

12 SETTEMBRE 2018

Il *lavoro* e la Costituzione: il contratto a
tutele crescenti sotto la scure della
Corte costituzionale

di Francesco Medico

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Alma mater studiorum - Università di Bologna



Il *lavoro* e la Costituzione: il contratto a tutele crescenti sotto la scure della Corte costituzionale*

di Francesco Medico

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale
Alma mater studiorum - Università di Bologna

1. L'introduzione del nuovo *contratto a tutele crescenti* rappresenta, sicuramente, una svolta epocale all'interno degli equilibri e delle dinamiche del diritto del lavoro. Certo, la dottrina giuslavoristica ormai da tempo, quantomeno dalla fine degli anni '70, si interroga sui forti cambiamenti che interessano la propria disciplina - legati a molteplici fattori come l'avvento del post-fordismo, la globalizzazione e la crisi dello Stato sociale così come conosciuto nei Trenta gloriosi, la dominante ideologia neo-liberale e neo-mercantista, ecc - e sembra trovarsi in un faticoso e forse inevitabile cammino di ri-definizione, di ricerca del proprio statuto, di una nuova *epistème* (1). Leggendo qualsiasi rivista o monografia di diritto del lavoro la parola che più risalta agli occhi è sicuramente *ripensamento; ripensamento* di una disciplina che, come ricorda un Maestro, forse più di tutte le altre è strettamente legata alla Storia del Secolo breve. La differenza però, a questo tornante riformatore, si ritrova nella specificità del decreto legislativo n.23 del 2015, che non si è semplicemente inserito all'interno del filone di bulimia legislativa che ha colpito, negli ultimi venti anni questa branca del diritto, ma è intervenuto nel modificare il centro del micro-sistema del lavoro, il *pivot* della galassia giuslavoristica: il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Fino ad ora, infatti, non sono sicuramente mancati interventi riformatori incisivi - basti pensare al Pacchetto Treu o alla Legge Biagi o alla stessa riforma Fornero(2), per citare i più rilevanti - ma questi non hanno mai "attaccato" frontalmente il contratto di lavoro subordinato, su cui tutto un micro-sistema e una cultura giuridica di matrice novecentesca si era costruita e formata. Non è una considerazione di poco conto perché, a questo punto, il *Jobs Act* e l'introduzione del nuovo contratto a tutele crescenti vanno considerate come lo *zenit* di un movimento riformatore che trova, solo ora, una - forse ancora parziale,

* Nota a sentenza sottoposta a referaggio.

(1) Basti citare in questa sede, nella diversità delle analisi e delle soluzioni proposte, *ex multis*: V. SPEZIALE, *La trasformazione del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, n.4/2016, A. PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2016, R. DEL PUNTA, *Il nuovo giuslavorista*, in *Diritti Lavori Mercati*, n.3/2016, R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *Diritti Lavori Mercati*, n.1/2016, U. ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti con il passato)*, in *Lavoro e diritto*, n.1/2013, R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, n.1/2013.

(2) La riforma Fornero, realizzata nel 2012 sotto il governo Monti, può essere letta, infatti col senno di poi, come l'abbozzo di questo processo riformatore, in una sostanziale ottica di continuità.

ma sicuramente incisiva - realizzazione. Intervenire sulla tipologia contrattuale del lavoro subordinato a tempo indeterminato non può non evidenziare - provando a interpretare le intenzioni più profonde del legislatore - una volontà chiara di modificare la stessa concezione dell'*homme de travail* del post-Costituzione del '48 (sempre per citare Romagnoli) verso l'attribuzione di un nuovo valore, non solo giuridico, ma anche antropologico e sociale di questo contratto (rapporto). Non a caso, nella letteratura giuslavoristica, viene spesso richiamato il noto epistemologo Kuhn, proprio per segnalare questo «cambiamento di paradigma scientifico»⁽³⁾ che è avvenuto con la riforma del *Jobs Act* in questa branca del diritto; la certificazione del superamento di una certa «scienza normale» lavoristica, che si era fondata su un certo tipo di garantismo progressivo della posizione del *soggetto debole* del rapporto di lavoro, e che diventa ora, come spiegherebbe Kuhn, *obsoleta* rispetto al progredire del dato normativo (politico). Se tutto questo è vero e se è vero che il sole attorno a cui ruota il sistema del *Jobs Act* è l'introduzione del contratto a tutele crescenti, si capisce bene che si è davanti a un terremoto. E, per di più, sarebbe miope pensare che questo terremoto abbia solo effetti centripeti e limitati nel diritto del lavoro, quasi come se *quel* diritto fosse una monade incomunicante nel tessuto ordinamentale. La portata, invece, di una riforma di questo tipo ha, per una naturale vocazione centrifuga, impatti sul sistema *latu sensu* costituzionale. Non si può infatti negare che, in un ordinamento costituzionale in cui «il lavoro» fonda la Repubblica⁽⁴⁾, una modificazione di tal portata non intacchi anche gli stessi fondamenti costituzionali del vivere della *polis*. Questo cambiamento di «paradigma scientifico» a cui fanno riferimento i giuslavoristi non può, dunque, non interessare anche i costituzionalisti per gli impatti che tutto questo ha in un ordinamento costituzionale in cui, unanimemente, il «principio lavorista»⁽⁵⁾ viene riconosciuto come perno dell'edificio repubblicano. La declinazione che lo Stato sociale ha avuto in Italia, infatti, a differenza di altri ordinamenti continentali, passa attraverso una fortissima valorizzazione della dimensione del lavoro⁽⁶⁾ – o come direbbe Mortati ne è il suo fondamento etico - come veicolo-traino per accedere a quel progetto costituzionale di continua integrazione politica e sociale. Non si può, quindi, pensare che una riforma di tal calibro non obblighi il costituzionalista a porsi dei quesiti a largo spettro sulle implicazioni che questa

⁽³⁾ A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, pag.3, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e la Naspi*, Torino, 2015, Giappichelli, ma anche, B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP CSDL E "Massimo D'Antona". IT 265/2015.

⁽⁴⁾ Da ultimo che indaga questo tema G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, Torino, Einaudi, 2013.

⁽⁵⁾ C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale*, Milano, 1972, Giuffrè, C. MORTATI, *Commento all'art.1*, in Aa.Vv., *Commentario della Costituzione. Art.1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975, poi ripresi nei recenti contributi, L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Milano, Giuffrè, 2005, C. PINELLI, "Lavoro" e "progresso" nella Costituzione, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.3/2009, G. DI GASPARE, *Il principio lavoristico nella Costituzione della Repubblica*, in www.astrid.com.

⁽⁶⁾ U. ROMAGNOLI, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Diritti Lavori Mercati*, n.3/2005, *passim*.

nuova concezione del lavoro porta inevitabilmente con sé. Ad esempio, come si declinano *lavoro* e Costituzione nel XXI secolo? In che modo la visione “costituzionale” del *lavoro* si lega a doppio filo allo sviluppo dello Stato costituzionale? Qual è il *fil rouge* che la Costituzione traccia tra *lavoro* e *cittadinanza*? Domande affascinanti e di avvertita urgenza con cui però rinviamo ad altra sede il confronto, dopo una più approfondita riflessione. Tutto al contrario questo articolo ha un proposito molto più ridotto e mirato, seppur strettamente collegato: l’analisi dell’ordinanza del Tribunale di Roma che ha sollevato diversi dubbi di costituzionalità sul contratto a tutele crescenti. La risposta che verrà data dalla Corte costituzionale non potrà non considerare anche queste implicazioni costituzionali di “sistema” sul valore costituzionale del *lavoro*, insieme a valutazioni più strettamente tecnico-giuridiche. Sarebbe scorretto, infatti, partire dall’opinione secondo cui ogni intervento normativo politicamente “cattivo” sia necessariamente incostituzionale⁽⁷⁾, ma è facile comprendere come il giudizio della Corte, in particolare in questo caso, inciderà fortemente sull’interpretazione degli articoli della Costituzione che di *lavoro* parlano. *Bref*, un compito difficile ed estremamente delicato. Tuttavia, il commento che si cercherà di proporre in questo scritto si limiterà ad esaminare solo alcuni profili di costituzionalità⁽⁸⁾ sollevati dal Tribunale attraverso lo strumentario tipico del costituzionalista, cercando di evidenziare infine dei parziali spunti di riflessione ulteriore che questa ordinanza offre l’occasione di sviluppare.

2. Un primo profilo di incostituzionalità su cui si concentra il Tribunale di Roma è la possibile violazione del principio di eguaglianza del decreto legislativo 23/2015, nella parte in cui prevede come *discrimen* di applicazione del nuovo regime delle tutele crescenti la data di entrata in vigore del decreto: il 7 marzo 2015. Il giudice, infatti, afferma che «la data di assunzione appare come un dato accidentale ed estrinseco a ciascun rapporto che in nulla è idoneo a differenziare un rapporto da un altro a parità di ogni altro profilo sostanziale»⁽⁹⁾: in buona sostanza, non viene considerato *ragionevole* una differenziazione di trattamento sulla base della sola data di stipulazione del contratto. Questo nonostante lo stesso Tribunale citi una consolidata giurisprudenza costituzionale in cui si sostiene che «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza 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

⁽⁷⁾ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull’uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.3/1986.

⁽⁸⁾ Per questioni di spazio non si analizzeranno i molti dubbi presentati dalla dottrina - solamente accennati nell’ordinanza, a dir il vero - sulla violazione dell’art.76 Cost. per eccesso di delega, si rinvia per una panoramica esauriente a, A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in www.constituzionalismo.it, n.3/2014.

⁽⁹⁾ In assenza di diverse indicazioni bibliografiche, i passi citati in virgolettato sono tratti dall’ordinanza del Tribunale di Roma.

situazioni giuridiche, (...), essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo»⁽¹⁰⁾; ma che non viene considerata adattabile al caso di specie. Su questa interpretazione data dal giudice *a quo* sembra convergere anche la maggioranza della dottrina giuslavoristica⁽¹¹⁾, sulla base delle considerazioni che «la differenza di disciplina in tempi diversi presuppone comunque una diversità nelle situazioni di fatto concretamente regolate, certamente non coincidente con il momento di costituzione del rapporto», oppure ancora che quella giurisprudenza della Corte presuppone «una differente regolazione in rapporto a fatti situati in tempi diversi» mentre qui siamo in presenza della «*coesistenza* nel medesimo momento di discipline radicalmente diverse e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale»⁽¹²⁾. La questione, in realtà, si complica ulteriormente perché qui saremmo in presenza di una violazione del principio di eguaglianza in relazione alla sua dimensione temporalmente data, quindi squisitamente *diacronica*, e a questi fini poco o nulla rileva la giurisprudenza di Palazzo della Consulta sul requisito dimensionale per l'applicazione dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori, legato ad un esclusivo aspetto *sincronico*⁽¹³⁾. Le domande a questo punto da porsi sarebbero: ha, in questo caso, il fluire del tempo giustificato un trattamento disomogeneo di queste due fattispecie? Meglio, la diversa qualificazione giuridica, ai fini dell'applicazione della reintegra o dell'indennizzo data dal legislatore, che ha come *discrimen* la data di entrata in vigore del decreto legislativo 23/2015 (e quindi tutti i contratti stipulati successivamente) è irragionevolmente discriminatoria?

È difficile dare una risposta univoca nonostante, intuitivamente, la questione possa sembrare più facile di quanto sia. Ma proviamo a fare un po' di ordine. Intanto un punto fermo da dover tener presente è che qualsiasi *fatto*, rileva dal punto di vista giuridico e quindi anche costituzionale, sulla base della qualificazione che gli viene data dal legislatore. È dunque il legislatore che dona una "veste giuridica" ad un fatto che altrimenti in diritto potrebbe anche non essere rilevante per l'ordinamento. È un peculiare attributo della discrezionalità del legislatore, quindi, questo *meccanismo di selezione* del giuridicamente (e costituzionalmente) rilevante. Ora, qui il giudizio di eguaglianza, nella sua classica dimensione triadica del

⁽¹⁰⁾ Il Tribunale di Roma cita Corte cost. 254/2014, ma questo è un orientamento consolidato, cfr. Corte cost. 25/2012, Corte cost. 212/2008, Corte cost. 77/2008, Corte cost. 40/2009, Corte cost. 94/2009, Corte cost. 170/2009, Corte cost. 61/2010.

⁽¹¹⁾ A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, op.cit., S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-246/2015, M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lavoro e Diritto*, n.1/2015, V.SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Rivista giuridica del lavoro*, n.3/2017, contra P. ICHINO, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in www.pietroichino.it, G. RODANO, *Il mercato del lavoro prima e dopo il jobs act*, in *Pietro Ichino newsletter*, n.344/2015

⁽¹²⁾ V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale*, op.cit., pag. 337.

⁽¹³⁾ Corte cost. 2/1986, in cui si giustificò la scelta del legislatore di escludere l'applicazione dell'art.18 al di sotto del requisito dimensionale dei 15 dipendenti sulla base di tre argomentazioni: l'elemento fiduciario, i costi-eccessivi per le imprese minori e la necessità di ovviare tensioni sociali.

tertium compositio, si ritrova a dover valutare se queste due fattispecie siano omogenee o meno, ma intesa nel senso seguente: ovvero se la qualificazione giuridica (*rectius* conseguenze giuridiche) delle fattispecie data dal legislatore nella sua *discrezionalità* - che le differenzia sulla base del *fluire del tempo* - sia ragionevole o meno. In questo campo, così inteso, un ulteriore criterio presente nella giurisprudenza della Corte - tutto interno al giudizio di ragionevolezza - può soccorrere: «la proporzionalità come esigenza di *gradualità* nel diritto»⁽¹⁴⁾. Come ricorda acuta dottrina, infatti, «proporzionalità della legge in questa accezione significa esigenza che il legislatore, specie in caso di successione di leggi nel tempo di discipline giuridiche diverse della stessa materia, ossia con disposizioni che assicurino il passaggio da un regime giuridico all'altro in maniera lineare, senza soluzioni di continuità, eviti il sacrificio ingiustificato di posizioni soggettive quesite»⁽¹⁵⁾. È chiaro, infatti, che l'influenza del diritto intertemporale in materia di diritti sociali pone rilevanti problemi ad alto contenuto *politico* ma, nella giurisprudenza costituzionale⁽¹⁶⁾, il superamento del vaglio di legittimità di un intervento riformatore passa attraverso il *metodo della gradualità*, ma nella libertà del legislatore di riformare settori dell'ordinamento. La questione così si sposta non sul *an* ma sul *quomodo*. Non si dubita, infatti, della possibilità che in un passaggio da un regime giuridico all'altro si possano determinare discriminazioni *ratione temporis*, essendo le «omologazioni o le discriminazioni legislative tra situazioni intertemporali»⁽¹⁷⁾ un fenomeno connaturato, in qualche modo, con il susseguirsi della produzione legislativa, che «implica una scelta di coefficienti da operare sulla base di numerose variabili e quindi con ampia *discrezionalità* (il corsivo è mio)»⁽¹⁸⁾. In materia, in definitiva, di *ius superveniens* e della sua alta valutazione *multifattoriale* la discrezionalità del legislatore è molto ampia e l'atteggiamento della Corte nel sindacato delle diversità di trattamento *ratione temporis* è molto prudente. Detto altrimenti, una concezione dell'eguaglianza *statica* che non inglobi una certa apertura al *mutamento*, quindi che non contempli anche un diverso trattamento di due fattispecie prima considerate omogenee, rischierebbe di avere un eccessivo aspetto conservativo, impendendo qualsiasi riforma⁽¹⁹⁾. Infine, si permetta un ultimo appunto perché quella giurisprudenza costituzionale sul «fluire del tempo» necessita di una specificazione per esser compresa fino in fondo: non è il semplice «fluire del tempo» in sé che rileva ma solo la dimensione del *tempo* come inglobata e considerata dal legislatore. È solo lui l'*arbitro del tempo* e la selezione

⁽¹⁴⁾ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pag.192.

⁽¹⁵⁾ A. MORRONE, *ibidem*.

⁽¹⁶⁾ In materia di diritti sociali si segnalano, Corte cost. 57/73, Corte cost. 128/73 riguardante la riforma pensionistica col passaggio dal sistema retributivo a quello contributivo, Corte cost. 1116/88 in cui si prevede la possibilità di discriminazioni *ratione temporis*.

⁽¹⁷⁾ P. DAMIANI, *Le disposizioni transitorie, studio sulla ragionevolezza dell'efficacia della legge nel tempo*, Bologna, CEDAM, 2008, pag.64.

⁽¹⁸⁾ P. DAMIANI, *Le disposizioni transitorie, op.cit.*, pag.65.

⁽¹⁹⁾ B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, CEDAM, 1984, pag.164.

del tempo come fattore di *discrimen* rientra nella sua discrezionalità. Non pare dunque, tutto sommato, che la valorizzazione di questa diversità di trattamento tra *vecchi* e *nuovi* assunti possa essere dirimente ai fini di una dichiarazione di incostituzionalità. Differenti risultati si possono ottenere invece vagliando profili più sostanziali, più attinenti al portato *prescrittivo* e *assiologico* della Costituzione in materia di lavoro: gli artt.4 e 35 Cost. ad esempio. Non è sotto questo profilo, insomma, che il contratto a tutele crescenti svela le sue maggiori criticità.

3. Una seconda questione da trattare, sempre attinente alla violazione dell'art.3 Cost., riguarda l'art. 2 del d.lgs 23/2015 nella parte in cui è previsto che «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento» da parte del giudice, nei casi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, circa la dimostrazione della «insussistenza del fatto»: unico caso rimasto, per queste fattispecie, in cui è contemplata la tutela reintegratoria. Già la previsione di per sé così *tranchant*, che esclude *in toto* la possibilità da parte del giudice di valutare la proporzionalità del licenziamento, desta alcuni sospetti di incostituzionalità. Senza voler riprendere l'annoso dibattito post-riforma Fornero e poi ripresentatosi dopo il *Jobs Act* sul significato da attribuire alla “insussistenza del fatto”, se da intendere in senso materiale o giuridico (con l'inclusione dell'imputabilità, della volontarietà e dell'antigiuridicità)⁽²⁰⁾, ci si limiterà a soffermare l'attenzione sul divieto imposto al giudice di qualificare un determinato “fatto contestato”, come non in grado di integrare una fattispecie di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, sulla base di un giudizio di proporzionalità. Ci troviamo, infatti, in questo caso, in un classico esempio di “automatismo” legislativo. La giurisprudenza costituzionale in questo campo ha un approccio molto rigido verso la previsione di “automatismi” normativi, essendo questa una fattispecie in cui «la legge detta norme giuridiche in cui il rapporto tra protasi («se A») e apodosi (allora B») non è proporzionato: ove rilevato, esso costituisce un autonomo vizio di legittimità costituzionale»⁽²¹⁾. Più in particolare, «ricorrente è l'utilizzo del criterio di proporzionalità riferito agli automatismi normativi nel caso di disposizioni che prevedono prescrizioni di carattere sanzionatorio, non riconducibili alla specie

⁽²⁰⁾ Rinviando alle principali riviste specializzate di diritto del lavoro sul valore da attribuire al “fatto”, se giuridico o materiale, dopo la riforma Fornero del 2012, *post Jobs Act ex multis*, L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n.23 del 2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n.1/2015, F. SCARPELLI, *La disciplina del licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n.23/2015*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT-252/2015, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jos Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)* in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT-252/2015, F. CARINCI, *Dallo Statuto al contratto a tutele crescenti: il “cambio di paradigma”*, in *Giurisprudenza italiana*, n.3/2016. Da segnalare, inoltre, l'*obiter dictum* della Cass. 6 Novembre 2014, n.23669, che sembra aderire alla concezione di “fatto materiale” e che anticipa la formulazione adottata dal d.lgs 23/2015.

⁽²¹⁾ A. MORRONE, *Il custode*, *op.ult.cit.*, pag.194, cui si rinvia per la copiosa giurisprudenza a riguardo, ma anche G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÓ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, pag.209-213, in cui si parla dell'interessante distinzione *regole-regoli*.

delle sanzioni penali» e in senso stretto delle «sanzioni disciplinari»⁽²²⁾, ritenendo la Corte che «ciò che offende quel principio di proporzionalità che è alla base della razionalità che domina il principio di eguaglianza, e che postula l'adeguatezza della sanzione al caso concreto», «non può essere raggiunta se non attraverso la valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito amministrativo, che soltanto il procedimento disciplinare consente»⁽²³⁾. Ora, è evidentemente l'assolutezza nell'esclusione di uno spazio di discrezionalità lasciato al giudice - nella forma di una sua valutazione sulla proporzionalità della sanzione comminata dal datore - che pare affetta da irragionevolezza. Troppo rigido risulta questo divieto legislativo nell'esclusione nella discrezionalità del giudice di uno spazio di proporzionalità, principio afferente al canone di ragionevolezza *tout court*⁽²⁴⁾. Si ha ben presente, tuttavia, l'ulteriore problema che il licenziamento, se inteso come parte della «attività di impresa»⁽²⁵⁾ (con tutta l'annessa questione del sindacato esterno del giudice sulla gestione)⁽²⁶⁾, è coperto dall'art. 41 Cost. Ma questo potere di licenziare deve pur essere bilanciato con l'art. 4 - di cui si parlerà diffusamente più avanti - letto come garanzia di una tutela del lavoratore a non essere arbitrariamente licenziato. Escludere *in toto*, dunque, un giudizio di proporzionalità del giudice per commisurare la gravità del fatto alla sanzione comminata dal datore, *in primis* sembra scontrarsi con la giurisprudenza costituzionale in materia di «automatismi legislativi», appunto per la sua rigidità *automatica*, e *in secundis* non supererebbe un test di proporzionalità in un bilanciamento ragionevole tra l'art. 4 e art. 41 Cost. Questo a maggior ragione si dimostra qualora negli stessi codici disciplinari, previsti dalla contrattazione collettiva, quel fatto/illecito venga punito con una sanzione conservativa⁽²⁷⁾. In questo caso, oltre a palesarsi una possibile violazione dell'art. 39 Cost. (nell'escludere completamente la valenza della tipizzazione degli illeciti fatta dalla contrattazione collettiva), sembra chiara l'irragionevolezza della disciplina perché «pure comportamenti colpiti ai sensi della contrattazione collettiva con rimprovero verbale, multa, sospensione dal lavoro o dalla retribuzione possono dar luogo a licenziamenti per giusta causa o giustificato motivo soggettivo»⁽²⁸⁾ e non potrebbero essere riqualeficati proporzionalmente (ai fini delle sanzioni applicabili) dal giudice.

⁽²²⁾ A. MORRONE, *Il custode*, *op.ult.cit.*, pag.196-200.

⁽²³⁾ Corte cost 16/91 in una dichiarazione di incostituzionalità riguardante l'automatismo della destituzione.

⁽²⁴⁾ Oltre a essere il giudizio di proporzionalità «ontologicamente immanente al sistema disciplinare (art.2106 cc)», come sostenuto da S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, *op.cit.*, pag.20.

⁽²⁵⁾ M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, CEDAM, 1979, pag.57.

⁽²⁶⁾ Anche se sembra consolidato in giurisprudenza di merito quantomeno l'obbligo nel gmo del tentativo del *repêchage* e l'idea del licenziamento come *extrema ratio*.

⁽²⁷⁾ F. CARINCI, *Dallo Statuto*, *op.cit.*, che cita Cass.11Febbraio 2015, n.2692 che in un caso di licenziamento decide di applicare una sanzione conservativa, facendo ricorso al criterio di proporzionalità.

⁽²⁸⁾ F. CARINCI, *Dallo Statuto*, *op.ult.cit.*, pag.779 che parla di una mancanza di una «rete di sicurezza».

4. Un ulteriore profilo da analizzare riguarda l'entità della tutela indennitaria e il suo unico criterio di determinazione: l'anzianità di servizio (due mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro). È questo uno dei punti su cui maggiormente si concentra l'ordinanza del *giudice a quo* perché l'indennizzo viene considerato «di carattere modesto», «non riveste carattere compensativo né dissuasivo ed ha conseguenze discriminatorie; ed inoltre in quanto l'eliminazione totale nella discrezionalità valutativa del giudice finisce per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili tra loro». Lo stesso Tribunale di Roma aggiunge che «il contrasto con la Costituzione, si badi, non si ravvisa in ragione dell'avvenuta eliminazione della tutela reintegratoria (...) e dunque della integrale monetarizzazione della garanzia offerta al lavoratore» ma «il sospetto di costituzionalità viene qui formulato in ragione della disciplina concreta dell'indennità risarcitoria» che «avrebbe dovuto essere più consistente ed adeguata». Su questo punto, la maggioranza della dottrina giuslavoristica è concorde nell'individuare una violazione dell'art. 3 Cost.(29). Ma forse, quantomeno, anche di violazione dell'art. 4 Cost. bisognerebbe parlare, proprio per il carattere non *adeguato* e non *dissuasivo* dell'indennizzo previsto dal legislatore. Una volta, infatti, riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale che la tutela del diritto al lavoro garantisce il diritto a non essere *arbitrariamente* licenziati e introduce il principio indefettibile di necessaria *giustificazione* del licenziamento(30), si pone un problema di individuazione di un "contenuto minimo" di questo diritto che, se da una parte non consente sicuramente un ritorno al *recesso ad nutum*, dall'altra dovrà prevedere una tutela seppur minima e «in condizioni di effettività» (come ricorda l'art. 4 Cost.) che garantisca da uno svuotamento del principio di giustificazione(31).

L'ammontare così modesto della tutela, afferma il giudice *a quo*, costituisce «quasi un ripristino di fatto della libertà assoluta di licenziamento» che elimina quasi completamente «l'effetto vincolistico» perché, come sostenuto dalla dottrina, «il lavoratore, nelle ipotesi di ridotta anzianità di servizio, maturerebbe il diritto al pagamento di somme uguali o poco superiori all'indennità di mancato preavviso, con un ritorno in concreto alla disciplina dell'art.2118 cc»(32). Un secondo aspetto che rende sicuramente la tutela

(29) Cfr. A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, *op.ult.cit.*, S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, *op.ult.cit.*, M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro*, *op.cit.*, V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale*, *op.ult.cit.*, G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione, riflessioni critiche*, in www.costituzionalismo.it, A. ZOPPOLI, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-260/2015.

(30) A partire dalla lontana Corte cost 45/1965, Corte cost 541/2000.

(31) Sull'art.30 della Carta di Nizza, sulla Convenzione OIL e sulla Carta sociale europea, richiamati per violazione dell'art.117 Cost, si rinvia per questioni di spazio a, M. PEDRAZZOLI, *Art.30- Tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti ingiustificati*, in Aa.Vv, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2017, V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale*, *op.ult.cit.*, G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2012, pagg.619-660.

(32) V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale*, *op.ult.cit.*, pag.340.

indennitaria prevista dal legislatore *inadeguata* è strettamente legato alla rigidità del criterio secondo cui è determinabile, ovvero la sola anzianità di servizio. Infatti, se è vero che la Corte costituzionale – come ricorda lo stesso Tribunale di Roma - ha statuito nella sentenza 303/2011 che «la regola generale di integralità della riparazione e della equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale (sentenza n.148 del 1999), purché, però, sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenza n.129 del 2005 e n.420 del 2001)», uno dei motivi per cui Palazzo della Consulta salvò l'art. 32 della legge n.183/2010 fu «proprio l'esistenza di margini di valutazione riferiti ai criteri di cui all'art. 8 della legge n.604/1966»⁽³³⁾. Nell'art. 8 della legge n.604/1966 come nello stesso art. 18 dello Statuto dei lavoratori sono previsti, infatti, diversi criteri ulteriori alla mera anzianità per determinare il risarcimento (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'impresa, comportamento e condizioni delle parti) che non si risolvono in un mero automatismo di sapore matematico e del tutto slegato dal danno subito dal lavoratore, ma permettono al giudice, seppur in un minimo e in un massimo sul *quantum* stabilito dalle norme, di *adeguare* maggiormente l'indennizzo al pregiudizio effettivamente provocato. Inoltre, correttamente, il Tribunale aderisce all'orientamento giurisprudenziale (Cass. S.U. n.9100/2015, Cass. S.U n.16601/2017) che riconosce alla responsabilità civile non solo una funzione compensativo-riparatoria, ma anche di deterrenza e sanzionatoria⁽³⁴⁾, da cui discende che, se la deterrenza deve essere garantita, «una quantificazione irrisoria, come nel caso che ci occupa, si risolve in un incentivo all'inadempimento, anziché il suo opposto». Infatti se le tutele indennitaria o reintegratoria contro il licenziamento ingiustificato hanno nel diritto del lavoro – da sempre a cavallo e in tensione tra diritto civile e diritto costituzionale – oltre ad una funzione compensativa anche, inevitabilmente, una funzione latamente sanzionatoria, bisogna ulteriormente indagare, nel caso di specie del d.lgs 23/2015, se il carattere della *dissuasività* garantisca il “contenuto minimo” del diritto *ex art. 4 Cost.* e possa superare il vaglio della ragionevolezza. L'impossibilità nell'adeguamento potrebbe provocare a questo punto sì dei profili di irragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, nel momento in cui macro o micro infrazioni vengano punite dal datore di lavoro allo stesso modo, senza che attraverso la tutela indennitaria se ne possa tener conto. L'entità della stessa, difatti, è determinata sulla base di un unico parametro rigido legato all'anzianità di servizio, del tutto scollegato dalla gravità del fatto contestato al lavoratore (es. rubare una matita e un'assenza ingiustificata per 10 giorni). Anche qui l'argomentazione del Tribunale è molto lineare nell'affermare che «l'indennità che il datore dovrà pagare all'esito del giudizio è fissa, predeterminata e

⁽³³⁾ F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n.10/2017, pag.904.

⁽³⁴⁾ Il riferimento ripreso dall'ordinanza riguarda proprio l'art.18, comma 2 della legge 300/70 come «un ipotesi risarcitoria con effetti dissuasivi» che prevede 5 mensilità come misura minima di indennità risarcitoria.

prescinde dalla gravità dell'illegittimità» e che unita allo «sgravio contributivo per 36 mesi previsto dalle legge n.190/2014 di importo molto più consistente della condanna che riceverà nella presente sede»⁽³⁵⁾, non fa altro che incentivare comportamenti di *free riding* e di *dumping sociale*. Infatti, l'importo contenuto dell'indennizzo (soprattutto nei primi anni del rapporto), del tutto slegato dal pregiudizio arrecato al lavoratore e determinato in maniera fissa senza la previsione di alcuna *mediazione giudiziale*, rischia di intaccare il «contenuto minimo» della necessaria giustificazione del licenziamento, perché *quoad poenam* qualsiasi «pseudo-motivazione» equivarrebbe «a qualsiasi altra motivazione riscontrata nei fatti come infondata».

Un secondo profilo che rende la previsione normativa non *dissuasiva* risulta dall'*effetto combinato* dell'esiguità delle somme indennitarie con lo sgravio contributivo garantito alle imprese con la Legge di Stabilità 2015. È in questa prospettiva che il Tribunale parla di un «affare» per il datore di lavoro, che anzi incentiva comportamenti opportunistici di quest'ultimo –azzerando completamente il *rischio di impresa* – che per nulla rendono, dunque, l'indennizzo *dissuasivo*. Questa riforma, ispirata dalla teoria dell'*analisi economica del diritto*, sembra aver interpretato, insomma, ancora più al ribasso la logica dell'anglosassone *efficient breach of contract*. Da una parte questo permette sì lo scioglimento del vincolo contrattuale dietro il pagamento di un risarcimento – che garantisca, però, in ogni caso l'*expective damage* (danno da aspettativa), difficilmente calcolabile attraverso il solo parametro fisso legato all'anzianità di servizio – ma, dall'altra in più si pone proprio l'obiettivo di non incentivare comportamenti di *free riding* da parte degli operatori economici⁽³⁶⁾. Infine, per usare parole non nostre, si potrebbe concludere che «utilizzando la teoria dei giochi (...) il meccanismo rimediale in esame non solo non vincola l'imprenditore a compiere una scelta dettata da preferenze “moralì”, ma al contrario suggerisce una strategia razionale di “abuso dell'autorità” (guidato dal comportamento opportunistico dell'*homo economicus*) che si realizzerà tutte le volte in cui il valore atteso dell'investimento in capitale umano del lavoratore sarà superiore al risarcimento massimo»⁽³⁷⁾.

5. Il Tribunale di Roma, infine, concentra le sue doglianze sulla violazione degli artt. 4 e 35 Cost., che rappresentano l'architrave costituzionale del sopracitato «principio lavoristico». La tesi sostenuta è che «una normativa come quella all'esame, che sostanzialmente “valuta” il diritto al lavoro, come strumento di realizzazione della persona e mezzo di emancipazione sociale ed economico, con una quantificazione tanto modesta ed evanescente» rappresenta «quasi un ripristino di fatto della libertà assoluta di

⁽³⁵⁾ *Contra*, P. ICHINO, *La questione di costituzionalità*, *op.cit.*

⁽³⁶⁾ A. PERULLI, *Una questione di “valore”: il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n.4/2017, pag.1068.

⁽³⁷⁾ A. PERULLI, *ivi*.

licenziamento (la cui contrarietà alla Costituzione è espressamente affermata nella sentenza n.36/2000 della Corte costituzionale) che annulla l'effetto "vincolistico" derivante dall'esistenza delle fattispecie autorizzatorie inderogabili (giusta causa e giustificato motivo)». Inoltre, si adotta una classica prospettiva del diritto del lavoro in cui il licenziamento viene inteso come «diritto stipite»⁽³⁸⁾, *pilier* nel rapporto di lavoro «della forza contrattuale del lavoratore nella relazione quotidiana sul luogo di lavoro» e condizione di fruibilità e *agibilità* di quei diritti fondamentali che nel *luogo* di lavoro trovano riconoscimento grazie allo Statuto («la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc»). Ciò perché lo Statuto ha garantito – tessendo sapientemente le differenti *dimensioni del lavoro* in una trama interconnessa – «la non-espropriabilità» e «la de-mercificazione» «anche nel luogo di lavoro di diritti che spettano al lavoratore in quanto cittadino»⁽³⁹⁾, permettendo al diritto costituzionale di «entrare in fabbrica» e manifestare la visione dell'*homme de travail* del post-Costituzione repubblicana. Una visione dunque in cui la dimensione del *lavoro* e della *cittadinanza* sono saldate in un legame osmotico. È facile allora comprendere, come ricordato in apertura, come questa pronuncia della Corte costituzionale ci potrebbe consegnare un'immagine nuova del *lavoro* in questo inizio di XXI secolo e sarebbe difficile pensare che tutto questo non impatterà sull'interpretazione degli articoli che nella Costituzione di *lavoro* parlano.

A questo proposito, parte della dottrina giuslavoristica sostiene, infatti, che una diversa lettura, meno riduttiva, della giurisprudenza costituzionale sugli artt.4 e 35 Cost. sia possibile⁽⁴⁰⁾. La tesi sostenuta è che, se da una parte è vero che dall'art. 4 Cost. Palazzo della Consulta non ha fatto mai discendere né il diritto all'*ottenimento* di un posto di lavoro né alla *conservazione* di questo, riconoscendo esclusivamente un diritto a non essere *arbitrariamente* licenziati come "contenuto minimo" espresso dalla norma (a partire dalla famosa sentenza 45/1965), è anche vero che la Corte ha da sempre riconosciuto che la tutela indennitaria «è espressione iniziale e non completa»⁽⁴¹⁾ del disegno costituzionale e che quindi resta la discrezionalità del legislatore nell'attuazione «con gradualità»⁽⁴²⁾, «quanto alla scelta dei tempi e dei modi

⁽³⁸⁾ *Ex multis*, L. MARIUCCI, *Ridare senso al diritto del lavoro. Lo Statuto oggi*, in *Lavoro e diritto*, n.1/2010, M. NAPOLI, *La Statuto dei lavoratori ha quarant'anni, ben portati*, in *Lavoro e diritto*, n.1/2010.

⁽³⁹⁾ U. ROMAGNOLI, *La ruga dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritti Lavori e Mercati*, n.1/2015, pag.6

⁽⁴⁰⁾ A. ZOPPOLI, *Legittimità costituzionale*, *op.ult.cit.*, M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro*, *op.ult.cit.*, ma anche F.MANCINI, *Commento all'art.4*, in Aa.Vv., *Commentario della Costituzione. Art.1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1975, C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *op.cit.*

⁽⁴¹⁾ Corte cost. 194/1970.

⁽⁴²⁾ Sul principio di gradualità, cfr. M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n.3/2016

(di attuazione), in relazione alla situazione economica generale»(43). Se quindi la tutela indennitaria è un'iniziale tutela verso la progressiva attuazione, la tutela reintegratoria, come disegnata dal legislatore negli art. 18 e 35 dello Statuto, rappresenta «una più ampia tutela reale» e una «progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost.»(44). Non si dubita infatti, in questa sede, che entrambi i livelli di tutela rientrino nella copertura degli artt. 4 e 35 Cost., essendo due modelli applicativi su diversi gradi – uno iniziale, l'altro più avanzato - di attuazione del disegno costituzionale, ma che nell'ottica di una «*progressiva* garanzia del diritto del lavoro» (45) verso cui sembriamo essere andati, non sia quantomeno controverso un suo «cammino a ritroso»(46). Si potrebbe sostenere, dunque, che la discrezionalità del legislatore c'è e rimane, ma nella *graduale* attuazione del disegno costituzionale *in avanti*, non indietro. In questo si recupererebbe una seppur minima portata prescrittiva dell'art. 4 Cost. come norma programmatica – non condannandolo, così, ad un *oblio anomico* - considerato che «quanto più è univoco il significato del programma previsto dalla norma, quanto più limitata è la possibilità di svolgerlo in modi diversamente incisivi, tanto più si attenua la potestà di abrogare o di indebolire i provvedimenti coi quali lo si è svolto»(47). Per chiudere insomma con le parole – ancora attuali - di Federico Mancini, che proprio di art. 4 Cost. parlava, si potrebbe dire che «assai meno comprensibile, comunque, sarebbe un suo ritorno a tali limiti oggi o domani. Salire dal niente al poco avendo di mira il tutto o il quasi tutto è una cosa (saggia aggiungerebbe un *gradualista*). Scendere dal tutto – che corrisponde alla direttiva politica contenuta nella norma – al poco, specie se questo, com'è nel caso in esame, somiglia più al niente che al tutto (i limiti obbligatori non intaccano l'efficacia del licenziamento; aumentano solo il costo del suo esercizio), è una cosa affatto diversa. E, a mio avviso, contestabile sul piano della correttezza costituzionale»(48).

(43) Corte cost. 194/1970 e Corte cost. 2/1986. Come riconosciuto, tra l'altro, da Cassazione (S.U. 10.1.2006, n.141): «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt.1, 4 e 35 Cost, subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma».

(44) A. ZOPPOLI, *Legittimità costituzionale*, *op.ult.cit.*, pag.7-15.

(45) Corte cost. 66/1965.

(46) F. MANCINI, *Commento*, *op.cit.*, pag.240.

(47) F. MANCINI, *op.ult.cit.*, pag.241.

(48) F. MANCINI, *ibidem*.