

Numero 1 / 2019

(estratto)

Adalberto Perulli

**Correzioni di rotta. La disciplina del
licenziamento illegittimo di cui all'art. 3, comma,
1, d. lgs. n. 23/2015 alla luce del c.d. "Decreto
Dignità" e della sentenza della Corte
costituzionale n. 194/2018**

Correzioni di rotta. La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art. 3, comma, 1, d. lgs. n. 23/2015 alla luce del c.d. "Decreto Dignità" e della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018

Adalberto Perulli

professore di Diritto del lavoro e della Previdenza Sociale, Università Cà Foscari

Sommario: 1. La disciplina del licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti. 2. Prima correzione: il c.d. Decreto dignità e l'aumento delle soglie minima e massima. 3. I sospetti di incostituzionalità dell'art. 3, co. 1 del d. lgs. n. 23/2015. 4. Seconda correzione: la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018. 5. Segue. L'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015. 6. Le conseguenze della sentenza sul meccanismo rimediabile del contratto a tutele crescenti: profili applicativi.

1. La disciplina del licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti.

La disciplina del licenziamento illegittimo sembra non trovare pace, esponendo il diritto del lavoro a continue correzioni di rotta proprio nel suo cuore regolativo, quello da cui si irradiano le "pulsazioni normative" che danno vita all'intera materia: il modello di regolamentazione del recesso condiziona infatti non solo gli effetti rimediali previsti in caso di licenziamento ingiustificato, ma, più in generale, le sorti dell'intero assetto degli interessi fra le parti e la sua dinamica proiezione nei vari istituti del rapporto di lavoro, che da quella disciplina sono, più o meno direttamente, influenzati¹.

¹ Basti pensare alla disciplina della prescrizione del diritto alla retribuzione, rispetto al quale la Corte costituzionale con la sentenza n. 63 del 1966 ha dichiarato la illegittimità degli artt. 2948 n.4, 2955 n. 2 2956 n. 1 del c.c. nella parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro; la Corte, con la sentenza n. 194/2018 ribadisce la consapevolezza – antica perché ripresa testualmente dalla sentenza della Corte n. 63 del 1966 – che "il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti" (punto 13).

Il percorso di progressiva e profonda rivisitazione dell'impianto normativo dell'art. 18 St. lav. realizzato con la legge Fornero ed in seguito con il *Jobs Act*, sembrava giunto ad un punto di non ritorno nell'ambito di quello che è stato descritto come un "mutamento di paradigma" del diritto del lavoro². Ma la Penelope fatta giurista non smentisce la propria attitudine a fare, ed a disfare, lo spartito regolativo, confermando non solo la strutturale reversibilità delle tecniche giuslavoristiche di tutela, ma anche la velocità di progressioni e regressioni, sotto la spinta di molteplici vettori, spesso, peraltro, non perfettamente coordinati fra loro. Nel caso di specie gli attori di questa riscrittura sono il Legislatore ed il Giudice delle leggi, i quali, con un'azione sinergica - benchè squilibrata, tanto maggiore è l'importanza dell'intervento della Consulta rispetto a quello, tutto sommato minimale, del governo Conte - hanno contribuito a fornire una nuova configurazione alla disciplina, proprio là dove il cambiamento impresso dal *Jobs Act* era stato particolarmente incisivo. Il modello di contratto di lavoro a tutele crescenti, vero e proprio nuovo paradigma modernizzante della disciplina in materia di licenziamento illegittimo, risulta di conseguenza modificato in alcuni dei suoi snodi fondamentali, che possono riassumersi nei seguenti assunti: 1. individuazione per via legislativa di una tutela indennitaria predeterminata e crescente in ragione della sola anzianità di servizio, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro; 2. predisposizione dell'offerta di conciliazione, nuovo istituto con cui il datore di lavoro è legittimato ad offrire al lavoratore un importo monetario di ammontare pari ad una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare; 3. conseguente drastica riduzione della discrezionalità valutativa del giudice sia per quanto attiene alla scelta del tipo di tutela (reintegrazione o indennizzo) sia per quanto concerne il *quantum* di monetizzazione del recesso ingiustificato, che viene rigorosamente definito nel suo ammontare dallo stesso legislatore.

Risulta invece confermato il principale caposaldo della disciplina del *Jobs Act*, vale a dire la marginalizzazione estrema della tutela reintegratoria, ormai limitata ai soli casi di licenziamento discriminatorio o per motivo illecito nelle fattispecie espressamente previste dalla legge: ed è per questa ragione che parliamo di una "correzione di rotta", e non di una vero e proprio mutamento

² A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo, Perulli, a cura di, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, in questa Collana, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3 ss.

nella direzione di marcia. Infatti, come meglio vedremo, la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 194/2018, da un lato ha ribadito che il legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (punto 9.2., sesto capoverso), dall'altro (punto 6.) ha rigettato l'eccezione di incostituzionalità di una normativa differenziata in ragione della data di assunzione del lavoratore, il cui accoglimento avrebbe invece caducato *per intero* il disposto sospettato di incostituzionalità.

Come abbiamo già sottolineato commentando in questa Collana la disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti, tale congegno rimediabile di tipo indennitario non solo rovescia il precedente paradigma centrato sulla tutela in forma specifica, ma neppure risulta riconducibile alla categoria della tutela per equivalente monetario, la quale postula un assetto risarcitorio tale da soddisfare pienamente (cioè *integralmente*) la parte che subisce l'inadempimento. La stessa preferenza accordata dalla dottrina civilistica al risarcimento per equivalente rispetto alla tutela in forma specifica si fonda sulla maggior idoneità di tale tipologia di ristoro a riparare integralmente il danno, atteso che laddove il responsabile venga condannato al ripristino della situazione *quo ante*, tale soluzione non elimina l'intera perdita di utilità subita dalla vittima nel lasso temporale fra l'evento di danno e la riparazione, onde tale perdita non può essere ristorata se non per equivalente, attraverso, dunque, una monetizzazione del pregiudizio subito dal duplice punto di vista del danno emergente e del lucro cessante. In tal prospettiva il risarcimento per equivalente, anziché presentarsi come rimedio sussidiario della reintegrazione in forma specifica, è in realtà il modello funzionalmente più adatto ad eliminare gli effetti dell'evento dannoso³⁴.

Alla luce del *Jobs Act* appariva del tutto evidente, quindi, che l'indennità prevista dall'art. 3, co.1, non poteva essere qualificata come una tutela per equivalente, ove l'*equivalente* deve riguardare una somma di denaro congrua a risarcire l'ingiusta perdita di un bene particolarmente prezioso per la persona, vale a dire il posto di lavoro. Del resto, la misura dell'indennizzo era stata considerata inadeguata perfino dal Parlamento, il quale, nel *Parere* approvato dalla Commissione Lavoro della Camera, chiedeva al Governo di provvedere a "incrementare la misura minima e massima delle indennità dovute in caso di licenziamento per giustificato motivo o giusta causa". E *pour cause*: la tutela indennitaria prevista per il licenziamento illegittimo nell'ambito del contratto a tutele crescenti risulta minore rispetto a quella garantita dal diritto comune dei contratti al fine

³⁴ M. Franzoni, *Dei fatti illeciti, Commentario del codice civile*, Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1993, sub art. 2058), p. 1118 e s.; De Cupis, *Il danno*, Volume II, 1979, pag. 328 ss.; Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, 1983, secondo cui il risarcimento per equivalente costituisce la regola in materia di riparazione del danno.

di ristorare, per esempio, il mandatario in caso di revoca senza giusta causa del mandato oneroso (art. 1723, co. 2, c.c.), o il prestatore d'opera che subisca il libero recesso del committente (art. 2227 c.c.). Mentre questi ultimi percepiscono integralmente il mancato guadagno che dal contratto si erano ripromessi di trarre⁵, ottenendo così il ristoro completo del danno subito, il lavoratore subordinato assunto con il contratto a tutele crescenti che perde ingiustamente il posto di lavoro non ottiene né un risarcimento in forma specifica né un risarcimento per equivalente, bensì un *tertium genus* di ristoro, peggiore rispetto ai principi civilistici generali, che ben può essere qualificato nei termini di una deroga *in peius* ai criteri rimediali comuni *in favore* del datore di lavoro. Il che non poteva essere descritto se non nei termini di un paradosso per coloro che intendono il diritto del lavoro come sistema di tutela del contraente debole, e suonare invece come una conferma per chi ravvisa nel diritto del lavoro l'espressione, un po' paternalistica e un po' mistificatoria, di un diritto fatto a misura delle esigenze dell'impresa, e quindi strutturalmente compromesso con l'economia e con il capitalismo.

La questione che si è subito posta, allora, ha riguardato l'adeguatezza del rimedio indennitario previsto dal legislatore italiano rispetto a quanto previsto dalle norme costituzionali di tutela del lavoro (art. 1, art. 4, art. 35 Cost.), nonché dalle norme di matrice sovranazionale ed internazionale: l'art. 30 della Carta di Nizza sui Diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale stabilisce "il diritto di ogni lavoratore alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali"; e l'art. 24 della Carta Sociale Europea, il quale stabilisce il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo a ricevere "un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione". Sotteso a tale previsione è il principio di effettività (*effectiveness*), per il quale la sanzione per l'ingiusta perdita del diritto al posto di lavoro deve essere adeguata e deve altresì dispiegare *efficacia dissuasiva*, ovvero esser tale da costituire un deterrente per il datore, ma altresì un ristoro integrale per il lavoratore. Lo stesso Comitato OIL, nel "Protection against unjustified dismissal", interpretando l'art. 10 della Convenzione n. 158/1982, afferma che laddove il preferibile rimedio della reintegrazione sia sostituito da forme di monetizzazione (*compensation*), queste devono essere "adeguate".

La problematica evocata non concerneva, quindi, una possibile collisione dell'art. 3 co. 1, con la normativa costituzionale, sovranazionale ed internazionale per quanto attiene l'astratta idoneità del mezzo indennitario (rispetto a quello reintegratorio) a costituire tutela adeguata a fronte del

⁵ Per i riferimenti rinvio a A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1996, p. 724 s.

licenziamento illegittimo: la questione riguardava piuttosto la *misura* dell'indennizzo, che è apparsa subito troppo modesta e soprattutto predeterminata nel suo ammontare in ragione di un parametro – l'anzianità di servizio – che non lasciava al giudice alcuna possibilità di calibrare l'ammontare della somma dovuta dal datore alle mutevoli circostanze del caso concreto, impedendo di fatto ogni sorta di “personalizzazione” del danno in ragione della peculiarità della fattispecie e delle diverse *rationes agendi* del datore di lavoro⁶.

2. Prima correzione: il c.d. Decreto dignità e l'aumento delle soglie minima e massima

Su questa complessa e delicata problematica è dapprima intervenuto il legislatore con un decreto che, brandendo il concetto più alto della considerazione personalistica del diritto – la tutela della *dignità umana* – si è posto il solo obiettivo di incrementare il minimo (da 4 a sei mensilità) e il massimo (da 24 a 36 mensilità) delle c.d. “tutele crescenti” previste dall'art. 3 c. 1 del d.lgs. 23/2015. La legge di conversione del decreto ha poi innalzato anche il minimo (da 2 a 3 mensilità) e il massimo (da 18 a 27 mensilità) previsti dall'art. 6 c. 1 del d.lgs. 23/2015 per l'offerta di conciliazione a fini deflattivi del contenzioso. Come dire che il legislatore della dignità non si è spinto più in là di un semplice arrotondamento *in melius* delle poste indennitarie minima e massima, trascurando del tutto *sia* il tema di un possibile ripristino (che era stato in verità paventato da parte di un movimento politico oggi al governo) della tutela reintegratoria di cui all'art. 18 St. lav., *sia* il fulcro della disciplina basata sulla predeterminazione *ex ante* della somma dovuta al lavoratore: come dire che l'orientamento di fondo del *Jobs Act*, vale a dire la sostituzione di una tutela indennitaria al posto di quella in forma specifica, da un lato, e la calcolabilità preventiva dei costi di separazione, dall'altro, non viene neppure scalfito. Che questo intervento del legislatore salvasse la “dignità umana” in caso di licenziamento illegittimo, è lecito dubitare, non foss'altro perché –secondo l'insegnamento kantiano – la dignità è un bene non negoziabile e non monetizzabile. Certo è che all'indennità monetaria massima di trentasei mensilità - un importo certamente ragguardevole e dotato di una qualche dissuasività, specie nelle imprese di minori dimensioni - il lavoratore potrà aspirare solo dopo 15 anni di servizio presso la stessa impresa, onde si è giustamente rilevato che parlare di un'inversione di tendenza del diritto del lavoro, sembra del tutto fuor di luogo: ed invero “l' “anelasticità” della sanzione rispetto

⁶ Cfr. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in ADL, 2/2015; per un cenno cfr. M. V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in LD, 2015, p. 49, secondo cui la normativa in oggetto non soddisfa i requisiti posti dalle fonti europee.

all'interesse da tutelare rende la nuova sanzione troppo simile all'originario *Jobs Act* per poter parlare di un salto di qualità. La disciplina resta saldamente ancorata a scelte pro-*business* che rendono addirittura contratto di lavoro subordinato assistito da sanzioni indennitarie per vicende estintive patologiche ridotte diritto generale dei contratti”⁷.

3. I sospetti di incostituzionalità dell'art. 3, co. 1 del d. lgs. n. 23/2015.

Se il decreto dignità non ha inciso sul meccanismo di determinazione dell'indennizzo previsto dall'art. 3 comma 1, limitandosi ad aumentare le soglie minima e massima entro le quali il giudice individua la somma risarcitoria applicando il criterio delle due mensilità per anno di anzianità, la già citata sentenza della Corte Costituzionale 194/2018 ha invece dichiarato incostituzionale il meccanismo sanzionatorio previsto dal d.lgs. 23/2015, coinvolgendo nella declaratoria di illegittimità anche la novella del decreto dignità.

Ma andiamo per gradi. Con l'Ordinanza del 26 luglio 2017 il Tribunale di Roma, terza sezione lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, della Costituzione, dell'art. 1, comma 7, lett. c), della legge 10 dicembre 2014, n. 30 e degli artt. 2, 3, 4 del decreto legislativo 4 marzo 2015 n. 23. Va precisato che l'Ordinanza di rimessione non riguardava la marginalizzazione della tutela in forma specifica, la quale, secondo quanto già statuito dalla Corte Costituzionale, non rappresenta l'unico possibile paradigma attuativo dei principi di garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost⁸. Il giudice rimettente si concentra invece sulla consistenza e adeguatezza della posta economica destinata a surrogare il risarcimento del danno in forma specifica, divenuto tutela residuale da applicare in rari casi di eccezionale gravità; posta economica che, a parere del Tribunale capitolino, “avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata”, come richiesto dalla Corte Costituzionale (n.199/2005 e n. 420/1991) richiamata dall'Ordinanza. Il discorso condotto dal giudice ha il pregio di semplificare la ridda di questioni, pur sollevate nella motivazione a supporto dell'argomento principale, in merito al sospetto di incostituzionalità delle norme, riducendo ad una questione meramente “quantitativa” il vincolo costituzionale di tutela del lavoro cui lo stesso legislatore ordinario è astretto nel disciplinare la materia del licenziamento illegittimo. Il sospetto di incostituzionalità ruotava attorno a tre parametri di

⁷ L. Zoppoli, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT-377/2018

⁸ C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46

giudizio: l'art. 3 della Cost., con riferimento all'importo dell'indennità risarcitoria, che non riveste carattere compensativo né dissuasivo ed oblitera la discrezionalità valutativa del giudice finendo per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro; l'art. 4 e l'art. 35 Cost., in quanto al diritto al lavoro viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso; l'art. 117 e l'art. 76 della Costituzione, nella misura in cui la sanzione per il licenziamento appare inadeguata rispetto a quanto previsto dalle fonti sovranazionali quali la Carta di Nizza e la Carta Sociale Europea, con violazione dei criteri di delega che predicavano il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni internazionali. Secondo il giudice rimettente la previsione di un'indennità modesta, fissa e crescente solo in ragione dell'indennità di servizio non solo non ha carattere realmente compensativo, ma viola il principio di eguaglianza fra vecchi e nuovi assunti, obliterando il necessario bilanciamento di interessi imposto dal giudizio di ragionevolezza. La norma in commento, inoltre, in quanto misura anche sanzionatoria (oltre che compensativo-riparatoria) non avrebbe una consistenza tale da renderla dissuasiva, anzi solleciterebbe un comportamento opportunistico del datore di lavoro che massimizza, cumulandoli indebitamente, i vantaggi economici derivanti dagli incentivi pubblici alle assunzioni (lo sgravio decontributivo per 36 mesi previsto dalla l. n. 190/2014) e quelli derivanti dalla "licenza" legislativa di recedere a costi assai modesti.

4. Seconda correzione: la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018.

I vari profili censurati dall'Ordinanza di rimessione sono stati vagliati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 194/2018. La Corte ha affrontato anzitutto la prima delle questioni sollevate in riferimento all'art. 3 Cost., secondo cui l'art. 3, comma 1, violerebbe il principio di eguaglianza tutelando i lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015 in modo ingiustificatamente deteriore rispetto a quelli assunti, anche nella stessa azienda, prima di tale data, dichiarando la questione non fondata. Il ragionamento della Corte si basa su due postulati, strettamente correlati dal punto di vista logico-sistematico: il primo riguarda l'affermazione, più volte espressa dalla Consulta, secondo cui il "fluire del tempo" può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, spettando alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme; il secondo postulato attiene alla giustificazione teleologica della norma, vale a dire lo "scopo" perseguito dal legislatore di "rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione" (alinea dell'art. 1, comma 7, l. n. 183/2014). In sostanza, la disparità di

trattamento in ragione del fluire del tempo, che non rappresenta in sé e per sé un valido criterio di differenziazione dei trattamenti essendo il legislatore comunque vincolato al rispetto del principio di ragionevolezza, nel caso di specie appare alla Corte giustificata nella misura in cui la modulazione temporale introdotta appare “coerente” con lo scopo divisato dalla legge, e quindi rispettosa del canone della ragionevolezza.

Tuttavia, proprio il canone della ragionevolezza richiede non solo un controllo di coerenza, ma anche un vaglio di congruità finalistica della legge, ossia una verifica dell’adeguatezza dei mezzi allo scopo perseguito dal legislatore. Questo tipo di controllo, tuttavia, non viene affatto contemplato nel ragionamento della Corte, la quale, sul punto, afferma che non spetta alla Corte stessa “addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito”.

La questione, posta in questi termini, è assai delicata, poiché coinvolge sia la appropriatezza del richiamo ai precedenti sul “fluire del tempo”, sia al rispetto del canone di ragionevolezza intesa come congruenza tra i mezzi adottati (la riduzione delle tutele) e i fini divisati (l’aumento dell’occupazione).

Sotto il primo profilo vale rilevare che la differenziazione realizzata dalla norma non attiene alla stessa fattispecie riguardata in momenti diversi del tempo, ma alla medesima fattispecie che nello stesso momento del tempo viene trattata diversamente in ragione della data di assunzione, ossia - come si è espresso il giudice rimettente -, sulla base di un “dato accidentale ed estrinseco a ciascun rapporto che in nulla è idoneo a differenziare un rapporto da un altro a parità di ogni profilo sostanziale”. Siamo quindi “al di fuori di una normale successione nel tempo di leggi che regolano la medesima fattispecie, dove la posteriore abroga quella precedente, ma si è in presenza della contemporanea esistenza di norme relative a casi uguali”⁹. Ma non basta, perché la differenza di disciplina in tempi diversi presuppone comunque una diversità sostanziale nelle situazioni di fatto concretamente regolate, tali da fondare ragioni di differenziazione dei trattamenti basate su elementi apprezzabili sotto il profilo oggettivo, quali ad esempio la dimensione dell’impresa, o la peculiarità della qualifica rivestita dal prestatore, come nel caso dei dirigenti, ragioni certamente non ravvisabili nella data di costituzione del rapporto¹⁰. Tale assunto

⁹ V. Speciale, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in RGL, 2017, e già Id. *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 233

¹⁰ Cfr. V. Speciale, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in Forum di Quaderni Costituzionali, Atti del Convegno su “La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?”, Ferrara, 28 giugno 2018.

deriva *de plano* dall'analisi della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di disciplina del recesso, laddove la Corte ha avuto modo di affermare a più riprese 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 essere può essere diversificato solo per *giustificate ragioni*” (sentenza n. 176/1986); onde la minor protezione di alcuni lavoratori non trova alcuna giustificata ragione considerata l'identica situazione di fatto dei prestatori assunti prima o dopo il 7 marzo alle dipendenze del medesimo datore di lavoro¹¹.

Ancor più problematica appare la questione relativa al rispetto del canone di ragionevolezza con riferimento alla ragione giustificatrice della norma, vale a dire lo “scopo occupazionale”. Secondo la Corte il regime temporale di applicazione del d. lgs. n. 23/2015 si rivela “coerente” con tale scopo: poiché l'introduzione di tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta ad incentivare le assunzioni a tempo indeterminato, appare “coerente” limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore, quelli cioè la cui assunzione avrebbe potuto essere favorita. La Corte si è limitata evidentemente ad un controllo di ragionevolezza assai modesto, relativo al primo gradino del test di proporzionalità consistente nella mera “coerenza”, intesa come assenza di contraddizione nel discorso legislativo: la coerenza riguarda infatti i rapporti tra le parti del discorso, e ha di mira le connessioni logiche (non quelle causali) tra gli enunciati di un atto legislativo, risolvendosi in una forma di controllo “per linee interne”¹², che non mette in discussione le scelte legislative e, soprattutto, non coinvolge i successivi passaggi argomentativi con cui si valuta la congruenza, l'adeguatezza e la proporzione della disciplina impugnata rispetto alla sua *ratio*, accertando cioè se le scelte compiute dal legislatore si collochino entro un quadro di armonica compatibilità con le opzioni di valore costituzionalmente rilevanti.

La scelta della Corte di non addentrarsi su questi sentieri del controllo di ragionevolezza potrebbe essere giustificata in ragione del fatto che l'Ordinanza di rimessione non solleva la questione relativa alla congruenza causale della norma rispetto allo scopo di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”: questione

¹¹ G. Fontana, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016, p. 114; cfr. anche S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E “Massimo D'Antona”.IT-246/2015, p. 21; Cfr. M. V. Ballestrero, *Problemi di compatibilità costituzionale del Jobs Act*, in *Atti del Convegno su Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, pubblicazione a cura della Camera dei deputati, Roma, 2015.

¹² G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 4 ss., 189 ss., 220 ss., opera di fondamentale importanza per il tema qui trattato.

sollevata dalla lavoratrice licenziata nel proprio atto di costituzione in giudizio, ma non sollevata dal giudice rimettente, e perciò giudicata dalla Corte inammissibile (punto 4.). Sennonchè è la Corte stessa ad evocare il canone della ragionevolezza come strumento idoneo a giustificare la discrezionalità del legislatore nella scelta di modulare temporalmente l'applicazione del d. lgs. n. 23/2015, onde si può sostenere che con quel richiamo la Corte si sia auto-vincolata a percorrere fino in fondo il relativo controllo di razionalità/ragionevolezza. Nella fattispecie in esame – in cui, lo ripetiamo, la questione della costituzionalità della norma si gioca interamente sul profilo del rispetto della ragionevolezza e non solo su quello dell'idoneità differenziante del “fluire del tempo”, che altrimenti sarebbe stato giudicato dalla Corte come un criterio sufficiente ed assorbente per escludere il contrasto con l'art. 3 Cost. - il considerare automaticamente scevra da profili di incostituzionalità una norma, teleologicamente orientata all'incremento dell'occupazione, che incide significativamente sulle tutele in materia di licenziamento, senza completare il controllo di ragionevolezza nei suoi gradi successivi, sembra obliterare proprio quella esigenza di verifica della razionalità strumentale e di giustizia-equità che la Corte stessa, richiamando il canone della ragionevolezza, implicitamente evoca. Tuttavia la Corte evita di attuare quel controllo per verificare l'adeguatezza strumentale del mezzo legislativamente prescelto rispetto al fine da realizzare, e tale scelta non appare minimamente motivata. Insomma: se per la Corte la norma, per essere giudicata costituzionalmente legittima, deve rispettare il “canone della ragionevolezza”, perché tale canone dovrebbe limitarsi alla sua dimensione meramente “logico-discorsiva”, e non interessare i profili causali del rapporto strumentale mezzi/fini e finanche quelli di proporzionalità e del bilanciamento di interessi?

Il giudizio di efficienza strumentale della norma non è certo assente nella sistematica del sindacato di ragionevolezza della legge: è sufficiente ricordare che la Corte costituzionale ha espressamente statuito che il riscontro di congruità dei mezzi rispetto ai fini rappresenta una possibile esplicazione delle verifiche di ragionevolezza della legge (sentenza n. 239/1998) e che può rilevare anche sotto il profilo dell'eccesso di potere legislativo (sentenza n. 146/1996). In tal prospettiva l'asse del giudizio di ragionevolezza coinvolge l'impiego di dati extra-normativi, quali le conoscenze tecnico-scientifiche, i modelli statistici e i riscontri di tipo fattuale, utilizzabili per valutare la “pertinenza” intesa quale giudizio di idoneità sul piano tecnico della strumentazione apprestata per il conseguimento del fine, e la “congruenza” intesa quale valutazione della norma alla luce dei principi sistematici per verificare se la legge sia in rapporto logico con il *telos* che la giustificerebbe come ragionevole. Nel caso in esame, che riguardava in fondo la razionalità di

una norma che “scommette” sulla crescita dell’occupazione attraverso un profondo mutamento *in peius* delle tutele in una materia così sensibile com’è quella del licenziamento illegittimo, entrambi questi elementi di giudizio (pertinenza e congruenza) avrebbero potuto essere mobilitati dalla Corte. Se infatti si può ammettere sul piano meramente logico che la finalità occupazionale giustifichi un deterioramento delle tutele per i lavoratori in cerca di impiego, non si può invece ammettere a priori, sul piano causale, che quelle misure, incidenti in maniera rilevante su diritti collegati a valori fondamentali della Costituzione, realizzino il fine sperato. Quantomeno, quelle norme, per rispettare il canone della ragionevolezza, dovrebbero poter essere valutate nella loro effettività. Ma non basta, perché secondo un ancor più esigente svolgimento del controllo di ragionevolezza, la norma in oggetto dovrebbe essere sottoposta ad un più articolato test di proporzionalità, per apprezzarne tutte le sfaccettature, compresa la necessità e la proporzionalità in senso stretto, e verificare se la misura legislativa, tra i vari possibili strumenti impiegabili per raggiungere l’obiettivo di crescita occupazionale, sia quella meno restrittiva dei diritti posti a confronto, o che stabilisca oneri proporzionati rispetto al perseguimento dei suoi obiettivi¹³.

Un esempio di questo modo di esercitare il controllo di ragionevolezza-proporzionalità può essere offerto dalla giurisprudenza della CGE. Nel caso *Mangold*, affrontando la questione di legittimità, rispetto all’ordinamento europeo, della disciplina tedesca avente lo scopo di favorire l’inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati, la Corte di Giustizia ha proceduto a verificare “se gli strumenti attuati per realizzare tale legittimo obiettivo siano «appropriati e necessari» a tal fine”. Secondo la Corte, nonostante gli Stati membri dispongano di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi in materia di politica sociale e di occupazione, “una siffatta normativa, nella misura in cui considera l’età del lavoratore di cui trattasi come unico criterio di applicazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, senza che sia stato dimostrato che la fissazione di un limite di età, in quanto tale, indipendentemente da ogni altra considerazione legata alla struttura del mercato del lavoro di cui trattasi e dalla situazione personale dell’interessato, sia obiettivamente necessaria per la realizzazione dell’obiettivo dell’inserimento professionale dei lavoratori anziani in disoccupazione, deve considerarsi eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita”. Secondo la Corte “il rispetto del principio di proporzionalità richiede infatti che qualsiasi deroga ad un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il

¹³ Cfr. G. Fontana, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, cit., p. 110.

principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito (v., in questo senso, sentenza 19 marzo 2002, causa C-476/99, Lommers, Racc. pag. I-2891, punto 39)". Di conseguenza, "una siffatta normativa nazionale non può giustificarsi ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78"¹⁴.

Non v'è dubbio quindi che, nel caso di specie, anche sulla base del metodo impiegato dalla CGE, la Corte costituzionale avrebbe potuto essere più esigente nel suo controllo di ragionevolezza, e – specie considerando i valori in gioco – spingere più a fondo il vaglio alla luce di tutti parametri della ragionevolezza, compreso quello della congruità tra mezzi e fini¹⁵. Laddove le norme di legge si pongono fini di crescita occupazionale, vale a dire un risultato "pratico" coerente con la direttiva dell'art. 4 Cost., la rispondenza della legge con il fine costituzionalmente prescritto può rendere necessaria la comparazione tra i risultati effettivi della legge e quelli che essa avrebbe dovuto in astratto realizzare. Un altro caso in cui il giudizio sul rapporto mezzi/fini impone in modo rigoroso, riguarda la definizione dei livelli minimi di garanzia di diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione, non potendosi in tal caso la Corte appagarsi di un verificare la palese non idoneità del mezzo, ma dovendo "accertare la concreta, effettiva efficienza strumentale, ad esito anche di indagini penetranti"¹⁶. In questi casi, in sede di controllo di ragionevolezza può venire in rilievo anche il contrasto della legge con regole di esperienza o con la realtà naturale empiricamente considerata, con dati statistici che consentono di portare alla luce la norma nella sua concreta applicazione e i suoi effetti pratici nei contesti reali di implementazione. Se l'art. 3, comma 1, fosse vagliato alla luce di questi canoni di razionalità strumentale, sarebbe evidente l'irragionevolezza manifesta di un disposto che non trova alcuna razionale giustificazione nel registro del discorso scientifico ed empirico, posto che nessuna correlazione positiva tra riduzione delle tutele e incremento dell'occupazione è mai stata validata nella letteratura economica. Al contrario, esaminando i dati Istat sull'andamento dell'occupazione, si evincerebbe chiaramente che il contratto a tutele crescenti non ha affatto prodotto gli effetti occupazionali sperati: esaurito il fuoco di paglia acceso dagli sgravi contributivi che hanno incrementato artificialmente le assunzioni a tempo determinato, si è infatti assistito ad un continuo, preponderante impiego dei contratti a tempo determinato, ciò che "mette in discussione la stessa

¹⁴ CGE causa C-144/04 *W. Mangold c. R. Helm*, punto 65.

¹⁵ Nello stesso senso G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore* di R. Pessi.

¹⁶ G. Scaccia, op. cit., p. 227

finalità della legge e la razionalità della riforma peggiorativa introdotta¹⁷. Contraddittoria appare quindi l'affermazione della Corte, che suona come una *excusatio non petita*, secondo la quale non spetterebbe ad essa di addentrarsi in valutazioni sui risultati conseguiti dalla politica occupazionale perseguita dal legislatore; al contrario, se la Corte non si fosse limitata ad un giudizio di coerenza, e avesse deciso di salire ad un livello più compromesso sul piano delle scelte di valore, il test di ragionevolezza avrebbe fornito un risultato negativo sia sotto profilo della congruenza e adeguatezza causale¹⁸, sia sotto quello della proporzionalità, non realizzando la norma alcun equo contemperamento tra diritto al lavoro e interesse dell'impresa, o tra la tutela del posto di lavoro e l'interesse all'occupazione quale "fine di interesse generale" che giustifica la riduzione delle tutele: su questo tema spinoso la Corte costituzionale non ha inteso seguire il Consiglio costituzionale francese che ha invece, non senza sconcerto da parte della dottrina¹⁹, affermato con riguardo al sistema di predeterminazione dell'indennizzo ad opera della legge Macron, che "garantire una maggiore certezza del diritto e favorire l'occupazione, eliminando gli ostacoli alle assunzioni" costituisce uno "tra gli obiettivi di interesse generale" che giustificano la riduzione delle tutele in materia di licenziamento illegittimo²⁰.

5. Segue. L'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015

Il Consiglio costituzionale francese non ha esitato a ritenere costituzionalmente legittima la "securizzazione" del licenziamento mediante la previsione di un indennizzo plafonato che sottrae - in nome della certezza del diritto - il costo del licenziamento ad un controllo giurisdizionale troppo invasivo. Al contrario, la Corte Costituzionale italiana ha assunto una postura che batte in breccia alcuni assiomi della nostrana *Law&Economics* così come penetrati nella disposizione dell'art. 3, comma 1, nella parte in cui prevede una tutela contro i licenziamenti ingiustificati rigida e predeterminata, sottraendo al giudice il compito di determinare, con la dovuta attenzione ai profili soggettivi del danno, l'entità dell'indennizzo.

La soluzione legislativa apprestata dal *Jobs Act* appare censurabile sotto molteplici profili. E la Corte, nella parte in cui accoglie la questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 4 primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi due articoli

¹⁷ V. Speciale, op. cit., p. 32.

¹⁸ G. Fontana, *La riforma del lavoro*, cit., p. 108.

¹⁹ Cfr. T. Sachs, *Quando la certezza del diritto sfuma nell'analisi economica*, in A. Perulli, a cura di, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, Wolters Kluwer Italia-Cedam, 2016, p. 615 ss.

²⁰ *Cons. Const.* 5 agosto 2015, n. 2015-715 DC, consid. 151. Per un commento critico a tale decisione cfr. D. Baugard, *Le plafonnement de l'indemnisation des licenciements injustifiés ne peut pas varier selon les effectifs des entreprises*, in *DS*, 2015, p. 803 ss.

in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea) dedica a tali aspetti di contrarietà ai principi costituzionali di tutela del lavoro riflessioni di densa connotazione assiologica.

Innanzitutto il meccanismo di quantificazione, non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio, rende l'indennità una forma di "liquidazione legale forfetizzata e standardizzata", non incrementabile, essendo palese la volontà del legislatore di "predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo", in conformità al criterio direttivo della legge di delegazione consistente nel prevedere un indennizzo economico "certo". A giudizio della Corte, tale modello di tutela contrasta anzitutto "con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse (terzo dei profili di violazione dell'art. 3 Cost. prospettati dal rimettente)" (punto 11 della sentenza). Infatti, prosegue la Corte, è un dato di comune esperienza che il pregiudizio prodotto dal licenziamento ingiustificato dipende da una serie di fattori, di cui l'anzianità nel lavoro è solo uno dei tanti. Il richiamo all'art. 8 della l. n. 604/66, che sembra fungere da *tertium comparationis*, è sufficiente alla Corte per giustificare l'assunto: quella norma consente infatti al giudice di determinare l'obbligazione indennitaria "avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti". Del pari l'art. 18, quinto comma, St. lav. prevede che l'indennità risarcitoria sia determinata dal giudice tra un minimo e un massimo di mensilità seguendo criteri analoghi, avuto riguardo anche alla "dimensione dell'attività economica". E' chiaro quindi che il *tertium* offre un principio riconducibile ad una *ratio* unitaria, coerente ed espansibile ad altre fattispecie aventi la medesima *ratio*, onde "all'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa", la discrezionalità del giudice risponde "all'esigenza di personalizzazione del danno subita dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza", mentre la previsione di una misura risarcitoria uniforme, "indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono -, nell'esperienza concreta – diverse".

E' importante sottolineare che il principio di eguaglianza viene qui in rilievo in un duplice senso: sia in quanto situazioni accomunate da un'identica *ratio* (il "sistema" equilibrato di tutele richiamato dalla Corte) sono diversamente disciplinate, sia perché la norma in esame, realizzando un'indebita omologazione, si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. nella misura in cui le diverse fattispecie concrete di licenziamento illegittimo vengono ingiustificatamente assimilate. Sotto il primo profilo l'art. 3, comma 1, viola il principio di eguaglianza perché dispone un trattamento

differenziato rispetto a quanto il legislatore appresta in fattispecie che presentano i caratteri dell'analogia di condizione tra le categorie normative a raffronto (gli artt. 8 l. n. 604/66 e 18, co. 5, St. lav.). Sotto il secondo profilo ciò che contrasta con il principio di eguaglianza è l'incapacità della norma di trattare in termini differenziati situazioni che richiedono una "personalizzazione" del danno. La norma sembra quindi qualificarsi nei termini dell'"irragionevolezza intrinseca", che può esimere la Corte dal riscontro di omogeneità preordinato all'impostazione di un giudizio comparativo.

Il secondo profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, riguarda invece il contrasto della norma "con il principio di ragionevolezza, sotto il profilo dell'idoneità dell'indennità medesima a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo e un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente" (quarto profilo di violazione dell'art. 3 Cost. prospettato dal rimettente). Diversamente dal punto precedente, in cui la lesione del principio di eguaglianza emerge dalla semplice applicazione dello schema logico delle omogeneità/eterogeneità delle situazioni poste a raffronto, la Corte procede ad un giudizio di ragionevolezza più complesso e compromesso con la logica assiologica, che si snoda attorno ai cardini tipici della proporzionalità sub specie di congruenza, pertinenza, adeguatezza, con cui il giudice delle leggi accerta se la misura del mezzo sia correttamente calibrata rispetto al fine, duplice, di una disciplina del licenziamento illegittimo: da un lato la capacità di ristorare adeguatamente il danno subito (funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto), dall'altro la capacità dissuasiva nei confronti del datore di lavoro. Ma non basta, perché la Corte mobilita anche la tecnica del bilanciamento, giungendo ad affermare che il denunciato art. 3 comma 1 "non realizza un adeguato componimento degli interessi in gioco: la libertà dell'organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro". Il bilanciamento è operato, come si vede, lungo i due assi valoriali su cui si fonda la materia del diritto del lavoro. La libertà di organizzazione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica privata (benchè la Corte non richiami espressamente l'art. 41, comma 1, Cost.) non viene esercitata in modo proporzionale, nella misura in cui il diritto del lavoratore ad una tutela efficace viene eccessivamente compressa, al punto da risultare "incompatibile con il principio di ragionevolezza". Ciò che, come si è visto, la Corte non ha inteso fare nel vaglio della legittimità costituzionale della legge sotto il profilo della disparità di trattamento in ragione del "fluire del tempo", accontentandosi di applicare il più semplice criterio della coerenza rispetto allo scopo, viene invece apertamente dispiegato, in tutte le possibili

direzioni della ragionevolezza, con riferimento al profilo della tutela rigida e inadeguata. E questa irragionevolezza, che è insieme incongruità e sbilanciamento, conduce la Corte, a sviluppare, nel punto successivo relativo al *vulnus* apportato dall'art. 3, comma 1, agli artt. 4, primo comma e 35, primo comma Cost., che il giudice rimettente aveva in effetti prospettato come espressione del vizio, denunciato come principale, di violazione dell'art. 3 Cost.

Qui la Corte sviluppa un ragionamento esemplare che, dal controllo di ragionevolezza attraverso la tecnica del bilanciamento si snoda lungo una linea argomentativa tesa ad abbracciare la razionalità praxeologica che guarda ai valori di giustizia sociale incardinati nelle norme che tutelano il lavoro *come mezzo per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana*. Dopo molti anni, si respira in questi passaggi ermeneutici quel senso di ricchezza che solo l'orizzonte dei valori sociali, nel senso forte del termine, riesce ad evocare, e che il nichilismo giuridico della *Law & Economics* era riuscito ad inquinare. Il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) e la tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35 Cost.) non sono solo espressioni della libertà individuale e dell'autodeterminazione del soggetto, ma fondano quella "libertà sociale" di cui oggi, a fronte di una economicizzazione crescente della società, si sente un pregnante bisogno²¹. Con un passaggio argomentativo di natura non interpretativa, ma fondata su giudizi di valore da cui trarre la regola di decisione in base alla ponderazione di principi costituzionali concorrenti, la Corte ci consegna, nella parte più importante della sentenza, l'esito pratico del suo giudizio, consistente – come meglio vedremo – nel ristabilire un meccanismo di quantificazione dell'indennità che attribuisce al giudice una discrezionalità valutativa mobilitante molteplici criteri per "garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e massima". Ma ciò che più importa sottolineare è la densità assiologica che viene dalla Corte espressa, descritta e valorizzata, con un *modus procedendi* che rilancia il pensare per valori come la vera frontiera – mobile, ma imprescindibile – del diritto del lavoro. I principi della Costituzione non consentono al giudice delle leggi di applicare regole di decisione secondo gli schemi del sillogismo giudiziario²². Il discorso si sviluppa quindi sull'asse dei valori sostanziali attraverso un'operazione di bilanciamento, che muovendo dall'identificazione dei beni e valori costituzionali compromessi (il diritto al lavoro *ex art. 4 Cost.*, la tutela del lavoro *ex art. 35 Cost.*) giunge ad una sistemazione equa e ragionevole degli interessi coinvolti nel giudizio.

²¹ Cfr. A. Honnet, *La libertà negli altri. Saggi di filosofia sociale*, Il Mulino, Bologna, 2018.

²² Cfr. L. Mengoni, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in Studi in onore di Feliciano Benvenuti, vol. III, Mucchi, Modena, 1996, p. 1146.

La questione di legittimità costituzionale era stata posta dal Tribunale rimettente proprio richiamando le norme costituzionali di tutela in cui il lavoro viene “valutato” quale strumento di realizzazione della persona e di emancipazione sociale ed economica, mentre il *Jobs Act* riduceva il valore del lavoro ad un montante economico predeterminato e di modesta entità, tale da produrre l’effetto di un “quasi ripristino di fatto della libertà assoluta di licenziamento”. Fra le righe della motivazione del giudice romano emergeva una visione schiettamente antropologica del diritto del lavoro, che senza dubbio è matrice del “discorso” costituzionale sul lavoro²³. E’ vero che quei valori, e quegli stessi diritti, sono oggi sottoposti ad processo di rivisitazione critica, mobilitata dalle frange più potenti di quel motore del cambiamento anche valoriale che prende il nome di globalizzazione economica, e dal conseguente predominio di una logica di “mercato globale”. Eppure, l’architrave costituzionale che quei valori sottende, e sostiene, non è mutato; e a conferma del substrato assiologico in cui il diritto del lavoro è cresciuto e con cui tuttora convive, alle Costituzioni degli stati nazionali si sono aggiunte le Carte sovranazionali ed internazionali, le quali ripropongono, su scala meta-costituzionale, lo schema di una società che “si “fa legare” nei momenti di assennatezza “per evitare di morire di mano propria nei momenti di follia”²⁴.

In questo legarsi della società ad un diritto in cui le modalità giustificative istituzionalizzate nelle procedure giuridiche rimangono “aperte” nei confronti dei discorsi morali, trovano fondamento le argomentazioni della Corte sia con riferimento agli artt. 4 e 35 Cost., sia ai rilevanti principi metodologici (*in primis* quello di proporzionalità) che impongono, nello scontro tra scelte di valore, un bilanciamento tale per cui il diritto/interesse più sopraffattorio non finisca per sopprimere il diritto/interesse recessivo. E’ ciò che si traduce nel principio secondo il quale la compressione di un diritto o interesse costituzionalmente garantito non sia eccessiva rispetto alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile, e comunque tale da annullarne il contenuto essenziale. Come dire che l’esiguità della indennità standardizzata e inadeguata prevista dall’art. 3, comma 1, è il frutto di una scelta legislativa manifestamente inidonea alla tutela del licenziamento illegittimo mediante un corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti dell’impresa e del lavoro, realizzando di fatto una compressione irragionevole di quest’ultimo termine a favore del primo.

²³ P. Costa, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. Costa e D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, 2002, p. 152 s.

²⁴ La citazione, di John Potter Stockton, è in J. Elster, *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 130.

La Corte sposa questa prospettiva affermando che il principio costituzionale della tutela del lavoro, non può essere vulnerato da una previsione normativa che, riducendo a tal punto le tutele del licenziamento illegittimo nel punto focale della disciplina del rapporto, produce inevitabilmente a cascata, sul piano sistematico, l'indebolimento complessivo della posizione giuridica soggettiva del lavoratore, a partire dai principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, sino alla rinuncia a una parte dei propri diritti in ragione del timore del licenziamento. Come dire che l'irragionevolezza del legislatore, *sub specie* di mancata adozione delle precauzioni regolative imposte dalla caratura costituzionale del bene-lavoro in questione e dal mancato rispetto del principio di proporzionalità non affligge solo la materia del licenziamento ma si rifrange, come in un gioco di specchi, lungo tutta la disciplina del rapporto, vulnerando il "principio lavoristico"²⁵ e la concreta effettività dei diritti del lavoro sanciti dal legislatore costituzionale ed ordinario.

In questo alto percorso valoriale, condotto dalla Corte con una sobrietà espositiva che fa aggio alla profondità assiologica in cui si muove il discorso, non poteva mancare il richiamo all'integrazione tra le fonti che, partendo dai principi costituzionali di tutela del lavoro, conduce all'art. 24 della Carta Sociale Europea, in una prospettiva "multilivello" delle tutele lavoristiche resa possibile grazie al "ponte" rappresentato dagli artt. 76 Cost., in base al quale l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegata al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi per tempo limitato e per oggetti definiti²⁶, e 117, primo comma, Cost., che vincola il legislatore al rispetto dell'ordinamento comunitario e dei trattati internazionali. La Carta, così come revisionata nel 1998, è stata ratificata dall'Italia il 5 luglio 1999 ed è entrata in vigore il 1 settembre 1999, con il valore di norma pattizia²⁷. Alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 117 Cost. le norme internazionali assumono la qualifica di norme interposte in un giudizio di legittimità costituzionale della norma interna antinamica, ponendosi in una posizione intermedia fra la norma costituzionale e la legge ordinaria di recepimento/ratifica. In tale prospettiva l'art. 3, comma 1, è stato giudicato come una norma antinamica rispetto all'art. 24 della Carta Sociale e,

²⁵ Cfr. di recente V. Speciale, *op. cit.*, che aderisce al pensiero di Costantino Mortati; ma v. per una lettura diversa G. Di Gaspare, *Il principio lavoristico nella Costituzione della Repubblica*, in www-astrid-online.it, il quale evidenzia l'impostazione "classista" di Mortati e ne deduce una visione condizionata ideologicamente.

²⁶ Il riferimento è all'art. 1, co. 7 della legge delega n. 183/2014 che indica quale criterio generale la "coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali".

²⁷ In tema, cfr. A. Guazzarotti, *La Corte EDU come contrappeso: alla ricerca di sinergie tra convenzione, carta sociale europea e OIL*, in S. Borrelli - A. Guazzarotti - S. Lorenzon, *I diritti dei lavoratori nelle Carte Europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012, 127 ss.; più di recente, con spunti di interesse nella materia in esame G. Fontana, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 132/2016

di conseguenza, illegittima ai sensi degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., nella misura in cui viola il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo a ricevere “un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione”. Sotteso a tale previsione è il principio di *effettività* della tutela, secondo il quale la sanzione per l’ingiusta perdita del diritto al posto di lavoro dev’essere adeguata, dispiegare efficacia dissuasiva, ed offrire altresì un ristoro integrale per il lavoratore. Lo stesso Comitato dell’ILO, nel “*Protection against unjustified dismissal*”, interpretando l’art. 10 della Convenzione n. 158/1982 - norma cui l’art. 24 si ispira - ha affermato che laddove il preferibile rimedio della reintegrazione sia sostituito da forme di *compensation*, queste devono essere “adeguate”. E il Comitato europeo dei diritti sociali, dal suo canto – di cui la Corte riconosce l’autorevolezza ancorchè produca decisioni non vincolanti per i giudici nazionali – ha dichiarato che l’indennizzo è congruo se è tale da assicurare un valido ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato e da dissuadere il datore ad esercitare il recesso ingiustificatamente.

6. Le conseguenze della sentenza sul meccanismo rimediale del contratto a tutele crescenti: profili applicativi.

La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018, nel dichiarare incostituzionale dell’art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 limitatamente alle parole “di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”, lascia aperte una serie di questioni che riguardano tanto l’impianto complessivo del sistema rimediale disegnato dal *Jobs Act*, quanto le concrete modalità applicative della norma così come “caducata” in ragione della sentenza.

Anzitutto, vale rilevare come a seguito dell’intervento del legislatore e della sentenza della Corte si viene creare una nuova disparità di trattamento, benchè apparentemente legittima alla luce di quanto statuito dalla Consulta: ci si riferisce al diverso trattamento riguardante i lavoratori assunti ante 7 marzo 2015, ai quali, in ragione del combinato disposto del c.d. Decreto dignità e della pronuncia della Corte, si applica una disciplina sicuramente più sfavorevole rispetto a coloro che, assunti con contratto a tutele crescenti, potranno ambire ad un indennizzo certamente più elevato e “personalizzato”. In altri termini, un lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015 e con una notevole anzianità aziendale potrà vedersi riconoscere, in caso di licenziamento illegittimo, un’indennità fino ad un massimo di 24 mensilità, mentre un lavoratore assunto dopo tale data potrebbe vedersi riconosciuta un’indennità fino ad un massimo di 36 mesi. Si ripropone quindi, in termini rovesciati, il dilemma di una disciplina disomogenea per casi del tutto comparabili, in

ragione del solo “fluire del tempo”, con effetti assai discutibili sul piano della “ragionevolezza” sistemica.

La sentenza produce, inoltre, effetti sistemici a cascata su tutto il sistema del d.lgs. 23/2015, sia laddove il meccanismo di calcolo contenuto nella norma dichiarata incostituzionale appare espressamente richiamato da altri disposti, onde nel loro ambito deve necessariamente operare il nuovo sistema di parametrizzazione dell’indennità come indicato dalla Consulta, sia laddove ulteriori norme del d.lgs. 23/2015, pur senza richiamare l’art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015, riproducano lo stesso modello di calcolo dell’indennità dichiarato incostituzionale²⁸. In questa seconda ipotesi è inevitabile, in assenza di un intervento del legislatore, che la Corte - ove chiamata a vagliarne la conformità a Costituzione - dichiari incostituzionali anche le altre previsioni del d.lgs. 23/2015 che di quello stesso meccanismo fanno uso.

Sembra potersi affermare, anzitutto, che una tale incidenza diretta della pronuncia della Corte sia ravvisabile in relazione all’art. 9, c. 1, d.lgs. 23/2015, il quale opera un espresso rinvio all’art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015 per quanto concerne il calcolo dell’indennità dovuta al lavoratore ingiustificatamente licenziato in aziende con meno di quindici dipendenti, prevedendo che l’ammontare dell’indennità “è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità”. E’ vero che la Corte non poteva estendere il proprio *decisum* a situazioni non specificatamente indicate nella ordinanza di rinvio: tuttavia da ciò non può trarsi la conclusione che la dedotta incostituzionalità non si dovrebbe estendere alla disposizione di cui all’art. 9 (nonché dell’art.10)²⁹, e ciò per ragioni di interpretazione sistematica del tessuto normativo vigente a seguito dell’intervento della Consulta. Invero, il rinvio espresso dell’art. 9, c. 1, all’art. 3, c. 1, d.lgs. 23/2015, comporta necessariamente che anche alle imprese di minori dimensioni debba applicarsi il nuovo sistema di parametrizzazione dell’indennità risultante dalla pronuncia di incostituzionalità. In tal senso si è pronunciato il Tribunale di Genova, per il quale il principio va esteso anche ai rapporti intrattenuti con imprese che occupano meno di 15 dipendenti in quanto “non vi sarebbe nessun elemento, neppure di ordine sistematico, che renda ragionevole discostarsene” alla luce di una “interpretazione costituzionalmente orientata”³⁰.

²⁸ Cfr. M. T. Carinci, *La Corte Costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre*, in WP Massimo D’Antona, 2018, p. 25.

²⁹ In tal senso, seppur con dubbi, E. Morriconi, *Intervento* al Convegno organizzato da AGI Lazio, Roma, 13.12.2018

³⁰ L’Ordinanza è consultabile al link <http://www.agilazio.it/wp-content/uploads/2018/12/Guglielmi-Mentelocale-SI-rito-Fornero-NO-unico-centro-imputaz-Tut-ex-art-9-dlgs-23-2015.pdf>

Il medesimo discorso vale per l'art. 10 d.lgs. 23/2015, il quale dispone che in caso di violazione delle procedure o dei criteri di scelta previsti dalla l.n. 223/1991 in materia di licenziamenti collettivi, "si applica il regime dell'art. 3, comma primo", d.lgs. 23/2015. E' vero che la formulazione originaria dell'Ordinanza di rimessione faceva riferimento agli artt. 2, 4 e 10 del D. lgs. n. 23/2015, mentre a seguito della "correzione materiale" l'indagine si è spostata su altre norme, "quasi a voler indirettamente e volutamente escludere almeno l'art. 10 dal campo di incostituzionalità"³¹. Tuttavia, un simile argomento non può certo prevalere sulla lettura sistematica e costituzionalmente orientata di cui si è detto con riferimento all'art. 9, onde le cennate motivazioni spese dal Tribunale di Genova sono perfettamente riproponibili anche per la materia dei licenziamenti collettivi disciplinati dall'art. 10.

La sentenza in esame sembra invece esplicitare effetti indiretti con riguardo all'art. 4 d.lgs. 23/2015, in tema di vizi relativi alla motivazione o alla procedura del licenziamento individuale, laddove prevede la corresponsione al lavoratore di un'indennità calcolata "nei termini di 1 mensilità per ogni anno di servizio fra il limite di 2 e il massimo di 12 mensilità di retribuzione per il calcolo del TFR". Come altri correttamente osserva, infatti, "la norma in parola, in considerazione delle modalità di calcolo dell'indennità, contrasta sicuramente ... con il principio di uguaglianza e di ragionevolezza e, con particolare riferimento al licenziamento disciplinare, anche con il diritto del lavoratore alla difesa (art. 24 Cost.) e con il principio di ragionevolezza nella modulazione delle tutele fra quelle conseguenti alla violazione di regole dettate per le sanzioni disciplinari conservative (nullità) e per il licenziamento disciplinare (tutela economica)"³². E' chiaro tuttavia che, non essendo stata investita dal *dictum* della Corte, tale norma deve considerarsi attualmente in vigore, con la conseguenza che, qualora l'atto di recesso violi il requisito motivazionale *ex* art. 2, co. 2, l. n. 604/66, ovvero la procedura di cui all'art. 7 St. lav., la misura dell'indennità (compresa tra 2 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR) resta rigidamente ancorata al criterio dell'anzianità di servizio, mentre al giudice non sarà permesso di modularne l'importo in relazione anche alla gravità del vizio formale o procedurale (ciò che invece è ammesso dall'art. 18, comma 6, della legge n. 300 del 1970)³³.

³¹ E. Morriconi, op. cit.

³² M. T. Carinci, op. cit., p. 25 s.

³³ Cfr. S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT- 378/ 2018, p. 10, il quale giustamente ritiene inevitabile prospettare nuovamente la questione di costituzionalità di tale norma, dal momento che l'art. 4 del d. lgs. n. 23/2015 prevede l'impiego del medesimo criterio rigido e standardizzato che è stato ritenuto incostituzionale dalla sentenza della corte costituzionale n. 194/2018.

Ci si può domandare, ancora, quale influsso eserciti la pronuncia della Corte sulla procedura di conciliazione prevista dall'art. 6 d.lgs. 23/2015, ai sensi del quale, per evitare il giudizio, il datore di lavoro può offrire al lavoratore “un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini del reddito sulle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale di ammontare pari ad una mensilità di retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità”. Anche in tal caso la norma non è toccata direttamente o indirettamente dal *dictum* della Consulta, il quale, tuttavia, sembra comunque destinato ad avere un riflesso sull'operatività del disposto, nella misura in cui il ripristino dell'incertezza circa l'importo dell'indennità dovuta al lavoratore, nuovamente rimesso alla discrezionalità giudiziale, disincentiva di fatto la conclusione dell'accordo fra le parti³⁴.

Restano, infine, aperte alcune questioni di immediata operatività che la Corte ha evidentemente inteso rimettere alla prudente valutazione del giudice ordinario in sede applicativa.

In primo luogo, ci si può chiedere quali siano le modalità con cui i parametri di valutazione dell'indennità devono essere fra loro confrontati, e se vi siano dei rapporti “gerarchici” o di priorità di un criterio rispetto agli altri. In particolare, non sembra che la Corte, statuendo che il giudice terrà conto “innanzi tutto” dell'anzianità di servizio, abbia inteso collocare tale parametro di valutazione in una posizione sovraordinata rispetto agli altri menzionati criteri. Anzi, il richiamo ai diversi parametri desumibili in via sistematica dalla normativa vigente porta a ritenere che tali criteri non siano affatto gerarchicamente ordinati³⁵.

L'esercizio del potere discrezionale da parte del giudice dovrà quindi essere effettuato in base ai parametri delineati dalla Corte (anzianità di servizio, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti), consentendo di graduare il sistema sanzionatorio, tra il limite minimo e massimo, in modo tale da adeguarlo alla realtà nel caso concreto, senza obliterare i principi di adeguatezza e dissuasività richiamati più volte dalla Corte. Si è da taluno osservato che mentre l'art. 18 co. 5, onera il giudice di motivare la scelta relativamente all'entità dell'indennità, nel caso in oggetto, stante il meccanismo di predeterminazione automatica prevista dall'art. 3, co.1, che non conteneva alcuna indicazione al riguardo, il giudice, in seguito alla caducazione della norma da parte della Corte, sarebbe ora

³⁴ M. T. Carinci, op. cit., p. 26.

³⁵ In senso conforme S. Giubboni, op. ult. cit.; *contra*, ma senza adeguata motivazione, E. Morrico, op. cit.

svincolato da ogni onere motivazionale in ordine alla quantificazione dell'indennizzo³⁶. La tesi non può essere accolta. Anzitutto la sentenza orienta con precisione il giudice vincolandolo a “tenere conto” dei criteri richiamati, e contenuti sia nell'art. 8 della l. n. 604/66 sia nell'art. 18, co.5, cui la Corte ha fatto espressamente richiamo (punto 11); e tale indicazione già di per se vale a richiamare *per relationem* l'onere di specifica motivazione a tale riguardo. In secondo luogo varrà anche in questo caso, ed *a fortiori*, il principio di carattere generale, da tempo precisato in giurisprudenza, secondo il quale la determinazione tra il minimo e il massimo della misura dell'indennità risarcitoria spetta al giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per motivazione assente, illogica o contraddittoria³⁷.

Un secondo aspetto riguarda il risarcimento del danno, che, come abbiamo visto, deve rivestire, anzitutto, le caratteristiche di adeguatezza, benchè non necessariamente riparatorio dell'intero il pregiudizio subito dal lavoratore. Ciò significa che l'indennizzo deve essere equilibrato e realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto: benchè, come correttamente osservato, il richiamato bilanciamento tra interesse dell'impresa e tutela dell'occupazione dovrebbe riguardare, a rigore, il piano, logicamente antecedente a quello della quantificazione del danno, relativo al giudizio sulla legittimità del licenziamento, onde, una volta dichiarato ingiustificato il licenziamento, il “bilanciamento” riguarda in realtà la misura dell'indennità in rapporto al danno inflitto dal licenziamento al lavoratore³⁸). La Corte ha ritenuto che tale adeguatezza sia sicuramente riscontrabile nel limite massimo di 36, mentre tace sul limite minimo di 6 mesi, ritenuto comunque pienamente costituzionale, visto che il carattere ablativo della sentenza si riferisce soltanto all'incremento annuale del risarcimento nella misura pari a due mensilità dell'ultima retribuzione per il trattamento di fine rapporto. Secondo una condivisibile opinione questo silenzio sull'adeguatezza del valore minimo dev'essere tenuto in debita considerazione dal giudice nell'opera di concreta definizione dell'entità del risarcimento da riconoscere al lavoratore³⁹. Infatti, la teorica possibilità di applicare oggi sei mesi di risarcimento minimo dovrà essere coordinata con i più volte riaffermati principi di adeguatezza e dissuasività del danno, anche in relazione alla valutazione complessiva del comportamento delle parti e delle

³⁶ E. Morricco, op. cit.

³⁷ Cass. 8 giugno 2006, n. 13380; Cass. 5 gennaio 2001, n. 107.

³⁸ Cfr. M. V. Ballestrero, *Dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale. Questioni di adeguatezza del rimedio indennitario*, Relazione al Convegno “I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e limiti costituzionali (dopo C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194), Napoli 12.12.2018, in corso di pubblicazione.

³⁹ V. Speciale, *Relazione* al Convegno Frecciarossa, Roma, novembre 2018.

ragioni economiche organizzative a fondamento del recesso. La Corte ha chiarito che l'indennità presenta un duplice profilo funzionale, di carattere non solo risarcitorio-satisfattivo, ma anche dissuasivo-sanzionatoria⁴⁰. L'indennità deve quindi rivestire e garantire anche un carattere dissuasivo e tale profilo si collega strutturalmente con l'adeguatezza dell'indennità forfettizzata, la quale deve essere tale da escludere l'azzardo morale del datore di lavoro, tentato di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere, di tal guisa, l'equilibrio degli interessi in gioco. Tale efficacia dissuasiva non sembra assicurata dalla misura minima di sei mensilità di retribuzione, onde il giudice, nella discrezionalità decisionale tra il minimo ed il massimo previsto dalla legge, potrà, con congrua motivazione, valorizzare tali principi fondamentali collocando di fatto il minimo su un gradino più elevato di quello (minimo) stabilito dalla legge.

⁴⁰ Cfr. M. T. Carinci, op. cit.; F. Martelloni, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale censura l'algoritmo del Jobs Act reintegrando il giudice del lavoro*, in corso di pubblicazione in LD, 2019