli di regolazione del lavoro produttivo, secondo quella che potrebbe considerarsi una concretizzazione, seppure tardiva e forse criticabile nel merito, del disegno teorico della *flexicu-*

⁷ Si ricorda che la nuova normativa introdotta dal d. lgs. n. 23/2015, è applicabile soltanto ai lavoratori assunti successivamente alla sua entrata in vigore, ossia dal 7 marzo 2015, mentre ai lavoratori già occupati a quella stessa data continua ad applicarsi l'art. 18 l. n. 300/1970, così come riformato dalla l. n. 92/2012.

⁸ J.E.STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, 2012, trad. it. Einaudi Torino, 2013. Al di là del gioco di parole, i maggiori economisti *liberal* concordano, con dovizia di argomenti e dati, su come sia «difficile immaginare che un'economia e una società possano continuare a funzionare come se nulla fosse, con uno squilibrio così profondo tra i gruppi sociali» (per riprendere le parole di T. PIKETTY, *Il Capitale nel XXI secolo*, Bompiani ed., 2014, p. 455, con riferimento alla situazione dei paesi colpiti dalla crisi economica).

⁹ così M. FERRERA, *In mezzo al guado. Lo stil novo di Renzi e le politiche di lungo periodo*, cit., p. 51, secondo cui allo stato la parte più importante del *Jobs Act* sembra ridursi, fondamentalmente, in uno scambio fra riduzione delle tutele e incremento delle prestazioni assistenziali, eludendo la questione cruciale dei servizi e delle politiche per l'impiego (politiche davvero *future oriented*). Questione oggetto soltanto ora di alcuni provvedimenti legislativi di avvio di cui occorrerà saggiare l'operatività in concreto (si veda il d. lgs. n. 150/2015, istitutivo dell'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, e il d.P.R. 26 maggio 2016 n. 108, su cui M. ESPOSITO, *Servizi e politiche per il lavoro nell'attuazione del "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità*, in CSDLE “Massimo D'Antona” n. 306/2016, che ne considera l'efficacia condizione essenziale «di verifica della ragionevolezza costituzionale di gran parte delle novità che vengono proposte nell'ampia e ambiziosa delega di fine 2014»). Per una riflessione molto speranzosa ma giustamente propositiva sulle recenti linee d'intervento legislativo a sostegno del “welfare occupazionale”, v. B. CARUSO, <<The bright side of the moon>>: *politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, 2, p. 177 ss.

riety¹⁰. Ma è sulla disciplina dei licenziamenti che questa formula ambigua (che richiederebbe comunque un altro quadro normativo e forti investimenti pubblici, che ancora oggi non sono all’orizzonte: si pensi all’eterno rinvio del reddito di cittadinanza o analoghe misure) mostra il suo volto più duro, tanto più che la garanzia del posto di lavoro – più che la tutela del lavoratore – ha rappresentato per decenni l’unica garanzia di sicurezza in un sistema, come il nostro, caratterizzato da una bassa mobilità sociale¹¹. Innegabilmente, con il passaggio dalle misure di tipo ripristinatorio (la reintegrazione nel posto di lavoro introdotta dallo Statuto dei lavoratori del 1970) a quelle nuove di tipo “repressivo” (ossia solo risarcitorie, ma oltre tutto molto *soft*) si determina di fatto un ulteriore passo indietro dell’ordinamento rispetto ad una sfera di libertà dell’imprenditore, anche quando si esprime con modalità illegittime, svilendo in tal modo il regime vincolistico in materia di licenziamenti¹². L’ordinamento lavoristico, grazie alla l. n. 604 del 1966, esige infatti che in caso di licenziamento del lavoratore siano rispettate specifiche ed inderogabili causali autorizzatorie (giusta causa o giustificato motivo, soggettivo od oggettivo), ma incidere sul sistema rimediabile vuol dire indirettamente influire sulle stesse causali, pregiudicandone l’effettività¹³.

¹⁰ Per il quale si legga T. WILTHAGEN, E. TROS, *The concept of “flexicurity”: a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer*, 2004, 10, p. 166 ss.

¹¹ Con chiarezza, fra gli altri, G. TRAVAGLINI in un suo articolo sul quotidiano *La Repubblica* del 11/7/2016, *L’ascensore sociale va solo in discesa*. Per un approfondimento V. COMITO, N. PACI, G. TRAVAGLINI, *Un paese in bilico. L’Italia fra crisi del lavoro e vincoli dell’euro*, Ediesse ed., 2014.

¹² Lo sottolineava già MASSIMO D’ANTONA in *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, 1979, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 57 ma passim. Recentemente fra gli altri cfr. I. PAGNI, *L’effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, 2, p. 228.

¹³ Cfr. G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori fra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 3, p. 330; così pure V. BAVARO, M.D’ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2016, 3, ma pure in CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 305/2016).

In questo contesto già così problematico¹⁴ risaltano poi gli effetti divisivi all'interno delle comunità aziendali e fra i lavoratori, ma non solo, diventando le tutele un fattore virtualmente concorrenziale (nella logica perversa del *dumping*) fra le stesse imprese.

In sintesi si può dire che la scelta del legislatore è nel senso di apprestare e far coesistere diverse discipline di tutela, applicabili distintamente secondo criteri di differenziazione non sempre molto chiari¹⁵. La proliferazione di diverse tutele applicabili, frutto dello “smontaggio” della disciplina originaria, crea però un duplice ordine di problemi, sia in relazione alle differenze di trattamento così realizzate che alla stessa legittimità del regresso delle tutele in una materia così delicata dal punto di vista costituzionale¹⁶. Tutto ciò sollecita, evidente-

¹⁴ Per un'ampia ed esaustiva disamina delle questioni critiche sollevate dalla nuova normativa v. per tutti C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, cit.

¹⁵ Resta però straordinariamente immune da questo rimescolamento del quadro normativo il settore pubblico, a cui non si applicherebbe, secondo la giurisprudenza della Cassazione allo stato prevalente, né il contratto a tutele crescenti, né, tanto meno, il regime di disciplina introdotto dalla l. n. 92/2012, mantenendo in vita, paradossalmente, per i lavoratori pubblici l'art. 18 non più vigente dopo la riforma Fornero, seppure a costo di realizzare altre distinzioni di trattamento fra lavoratori di dubbia giustificazione. Sul punto si veda Cass. Lav. n. 11868 del 9/6/2016, incentrata, essenzialmente, su argomenti logico-sistematici, in contrasto con quanto la stessa Cassazione aveva affermato con la sentenza n. 24157 del 25/11/2015, in cui aveva invece sancito l'applicabilità della nuova disciplina di legge, pur riconducendo nell'alveo di quanto previsto dai nuovi commi I e II (ossia ritenendo applicabile la sanzione della nullità) tutti i casi di violazione delle norme sul procedimento disciplinare. Sul punto v. S. GIUBBONI, A. CARAVITA, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 304/2016. Su queste problematiche v. F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto “a tutele crescenti”*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 14, p. 118 ss.

¹⁶ E' forse utile, soprattutto per i “non addetti ai lavori”, una breve sintesi degli effetti delle “riforme”. Con la l. n. 92/2012 (che ha totalmente riscritto l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori) sono state infatti introdotte tutele differenziate in relazione a fattispecie non sempre ben chiare. In precedenza, in ogni ipotesi di licenziamento invalido (perché illegittimo o nullo ai sensi di legge) l'art. 18 prescriveva invece la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e il risarcimento integrale dei danni. Ora solo in caso di licenziamento discriminatorio o nullo resta ferma questo trattamento sanzionatorio (v. comma I dell'art. 18). In caso invece di licenziamento disciplinare illegittimo perché privo di giusta causa o giustificato motivo soggettivo si applica la tutela reintegratoria (seppure “attenuata”, con risarcimento limitato ad un massimo di 12 mensilità: v. comma IV) soltanto se il giudice rileva a) l'insussistenza del fatto contestato oppure b) la previsione per quel fatto, da parte

mente, non soltanto riflessioni critiche sulle politiche legislative degli ultimi anni¹⁷ ed è anzi quasi inevitabile che si discuta dei punti di “atrito” con la Costituzione e con le altre Carte dei diritti¹⁸.

dei contratti collettivi o dei codici disciplinati aziendali, di una sanzione “conservativa” (ossia non espulsiva). Negli altri casi è disposto invece il pagamento di un’indennità risarcitoria da 12 a 24 mensilità, con salvezza quindi degli effetti risolutivi dell’atto invalido (comma V). Nell’ipotesi poi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, cioè per motivi aziendali, l’art. 18 ora prevede (comma VII) la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento di un’indennità risarcitoria (pari nel massimo a 12 mensilità) soltanto in caso di “manifesta” insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Negli altri casi (di “semplice” insussistenza) scatta la sola indennità risarcitoria da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità, senza che il giudice possa disporre la reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato (uno dei problemi interpretativi molto seri, e anche di possibile incostituzionalità della norma, è stabilire in cosa si differenzi la semplice dalla manifesta insussistenza del fatto). C’è infine il diverso trattamento (comma VI) previsto in caso di vizi formali o procedurali (licenziamento in forma scritta ma senza indicazione dei motivi, licenziamento disciplinare con violazione dell’art. 7 l. n. 300/1970, licenziamento per giustificato motivo oggettivo senza la procedura prescritta dalla legge, ecc.) ove si prevede unicamente la sanzione economica da 6 a 12 mensilità (da determinarsi in relazione alla gravità della violazione), escludendosi totalmente la reintegrazione del lavoratore. Con il decreto legislativo n. 23/2015 questa disciplina non è però applicabile ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, i quali sono ancor più sovra-esposti al potere datoriale di recesso e sprovvisti di tutele adeguate (la reintegrazione è conservata solo per il licenziamento discriminatorio e per una sola ipotesi in caso di licenziamento disciplinare, mentre l’eventuale risarcimento in caso di licenziamento illegittimo è estremamente ridotto, pari nel massimo a due mensilità per anno di servizio). Infine resta da dire che per i “vecchi assunti”, qualora non sussistano i requisiti dimensionali dell’azienda per l’applicazione dell’art. 18 dello Statuto, trova applicazione la l. n. 604/1966, il cui art. 8 dispone, in caso di licenziamento illegittimo, l’obbligo del datore alla riassunzione del lavoratore o in alternativa al pagamento di una somma a titolo risarcitorio (da 2,5 a 6 mensilità ma aumentabili fino a 14 mensilità).

¹⁷ E’ praticamente impossibile (e sarebbe del resto inutile nell’economia di questo lavoro) citare tutti gli autori che hanno criticato l’impostazione governativa o analizzato con attenzione le sue direttrici principali: il dibattito ha coinvolto praticamente tutta la dottrina italiana. Recentemente, in una prospettiva storico-critica su cui ci sarebbe tantissimo da discutere, si veda R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2016, 1, 5 ss.. Da altra prospettiva si veda l’ampio dibattito promosso da alcune prestigiose riviste dell’area giuslavorista (*Rivista giuridica del lavoro*, *Lavoro e Diritto*, *Diritti Lavori Mercati*), con il Convegno di studio del 19 febbraio 2015 a Roma e qui soprattutto le relazioni di ZOPPOLL, BAVARO, BARBIERI, ROMAGNOLI.

¹⁸ Oltre agli autori già citati v. fra gli altri S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 246/2015; C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principe” dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. III, Giappichelli ed., p. 2206 ss.; M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*,

Pur nella complessità e poliedricità dei riferimenti normativi dell'ordinamento costituzionale vigente, non pare dunque azzardato chiedersi se, con il ribaltamento della disciplina in materia, debbano ritenersi mutati anche i «valori ordinamentali di base, o altrimenti detto del quadro costituzionale effettivo nel settore lavoristico»¹⁹, fra cui spicca l'eguaglianza dei trattamenti e l'uniformità del regime di disciplina applicabile in presenza di una stessa condizione lavorativa subordinata²⁰.

La riforma ha suggerito invero l'idea di un “cammino a ritroso” del legislatore, di un inesorabile “tramonto” dello statuto dei lavoratori e della legislazione garantista²¹. Ma al di là di queste immagini impres-

in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, 545 ma anche in CSDLE “Massimo D’Antona” n. 251/2015 e dello stesso autore *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a Costituzione*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, 12, p. 109; C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, I, 377

¹⁹ F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, in *Giustizia civile*, 2015, p. 743 ss. Viene meno uno dei momenti più significativi del controllo giuridico sull'attività dell'impresa, ricollegabile, secondo D'ANTONA (v. *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 93), al principio posto dall'art. 41 II comma.

²⁰ Quello della frammentazione della disciplina uniforme e compatta dei rapporti lavorativi, anche in relazione al regime in materia di licenziamenti, è un problema sempre più rilevante e da inquadrarsi forse in una più ampia riflessione che va oltre gli aspetti giuridici, ossia sulla tendenza inarrestabile del nuovo capitalismo a rilanciare le disuguaglianze «celebrandole come un valore», per usare le parole di FRANCO CASSANO (v. *Senza il vento della storia*, Roma-Bari, ed. Laterza, 2015, qui p. 31). A seguito della crisi economico-finanziaria sembra però manifestarsi ora un ripensamento critico, con una più forte spinta verso politiche pubbliche “egualitariste” (in tal senso, fra gli altri, M. FRANZINI, M. PIANTA, *Disuguaglianze. Quante sono, come combatterle*, Laterza ed. 2016, p. 173 ss.). Quello delle disuguaglianze è oramai uno dei temi centrali della riflessione in campo economico. Oltre alla poderosa opera di PIKETTY si vedano le riflessioni di A. B. ATKINSON (di cui v. *Disuguaglianza. Che cosa si può fare* e qui la prefazione di CHIARA SARACENO, Cortina ed., 2015), uno dei principali studiosi delle disuguaglianze e dei meccanismi socio-economici che le producono. Nella filosofia politica, nell'ottica condivisa dall'autore di questo saggio, v. soprattutto R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2000, traduzione it., Feltrinelli, Milano, 2002, specialmente p. 123 ss.

²¹ Fra gli altri M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, cit.; F. CARINCI, *Il tramonto*

sioniste, pur suggestive, la natura dei provvedimenti assunti, in grado di *stressare* oltre misura diritti interconnessi con i principi della prima parte della Costituzione, impone uno sforzo per comprendere e fissare i limiti del “contro-riformismo” in termini puntuali e specifici. La legislazione non può tornare sui suoi passi come se si trattasse di riavvolgere un vecchio film. Né pare seriamente contestabile che «quando si tratta di licenziamento per motivi inerenti la persona c’è il limite generale del rispetto della dignità e libertà del lavoratore»²².

Discutere di costituzionalità e di eguaglianza in modo critico, soprattutto in relazione all’attività di governo, rischia tuttavia di essere considerato, con pregiudizio ostile, come una prosecuzione della polemica politica con altre armi. Ma si può forse (ed è una scommessa che l’autore di questo saggio intende fare) parlare di Costituzione in modo oggettivo e perché no realistico, tenendo conto degli orientamenti storici (di una Corte che, dalla sentenza n. 70/2015 in poi, non sembra più mostrare nei confronti del legislatore quell’atteggiamento accondiscendente che ha avuto negli anni più difficili della crisi economica)²³. L’intento è soltanto quello di offrire un quadro ragionato delle criticità più evidenti della nuova normativa in rapporto ai principi di fondo, a cui la Corte costituzionale ha in passato ancorato, non senza oscillazioni e turbamenti, la propria giurisprudenza, traendone debite conclusioni.

La Costituzione potrebbe del resto rappresentare l’ultimo argine nei confronti di direttive ed obiettivi che dall’esterno si insinuano negli ordinamenti nazionali, proprio come nel caso, di cui qui si discute, della riforma dei licenziamenti, una riforma reclamata dai poteri di governo dell’eurozona nel momento più critico della crisi economica

dello *statuto dei lavoratori* (dalla legge n. 300/1970 al *Jobs act*) in CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 5/2015.

²² V. BAVARO, M. D’ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, cit., p. 31; cfr. M. RUSCIANO, *Una riflessione d’insieme*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, Padova, Cedam, 2015, p. 194.

²³ Sia consentito rinviare a B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015, e qui, soprattutto, il saggio di RICCI.

più che essere oggetto di una scelta autonoma dell'esecutivo nazionale (mentre valutazioni più prudenti sembrano doversi fare sul potere taumaturgico delle Carte europee dei diritti: art. 30 Carta dei diritti fondamentali, art. 24 Carta Sociale europea)²⁴.

I primi paragrafi di questo contributo saranno pertanto dedicati, nell'ottica di una riflessione più meditata, ad una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di licenziamenti individuali, nel tentativo di delineare alcune costanti e direttrici, con alcune considerazioni critiche sulle nuove norme. Il *focus* sarà sulle differenze di trattamento e sull'impatto della riforma sul principio di eguaglianza giuridica, talvolta ingiustamente ritenuto di minor importanza rispetto al principio emancipatorio del secondo comma dell'art. 3 Costituzione (che pure è alla base della tutela del lavoratore quale contraente debole)²⁵. La Corte costituzionale - protagonista indiscussa dei necessari aggiustamenti di una disciplina che costituisce uno dei capitoli più difficili del diritto del lavoro post-costituzionale - si è occupata più volte dei problemi relativi sia al campo di applicazione della disciplina vincolistica che a quello, altrettanto problematico, delle esclusioni soggettive di singole categorie di lavoratori, variamente motivate. Talvolta la Corte è intervenuta molto incisivamente a tutela dell'eguaglianza

²⁴ V. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti* cit.; v. pure al riguardo A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 3, I; M. DE LUCA, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, CSDLE "Massimo D'Antona", n. 281/2015). Sull'art. 24 della Carta Sociale Europea, v. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra costituzione e diritto europeo* cit. Per un commento dell'art. 30 della Carta, ma più risalente, L. CALCATERRA, *Diritto del lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, in CSDLE "Massimo D'Antona", n. 58/2008.

²⁵ Principio utilizzato massicciamente dalla Corte per vagliare le misure di *austerità*, a conferma, sembrerebbe, della preferenza della Corte per lo schermo triangolare del giudizio di uguaglianza formale rispetto all'applicazione diretta dei principi sostanziali della Costituzione (in tal senso R. BIN, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992 p. 54). Sulle decisioni della Corte sui provvedimenti legislativi anti-crisi, si legga pure, volendo, il mio *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., spec. p. 160 ss. Sulle differenze di trattamento derivanti dalle riforme in materia di licenziamento si veda più recentemente F. GHERA, *Diversificazione delle discipline del licenziamento e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 3/2016, p. 501 ss.

di trattamento dei lavoratori, quando essa è stata ingiustificatamente sacrificata dal legislatore, anche se spesso si preferisce in una parte della dottrina giuslavoristica dar per scontata una sorta di aurea discrezionalità legislativa in materia. La parte centrale del lavoro sarà dedicata al raffronto di questi principi con alcune delle questioni critiche presenti nell'ordito legislativo, mentre l'ultimo paragrafo provvederà a stringate conclusioni.

2. Tornando alle origini. Le prime decisioni della Consulta sui licenziamenti individuali: il recesso *ad nutum*

Come si è appena detto, più volte la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in materia di licenziamenti individuali e possono contarsi un buon numero di decisioni che nel complesso rappresentano precisamente la posizione della Corte sui limiti della discrezionalità in materia.

Non che la giurisprudenza costituzionale non sia stata priva di elementi di ambiguità, a volte anzi è apparsa troppo attenta a non turbare gli equilibri disegnati dalle politiche legislative anche quando essi potevano apparire non esattamente in linea con la Costituzione. Ma certamente il suo peso è stato notevole, a partire dalla storica sentenza n. 45/1965²⁶, che influenzò enormemente i lavori parlamentari rafforzando la posizione dello schieramento progressista, che pur fra molte

²⁶ Preceduta dalle sentenze n. 3/1957 e n. 7/1958. Su questa prima fase della giurisprudenza della Corte costituzionale si veda, recentemente, per una sintesi M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., e per un commento più approfondito, dello stesso autore, v. *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale* (legge n. 92 del 2012), in S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario in onore di Michele De Luca, *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, 12, Padova CEDAM p. 109 ss.

resistenze riuscì a far approvare il disegno di legge sfociato poi nella l. n. 604/1966²⁷.

In questa sentenza la Corte – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’art. 2118 c.c., ossia sul principio di libera recredibilità, che a quel tempo costituiva la regola e non l’eccezione - offrì in effetti una lettura molto prudente del *diritto al lavoro* posto dall’art. 4 della Costituzione, in contrario avviso con una parte non irrilevante della dottrina secondo cui la norma costituzionale doveva ritenersi invece idonea a principiare non solo l’impegno del legislatore a creare le condizioni di lavoro per tutti ma pure ad ergersi quale strumento di tutela per i lavoratori già occupati. La Corte, è noto, deluse queste aspettative e affermò che l’art. 4 Cost., oltre ad indirizzare l’attività dei pubblici poteri, imponeva sì precisi obblighi allo stato e limiti alla sua discrezionalità, ma nel senso, alquanto recessivo, di non poter lo stato conculcare il diritto al lavoro inteso come *diritto di libertà* della persona – l’unica situazione giuridica, secondo la Corte, «che trovi nella norma costituzionale il suo inderogabile fondamento». Da questa premessa derivò poi la sua notissima massima secondo cui «l’art. 4, come non garantisce a ciascun cittadino il conseguimento di un’occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto», massima successivamente e pedissequamente riproposta al fine di giustificare la limitata operatività del principio costituzionale in materia di licenziamento²⁸.

²⁷ Uno degli aspetti maggiormente frenanti fu costituito dalle divisioni del campo sindacale, che vedeva i due maggiori sindacati (Cgil e Cisl) su posizioni antitetiche: il primo favorevole all’abrogazione dell’art. 2118 c.c., l’altro invece ostile a qualsiasi intervento eteronomo, tanto da indurre i deputati più vicini a questa confederazione a battersi alla Camera contro la legge n. 604. Sulla legge n. 604 del 1966 si veda, fra gli altri, la L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, relazione al Convegno di Parma del 26 febbraio 2016 “La legge 604 del 1966 a 50 anni dalla sua approvazione”, pubblicata in *Variations su temi di diritto del lavoro*, n. 3/2016, p. 415 ss.

²⁸ Una critica a questo teorema della Corte costituzionale – che ha peraltro un antecedente nelle proposizioni di una parte della dottrina dell’epoca – la si deve a MANCINI (di cui si veda il commento all’articolo 4 della Costituzione nel *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Principi fondamentali art. 1-12*, Zanichelli ed. Bologna – Il Foro Ita-

La pronuncia della Corte costituzionale va collocata, evidentemente, nel suo contesto storico²⁹. E così, da un lato in essa riecheggiano, con particolare vigore, le posizioni d'impronta liberale di coloro che nell'art. 4 della Costituzione vedevano soltanto «la determinazione di una sfera entro cui l'individuo possa operare autonomamente», richiedente un atteggiamento di astensione da parte di altri soggetti, ma dall'altro recepisce, seppure in un'ottica molto riduttiva e certo compromissoria, il dibattito post-costituzionale sul potere di recesso del datore, e in particolare l'interpretazione “avanzata” dell'art. 2118 c.c. proposta da una parte della dottrina³⁰.

Del resto, stante l'eterogeneità dei piani su cui si ponevano l'art. 2118 c.c. e l'art. 4 della Costituzione, anche la dottrina dell'epoca dovette piuttosto – e a malincuore – ammettere che qualsiasi opzione legislativa di natura vincolistica in materia di licenziamenti avrebbe potuto semmai fondarsi su altre garanzie costituzionali quali l'art. 35, I comma, o ancora l'art. 41, II comma, della Costituzione³¹, norma quest'ultima ripresa e valorizzata in un'ottica di tutela da parte della più recente dottrina³².

liano Roma, 1975, p. 238). Si veda già di G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962.

²⁹ Ma si veda E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del lavoratore nell'ordinamento multilivello*, relazione al Congresso AIDLASS del 28 maggio 2015, il quale nota che anche negli art. 5 e 15 della Carta dei diritti fondamentali della UE il diritto al lavoro emerge più come diritto di libertà che come diritto sociale (mentre una qualificazione come diritto sociale è più chiaramente espressa dall'art. 29 della Carta Sociale Europea).

³⁰ Autorevole dottrina aveva sostenuto che la disposizione codicistica doveva essere reinterpretata alla luce dell'art. 4 della Costituzione consentendo al giudice di sindacare i motivi «anche inespressi del licenziamento e di dichiararlo nullo ogni qualvolta non sia giustificato da esigenze organizzative dell'impresa oggettivamente prevalenti sull'interesse alla conservazione del posto» (così G.F. MANCINI, *Art. 4*, cit., p. 232, con riferimento alle posizioni di Natoli, di cui cfr. U. NATOLI, in *Atti del Convegno di studi sulle condizioni dei lavoratori nell'impresa industriale*, Giuffrè, Milano, 1955; sul tema in posizione analoga V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1951, I, 161 ss.).

³¹ G.F. MANCINI, *op. ult. cit.* p. 233-234; G. GIUGNI, *Verso il tramonto del recesso ad nutum*, *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1963, I, 263 ss.

³² v. V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, cit.

Furono dunque queste le ragioni e i condizionamenti che impedirono alla Corte di pronunciare, come avrebbe dovuto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2118 c.c., limitandosi al monito nei confronti del legislatore affinché cogliesse, nell'esercizio della sua discrezionalità legislativa, l'opportunità data dalla Costituzione e dai suoi valori, di rivisitare la disciplina del potere di recesso dell'imprenditore tenendo conto del disvalore della libera recedibilità – pur espresso in modo involuto, come *insussistenza di un principio generale affermativo di tale libertà*³³.

Forse c'erano tutti i presupposti per sancire l'incostituzionalità della norma codicistica, alla luce di un corretto bilanciamento³⁴, e in alternativa la Corte poteva abbracciare e sostenere in modo convinto il sindacato di merito dei motivi del licenziamento³⁵. Ma i tempi, evidentemente, non erano maturi: i contrasti erano troppo forti sia sul

³³ Sottolinea le difficoltà della Corte nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 2118 c.c. L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit. La Corte non di meno, quasi per controbilanciare il rifiuto di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 2118 c.c., affermò tuttavia che «...se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamento» (sent. n. 45/1965).

³⁴ Come del resto la stessa Corte aveva fatto intendere nella precedente sent. n. 7/1958, ove aveva affermato che, in mancanza di un'interpretazione "evolutiva" dell'art. 2118 c.c., «il problema della sopravvivenza dell'insindacabile ed indiscriminato potere di recesso attribuito all'imprenditore» poteva essere risolto solo in via di costituzionalità.

³⁵ U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit. Si veda poi C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli ed., 1958, soprattutto p. 135 ss., invocando apertamente un'interpretazione evolutiva dell'art. 2118 c.c., sulla premessa che «la Repubblica italiana si caratterizza come uno Stato che tende alla democrazia sostanziale e mira perciò al raggiungimento di una uguaglianza effettiva fra tutti i cittadini» (ivi, p. 49). In termini di discrezionalità sindacabile in concreto sotto il profilo causale v. pure V. CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore in Rivista di Diritto del Lavoro* 1954, I, 76.

piano politico che sindacale e un'occasione venne persa per imprimere una più decisa virata in senso "sociale" dell'ordinamento vigente³⁶.

3. Considerazioni a margine su alcune questioni attuali relative al sistema rimediale e alla discrezionalità legislativa

La questione venne poi di fatto superata grazie alla legislazione garantista successiva (l. n. 604/1966), che eliminò quasi del tutto il recesso *ad nutum* nell'ambito dei rapporti di lavoro, ma rischia di ripresentarsi oggi, paradossalmente, giacché nella disciplina del contratto a tutele crescenti per i nuovi assunti le sanzioni debolissime in caso di licenziamento illegittimo sembrano reintrodurre, quanto meno in via di fatto, la libertà di recesso, attualizzando così le dispute giuridico-politiche di tempi lontani³⁷.

³⁶ Giustamente nota ZOPPOLI (in *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit.) che le posizioni della Corte sul recesso *ad nutum* furono molto "blande" e si trattò di una sentenza importante ma "molto prudente" (per usare un eufemismo). Anche il nuovo assetto legislativo non ebbe consensi unanimi ed anzi apparve, come causticamente commentò MANCINI, «debole e mistificante», trattandosi di una tutela che «si riduceva ad una stabilità sempre monetizzabile, si arrestava sulla soglia delle imprese con meno di 35 dipendenti e non si applicava ai licenziamenti per riduzione di personale».

³⁷ Successivamente la Corte è tornata a pronunciarsi sul problema della costituzionalità del regime di libera recedibilità in occasione del referendum abrogativo dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori (v. Corte Cost. sent. n. 46 del 2000), in cui motivò l'ammissibilità del quesito referendario sul presupposto della non lesione dell'art. 75 II comma Costituzione (norma che esclude la possibilità di sottoporre a referendum abrogativo le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, che altrimenti si tradurrebbe in una lesione di principi costituzionali: v. Corte cost. sent. n. 16 del 1978). La sentenza in questione sollevò molte polemiche, avendo la Corte sempre evidenziato che fra le ipotesi di inammissibilità rientrano anche le leggi ordinarie "la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di ogni tutela per situazioni che tale tutela esigono secondo Costituzione", ma escludendo, nella fattispecie, che l'art. 18 dello Statuto «per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali [art. 4 e 35 Costituzione, n.d.r.] concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi». Bisogna però chiarire che nella fattispecie la Corte ha applicato la propria dottrina in materia secondo cui, nell'ambito del giudizio di ammissibilità del referendum, non viene in rilievo l'eventuale effetto abrogativo, né può essere esclusa l'ammissibilità per la prospettata illegittimità costituzionale di una sua possibile conseguenza, tanto più che la situazione normativa "sospetta" di incostituzionalità potrebbe dar luogo, quando si realizzi, ad un autonomo giudizio di illegittimità costituzionale (v. Corte Costituzionale sent. n. 26 del 1987). L'ammissione dei quesiti referendari a v-

Si potrebbe rinnovare l'esigenza di chiarire che il potere di recesso non può essere liberato dai limiti che attengono, e sono diretta conseguenza, del rispetto della dignità e della personalità morale del lavoratore, e quand'anche non si rinvergono i presupposti della discriminazione illecita, in presenza di un licenziamento privo dei suoi presupposti giustificativi e dunque invalido occorre che l'ordinamento (non qualunque ordinamento, ma quello che si fonda sul sistema del codice civile del 1942 e sulla Costituzione del 1948) reagisca con sanzioni adeguate che garantiscano l'effettività della tutela, privilegiando dunque, seppure non in modo necessariamente esclusivo, il ripristino del rapporto lavorativo, e ciò in quanto i principi costituzionali sottesi esigono «che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro»³⁸. Del resto si dimentica talvolta che la stessa l. n. 604 del 1966 – il primo intervento legislativo in materia di licenziamenti – prevede in prima istanza, in caso di accertamento dell'illegittimità del licenziamento, l'obbligo del datore alla riassunzione del lavoratore, e solo in via alternativa il pagamento di un'indennità risarcitoria, dal che l'evidente preferenza accordata dal legislatore storico alla ricostituzione del rapporto lavorativo fra le parti in caso di recesso illegittimo del datore di lavoro.

viene sempre sulla base di una valutazione di ordine formale e non sostanziale, e non investe direttamente i problemi di costituzionalità della normativa di risulta, potendo il referendum colpire anche meccanismi di attuazione dei principi costituzionali purché residui una qualche forma di tutela la cui “sufficienza” dal punto di vista costituzionale potrà essere successivamente vagliata anche alla luce degli interventi legislativi imposti dall'esito referendario. Nella fattispecie, l'eventuale abrogazione dell'art. 18 (tutela “reale” del posto di lavoro) avrebbe comportato comunque l'applicazione a tutti i lavoratori, in caso di licenziamento illegittimo, della tutela “obbligatoria” (di tipo sostanzialmente risarcitorio, conferendo al datore la possibilità di optare fra la riassunzione del lavoratore e il pagamento di un'indennità determinata dal giudice, commisurata da un minimo di 2,5 ad un massimo di 14 mensilità di retribuzione, come previsto dall'art. 8 l. n. 604/1966).

³⁸ Così la sentenza della Corte costituzionale n. 45/1965. Si veda in tal senso, in modo particolarmente incisivo, la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 141 del 2006.

Tuttavia dal risalente orientamento sull'art. 4 Costituzione descritto nel precedente paragrafo – fatto proprio anche da altre sentenze della Corte seppure con diverse sfumature – nascono alcune precise - ed a volte assertive - tesi in materia, attecchite nella dottrina giuslavorista e mai seriamente messe più in discussione. La tesi principale, in particolare, è che dalla Costituzione non discenda alcun vincolo per il legislatore, da cui la “derivata” (corroborata dalla sentenza n. 46/2000³⁹), per la quale la tutela reintegratoria non avrebbe in effetti alcuna copertura costituzionale. Ritenendosi, semmai, che soltanto l'obbligo di giustificazione possa dirsi costituzionalmente necessario⁴⁰, grazie, poi, all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali della U.E. e, forse, alla Carta Sociale Europea (art. 24).

Ma pur non potendosi certo negare la discrezionalità legislativa in materia, è altrettanto doveroso ricordare che non per questo la disciplina dei licenziamenti - materia non determinata in via costituzionale - cade in un'area di assoluta indifferenza per la Costituzione⁴¹. Seppure la tutela reintegratoria - come la tutela risarcitoria del resto – non è data dalla Costituzione, non di meno la Costituzione onera il legislatore di provvedere a “garanzie doverose” ed a “opportuni temperamenti” in materia di licenziamenti (v. sent. n. 45/1965) in considerazione del fatto che il diritto al lavoro, per quanto non implica il diritto assoluto alla conservazione del posto di lavoro acquisito, costituisce tuttavia un fattore condizionante (e ciò perché «la sua tutela è strettamente connessa all'attuazione del principio di eguaglianza»: v. Corte Costituzionale sent. n. 179/1986)⁴².

³⁹ Si veda però quanto precisato al riguardo nella precedente nota n. 39.

⁴⁰ Come ammesso anche da autori molto critici con le scelte legislative (v. ad es. M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., p. 7; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, I, p. 532 ss.).

⁴¹ Fra gli altri C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principio dei diritti sociali”?*, cit.; F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, cit.

⁴² E' dunque criticabile l'equi-ordinazione talvolta astrattamente postulata fra i distinti modelli rimediali di tipo repressivo-risarcitorio e ripristinatorio, anche tenendo conto

Né può essere tralasciato, per quanto si è appena detto, che la reintegrazione assume valenza positiva quale strumento attuativo dei diritti, in un'ottica di salvaguardia delle relazioni giuridiche contrattuali⁴³.

Da qui un giudizio negativo sul riduzionismo delle tutele (minimali e quasi irrilevanti) perseguito dal legislatore (art. 3 comma I d. lgs. n. 23/2015), in termini generali, e una censura inevitabile di soluzioni dinanzi alle quali si può soltanto dire che il legislatore sembra non essere “ragionevole”⁴⁴. La discrezionalità non si esercita nello spazio cosmico ma nell'ambito di un ordinamento costituzionale (non riducibile alla sola Costituzione formale)⁴⁵ che, se certamente impedisce di dedurre un vincolo assoluto in direzione di uno specifico modello di tutela (pur sempre la risultante di una scelta politica) allo stesso modo non consente il regresso senza condizionamenti, proprio in ragione del

del sistema delle obbligazioni civili, a cui pur sempre afferisce il contratto di lavoro, le cui basi positive possono riscontrarsi sul combinato disposto agli artt. 1218 e 1256 s.s. (che prevedono, in via prioritaria, l'obbligo dell'adempimento specifico dell'obbligazione da parte del creditore, salvo l'impossibilità sopravvenuta della prestazione in cui viene ammesso il rimedio di tipo risarcitorio). In tal senso, recentemente, si veda F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, cit., p. 752. Conformemente del resto alla linea interpretativa delle Sezioni Unite della Cassazione (v. sent. 10 gennaio 2006 n. 141), oggetto di richiami da parte della dottrina più recente: v. M. BARBIERI, *Il licenziamento ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M.T. CARINCI, A. Tursi (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015 p. 110 ss.; V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, cit. In *thema* v. L. MENGONI, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 152 ss.

⁴³ Si rinvia alla precedente nota. Sul carattere residuale della reintegrazione nell'ambito delle nuove norme introdotte dal legislatore delegato F. SANTONI, *Il campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2015, 373.

⁴⁴ Si pensi al discrimine dell'applicazione della tutela “reale” (ossia della reintegrazione) posto dall'art. 3 d. lgs. n. 23/2015, su cui v. infra. Sul punto A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit.; si veda pure, per un commento critico alla disposizione, anche se in un'ottica diversa rispetto al testo e con un interessante utilizzo della strumentazione civilistica e in particolare dell'art. 1218 c.c., in chiave d'integrazione delle tutele, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli ed., Torino, 2015, p. 103 ss.

⁴⁵ v. F. ROSELLI, in *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, cit.

fatto che le tutele in parola sono da considerarsi attuative di principi costituzionali (art. 4, art. 35, art. 41 2° comma Cost.) e rappresentano quindi qualcosa in più di una semplice disciplina di relazioni giuridiche private⁴⁶.

Il problema del cambio di paradigma per i nuovi occupati (e solo per loro) non può essere affrontato in modo semplicistico - né con il riconoscimento di un potere illimitato del legislatore né, per converso, adducendo l'impedimento generico ed altrettanto apodittico del potere legislativo di ridefinire o ridisegnare i modelli di tutela o il loro perimetro - ma dev'essere affrontato nei termini di un rigoroso bilanciamento, onde verificare la ragionevolezza del *downgrading* nei confronti dei nuovi assunti (oltre tutto spinto talmente in profondità da ridurre a mera finzione la tutela del contraente debole).

Discorso analogo potrebbe farsi, almeno in parte, anche per la precedente riforma introdotta dalla l. n. 92/2012, che ha inciso sull'art. 18 dello Statuto creando un anarchico affastellamento di diversi micro-sistemi rimediali con drastiche quanto ingiustificate differenze di trattamento⁴⁷. Qui rilevano oltre tutto seri problemi di *drafting*, da intendersi in senso non puramente tecnico o formale ma sostanziale, ossia nel senso piuttosto della complessiva chiarezza e della coerenza logica della risposta dell'ordinamento all'esigenza di ordine normativo⁴⁸, problemi non secondari in una materia cruciale come questa in cui vengono in gioco diritti costituzionali (art. 4, art. 36 Costituzione)⁴⁹.

⁴⁶ M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit. Di ciò del resto si è dimostrato implicitamente consapevole lo stesso legislatore, che sia nell'ambito della riforma dell'art. 18 l. n. 300/1970 che del successivo decreto legislativo n. 23/2015, ha tenuto ferma la garanzia della massima tutela disponibile nei casi di licenziamento discriminatorio o nullo.

⁴⁷ Si veda la disciplina vigente per i vecchi assunti, illustrata nella precedente nota n. 17.

⁴⁸ Il *drafting* è diventato un problema talmente serio da ispirare un crescente interesse degli studiosi e un intero filone di studi. Si veda, per un approccio iniziale, il sito www.tecnichenormative.it (che si auto-definisce il portale del *drafting* normativo) ideato e coordinato da PASQUALE COSTANZO, e qui, fra l'altro, il *Codice di drafting*, con gli scritti di P. COSTANZO, C. BALDI, C. FATTA, M.T. SAGRI.

⁴⁹ E' pienamente condivisibile quanto rilevato da RUSCIANO secondo cui «...si può senz'altro affermare, ricalcando un altro consueto punto dolente della politica del diritto,

L'implosione della disciplina e la palese incongruenza tecnica (o forse logica) di alcune soluzioni non paiono, in altri termini, irrilevanti dal punto di vista della coerenza con i principi costituzionali.

In definitiva, dalla riforma nascono e si espandono “tensioni” a cui si può rispondere o con interpretazioni adeguatrici o rinviando al necessario vaglio della Consulta, dovendosi rigorosamente valutare se la nuova disciplina, nel rendere la reintegra un'eccezione difficilmente praticabile e l'indennità risarcitoria una sanzione aleatoria e scarsamente dissuasiva⁵⁰, sia conforme al principio di ragionevolezza⁵¹. Da qui l'esigenza di un controllo molto rigoroso delle differenze di trattamento, vaglio tanto più possibile (e auspicabile) attraverso il test di proporzionalità (anche se, com'è noto, seguendo una prassi consolidata, nella maggior parte delle decisioni della nostra Corte costituzionale esso resti ad uno stadio non formalizzato, diversamente da quanto fanno, ad esempio, la Corte di Giustizia europea, il Tribunale costituzionale tedesco e la stessa Corte suprema negli USA)⁵².

Da questo punto di vista occorre però rammentare gli ultimi sviluppi della giurisprudenza in materia di dritti sociali e in particolare l'emergere di un più attento scandaglio delle ragioni addotte dal legislatore nel contesto della crisi economica e delle (pur necessarie) misure per fronteggiarla, sancendo la doverosa tutela del principio di

che la chiarezza, la precisione e la semplicità del legislatore costituiscano altrettante irrinunciabili precondizioni.» (v. M. RUSCIANO, *Presentazione dell'iniziativa*, Atti del Convegno svoltosi a Roma il 19 febbraio 2015 *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, pubblicazione a cura della Camera dei deputati, 2015, Roma). Secondo R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, p. 269, viene compromessa la credibilità stessa della materia lavoristica.

⁵⁰ V. fra i tanti che lo rilevano v. F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, relazione al Convegno di Matera del 13/5/2015 del Centro Studi “Domenico Napoletano”, pag. 2-3.

⁵¹ Sottolinea la fungibilità dei due concetti M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 24-26 ottobre 2013, reperibile sul sito web della Corte costituzionale.

⁵² Sulla “ragionevolezza” si rinvia fra gli altri a G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè Milano, 2000, e più recentemente a G. ZAGREBELSKY in *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012.

eguaglianza proporzionale⁵³. Principio che potrebbe venire in rilievo considerando la portata discriminatoria non solo dei limiti applicativi della nuova disciplina posta dal decreto legislativo n. 23, ma anche delle intime contraddizioni e incoerenze sia all'interno del sistema specifico definito come CTC (che determinano esse stesse ulteriori distinzioni di trattamento di cui è poco chiara la *ratio*) che del precedente intervento di riforma che ha sostanzialmente riscritto l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (che pure aveva avuto 40 anni di vita onorevole e senza grossi problemi applicativi).

4. Le “differenze di trattamento” nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Sulle differenze di trattamento nella disciplina dei licenziamenti – che non sono certo una novità nell'ordinamento italiano⁵⁴ – la Corte costituzionale italiana, a partire dalla prima metà degli anni sessanta, è intervenuta più volte, fissando alcuni principi basilari certamente utili anche nella valutazione, da farsi con molto equilibrio, della normativa introdotta recentemente.

⁵³ L'utilizzo dell'eguaglianza proporzionale quale limite invalicabile del “riformismo negativo” che sta caratterizzando questa fase di crisi economica, soprattutto per volontà dei poteri “esterni” che disciplinano le “condotte” degli stati, è in realtà frutto dell'elaborazione del tribunale costituzionale portoghese, ma, sia pure con altra accezione, può dirsi recepito e utilizzato anche dalla nostra Corte costituzionale nell'ambito della giurisprudenza più recente (v. soprattutto la svolta impressa dalla sentenza n. 70). Per una rilettura della giurisprudenza della crisi v. C. KILKPATRICK, B. DE WITTE, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Right's Challenges*, Department of Law, European University Institute, 2014; sulla giurisprudenza del Tribunale portoghese v. A. M. FERNANDES, *L'austerità e l'eguaglianza proporzionale. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *Lavoro e Diritto*, 2013, 3, p. 339 ss.; si veda pure, volendo, il mio *I giudici europei di fronte alla crisi*, in B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit.

⁵⁴ Che prevede da sempre distinti regimi di tutela, rispettivamente di tipo risarcitorio e reintegratorio, in base al c.d. requisito dimensionale, ossia al numero di lavoratori impiegati in azienda o nell'unità produttiva, ed ha talvolta previsto esclusioni dal regime di tutela più garantista anche di carattere soggettivo e di specifiche categorie di lavoratori.

Le numerose questioni poste alla Corte possono essere divise in due gruppi.

Un primo gruppo ha visto infatti la Corte occuparsi dei problemi specifici relativi al campo di applicazione oggettivo della normativa vincolistica, mentre un secondo gruppo concerne quello delle categorie di lavoratori soggettivamente esclusi dalle tutele.

È dunque opportuno esaminare distintamente questi due diversi filoni.

a) il problema del campo di applicazione (art. 11 l. n. 604/1966; art. 35 l. n. 300/1970)

Dopo appena tre anni dall'entrata in vigore della l. n. 604/1966 i giudici della Consulta, a seguito di ordinanze di rimessione variamente motivate, furono chiamati a valutare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, I comma, della legge, ossia il campo di applicazione della nuova normativa, per contrasto con il principio di eguaglianza: questione che la Corte risolse, rigettandola, con la sentenza n. 81/1969. Ribadendo la dottrina della sentenza n. 45/1965 sulla portata applicativa dell'art. 4 della Costituzione (per cui dalla norma costituzionale non può derivarsi in nessun caso «un diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro»), la Corte rilevò qui la ragionevolezza della distinzione operata dal legislatore⁵⁵. Il criterio giustificativo della distinzione di trattamento fu ritenuto, in sintesi, razionale e rispondente ad incompressibili valutazioni discrezionali del legislatore⁵⁶.

⁵⁵ Il criterio ordinante della decisione della Corte si fondò sulla massima secondo cui «l'art. 3 della Costituzione non corrisponde ad un criterio di mera eguaglianza formale o formalistica e perciò non esclude che il legislatore possa adottare norme diverse per regolare situazioni che esso ritenga diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale, entro un margine di discrezionalità che giustifichi sostanzialmente il criterio di differenziazione adottato».

⁵⁶ La dimensione dell'azienda, desunta dal dato numerico, come allora disposto dall'art. 11 della legge, apparve ai giudici della Consulta non arbitraria ma anzi «aderente alla realtà economica, di comune esperienza», già presente nell'ordinamento in varie norme poste a tutela della piccola impresa e giustificandosi, in ultima analisi, sia in ragione

Sul campo di applicazione della disciplina vincolistica la Corte sarà poi chiamata a pronunciarsi ancora altre volte e in particolare con le sentenze n. 55/1974, n. 2/1986 e n. 44/1996 sulle soglie dimensionali⁵⁷, mentre con le sentenze n. 152/1975 e n. 189/1975 si occuperà, rispettivamente, del problema della limitazione ai soli datori di lavoro imprenditori della disciplina di tutela e della differenza di disciplina esistente fra impresa agricola e imprese industriali e commerciali⁵⁸.

L'orientamento della Corte sarà sempre di rispetto delle scelte legislative in materia.

Con la sentenza n. 55/1974 la Corte affronterà il nodo dell'art. 35 comma I della l. n. 300/1970 (norma che stabilisce tuttora i limiti dimensionali per l'applicazione dello Statuto dei lavoratori), risolto richiamando il precedente della sentenza n. 81/1969, dove la Corte aveva precisato i limiti entro cui opera, nella fattispecie in esame, il principio di eguaglianza. Salvaguardando la distinzione fra unità produttive con più o meno di 15 dipendenti («la risultante di scelte discrezionali operate, nell'ambito della Costituzione, dal legislatore e non prive di razionalità», per garantire la funzionalità delle unità produttive di minori dimensioni») la Corte enunciò una massima, successivamente

del rapporto fiduciario sussistente fra lavoratori e datore di lavoro sia del «criterio economico».

⁵⁷ Ma bisogna anche ricordare le pronunce n. 152/1975, n. 178/1975, n. 102 e 189/1975, n. 256/1976, n. 398/1994, n. 44/1996. Sull'art. 35 dello Statuto dei lavoratori una parte della dottrina sollevò immediati sospetti di incostituzionalità: v. G. PERA, *Sulle unità di lavoro soggette alla legislazione limitativa dei licenziamenti*, in *Rivista di diritto agrario*, 1972, I, p. 717, secondo cui si trattava di una disposizione «esempio preclaro di totale irragionevolezza». Su un versante molto critico, censurando il linguaggio «sciatto ed impreciso» del legislatore, v. G.F. MANCINI, *Sub art. 35*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, R. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori in Commentario del codice civile* diretto da SCIALOJA e BRANCA, Bologna Zanichelli ed., 1972, p. 537. E ripetutamente la giurisprudenza di merito ha sollevato la questione di costituzionalità, rimettendo sotto diversi profili la decisione relativa alla Corte. La sentenza n. 55/1974, sulla cui scia si collocano le successive decisioni, è commentata in modo molto critico da S. CENTOFANTI, *Il licenziamento nelle piccole aziende e i presunti equilibri economico-sociali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1975, I, p. 25 ss.

⁵⁸ Si veda poi il commento di L. RIVA SANSEVERINO alla sentenza n. 189/1975 cit. della Corte costituzionale, *Sulla rilevanza dell'impresa nel diritto del lavoro*, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 1975, p. 519 ss.

ripresa, secondo cui «*la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini di una non uniforme disciplina dei licenziamenti, sfugge a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa aventi riguardo ad equilibri economico-sociali che ne hanno consigliato l'adozione nell'interesse generale*».

Sempre in tema – questa volta pronunciandosi sulla legittimità costituzionale delle differenze di trattamento in punto di risarcimento dei danni - la successiva sentenza n. 2/1986 avrà così gioco facile a difendere la differenziazione di trattamento fondata sui requisiti numerici, specificandone ancora meglio la *ratio* (da rinvenire, secondo la Corte, nella valutazione dell'elemento fiduciario nel rapporto lavorativo, nell'opportunità di non gravare di oneri eccessivi le imprese di modeste dimensioni, nell'esigenza di garantire la funzionalità delle unità produttive e di evitare le tensioni nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro derivanti dalla reintegrazione nelle imprese con minor numero di dipendenti), criteri – e qui si potrebbe stabilire un collegamento con la situazione attuale – che secondo i giudici, in quella decisione, dovevano ritenersi maggiormente rilevanti stante la grave crisi che aveva investito il sistema economico e produttivo.

Allo stesso modo – riconducendole nell'ambito delle valutazioni discrezionali del legislatore – le differenze di trattamento fra datori di lavoro imprenditori e non imprenditori vennero dalla Corte ritenute conformi a Costituzione (così la sentenza n. 189/1975), poiché razionalmente fondate su un diverso dato reale (stante l'assenza dello scopo di lucro in un caso, la diversa struttura finanziaria ed organizzativa, ecc.). E lo stesso dicasi delle differenze di trattamento fra le imprese agricole e quelle industriali e commerciali (sent. n. 152/1975 e successive).

In definitiva, sulle disparità di trattamento risultanti dalle scelte legislative richiamate e particolarmente sulla *vexata quaestio* dell'inapplicabilità dell'art. 18 l. n. 300/1970 alle unità produttive e/o alle imprese situate al di sotto dei limiti numerici, la Corte si è imposta un evidente *self-restraint*, senza mai mettere seriamente in discussione il criterio individuato dal legislatore e, anzi, promuovendo essa stessa

l'elaborazione di adeguate ragioni giustificatrici, individuate in circostanze passibili in astratto di diversa interpretazione: così l'accento posto sull'elemento fiduciario, non pertinente quando le articolazioni produttive sono polverizzate o molecolari ma l'impresa non può dirsi di piccole dimensioni (problema questo risolto soltanto con la riforma introdotta con la l. n. 108/1990); così con riguardo all'opportunità di non gravare di costi eccessivi le piccole imprese, non essendo il dato numerico in grado di per sé di fotografare il valore dell'impresa e la sua redditività, particolarmente nelle produzioni ad alto valore aggiunto o imperniate su una struttura tecnologica avanzata (*labour intensive*); così ancora l'esigenza di evitare il prodursi di tensioni nei luoghi di lavoro, problema questo non particolarmente rilevante nelle unità produttive minori ma rilevante invece soltanto in quelle piccolissime strutture produttive dove il rapporto fra datore e lavoratore è quotidiano e particolarmente ravvicinato⁵⁹. In effetti, la ragionevolezza dell'opzione legislativa è stata sempre riconosciuta, nell'ambito in questione, in base alla *non arbitrarietà* o *non irrazionalità* del criterio, più che in base al controllo effettivo sulla giustificazione della distinzione di trattamento, concedendo alle politiche legislative in materia un margine di discrezionalità piuttosto ampio. La Corte, ritenendo in tale contesto particolarmente avvertita l'esigenza di preservare una certa libertà di apprezzamento, evidentemente anche per motivi di opportunità politica, ha operato il controllo sulle discriminazioni in base ad un significato minimale di ragionevolezza.

b) il problema delle categorie escluse dalle tutele

Ma se sul versante *oggettivo* - i limiti di applicazione della disciplina vincolistica basati sulla dimensione dell'azienda - la Corte costitu-

⁵⁹ In polemica con ogni norma limitativa della tutela in materia di licenziamento, si veda con molta efficacia LYON-CAEN e BONNETETE in *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973*, in *Droit Social* 1973 p. 498, trad. it. in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1974, I, 61 ss., i quali definirono «proprement monstrueuse» l'esclusione dalla tutela dei lavoratori delle piccole aziende.

zionale ha lasciato al legislatore un rilevante potere discrezionale, sul versante *soggettivo* – le categorie dei lavoratori escluse dalle tutele – ha mostrato una diversa sensibilità e una più penetrante predisposizione a valutare con rigore le giustificazioni delle differenze di trattamento risultanti dalle scelte legislative.

In questo secondo filone vanno ricomprese le pronunce riguardanti peculiari condizioni soggettive che il legislatore ha ritenuto, nell'esercizio della sua discrezionalità, suscettibili di un trattamento diverso e peggiorativo rispetto al regime di disciplina applicabile agli altri rapporti di lavoro (*tertium comparationis*).

Una prima fattispecie su cui è chirurgicamente intervenuta la Consulta riguardò in effetti il caso dei lavoratori anziani e pensionati.

Con la sentenza n. 174/1971 – a cui poi ha fatto seguito a distanza di tempo la sentenza n. 176/1986 – la Corte si pronunciò sulle questioni di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 della Costituzione sollevate con riferimento all'esclusione dei lavoratori *over 65* e/o con diritto al trattamento pensionistico, ai sensi dell'art. 11 l. n. 604/1966, dall'applicazione del regime vincolistico (rispettivamente, nella sentenza n. 174/71, per l'esclusione dall'ambito di applicazione degli artt. 2 e 5 della legge e, nella successiva sentenza n. 176/1986, per l'esclusione dal divieto di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo). Nella prima delle due sentenze la Corte differenziò nettamente la situazione dei lavoratori con diritto a pensione da quelli *over 65* ma senza aver maturato tale diritto, rilevando per questi ultimi un'irragionevole disparità di trattamento. Sullo stesso solco si attestò poi la successiva sentenza n. 176/1986, affermando che «*non possono essere negate, per il solo fatto dell'età, quelle cautele e garanzie che sono informate al rispetto della personalità umana e che sono indice del valore spettante al lavoro nella società*» e così dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 11 l. n. 604/1966 nella parte in cui escludeva i lavoratori *over 65* e non pensionati dall'applicazione del divieto di licenziamento *ad nutum*. Interessante – e in qualche misura utile per fissare il limite della discrezionalità legislativa in materia – è il “recupero” dell'art. 4 della Costituzione, giacché, secondo la Corte, «*la tu-*

tela del diritto al lavoro è strettamente connessa all'attuazione del principio di eguaglianza». La Corte elabora qui una massima in certa misura correttiva del vecchio teorema risalente alla sent. n. 45/1965 e afferma che, certo, «l'art. 4 non garantisce un'occupazione», ma, al tempo stesso, che «ove siano previsti i casi, tempi e modi dei licenziamenti, la disciplina per essere conforme a Costituzione deve rispecchiare l'esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali *ed in relazione ad esse può essere diversificato solo per giustificate ragioni*». Sembra qui farsi strada una diversa valutazione dei limiti della discrezionalità legislativa in materia: laddove nelle precedenti pronunce della Corte la discrezionalità che gli compete consente al legislatore d'introdurre «norme diverse per regolare situazioni *che esso ritenga diverse...entro un margine di discrezionalità che giustifichi sostanzialmente il criterio di differenziazione adottato*» (così la sent. n. 81/1969), qui la ragionevolezza della distinzione di trattamento sembra doversi accertare con riferimento alle ragioni giustificatrici *oggettivamente rilevabili* fra le diverse situazioni assoggettate a distinte regolamentazioni normative.⁶⁰ Nella fattispecie la Corte ritenne giustificata la minore protezione accordata dall'ordinamento ai lavoratori già pensionati, o che avessero maturato tale diritto, ma non anche dei lavoratori più anziani, discriminati soltanto in ragione dell'età.

Giurisprudenza analoga è quella che la Corte svilupperà con riguardo anche ad altre fattispecie. In particolare, con le sentenze n. 14/1970, 169/1973 e 181/1989, la Consulta escluderà la legittimità costituzionale delle differenze di trattamento, quanto al regime di disciplina del licenziamento, disposte nei confronti dei lavoratori apprendisti⁶¹: con la sentenza n. 14/70 dichiarando l'incostituzionalità dell'esclusione del diritto all'indennità di anzianità dovuta ai lavoratori licenziati ai sensi dell'art. 9 l. 604/1966 e con la successiva sent. n.

⁶⁰ Sempre in materia di esclusione in ragione dell'età dal regime di applicazione dell'art. 18 l. n. 300/1970 o dalle altre disposizioni garantiste in materia, si veda poi la sentenza n. 137/1986 riguardante le donne lavoratrici, ove il tema di fondo è però quello della parità di trattamento uomo-donna.

⁶¹ Sulla questione, già in termini critici, M. OFFEDDU, *La legge sui licenziamenti individuali e il suo campo di applicazione*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1968, I, p. 404 ss.

169/1973, colpendo l'art. 10 della legge nella parte in cui disponeva l'inapplicabilità della legge (e in particolare degli artt. 6 e 8) nei confronti degli apprendisti. La sentenza n. 181/1989, poi, si occuperà del problema della (non) computabilità degli apprendisti ai fini dei limiti numerici per l'applicabilità della tutela reintegratoria, seppure limitandosi ad un monito al legislatore (e non dichiarando, pur potendo e forse dovendo, l'incostituzionalità dell'art. 21 l. n. 56/1987) e ricordando la necessaria temporaneità delle misure assunte per fronteggiare eccezionali situazioni di crisi.

Chiave del ragionamento della Corte è l'assimilabilità del rapporto di apprendistato all'ordinario rapporto di lavoro, da cui discende *de plano* la non giustificazione della disparità di trattamento⁶².

Seguono percorsi argomentativi simili le sentenze 96/1987 e n. 364/1991 sul personale marittimo navigante e la sentenza n. 41/1991 per il personale del settore aeroportuale. Nella prima sentenza (n. 96/1987) la Corte ritenne che non sussistessero valide ragioni per escludere il personale marittimo dalla disciplina della l. n. 604/1966, e ciò in quanto «la sostanziale omogeneità delle relative situazioni afferenti ai lavoratori comuni e a quelli nautici impone l'uniformità delle

⁶² Altre volte ancora la Corte costituzionale è stata costretta ad occuparsi di categorie di lavoratori escluse dall'applicabilità della normativa di tutela. Con tre sentenze – la n. 204/1976, la n. 189/1980 e infine la n. 541/2000 – ha affrontato le questioni di legittimità costituzionale riguardanti, per diversi motivi, i lavoratori assunti con patto di prova. Nelle prime due pronunce la Corte ha escluso – in ragione della natura stessa del patto di prova, che impedisce ogni assimilazione all'ordinario rapporto lavorativo – l'irragionevolezza della distinzione operata dal legislatore, riguardante nella fattispecie l'indennità di anzianità ex art. 9 della legge e – questione certo più importante – l'obbligo di motivazione dell'esito negativo della prova. Con la sentenza n. 541/2000, invece, la Corte ha negato che l'insussistenza dell'obbligo di comunicare in forma scritta il licenziamento (per mancato superamento del periodo di prova) potesse ritenersi lesiva del principio di eguaglianza. Sempre sull'esclusione di alcune categorie, va infine ricordata la sentenza n. 121/1972, ove parimenti, stante le differenze esistenti fra la categoria dei dirigenti e i comuni rapporti lavorativi, si è affermata la razionalità della distinzione di trattamento e della minor tutela del dirigente. Altra questione ancora ha riguardato poi l'applicazione dell'art. 7 l. n. 300/1970 al licenziamento disciplinare. In questo caso (v. sent. n. 204/1982) la Corte ha posto al centro del proprio ragionamento la necessaria coerenza ed omogeneità di disciplina in materia. Alla pronuncia della Corte costituzionale hanno fatto poi seguito le importanti sentenze della Corte di Cassazione n. 6579/1983 e soprattutto a Sezioni Unite n. 4823/1987, che hanno inaugurato un orientamento che può definirsi *diritto vivente*.

discipline, nella mancanza di fondate ragioni per differenziarle», e sempre con la stessa decisione dichiarò l'incostituzionalità della norma escludente la diretta applicazione a questi lavoratori dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, rilevando come la lacuna applicativa fosse «origine di altrettanto grave e ingiustificata diseguaglianza di trattamento». Sempre in contrasto con l'art. 3 della Costituzione fu poi giudicata, dall'altra sentenza della Corte (la sent. n. 364/1991), l'esclusione del personale marittimo dall'applicazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, mentre per il personale aeronautico la sentenza n. 41/1991 affermò l'incostituzionalità delle disposizioni del settore che impedivano l'applicazione della disciplina comune (rilevando la Corte che «...una materia che attiene a posizione soggettiva di grande rilievo nel rapporto di lavoro...non sopporta diseguaglianze, una disparità di trattamento ingiustificata»).

Alla base delle pronunce della Corte – e di quella che può definirsi come la sua dottrina in materia – vi sono dunque motivi di fondo costanti e più volte ribaditi. Può dirsi, fondatamente, che la giurisprudenza della Corte mostra una certa ambivalenza, riconoscendo al legislatore un'ampia discrezionalità nel determinare l'ambito applicativo delle norme di tutela (giustificando la disparità di trattamenti quando l'effetto di esclusione è collegato a situazioni obiettive, apprezzabili come tali) mentre di diverso avviso è la Corte quando la differenziazione poggia su criteri o categorie meramente soggettive, non rilevandosi situazioni obiettivamente diverse e potendosi piuttosto verificare una sostanziale omogeneità fra i rapporti lavorativi esclusi e quelli invece che beneficiano della tutela in caso di licenziamento. E quando il legislatore si spinge fino ai limiti della disparità di trattamento ammissibile, allora, se la giustificazione risiede nella situazione di crisi economica o occupazionale, la Corte, in qualche caso, anche se appare “comprensiva” e prudente, non tralascia di ricordare il nesso fra le misure derogatorie adottate e la peculiare situazione richiamata.

5. Il regresso delle tutele: è solo questione di ragionevolezza

Le due facce della giurisprudenza costituzionale in materia di licenziamenti – molto ferma nel perimetrare la discrezionalità delle politiche legislative quando è in gioco la condizione di favore per la piccola impresa e la funzionalità dell’organizzazione produttiva, più attenta alle ragioni giustificatrici quando invece viene in gioco la selezione sul versante delle categorie soggettive - rendono certamente non facilissima (e comunque intrigante) la questione della “prognosi” costituzionale delle recenti riforme⁶³.

Innanzitutto si potrebbe invero dubitare, con solidi argomenti, che incidere sulle tutele in materia di licenziamento, com’è stato fatto con il recente d. lgs. n. 23/2015 del Governo Renzi, costituisca il mezzo più idoneo o appropriato per sradicare la disoccupazione giovanile (questione sociale che rappresenta la *ratio*, ossia la ragione giustificativa delle misure adottate). I dati del resto sembrano dimostrarlo⁶⁴. Ma se si sposta il ragionamento sul piano costituzionale è quasi inevitabile osservare che la valutazione di merito potrebbe (e forse dovrebbe) ritenersi preclusa, risolvendosi altrimenti in un sindacato su una scelta di politica del lavoro da parte del potere su cui istituzionalmente grava la responsabilità di tutelare la collettività e, in particolare, il diritto al lavoro costituzionalmente tutelato (art. 4 Costituzione). E seppure, in estrema ipotesi, non la si ritenesse preclusa, certo sarebbe molto arduo stabilire, anche con un utilizzo rigoroso del test di proporzionalità, stante le diverse visioni prospettiche su questi punti, l’effettiva idonei-

⁶³ La ragionevolezza rileva qui in una duplice direzione, come si è già ricordato: da un lato, come parametro valutativo di una così intensa riduzione delle tutele, dall’altro, come verifica/controllo delle distinzioni di trattamento (soprattutto fra vecchi e nuovi assunti). Sulla distinzione del controllo di razionalità dalla ragionevolezza, oltre agli autori citati nella nota n. 22, v. E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del lavoratore nell’ordinamento multilivello*, cit.

⁶⁴ v. par. 1 del presente lavoro in nota n. 2. Alla luce dei dati univoci rilevati da fonti indipendenti sull’aumento esponenziale del numero dei licenziamenti potrebbe dubitarsi che la nuova disciplina derogatoria per i nuovi assunti sia necessaria ed adeguata allo scopo.

tà del provvedimento legislativo, che si inquadra in un complessivo ridisegno della disciplina del mercato del lavoro.

Non di meno occorre fare tuttavia alcune osservazioni critiche.

Se si può ammettere che la disoccupazione giovanile di massa giustifichi misure straordinarie, si deve convenire altresì che tale situazione rappresenta comunque, nonostante tutto, una condizione essenzialmente temporanea e non strutturale del mercato del lavoro, collegata alla crisi economica che imperversa nei paesi europei da alcuni anni. Pertanto misure che si risolvono in una compressione dei diritti, oltre tutto interconnessi a fondamentali principi della Costituzione, dovrebbero a loro volta ritenersi logicamente temporanee e contingenti, con il corollario ineludibile che esse «perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»⁶⁵. Si veda, in tal senso, proprio in *subiecta materia*, la sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 1989, riguardante una “deroga” al regime di tutela in materia di licenziamento, in cui la Corte sottolineò (pur non dichiarando l’incostituzionalità della norma) l’esigenza «di non obliterare la correlazione tra la straordinarietà della situazione di fatto (massiccia disoccupazione giovanile) e la deroga a fondamentali strumenti di garanzia per i lavoratori»⁶⁶.

Potrebbe parlarsi dunque di temporanea costituzionalità, ovvero di possibile sopravvenuta incostituzionalità se e quando si dovesse rite-

⁶⁵ V. C. SALAZAR, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il principio dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit. E ciò anche perché è lo stesso legislatore a dichiarare testualmente, nella legge delega n. 183/2014, che scopo delle nuove norme sarebbe quello «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo...», creando quindi questo stretto collegamento.

⁶⁶ Il riconoscimento del carattere necessitato ed urgente delle misure decise dal Parlamento, argomentò la Corte, «da un lato non può giustificare inerzie nella ricerca di altri strumenti che non incidano su tali valori, dall’altro non preclude una riconsiderazione della questione ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo, pur in presenza di significative modificazioni della situazione considerata». Si trattava, nella fattispecie, della sentenza n. 181/1989, il cui precedente è significativo trattandosi della questione dell’esclusione di alcune categorie di lavoratori (gli apprendisti) dal computo numerico ai fini dell’applicazione dell’art. 18 (che, si ricorda, è applicabile solo se l’azienda o l’unità produttiva raggiungono specifiche “soglie” dimensionali), nel tentativo di incentivare l’assunzione dei giovani.

nere superata la ragione giustificatrice della deroga per i nuovi assunti,⁶⁷ o si dimostrasse l'inutilità di queste misure per il raggiungimento del fine stabilito. In tal caso il test di proporzionalità darebbe un risultato negativo sotto il profilo della necessità e/o adeguatezza.

In ogni caso, anche a voler assumere questo così prudente punto di vista, resterebbe forse pur sempre da verificare, anche in periodi di crisi, l'effettività dei diritti fondamentali, stante l'esistenza nell'ordinamento di fattispecie tipizzate che costituiscono presupposti inderogabili dell'esercizio in concreto del potere di recesso, ed a cui, proprio per l'inerenza della tutela stessa del lavoratore a principi e valori di rango costituzionale, non si potrebbe mai rinunciare completamente⁶⁸. È ciò che del resto la Corte esprime quando afferma che, in qualunque condizione, bisogna proteggere il nucleo essenziale o il contenuto minimo essenziale dei diritti fondamentali (qual è indubbiamente la tutela del lavoratore in caso di licenziamento)⁶⁹. Va certo esclusa qualsiasi aprioristica gerarchizzazione dei diritti sulla base del primato astratto del "principio lavoristico", in contrasto con la dottrina della nostra Corte costituzionale che si esprime nella massima secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri» (sentenza n. 264 del 2012, ma gli stessi principi sono espressi anche nella successiva sentenza n. 83 del 2013), giacché, se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costitu-

⁶⁷ Come nota opportunamente SALAZAR, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il principio dei diritti sociali?*, cit. «la temporaneità delle misure adottate in casi di emergenza – che proprio per questo possono apparire "insolite", per riprendere la definizione utilizzata dalla Corte in un'altra nota decisione, la n. 15/1982 – risponde ad una delle condizioni poste dalla giurisprudenza costituzionale perché queste stesse possano ritenersi costituzionalmente compatibili» (in tal senso v. Corte cost. n. 85/2013).

⁶⁸ Controllo che si svolge «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire» (Corte cost. n. 1130/1988).

⁶⁹ V. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rassegna Parlamentare*, 2013, 4. Di questa autrice, molto attenta al dibattito giuslavorista, si veda pure *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, 1, 95 ss.

zionalmente riconosciute e protette, fra le quali rientrano, in un assetto costituzionale di economia di mercato, quelle che tutelano l'impresa e la libertà economica⁷⁰. Ma un quesito non aggirabile in alcun modo è se le nuove norme possano ritenersi non incoerenti con queste esigenze di tutela minima. In tal senso, può forse dubitarsi fondatamente della legittimità dell'effimera sanzione disposta dal decreto legislativo in caso di licenziamento illegittimo (fissata inderogabilmente, si rammenta, in due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, con esclusione quasi sempre della reintegrazione)⁷¹. In conclusione, pur

⁷⁰ Né la definizione di alcuni valori – come la solidarietà e l'eguaglianza – come “valori primari” implica una rigida gerarchia tra diritti fondamentali (sentenza n. 365 del 1993). La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Naturalmente il bilanciamento, strumento essenziale di ogni Costituzione pluralista, non è un'operazione neutra o tecnica, essendo intriso di valori e insidiato dalle precomprensioni, aprendosi in altri termini a giudizi di valore e a forme di razionalità pratica (v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.). E una prova fra le altre, a parti rovesciate e ancora di drammatica attualità, è l'involuzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti sociali, in cui forse, se di primato si può discettare, nel contesto di un bilanciamento che in altra sede ho definito «opaco» fra diritti posti in linea di principio su un piano di pari ordinazione, lo si può riferire alle libertà economiche e non ai diritti collettivi. Giurisprudenza risalente, com'è noto, al “Laval quartet”, in ossequio del resto a quello che può considerarsi il meta-criterio direttivo della costruzione del mercato interno, ossia la libertà di circolazione (come in altra sede ho provato a sostenere: cfr. in *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in CSDLE “Massimo D'Antona” INT., n. 104/2014). Per una condivisibile visione critica del ruolo della giurisprudenza europea v. G. AZZARITI, *Are we going towards a government of judges? The role of European Courts in the creation of a political Europe*, in *European Journal of Social Law*, 2012, 2, p. 124 ss. Si potrebbe dire, in modo perplesso, che è la precomprensione a guidare il bilanciamento, nonostante tutti gli sforzi di esplicitare modelli oggettivi e verificabili di controllo.

⁷¹ v. M.V. Ballestrero, *Problemi di compatibilità costituzionale del Jobs Act*, in Atti del Convegno svoltosi a Roma il 19 febbraio 2015 *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, pubblicazione a cura della Camera dei deputati, 2015, Roma. Sul punto fra gli altri, A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 3, il quale giustamente nota che il lavoratore illegittimamente licenziato, con le nuove norme, «non ottiene né un risarcimento in forma specifica né un risarcimento per equivalente, bensì un *tertium genus* di ristoro, deteriore rispetto ai principi civilistici generali, che ben può essere qualificato nei termini di una deroga *in pejus* ai criteri rimediali comuni, a favore del datore di lavoro» (v. p. 416-417).

volendo prendere le distanze da prospettive unilaterali forse troppo arretrato è il compromesso disegnato dal legislatore, che non sembra garantire il nucleo essenziale del diritto al lavoro, anche in un contesto nel quale potrebbe essere giustificato un punto di equilibrio dinamico e una tutela meno intensa⁷².

Non solo è molto dubbio che la norma posta dal legislatore come nuovo architrave della disciplina in materia di licenziamenti sia necessaria e idonea al conseguimento dei dichiarati obiettivi di crescita economica e occupazionale, ma, anche ad ammettere che questo primo livello di verifica sia risolto, è molto difficile sostenere che tra le misure possibili per raggiungere queste legittime finalità essa costituisca quella meno restrittiva dei diritti posti a confronto o che stabilisca oneri proporzionati rispetto al perseguimento dei suoi obiettivi⁷³. Bisogna sempre ricordare che il giudizio di ragionevolezza impone di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato dal legislatore con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e non proporzionata, e pertanto in modo non compatibile con il dettato costituzionale (Corte cost. sent. n. 23/2015)⁷⁴.

Si potrebbe certo obiettare che la Corte costituzionale non ha pronunciato – anche quando si è presentata l’occasione, come nella sentenza n. 45/1965 – l’illegittimità costituzionale dell’art. 2118 c.c. – *ergo* a maggior ragione non potrebbe pronunciare l’incostituzionalità della sanzione ridottissima prevista dal d. lgs. n. 23/2015 in caso di li-

⁷² Per un richiamo a questo principio fondamentale si legga la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 83 del 2013, *hard case* del bilanciamento fra diritto alla salute e principio economico. Per un’esposizione molto chiara sull’utilizzo del principio di proporzionalità quale limite opponibile al legislatore in caso di riforme recessive, v. B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano.*, in B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit.

⁷³ Fra gli altri v. a tal riguardo G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi ed, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti ed argomenti*, cit.

⁷⁴ Si vedano le considerazioni di M.V. BALLESTRERO, in *Problemi di compatibilità costituzionale del Jobs Act*, cit., p. 30, secondo cui i limiti invalicabili da parte del legislatore ordinario sono «il principio indefettibile della necessaria giustificazione, l’adeguatezza delle sanzioni, e la loro funzione deterrente, la impugnabilità del licenziamento di fronte ad un giudice imparziale».

enziamento ingiustificato - ma a questa obiezione si potrebbe invero rispondere che da allora “molta acqua è passata sotto i ponti” e l’ordinamento, nella sua evoluzione, ha via via registrato una restrizione sempre più incisiva del recesso *ad nutum*, oggi confinato in aree davvero residuali.⁷⁵ Ed è questo un risultato che ha una sua precisa rilevanza anche sul piano assiologico e si riflette in quello che possiamo considerare l’ordinamento costituzionale vigente⁷⁶, facendo della reintegrazione la *best way* in materia di rimedi. Altro sarebbe se l’ordinamento mutasse i propri principi fondanti, antepoendo alla libertà dei lavoratori, alla tutela del lavoro e al principio solidaristico, la libertà d’impresa, ma di questo, finora, seppure gli accenni in tal senso non mancano (non solo per le bizzarre ma oramai abbandonate proposte di riforma dell’art. 41 Costituzione, ma soprattutto nei “nuovi” valori che presiedono alla regolamentazione dei rapporti di lavoro, non più rintracciabili, a quanto sembra, nella tutela cardine del contraente debole), non sembra potersi affermare già l’attualità e la concretezza (o vigenza) sul piano dell’assetto costituzionale vigente.

6. Che valore ha l’uguaglianza per il legislatore italiano?

Anche in considerazione degli interessi super-individuali in gioco, sembra dunque necessario un attento studio sui profili di ragionevolezza/proporzionalità delle disposizioni introdotte con il d. lgs. n. 23/2015⁷⁷, in quanto, pur lasciando formalmente in piedi il pilastro co-

⁷⁵ Ad una adeguata operazione ermeneutica non è mai estranea l’evoluzione dell’ordinamento giuridico. Come ha chiarito la Corte costituzionale «la norma, infatti, non rimane cristallizzata, ma partecipa delle complesse dinamiche che nel tempo investono le fonti del diritto a livello nazionale e sovranazionale, che l’interprete deve necessariamente prendere in esame, al fine di preservare attualità ed effettività delle tutele, in particolare sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi presi in considerazione» (Corte cost. n. 51/2014).

⁷⁶ F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull’ordinamento costituzionale?*, cit.

⁷⁷ Su cui v. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit., anche per le specifiche violazioni del principio di eguaglianza

stituzionale della necessaria giustificazione del recesso datoriale, di fatto esse sembrano risolversi in un effetto sanante della riscontrata illegittimità, senza tutelare in modo adeguato, effettivo e dissuasivo l'interesse generale all'esercizio del potere datoriale – potere con effetto interdittivo sul bene della continuità del lavoro – nei modi consentiti dall'ordinamento.

Inoltre, la situazione molto complicata determinata dal sovrapporsi di diversi modelli di disciplina crea, insieme ad interrogativi e problemi di natura ermeneutica, continui rimandi alla legittimità delle differenze di trattamento a cui sono sottoposti i lavoratori. Anche all'interno del sistema rimediale definito per i contratti di lavoro stipulati dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 23, si realizzano distinzioni la cui *ratio* non sempre, come si è notato, è ben comprensibile⁷⁸. Si prenda ad esempio l'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015, quando afferma che l'unica ipotesi in cui il giudice può disporre la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro si concretizza in caso di insussistenza del fatto – peraltro «fatto materiale contestato al lavoratore a cui resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»⁷⁹. Al di là

qui non illustrate, per ragioni soprattutto di sintesi, ma risolvibili in via di interpretazione costituzionalmente orientata, quali, ad esempio, la questione relativa al carattere tassativo o meramente esemplificativo del rinvio dell'art. 2 del d. lgs. n. 23/2015 alle ipotesi di discriminazione e l'altra, forse più spinosa, relativa alle c.d. nullità virtuale, giacché l'eventuale interpretazione restrittiva, nell'uno e nell'altro caso, sarebbe certamente generativa di un problema di illegittima differenza di trattamento.

⁷⁸ Si veda la casistica illustrata da SPEZIALE, *op. ult. cit.*

⁷⁹ Si ricorda che, sulla scia della questione che si era già posta nell'ambito dell'interpretazione delle disposizioni di riforma dell'art. 18 dello Statuto (comma IV), la posizione assolutamente prevalente e quasi unanime della dottrina è nel senso della riconduzione della nozione di “fatto” al “fatto giuridico”. Si veda, fra gli altri, L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 526 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, *ivi*, 280. Problema del resto superato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, dopo un primo inadeguato e scarsamente convincente *obiter dictum* (v. sent. n. 23669 del 2014), con le tre sentenze, estensore Roselli, n. 17087, 20640, 20645 del 2015, su cui v. M. DE LUCA, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 281/2015; v. al riguardo G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato articolo 18 dello statuto dei lavoratori: fra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*,

della formula senza precedenti utilizzata dal legislatore, si innesta qui un ulteriore elemento divisivo fra lavoratori ed è molto difficile sostenere la ragionevolezza del discrimine posto, ai fini rispettivamente dell'applicazione della reintegrazione o del modesto risarcimento economico, fra fatto materiale insussistente e fatto materiale sussistente ma privo di illiceità (o semmai denotativo di un'inadempienza irrilevante o minore), spalancando in nome di questa differenza incomprensibile un abisso dal punto di vista delle conseguenze giuridiche ed esistenziali. Con queste premesse, venendo meno qualsiasi potere di valutazione del fatto, si potrebbe ritenere che la nuova normativa sia, quanto meno, irragionevolmente derogatoria della disciplina generale in materia, configurandosi, in tal senso, un vizio di «eccesso di potere legislativo»⁸⁰.

Anche in questo caso, dunque, la disposizione qui evocata appare emblematica della totale trascuratezza del “valore” dell'eguaglianza nei rapporti lavorativi⁸¹. Ed inoltre, come si è notato, «solo un plateale fraintendimento del significato della “soggezione dei giudici alla leg-

cit. Il d. lgs. n. 23/2015, introduce in modo più netto il riferimento all'insussistenza del “fatto materiale contestato”, ai fini della reintegrazione, così optando per una soluzione molto radicale e di difficile coesistenza con il nostro ordinamento giuridico, come del resto dimostrano i pronunciamenti della Cassazione le cui motivazioni sono applicabili anche a tale fattispecie. In senso contrario, ma argomentando l'illegittimità costituzionale, v. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit. Come soluzione possibile ed intermedia ho proposto (in relazione al regime previsto dall'art. 18 IV comma, ma estensibile anche alla nuova formula) di valorizzare l'art. 1455 c.c. (che stabilisce in campo civilistico il principio secondo cui la risoluzione del contratto è possibile solo in caso di inadempimento dell'altra parte di “non scarsa importanza”), nell'ottica di un'interpretazione adeguatrice, per “recuperare” la ragionevolezza smarrita (v. il mio *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in tema di licenziamenti disciplinari*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2014, 2, I).

⁸⁰ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 2001, spec. pag. 158-159; v. A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit.

⁸¹ Quasi un caso di scuola di irragionevolezza della distinzione di trattamento. In tal senso v. M. DE LUCA, *op. ult. cit.*, p.10; sul punto v. pure G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato articolo 18 dello statuto dei lavoratori: fra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*, *op. cit.*; M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lavoro e Diritto*, 2015, 51; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lavoro e Diritto*, 2015, 21.

ge” affermata dall’art. 101 Cost. può indurre a ritenere che sia possibile alla legge stessa imporre alla magistratura l’accantonamento del canone di ragionevolezza-proporzionalità nell’esercizio dell’attività ermeneutica»⁸².

Non si può obbligare il giudice - secondo questa dottrina - di guardare al “nudo” fatto materiale, anche solo per determinare la sanzione applicabile e scegliere fra reintegrazione e risarcimento. Si può pertanto sperare che la giurisprudenza, anche in via d’interpretazione costituzionalmente orientata, rivisiti il dettato legislativo e ne dia una lettura consona ai principi costituzionali (ed anche ai principi generali dell’ordinamento civile)⁸³.

La questione più rilevante dal punto di vista dell’eguaglianza di trattamento fra lavoratori, e più discussa, è tuttavia quella riguardante la disparità fra vecchi e nuovi assunti, che in astratto potrebbe giustificarsi (ed è stata giustificata da alcuni) in ragione del mero fattore temporale, essendo in facoltà del legislatore, in termini generali, predisporre una nuova regolamentazione delle relazioni giuridiche valida soltanto per il futuro. Ma non pare assolutamente convincente, a tal proposito, ed anzi è del tutto inappropriato, il richiamo di quella giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui non contrasta con il principio di uguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie ma in momenti diversi nel tempo, «poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche» (così la sentenza n. 254/2014, ma si vedano anche le altre pronunce richiamate nella citata decisione). Situazione, questa, del tutto diversa dall’applicazione alla medesima fattispecie e nello stesso contesto spazio-temporale di discipline diverse, recanti radicali differenze di trattamento su un punto nodale del rapporto lavorativo. La Costituzione non vincola il legislatore ad una specifica

⁸² C. SALAZAR, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principio dei diritti sociali”?*, cit., p. 16

⁸³ Si veda in tal senso fra le prime pronunce in tema quella del Tribunale di Roma del 4 aprile 2016, pubblicata in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2016, 3, p. 686 con nota di MARCO BIASI.

disciplina del potere di recesso del datore di lavoro, ma, come ha enunciato (fra le altre) la sentenza n. 176/1986, «ove siano previsti i casi, tempi e modi dei licenziamenti, la disciplina per essere conforme a Costituzione deve rispecchiare l'esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali *ed in relazione ad esse può essere diversificato solo per giustificate ragioni*». E nella fattispecie pare finanche pleonastico ricordare che la minor protezione di alcuni lavoratori non trova alcuna giustificazione stante l'identica situazione di fatto dei vecchi e dei nuovi assunti alle dipendenze del medesimo datore di lavoro⁸⁴.

Forse va precisato che l'approvazione, da parte della Consulta, delle differenze di trattamento risalenti al vecchio regime "binario" – in cui la scriminante era costituita dalla dimensione dell'unità produttiva – non implica la legittimità di qualunque disparità di trattamento⁸⁵. E bisogna ricordare che la Corte, nella sua giurisprudenza, non ha mai ammesso a cuor leggero, ed anzi il più delle volte le ha respinte nettamente, differenze di disciplina fondate su categorie prettamente sog-

⁸⁴ Cfr. in tema S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 21, il quale sottolinea che la scelta legislativa «avrà esattamente l'effetto di internazionalizzare in via strutturale all'interno dell'impresa quel dualismo che il legislatore si propone di contrastare» fra garantiti e non garantiti, «una differenziazione di statuto protettivo radicale e permanente». Si veda pure C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, cit. secondo cui «..in futuro, nella grande maggioranza dei casi la tutela contro il licenziamento illegittimo si atteggerà in modo differente, persino all'interno della stessa impresa, solo in base alla data della stipula del contratto, mero dato di fatto di per sé insufficiente a offrire un fondamento *ragionevole* alla differenziazione nella garanzia del diritto al lavoro» [corsivo nel testo]. A questi autori si rinvia anche per la citazione dei pochi che si sono espressi nel senso della giustificazione della differenza di trattamento.

⁸⁵ Lo rileva esattamente M. V. BALLESTRERO, in *Problemi di compatibilità costituzionale del Jobs Act*, cit., p. 28, secondo cui nessuno degli argomenti utilizzati in passato dalla Corte per giustificare il precedente regime differenziato di trattamento «è spendibile a fronte di una disciplina che è sostanzialmente omogenea per tutti i nuovi assunti». Come può leggersi nella notissima sentenza n. 24/2004 (ma con tutt'altro oggetto), «...sarebbe dunque l'esigenza di diversificare la disciplina delle situazioni (oggettive) differenti, in rapporto con quella di non collegare la differenziazione al soggetto, in quanto tale, a condurre alla definizione dell'eguaglianza come "pari trattamento di pari situazioni e diverso trattamento di situazioni diverse". Ne deriva che *le differenziazioni normative possono essere eccezionalmente legittime, nei limiti in cui si riflettano sull'oggetto e sempre che sussista un nesso di assoluta necessità tra la differenziazione ed un fine costituzionalmente consentito e se sono ispirate a ragionevolezza*: il che impone che si versi in ipotesi in cui siano le «situazioni di fatto» messe a confronto ad essere tra loro differenti» [corsivo mio].

gettive⁸⁶. La correlazione fra diritto al lavoro e principio di eguaglianza, messa in luce in questa giurisprudenza, fa sì che solo in via d'eccezione e per giustificate ragioni può dirsi consentita la diversificazione dei regimi di disciplina applicabili⁸⁷. La dottrina della Corte in materia, elaborata in tutte le numerose occasioni in cui ha dovuto occuparsi di differenze di trattamento, è che l'assimilabilità all'ordinario rapporto di lavoro (tutelato con la reintegra) del rapporto sottratto a tale tutela, impedisce di giudicare legittime le disparità di trattamento, con conseguente caducazione della disciplina derogatoria *in pejus*. Difficilmente potrà quindi essere accettata come costituzionalmente immune da critiche la coesistenza all'interno della stessa organizzazione aziendale di dipendenti diversamente tutelati, in presenza di uno stesso o identico atto datoriale illegittimo e pur a fronte di un rapporto lavorativo di egual natura, non potendo costituire valido elemento di differenziazione la mera data di costituzione del rapporto di lavoro⁸⁸.

⁸⁶ Basti qui richiamare la giurisprudenza sui pensionati e i principi, in particolare, espressi con le sentenze n. 174/1971 e n. 176/1986 in cui la Corte respinge nettamente ogni differenza di trattamento basata sul criterio dell'anzianità, giacché «non possono essere negate, per il solo fatto dell'età, quelle cautele e garanzie che sono informate al rispetto della personalità umana e che sono indice del valore spettante al lavoro nella società». Ma si legga la giurisprudenza richiamata nel paragrafo n. 4, lettera b), nella sua interezza.

⁸⁷ Situazione addirittura emblematica ed esempio quasi scolastico di violazione del principio di eguaglianza è quella che si realizza in caso di licenziamento collettivo illegittimo (ossia in caso di un medesimo atto datoriale) fra vecchi e nuovi assunti. Qui si possono ritenere assolutamente auto-evidenti le incongruenze logiche, a dimostrazione di quanto sia infondata la presunzione di "buona scrittura" del *Jobs act*, e di quanto distante sia la legislazione rispetto alla necessaria consapevolezza del valore dell'eguaglianza. Per di più, la distinzione di trattamento non riguarda soltanto il sistema rimediabile, ma concerne anche l'applicazione del rito speciale riservato alle procedure di impugnazione dei licenziamenti dalla l. n. 92/2012, creando situazioni definite da acuti commentatori con indubbio autocontrollo come "delicati profili critici" (v. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in AA.VV. *Jobs Act: il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli ed. Torino, 2015, ma anche in CSDLE "Massimo D'Antona", n. 250/2015).

⁸⁸ Si rinvia nuovamente alla disamina analitica della giurisprudenza costituzionale nel paragrafo n. 4 del presente lavoro. Giunge a conclusioni diverse, pur ponendosi retoricamente questo interrogativo, M. MARAZZA, in *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in CSDLE "Massimo D'Antona", n.236/2015, e ciò sul presupposto secondo cui il criterio temporale (il "fluire del tempo") ha sempre rappresentato, nella giurisprudenza della Corte, valido elemento di differenziazione. Possibilista anche, fra gli altri, C. CELENTANO, in *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, cit., p. 395 ss.

Sarà dunque la Corte il potere “contro-maggioritario” a cui si potrà chiedere di affermare che la discriminazione dei regimi di disciplina in base a criteri meramente soggettivi non ha cittadinanza in Costituzione? La domanda – si può ritenere – ha in questo caso una risposta pressoché obbligata, in considerazione del valore tendenzialmente universalistico del principio di parità di trattamento che la Corte costituzionale, fin dalla sentenza n. 120 del 1967, ha sostenuto e difeso, manifestando un atteggiamento idiosincratico nei confronti di meccanismi escludenti che non siano fondati su giustificati motivi. E difatti, sono sempre e soltanto differenze di fatto fra le diverse situazioni soggettive che possono giustificare la discrezionalità del legislatore nello stabilire l’ampiezza e l’intensità del godimento dei diritti fra diverse classi di soggetti (purché si tratti di differenze ragionevoli e proporzionate rispetto alla loro condizione)⁸⁹. Come scrive in altro contesto Marta Cartabia, «l’eguaglianza implica anche distinzione»⁹⁰, che però dev’essere sempre assoggettata al vaglio di ragionevolezza e di proporzionalità. E si sa che le distinzioni irragionevoli trasmodano in forme discriminatorie, in questo caso nei confronti dei più giovani.

In conclusione, non si può non registrare in questa stagione legislativa la rottura in certa misura radicale con il principio, sul quale si è fondata la regolazione lavoristica e che ha finora ammesso soltanto limitate deroghe, per cui i lavoratori sono posti su un piano di parità rispetto all’esercizio del potere datoriale⁹¹. Ora dalla legge proviene

⁸⁹ V. fra le altre, ad esempio, Corte cost. n. 104/1969, quando afferma che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo delle titolarità dei diritti non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento». Ma nella fattispecie appare molto difficile argomentare che, fra lavoratori della stessa azienda, possano determinarsi quelle differenze di fatto che giustificano la discrezionalità del legislatore nel regolamentare diversamente la medesima situazione.

⁹⁰ In rapporto ad altre problematiche, M. CARTABIA, *Gli immigrati nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO, *Quattro lezioni sugli stranieri*, Jovene ed., 2016, qui p. 10-11.

⁹¹ Si vedano le riflessioni di MARZIA BARBERA in *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, in P. CHIECO (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2004.

non un comando (o un effetto) di parificazione, bensì un dispositivo di differenziazione che crea disuguaglianze o quanto meno trascura il “nucleo duro” dell’eguaglianza⁹². E a tal proposito si può anzi sottolineare come l’intero impianto del *Jobs Act* (in particolare i d. lgs. n. 23 e n. 81) si caratterizzi per l’utilizzo esteso e forse smodato dei meccanismi di diversificazione dei regimi di disciplina, anche attraverso la sistematica derogabilità (individuale e collettiva) delle disposizioni e prescrizioni normative, tanto da far dubitare che per il legislatore l’eguaglianza – intesa (almeno) come tendenziale uniformità di disciplina per le diverse categorie di lavoratori – sia ancora un valore degno di essere tutelato e coltivato⁹³.

7. Conclusioni e brevi osservazioni sul (prossimo) referendum

La relativa stabilità dell’assetto legislativo in materia di licenziamenti e più in generale del “blocco garantista” dello Statuto dei lavoratori la si deve certamente al consenso sottostante al compromesso politico, sociale e giuridico di cui queste norme sono state espressione, tanto da farne il perno di una regolamentazione non congiunturale dei rapporti collettivi e individuali di lavoro, ed i cui principi sono stati acquisiti ed assorbiti grazie soprattutto all’avallo della magistratura⁹⁴.

L’art. 18 ha rappresentato una schietta espressione del rapporto armonico (in quella fase storica) che questo compromesso ha istituito, nelle relazioni lavorative, fra principio di solidarietà e di responsabilità, stante la sua logica incentrata nel dovere delle parti di ri-assumere la posizione di parti cooperanti, ossia di recuperare completamente e

⁹² Così definisce l’eguaglianza giuridica A. CERRI, *Uguaglianza*, Laterza ed., Roma-Bari, 2005.

⁹³ Ho approfondito questi aspetti nel mio saggio *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell’uguaglianza*, cit.

⁹⁴ Si vedano le lucide considerazioni di T. TREU già in AA.VV. *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, De Donato, Bari, 1977 p. 24-25. Per una recente riflessione al riguardo v. L. ZOPPOLI, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, cit., p. 54-55.

senza residui la responsabilità della cooperazione negoziale per un fine comune, assumendo quella duplice posizione di debitore-creditore tipica dei contratti a prestazioni corrispettive. Si potrebbe anzi dire che ogni qualvolta le parti contrattuali sono costrette dall'ordinamento a ripristinare lo scambio sinallagmatico si ha implicitamente una testimonianza della fondamentale natura di questa norma come espressione dei doveri solidaristici della Costituzione⁹⁵.

Certo, come si è notato, con l'ordinamento giuridico la condizione lavorativa presenta «legami storicizzati che mutano al mutare della *percezione dell'apporto che il lavoro è chiamato a fornire nella realizzazione della cittadinanza sociale*»⁹⁶, a cui non sfugge la tutela del lavoratore anche in materia di licenziamento. Ma nella fattispecie, paralizzando il potere del giudice, in realtà cambia la natura del potere datoriale, collocato in una posizione di semi-immunità, insensibile alle sollecitazioni dell'ordinamento giuridico (il quale, pur esigendo specifiche condizioni causali, non possiede in concreto capacità reattiva, pur in presenza di un uso distorto e illegittimo del potere medesimo). Da questo punto di vista, la riforma sembra ispirarsi ad una filosofia di fondo dei rapporti lavorativi che si discosta, non si sa quanto consapevolmente, dalle radici fondanti del costituzionalismo sociale⁹⁷: un brusco taglio dei ponti con la cultura del Novecento.

Dopo le già radicali rotture conseguite grazie alla legislazione recessiva dei primi anni 2000, culminata nel d. lgs. n. 276/2003, la preoccupazione di molti studiosi è ora l'oscurarsi definitivo e dei doveri di solidarietà nel mondo del lavoro in nome di un'evanescente e mai chiarita “tutela sul mercato”⁹⁸.

⁹⁵ Oggetto, questo principio, di un frettoloso revisionismo, rischiando di riportare in auge un'impostazione unilaterale dei rapporti in azienda (cfr. L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.* p. 57).

⁹⁶ E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del lavoratore nell'ordinamento multilivello*, cit., p. 6 del testo provvisorio.

⁹⁷ Si vedano gli spunti in tal senso di V. BAVARO, *Appunti sul Jobs Act e la costituzione materiale del Diritto del Lavoro*, in Atti del Convegno svoltosi a Roma il 19 febbraio 2015 *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, cit., p. 79 ss.

⁹⁸ Come scrive giustamente ZOPPOLI, in *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, cit., p. 57, il prezzo che si paga

Per tornare nuovamente alla metafora del “risveglio” di Veronesi, che la società civile assuma un impegno a difesa dei valori solidaristici non può essere, dunque, che una buona notizia. In questo contesto merita di essere attentamente valutata l’iniziativa referendaria promossa dalla CGIL, che ha raccolto a sostegno un inconsueto numero di firme (oltre tre milioni), concentrandosi su tre specifici quesiti (i voucher, i licenziamenti e il regime di disciplina dell’appalto, ammesso ovviamente che essi superino il vaglio della Corte costituzionale)⁹⁹. Anche se non è certo che possa dirsi, questa, una “buona notizia”, potendosi dubitare che la risposta sindacale più efficace contro le politiche del lavoro in auge sia quella che passa attraverso lo strumento del referendum popolare, segnale piuttosto della situazione molto precaria del sindacato italiano sul fronte della propria capacità di mobilitazione e risposta (anche ricordando gli aspri conflitti che hanno accompagnato invece l’approvazione in Francia di una riforma da molti ritenuta molto vicina al *Jobs Act* di Renzi). Pur non volendo recitare il ruolo di Cassandra, non si può evitare qui di sottolineare che quella referendaria potrebbe in effetti rappresentare un ulteriore tappa negativa della vicenda sindacale italiana, qualora registrasse nuove divisioni o si risolvesse in una sconfitta politica, e rivelarsi addirittura un *boomerang*, rafforzando la posizione di chi difende quell’impostazione e rendendo ancora più difficile qualsiasi prospettiva futura di “riforma della riforma”¹⁰⁰.

con la riforma «è che il diritto del lavoro del futuro viene basato su un contratto intimamente sbilanciato, un contratto che registra e perpetua una disuguaglianza tra i contraenti».

⁹⁹ Nonostante sia formulato in modo molto complicato, il quesito sui licenziamenti non dovrebbe però incontrare ostacoli sulla strada della sua ammissibilità, visto che (al pari degli altri due) è comunque univoco e la disciplina residuale (o per meglio dire la “normativa di risulta”). Cfr. fra le altre Corte Cost. n. 35/2000.

¹⁰⁰ Da più di un decennio, e precisamente dalla sottoscrizione del “Patto per l’Italia” nel 15 luglio 2002 con il Governo Berlusconi da parte di Cisl e Uil, con il dissenso della Cgil, l’unità sindacale fra le tre grandi confederazioni, intesa come unità d’intenti e d’azione, può dirsi finita, o nel migliore dei casi ridotta ad un simulacro, di cui si possono verificare con mano le conseguenze sulle condizioni normative e salariali dei lavoratori.

In ogni caso, al di là di queste considerazioni, bisogna dire che la svolta – qualora fosse effettivamente approvata dal legislatore referendario – non potrebbe essere più radicale. I quesiti tendono, infatti, all’abrogazione totale del d. lgs. n. 23/2015 e ad un rimaneggiamento molto esteso dell’attuale testo dell’art. 18 l. n. 300/1970 (così come modificato a seguito dell’entrata in vigore della l. n. 92/2012)¹⁰¹. La disciplina verrebbe ridisegnata completamente, cancellando dall’ordinamento il contratto a tutele crescenti e intervenendo profondamente su molte parti del testo vigente dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che si applicherebbe senza distinzioni a nuovi e vecchi assunti. Il progetto è riaffermare il carattere egemonico della reintegrazione, modello sanzionatorio che diverrebbe, in caso di vittoria, praticamente dominante. E difatti l’altra importante innovazione rispetto all’assetto vigente, modificando i limiti applicativi della norma, sta nell’estensione dell’applicazione dell’art. 18 a tutti i datori di lavoro che occupano alle proprie dipendenze più di cinque lavoratori. Si tratta dunque di un’iniziativa che tende a rilanciare l’idea di una regolazione garantista declinata nel senso della parificazione quasi generalizzata dei lavoratori subordinati sul piano della disciplina rimediale applicabile¹⁰². La visione universalistica delle tutele da parte della CGIL non è del resto una novità e lo dimostra la coeva Carta dei diritti universale del lavoro, oggetto di un’iniziativa di legge popolare sostenuta anch’essa da oltre un milione di firme, che tende a rappresentare

¹⁰¹ Gli altri due quesiti riguardano rispettivamente le norme che introducono e disciplinano i c.d. voucher (con abrogazione in toto degli artt. 48, 49 e 50 d. lgs. n. 81/2015) e quelle riguardanti la disciplina della responsabilità e dei controlli sugli appalti (con parziale abrogazione dell’art. 29 d. lgs. n. 276/2003). Anche in questo caso non ci sono dubbi sull’ammissibilità dei quesiti.

¹⁰² Non è la prima volta che l’art. 18 dello Statuto viene trascinato in un’arena referendaria. Già nel 2000 e nel 2003 il “popolo sovrano” ha dovuto pronunciarsi su iniziative formulate con intenti del tutto opposti (nel primo caso, propugnando l’abrogazione *sic et simpliciter* dell’art. 18 e nell’altro l’abrogazione invece dei limiti applicativi per le aziende di minori dimensioni). In entrambi i casi non si raggiunse il quorum, ma è utile ricordare che il primo dei due referendum registrò comunque una bocciatura a larga maggioranza dei votanti del quesito proposto.

in modo molto chiaro e netto il punto di vista del sindacato confederale sulle politiche legislative perseguite finora¹⁰³.

La difficoltà di raggiungere il *quorum* rischia tuttavia di paralizzare l'effetto travolgente di un referendum che può contare su una prevedibile maggioranza (come nella consultazione referendaria del 2003)¹⁰⁴. Un certo "massimalismo" della proposta referendaria, che addirittura promuove l'abbassamento della soglia di applicabilità dell'art. 18, potrebbe essere uno dei suoi fattori di maggiore debolezza, anche se, probabilmente, gli stessi promotori intendono utilizzare il referendum più come occasione per una campagna politica sulle scelte di fondo dei *policy makers* italiani ed europei – agendo in tal senso da soggetto politico più che sindacale in senso stretto, com'è nella tradizione della CGIL - più che puntando davvero ad un suo esito positivo (cioè effettivamente abrogativo).

Ma che le politiche del lavoro possano cambiare grazie al referendum è molto improbabile, essendo piuttosto necessario un mutamento d'orizzonte di carattere generale (che semmai s'avverte nell'aria ma non nelle cose). Allo stato questa è una prospettiva ancora utopica, l'inverarsi, a ben vedere, di una nuova costituzione economica lontana anni luce da quella imperante negli ultimi anni, che Stiglitz ha ribattezzato come economia politica *offerlista*, fondata sull'idea (meglio, sul mito) che la crisi si risolva dal lato dell'offerta e non della domanda.¹⁰⁵ E che così giustifica l'attacco a quelli che nel dibattito anglosassone vengono definiti, talvolta con disprezzo, *middle-class entitle-*

¹⁰³ La proposta della CGIL è pubblicata dalla Rivista giuridica del lavoro, 2016, 1. Si veda il commento di L. ZOPPOLI, in *Tradizione e innovazione nella Carta dei diritti universali del lavoro della CGIL*, relazione al Convegno di Napoli, 15 giugno 2016, paper.

¹⁰⁴ Sull'istituto del referendum è intervenuta la riforma costituzionale approvata dalle Camere (ed ora in attesa di referendum confermativo ex art. 138 Costituzione), ma in modo molto controverso (con un *quorum* diversificato in relazione al numero di firme raccolte dai promotori, di cui non si comprende la *ratio*, e con la previsione di referendum propositivi e di indirizzo ma rinviati alla legislazione attuativa). Per una disamina critica delle modifiche introdotte dalla contestata legge di riforma costituzionale, G. ZAGREBELSKY, *Loro diranno noi diciamo. Vedemecum sulle riforme costituzionali*, Laterza ed., 2016.

¹⁰⁵ J. STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, cit., qui p. 357 ss. della traduzione italiana, anche per una messa a punto critica della screditata teoria liberista della regolazione dei mercati.

ments, fra i quali si può annoverare la stessa nostra legislazione garantista oltre ovviamente tutte le altre “provvidenze” sociali, obiettivi principali delle “nuove” politiche.¹⁰⁶ A voler essere ottimisti si potrebbe però concludere con le parole di Annie Ernaux in *Les années*: «In ogni momento, assieme a ciò che viene considerato naturale fare e dire ... ci sono tutte quelle cose su cui la società tace senza rendersene conto, destinando a un disagio solitario chi quelle stesse cose le sente senza saperle nominare. Un silenzio che un giorno si rompe, d’un tratto o poco a poco, e delle parole cominciano a sgorgare sulle cose, finalmente riconosciute, mentre al di sopra si vanno formando altri silenzi».

¹⁰⁶ Laddove, probabilmente, uno dei maggiori problemi che impediscono la crescita economica è proprio l’iniqua distribuzione dei redditi, come ancora osservano economisti autorevolissimi come STIGLITZ, *op. ult. cit.* p. 381 ss. e tanti altri oramai, d’orientamento keynesiano, che sottopongono a revisione critica i postulati della dottrina neoliberista (v. paragrafo 1, in nota, per i riferimenti).



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Luciano

PATRUNO, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Sara

SPUNTARELLI, Chiara

TRIPODINA

Redazione

Andrea

DEFFENU, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)