

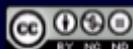


Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 246/2015

© Stefano Giubboni 2015
Dipartimento di Scienze politiche – Università di Perugia
stefano.giubboni@unipg.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti^α

**Stefano Giubboni
Università di Perugia**

1. Premessa.	2
2. Natura e disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.	4
3. Profili di illegittimità costituzionale per eccesso di delega.	12
4. Profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza.	16
5. Conclusioni.	20

^α Con taluni adattamenti, lo scritto è destinato alla rivista telematica *Costituzionalismo.it*

1. Premessa.

Il testo finale del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 20 febbraio senza tener conto nella sostanza dei rilievi formulati nel parere delle competenti commissioni parlamentari, configura un modello contrattuale molto diverso da quello che poteva immaginarsi alla luce delle prime discussioni sul *Jobs Act* e della stessa ridondante previsione anticipatoria introdotta, contestualmente alla liberalizzazione dei contratti a termine di durata non eccedente i trentasei mesi, dall'art. 1, comma 1, legge n. 78 del 2014¹. È bene infatti ricordare che, nell'originario disegno di legge delega presentato dal Governo (AS n. 1428 del 2014), la lettera b) dell'art. 4 si limitava a prevedere, nel contesto della redazione di un testo organico semplificato di disciplina delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro, l'eventuale possibilità di introdurre ulteriori tipologie «espressamente volte a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti». Il testo finale della delega approvata con la legge n. 183 del 2014 è, però, sul punto, significativamente diverso: l'art. 1, comma 7, lettera c), infatti, autorizza senz'altro la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

La differenza principale sta evidentemente in ciò: che mentre la formulazione originaria – sia pure nel contesto d'una delega praticamente in bianco specie sul decisivo profilo della disciplina del licenziamento – prefigurava, per quanto ambiguamente, l'introduzione in via sperimentale di un distinto sottotipo contrattuale, da affiancare in funzione di razionalizzazione alla folta tipologia esistente, senza tuttavia sovrapposizioni con il tipo generale dell'art. 2094 cod. civ., la legge n. 183 del 2014, riferendosi genericamente alle nuove assunzioni a tempo indeterminato, consente, invece, una tale sovrapposizione (e, per così

¹ Cfr. per tutti M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 23, 2014, nonché – volendo – S. Giubboni, *Il ridisegno delle tipologie contrattuali nel Jobs Act*, in *Treccani – Libro dell'anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2015, pp. 368 ss.

dire, una tale «confusione tipologica») col formante contrattuale basilare del lavoro subordinato.

Tra il testo di delega iniziale e quello approvato in via definitiva dal Parlamento si è così consumata quella «commedia degli inganni» – come si è osservato con amara ironia² – che ha consentito al Governo di restituirci, oggi, un contratto a tutele crescenti totalmente trasfigurato nella sua funzione e nella sua natura. Che non è più, evidentemente, quella di una nuova e distinta tipologia contrattuale, volta a promuovere l’inserimento stabile nel mercato del lavoro attraverso una temporanea attenuazione della tutela contro i licenziamenti in una prima fase (per quanto lunga)³ del rapporto, salva comunque l’applicazione della ordinaria tutela *ex art. 18* dello Statuto dei lavoratori al suo termine, secondo uno schema ancora in qualche modo riconducibile all’idea di contratto unico volgarizzata per primi in Italia da Tito Boeri e Pietro Garibaldi⁴. Ma che diviene, per contro, nient’altro che il comune contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato *ex art. 2094* cod. civ., che verrà tuttavia a caratterizzarsi – per tutti (e soltanto) i nuovi assunti (da datori di lavoro privati) a partire dalla data di entrata in vigore del decreto attuativo – per la permanente riduzione del livello delle garanzie contro i licenziamenti illegittimi.

² L. Mariucci, *La commedia degli inganni: l’itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in corso di pubblicazione in *Quaderni di Rassegna sindacale*.

³ In quanto verosimilmente non inferiore alla durata massima di tre anni prevista, per il nuovo contratto a termine «acausale», dal testo (novellato dalla legge n. 78 del 2014) dell’art. 1, comma 1, d. lgs. n. 368 del 2001, e da ultimo confermata (assieme alle facoltà di deroga che ne consentono l’allungamento) dall’art. 17, comma 1, dello schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni, licenziato dal Governo il 20 febbraio 2015 sempre in attuazione della legge n. 183 del 2014.

⁴ Cfr. T. Boeri, P. Garibaldi, *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Milano, 2008. L’ovvia differenza, rispetto a tale proposta (come a qualunque ipotesi analoga di contratto unico a protezioni crescenti), è che essa avrebbe implicato una parallela restrizione delle condizioni d’uso delle forme di lavoro temporaneo, a partire da quella effettivamente più rilevante del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato (v. per tutti, anche per ampi riferimenti al dibattito comparato e ai disegni di legge in tal senso presentati in Italia, in particolare da Pietro Ichino, G. Casale e A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract*, Hart Publishing – International Labour Office, Oxford-Portland e Ginevra, 2014, spec. p. 55). Mentre il Governo Renzi si è mosso, a partire dal decreto-legge n. 34 del 2014 (convertito nella citata legge n. 78), nella opposta direzione di un contestuale, forte aumento della flessibilità sia «in entrata» che «in uscita», la prima perseguita proprio attraverso la sostanziale liberalizzazione delle assunzioni con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato (ormai assoggettate a limiti solo quantitativi), la quale non è certamente compensata dal superamento del contratto di lavoro a progetto, prefigurato dagli artt. 48 e 49 dello schema di decreto legislativo sul riordino delle tipologie contrattuali (il quale, peraltro, amplia, con l’art. 52, la possibilità del ricorso al lavoro accessorio: forma di *mini-job* all’italiana di quintessenziale precarietà).

Un contratto che, più in particolare, si caratterizzerà per la radicale regressione nella intensità dei rimedi apprestati contro il licenziamento ingiustificato, concretizzantesi non solo (e vorrei dire non tanto) nella riduzione ad ambiti del tutto eccezionali della reintegrazione nel posto di lavoro, ma soprattutto nella complessiva contrazione della misura delle indennità risarcitorie, che in certi casi saranno davvero irrisorie (addirittura inferiori alla indennità sostitutiva del preavviso mediamente prevista dai contratti collettivi di categoria)⁵.

2. Natura e disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

È dunque questa – sapientemente dissimulata dietro una formula ingannevole e falsificatoria – la natura del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti: una disciplina dei licenziamenti fortemente regressiva anche rispetto a quella già depotenziata dalla legge n. 92 del 2012, applicabile solo ai nuovi assunti e che soltanto per costoro comporterà, in pratica, la sostanziale cancellazione della tutela reale in caso di recesso datoriale illegittimo (visto che la tutela ripristinatorio-reintegratoria, strutturalmente associata a quella risarcitoria, pur attenuata, prevista in tal caso dal testo novellato dell'art. 18 dello Statuto, diventerà come tale applicabile solo ai rapporti di lavoro instaurati anteriormente alla entrata in vigore del decreto attuativo).

Il d. lgs. n. 23 del 2015 traduce questa opzione della legge delega con disposizioni che, specie se lette insieme a quelle dedicate al complessivo riordino delle tipologie contrattuali e alla revisione della disciplina delle mansioni di cui all'art. 2103 cod. civ., appaiono rigorosamente coerenti con quella strategia di «svalutazione interna competitiva»⁶, che è stata – al di là delle pur significative varianti nazionali – l'unica vera politica comune del lavoro negli anni della grande crisi europea. Il *Jobs Act* può anzi vantare, al riguardo, un grado di

⁵ Con la conseguenza che i dirigenti – categoria esclusa per legge (anche) dalla nuova disciplina del licenziamento valevole per i lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti (art. 1, comma 1, del decreto attuativo) – godranno, normalmente, in forza del contratto collettivo applicabile al loro rapporto di lavoro, di una tutela economica di gran lunga più intensa contro i licenziamenti privi di giustificazione, considerando la disciplina sulla durata del preavviso e l'importo, crescente con l'anzianità di servizio, della indennità supplementare. E tale tutela risulta ancor più vantaggiosa nel caso di licenziamento dovuto allo stato di crisi dell'impresa datrice, visto che in tale ipotesi la contrattazione collettiva del settore industriale collega il diritto alla indennità supplementare direttamente alla esistenza della ragione giustificativa oggettiva del recesso.

⁶ Sia sufficiente, sul punto, il rinvio – oltre che allo straordinario e impressionante affresco analitico di W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2013 – a A. Schäfer, W. Streeck (a cura di), *Politics in the Age of Austerity*, Polity Press, Cambridge, 2013.

coerenza con la chiara matrice economica neoclassica di tali prescrizioni di *policy* (che per l'Italia rintracciano a tutt'oggi la loro formulazione più limpida e icastica nella famosa lettera indirizzata il 5 agosto 2011 dagli allora presidenti di BCE e Banca d'Italia al Governo Berlusconi) che non poteva certamente esibire la legge Fornero, visto che questa esprimeva ancora un compromesso politico-parlamentare, sul quale erano pur faticosamente riuscite ad incidere le stesse forze sindacali. Oggi, abolita definitivamente non si dice una prassi di tipo concertativo (estranea anche all'*iter* che ha portato all'emanazione della legge n. 92 del 2012), ma qualunque traccia di cosiddetto «dialogo sociale» (nel quale il decisore politico dovrebbe almeno sentirsi culturalmente impegnato a un esercizio di ascolto e di presa in considerazione delle opinioni del sindacato), il *Jobs Act* esprime – certamente nella disciplina baricentrica del contratto a tutele crescenti e del riordino delle tipologie contrattuali – una linea di univoca opzione politico-regolativa: una «scelta di campo» precisa, perché precisamente consentanea alla tutela di interessi coincidenti – praticamente senza mediazioni – con quelli patrocinati (senza sforzo) da Confindustria⁷.

Quelle prescrizioni di *policy* – frutto d'una rappresentazione quasi caricaturale del noto *trade-off* istituito in teoria (ma senza alcuna autentica convalida empirica) tra (tutela degli) *insiders* e (occupazione degli) *outsiders*⁸ – non avrebbero potuto invero contare su una traduzione più coerente e lineare da parte del legislatore delegato. La reintegrazione nel posto di lavoro (con la correlata tutela risarcitoria piena) – ovvero il rimedio che Pietro Ichino impropriamente riconduce alle cosiddette *property rules*⁹, ma che in realtà realizza, anche nel rapporto

⁷ Lo si desume anche dalle scarse informazioni che riescono a trapelare sull'opaco processo di *drafting* normativo. V. sul punto le giuste sottolineature critiche di F. Carinci, *Il Jobs Act, atto II: legge delega sul mercato del lavoro*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 37, 2015, pp. 1 ss.

⁸ V. da ultimo la documentatissima analisi critica di V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, rispettivamente pp. 344 ss. (parte prima) e 447 ss. (parte seconda), ove ampi riferimenti anche alla dottrina economica.

⁹ V. P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 792 ss. La improprietà del riferimento – che rimanda al celebre studio di G. Calabresi e A.D. Malamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, vol. 35, n. 6, pp. 1089 ss. – è, da un punto di vista comparatistico, ben evidenziata da L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 661 ss., spec. p. 680. E si veda anche G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 617 ss.

di lavoro, il risarcimento in forma specifica (art. 2058 cod. civ.) che di norma assiste nel sistema civilistico l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali¹⁰ – è eccezionalmente riservata all'area, anche di fatto marginale, del licenziamento discriminatorio o affetto da vizio di nullità (espressa) (art. 2, comma 1, d. lgs. n. 23 del 2015).

Non è peraltro chiaro se, nel riferirsi alle ipotesi di nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, «ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», il legislatore delegato abbia in realtà inteso allargare la sfera applicativa della tutela reintegratoria piena, che nella previsione dell'art. 18, comma 1, come novellato dalla legge n. 92 del 2012, risulta in effetti individuata in modo più analitico (e, dunque, apparentemente più circoscritto), da un lato attraverso il puntuale riferimento ai divieti di discriminazione presenti nell'ordinamento, e, dall'altro, con l'espresso richiamo del motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.

Il mancato riferimento a tale norma codicistica sembra invero poter autorizzare una interpretazione delle ipotesi di nullità del licenziamento per violazione dei divieti di discriminazione tipizzati dall'ordinamento maggiormente (e finalmente) conforme alla nozione oggettiva della fattispecie discriminatoria, come noto accolta dalle fonti e dalla giurisprudenza comunitarie¹¹, superando così l'augusta concezione soggettivizzante ancora oggi fatta propria dalla prevalente giurisprudenza nazionale con l'esigere la prova, da parte del lavoratore ricorrente, del

¹⁰ Cfr. Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, che ha magistralmente chiarito che l'art. 2058 cod. civ., applicabile anche all'illecito contrattuale, «attribuisce al danneggiato (nel rapporto contrattuale, al creditore insoddisfatto) la reintegrazione in forma specifica, se giuridicamente e materialmente possibile (comma 1) ed il risarcimento per equivalente alla subordinata condizione che risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore (comma 2)» Sicché, anche in omaggio al noto principio, iscrivibile nel raggio dell'art. 24 Cost., per cui «il processo civile deve dare per quanto è possibile a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» (G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1935, ristampa del 1965, p. 390), «la tutela reintegratoria è più vicina alle scelte di valore del legislatore in tema di responsabilità contrattuale», onde vanno intese come eccezionali rispetto a tali le scelte le norme che escludono o limitano la tutela specifica offerta dall'art. 18 dello Statuto, anche perché, diversamente, «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». Cfr., su tutto ciò, la seminale ricostruzione di M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

¹¹ Cfr. per tutti A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, vol. cinquantesimo del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, CEDAM, Padova, 2010, spec. pp. 49 ss.

motivo illecito determinante la condotta del datore di lavoro¹². Ciò che potrebbe dare maggior vigore applicativo alla tutela antidiscriminatoria, sinora rimasta ristretta nella pratica dentro spazi davvero angusti, con la conseguente espansione dell'utilizzo del rimedio della tutela reintegratoria piena, senza necessità di accedere a quelle forzature interpretative che giungono a predicare, in sostanza, una inammissibile equiparazione tra licenziamento propriamente discriminatorio e licenziamento soltanto ingiustificato¹³.

È per altro verso innegabile che, riferendosi, oltre che alla nullità del licenziamento in quando discriminatorio, «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», l'art. 2, comma 1, del decreto possa essere inteso – come si è subito suggerito da parte di qualche commentatore – nel senso di voler restringere ai soli casi di nullità per l'appunto espressa (cioè esplicitata come sanzione della violazione del precetto primario) la invocabilità del rimedio reintegratorio pieno. Ma tale indubbia suggestione letterale non può essere enfatizzata sino al punto di forzare il valore della coerenza del sistema, che esige di considerare operante anche ai fini di cui all'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 23 del 2015 (come pure dell'art. 18, comma 1, dello Statuto) il principio generale che ricollega la conseguenza della nullità alla violazione di ogni norma imperativa dell'ordinamento civilistico. Onde anche sotto tale profilo la formula del rinvio agli altri casi di nullità previsti dalla legge – che compare nel testo dell'art. 2, comma 1 – potrebbe consentire, ove estensivamente intesa, una applicazione del rimedio della reintegrazione in forma specifica oltre le ipotesi strettamente tipizzate. Senza trascurare che, ove si volesse limitare ai soli casi di nullità in senso stretto espressa l'applicabilità della reintegrazione ex art. 2, comma 1, del decreto legislativo (o ex art. 18, comma 1, dello Statuto), ben potrebbe ritenersi operante, per i casi di nullità implicita, il rimedio residuale e generale della cosiddetta reintegra di diritto comune, come si è ad esempio già argomentato – in sede di interpretazione della riforma del 2012 – con riferimento alla ipotesi del licenziamento collettivo viziato dalla carenza

¹² Cfr. in tal senso F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo del 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act*, cit., pp. 65 ss., sul punto p. 71.

¹³ Secondo l'ipotesi formulata da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 527 ss., ma rimasta del tutto isolata anche in dottrina.

del presupposto giustificativo sostanziale o «causale» (della riduzione, trasformazione o cessazione dell'attività lavorativa)¹⁴.

Oltre che nei casi di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato il forma orale, l'art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 23 del 2015 rende applicabile la disciplina della reintegrazione, di cui ai commi precedenti, anche nelle ipotesi in cui il giudice accerti «il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68»¹⁵. Sul punto, la disciplina del contratto a tutele crescenti è, almeno all'apparenza, per un verso migliorativa di quella di cui l'art. 18 dello Statuto e, per un altro, significativamente peggiorativa.

È migliorativa laddove dà opportunamente accesso¹⁶, nelle ipotesi di assenza di giustificazione del licenziamento appena considerate, alla tutela reintegratoria piena (ovvero alla stessa tutela prevista dall'art. 2 per i casi di discriminazione e nullità); mentre l'art. 18, comma 7, primo periodo, dello Statuto contempla, per tali ipotesi, soltanto «l'effetto reintegratorio attenuato»¹⁷. È, invece, apparentemente (e immotivatamente) peggiorativa là dove non contempla, a differenza del comma 7 dell'art. 18, l'ipotesi del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ., che, pertanto, almeno secondo la tesi che ammette l'applicazione della tutela reintegratoria piena solo per le fattispecie di nullità espressamente previste dalla legge, dovrebbe ora ricadere, per i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti, nel campo di applicazione, consegnato come tendenzialmente generale e residuale, della tutela meramente indennitaria di cui all'art. 3 del decreto legislativo¹⁸. Ma se si condividono gli spunti offerti poc'anzi a proposito del trattamento dei casi di nullità anche implicita, dovrebbe concludersi che il rimedio invocabile contro il licenziamento nullo, perché intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ., resta nondimeno quello previsto

¹⁴ Cfr. U. Carabelli, S. Giubboni, *Il licenziamento collettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 391 ss., sul punto p. 405.

¹⁵ Su tali ipotesi di licenziamento illegittimo rinvio a S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *Rivista critica dir. lav.*, 2008, pp. 427 ss.

¹⁶ Proprio in ragione dei forti nessi con la tutela antidiscriminatoria dei lavoratori disabili (su cui sia consentito l'ulteriore rinvio a S. Giubboni, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione «adeguatrice»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 1, pp. 289 ss.).

¹⁷ P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, cit., pp. 381 ss., qui p. 384.

¹⁸ V. in tal senso F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 71.

dall'art. 2 del decreto attuativo (o, in alternativa, quello della reintegrazione di diritto comune).

Una tutela reintegratoria attenuata (sul modello dell'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori) è infine prevista dall'art. 3, comma 2, del d. lgs. n. 23 del 2015 «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Si avrà modo di svolgere qualche osservazione di taglio esegetico su tale disposizione più avanti, quando se ne tratteranno i profili di (evidente) incostituzionalità. Per ora preme rilevare che, con questa disposizione, il legislatore delegato completa le previsioni con le quali intende fissare il confine entro cui è eccezionalmente consentita la reintegrazione, tanto ad effetti pieni (art. 2), quanto, appunto, ad effetti risarcitori attenuati (art. 3, comma 2).

Al di là di tale confine, il lavoratore assunto con contratto a tutele crescenti conoscerà, in caso di licenziamento illegittimo, solo il rimedio di tipo indennitario, forte o debole a seconda dei casi. E così, nei casi in cui risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) o per giusta causa, il giudice dovrà dichiarare estinto il rapporto di lavoro alla data del recesso e condannare il datore al pagamento di una indennità – non assoggettata a contribuzione previdenziale – pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (art. 3, comma 1, d. lgs. n. 23 del 2015).

La tutela indennitaria debole spetta, invece, ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo, nelle ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 (come modificato dalla legge n. 92 del 2012) o della procedura di cui all'art. 7 dello Statuto¹⁹: casi nei quali il giudice,

¹⁹ Non anche, invece, nei casi in cui il licenziamento per motivi oggettivi sia intimato con violazione della procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966 (come modificato dalla legge n. 92 del 2012), visto che l'art. 3, comma 3, del d. lgs. n. 23 del 2015 dichiara espressamente inapplicabile tale disposizione ai licenziamenti economici dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti. La ragione di tale scelta del legislatore delegato – apparentemente incomprensibile, visto il buon esito deflattivo avuto dalla procedura conciliativa preventiva dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 – va con ogni probabilità ricollegata alla fiducia riposta sul meccanismo dell'offerta di conciliazione introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo. Tale disposizione prevede, infatti, che, in tutti i casi di licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, al fine di evitare il giudizio il datore di lavoro, entro il termine di 60 giorni stabilito per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, possa offrire al prestatore, nelle

dichiarato estinto il rapporto alla data del recesso, condanna il datore al pagamento di una indennità sempre calcolata nel modo anzidetto, ma in una misura che non potrà essere inferiore a due e superiore a dodici mensilità (e cioè pari alla metà della tutela indennitaria forte contemplata per le fattispecie di insussistenza dei presupposti sostanziali del giustificato motivo o della giusta causa addotta dal datore di lavoro).

Per le piccole imprese che non raggiungono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto – cui è sempre inapplicabile il rimedio della reintegrazione ad effetti risarcitori attenuati di cui all'art. 3, comma 2, del decreto – l'anzidetto ammontare delle indennità risarcitorie è dimezzato e non può in ogni caso superare le sei mensilità, che è come noto il limite massimo ordinario previsto dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966. In tal modo il decreto legislativo (art. 9, comma 1) ridetermina *in peius*, per i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti, i contenuti della stessa tutela obbligatoria ordinaria valevole per le piccole imprese, abbassando contemporaneamente la soglia minima (che per i vizi procedurali del licenziamento scende a una sola mensilità di retribuzione) e quella massima (che appunto non può superare in nessun caso le sei mensilità, laddove la legge n. 604 del 1966 consente, per i lavoratori con anzianità elevata, di raggiungere il tetto delle 14 mensilità).

Le organizzazioni di tendenza – ovvero i datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto – sono generalmente assoggettati dall'art. 9, comma 2, del d. lgs. n. 23 del 2015 alla nuova disciplina, nei termini appena riepilogati.

L'art. 10 estende al licenziamento collettivo – come definito dagli artt. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991 – la medesima disciplina applicabile al licenziamento individuale intimato in carenza di giustificato motivo oggettivo. E dunque, salvo il caso davvero di scuola del licenziamento collettivo intimato oralmente (per il quale vale ovviamente il rimedio della reintegrazione ad effetti risarcitori pieni ai sensi del comma 1 dell'art. 2), sia in caso di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, della legge n. 223 del 1991, sia in caso di violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della medesima legge, dovrà

sedi a ciò qualificate dall'art. 2113, comma 4, cod. civ. e dall'art. 76 del d. lgs. n. 276 del 2003, un importo – non costituente reddito imponibile ai fini Irpef e non assoggettato a contribuzione previdenziale – di ammontare pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr 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. L'art. 9, comma 1, del decreto legislativo prevede espressamente il dimezzamento di tali importi (e comunque la fissazione del tetto massimo di sei mensilità) nel caso di licenziamento intimato dalle piccole imprese che non raggiungano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, dello Statuto.

applicarsi il regime indennitario «forte» previsto dall'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 23 del 2015 (con indennizzo risarcitorio commisurato, in relazione alla anzianità di servizio del lavoratore, tra un minimo di quattro ad un massimo di ventiquattro mensilità della retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto). La scelta in tal senso compiuta dal legislatore delegato – sui cui si erano in particolar modo appuntati i rilievi critici delle commissioni parlamentari, del tutto ignorati dal Governo – esclude dunque la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro già prevista dalla legge n. 92 del 2012 in favore del lavoratore licenziato in violazione dei criteri di selezione di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991, parificando, sul piano dei rimedi, tale vizio sostanziale del recesso alle ipotesi di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, di tale ultima legge.

Completa il disegno della disciplina del licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti l'art. 11 del decreto, che rende inapplicabili le disposizioni di cui ai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012, ovvero lo speciale rito previsto dalla legge Fornero per i licenziamenti comunque rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto. Su tale scelta – che estende al piano processuale la disparità di trattamento che affligge i nuovi assunti col contratto a tutele crescenti nell'accesso ai rimedi sostanziali contro il licenziamento illegittimo – debbono aver pesato una serie di considerazioni, in parte certamente collegate alla pessima prova fornita dal cosiddetto «rito Fornero», fonte di irrisolte incertezze interpretative su aspetti centrali della relativa disciplina²⁰. Ma anche in questo caso, come per la scelta di escludere l'applicabilità della procedura conciliativa di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966²¹, la ragione principale va probabilmente rintracciata nella circostanza che, essendo stata marginalizzata la tutela reintegratoria ed essendo stata depotenziata quella indennitaria, il lavoratore avrà nella normalità dei casi convenienza ad evitare l'alea del giudizio accettando la somma offertagli dal datore di lavoro mediante consegna di assegno circolare ai sensi dell'art. 6, comma 1, del decreto legislativo, visto che solo in tal caso potrà avvalersi dell'allettante incentivo della detassazione contestualmente stabilito dalla disposizione²².

²⁰ V., tra i primi e per tutti, G. Amoroso, *Rito speciale per le controversie in tema di licenziamento*, in *Treccani – Libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2013, pp. 560 ss.; G. Vidiri, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 39 ss.

²¹ V. *supra*, nota 19.

²² La fiscalizzazione del costo del licenziamento (illegittimo) – che viene in tal modo prevista, sia pure al fine di alleggerire il contenzioso giudiziario (art. 6, comma 2, d. lgs. n. 23 del 2015) – corre peraltro il rischio di incentivare comportamenti opportunistici di «azzardo

3. Profili di illegittimità costituzionale per eccesso di delega.

Il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti rappresenta certamente il punto culminante di quel «ripiegò inesorabile della logica statutaria»²³, che caratterizza più in generale l'impianto controriformista del *Jobs Act*. Lo spettacolare arretramento delle tutele in caso di licenziamento ingiustificato, che tale ripiegò comporterà per i nuovi assunti col contratto a tutele crescenti, è quasi rivendicato dal legislatore delegato come il passaggio inevitabile a una nuova costituzione materiale del lavoro, nella quale l'attuazione dell'art. 4 implica inesorabilmente la destrutturazione dello statuto protettivo e garantistico novecentesco quale unica condizione per un mercato del lavoro più efficiente e, ad un tempo, più equo e inclusivo.

Una scelta di questo tipo – consentanea alle raccomandazioni di riforma strutturale formulate all'interno di quel pervasivo coacervo di politiche neoliberiste che chiamiamo benignamente *governance* economica europea²⁴ – presuppone naturalmente una precisa consapevolezza di quel sostanziale indebolimento delle nervature valoriali costituzionali classiche del diritto del lavoro nazionale, che rappresenta il precipitato forse più evidente della crisi della stessa «capacità ordinante» della Carta fondamentale e dello svuotamento di normatività che corrode

morale» da parte delle imprese. Queste, infatti, godendo del contestuale vantaggio della sostanziale decontribuzione triennale previsto dalla legge di stabilità per il 2015 per i lavoratori assunti a tempo indeterminato entro la fine di questo anno, potrebbero trovare comunque conveniente licenziare il prestatore di lavoro entro il triennio dall'assunzione, visto che in tal modo il «costo di separazione», già di per sé assai modesto, verrebbe praticamente pagato pressoché per intero dallo Stato.

²³ A. Tursi, *L'articolo 18 e il «contratto a tutele crescenti»*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 4, pp. 923 ss., qui p. 926.

²⁴ Un insieme di strumenti cui sembra ben attagliarsi la definizione di «neomedievalismo istituzionale» coniata in altro contesto da S. Rodotà, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, p. 347, e che si può impiegare qui per segnalare il dominio di regimi di *governance* a legittimazione tecnocratica che si impongono operando al di fuori delle garanzie del costituzionalismo democratico e delle stesse strutture della *rule of law* comunitaria. Tra le analisi più precise e penetranti di questo fenomeno v. P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, Oxford e Portland (Oregon), 2014, pp. 19 ss.; C. Joerges, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in J.E. Fossum, A.J. Menéndez (eds.), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, ARENA Report n. 2/2014, Oslo, 2014, pp. 279 ss., nonché A.J. Menéndez, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, ECOLAS Ediciones, León, 2013.

lo statuto costituzionale dei diritti sociali²⁵. Sennonché il *Jobs Act*, nel suo radicalismo contro-riformatore, estremizza questa logica dichiaratamente postmoderna sino al punto di entrare comunque in contraddizione con taluni postulati fondamentali dell'ordine costituzionale del lavoro.

In effetti, come ho avuto già modo di osservare altrove²⁶, il contratto a tutele crescenti genera due campi di tensione con i principi costituzionali: uno di portata generale, o se si vuole «sistemico», suscettibile di per sé di mettere in discussione la tenuta complessiva del disegno del *Jobs Act*, e che proprio per questo, implicando una lettura particolarmente esigente e «sostanzialistica» della Costituzione, difficilmente riuscirà ad aprirsi varchi nella linea di prudentissima deferenza alle scelte del legislatore ordinario da tempo consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali; l'altro, invece, limitato ad aspetti specifici ma nondimeno molto significativi della controriforma dei licenziamenti. Per tale motivo conviene pragmaticamente muovere da questo secondo ordine di profili di costituzionalità, per lasciare alle conclusioni valutazioni più ampie e problematiche sugli scenari dischiusi dal primo. E come hanno già fatto altri commentatori del *Jobs Act*²⁷, è opportuno anzitutto partire dalle diverse questioni di coerenza con i pur laschi criteri direttivi stabiliti dalla legge delega, che certamente il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti solleva.

Non si intende riprendere qui la problematica generale – certamente non nuova, ma che l'approvazione con voto di fiducia della legge n. 183 del 2014 ha tuttavia senz'altro esacerbato – di una tendenza, come ha ben osservato Guazzarotti, alla accelerazione e alla distorsione verticistica delle procedure parlamentari²⁸, che appare tanto più grave quando si sia in presenza, come nella specie, di una delega a vastissimo spettro e largamente indeterminata, che consegna al Governo la riscrittura a tema libero praticamente dell'intero diritto del lavoro italiano. La previsione di delega sul contratto a tutele crescenti, cui soltanto preme qui dedicare attenzione, riesce, infatti, a esibire, grazie alle integrazioni apportate al testo irresistibilmente ambiguo dell'originario disegno governativo, un livello di determinatezza che consente di fissare alcuni confini sicuri, oltre i quali la decretazione delegata può dirsi, con ragionevole certezza, illegittima «per eccesso» ai sensi dell'art. 76 Cost.

²⁵ In questi termini, pressoché testualmente, G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma e Bari, 2014, spec. pp. 32 ss.

²⁶ V. S. Giubboni, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 16 del 2015, disponibile in <http://www.weticaeconomia.it>.

²⁷ V. in particolare l'ampia analisi di A. Guazzarotti, *Riforma del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3/2014.

²⁸ *Ivi*, p. 1.

Ed il confine più nitidamente tracciato dall'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014 è proprio quello che vuole la disciplina del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti riferibile (soltanto) alle «nuove assunzioni», alle stregua di una scelta frutto – sul punto – di un preciso compromesso politico. Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti, in cui si esaurisce l'*ubi consistam* del contratto a tutele crescenti, travalica, tuttavia, illegittimamente, per come risulta definito dall'art. 1 del d. lgs. n. 23 del 2015, tale confine, in almeno due direzioni diverse.

Lo fa, anzitutto, chiaramente eccedendo la delega, laddove, con la previsione che compare ora nel comma 3 dell'art. 1, estende la nuova disciplina dei licenziamenti ai dipendenti già in forza nelle piccole imprese che superino, mediante assunzioni con contratti a tutele crescenti, la soglia occupazionale prevista per l'applicabilità dell'art. 18 dello Statuto. Il travisamento della delega sta nel fatto che, sia pure con l'intento di incentivare nuove assunzioni nelle piccole imprese, eliminando per queste il possibile disincentivo derivante dall'ingresso (per i rapporti di lavoro già in essere) nell'area di applicabilità dell'art. 18, il decreto applica la nuova disciplina del licenziamento anche ai lavoratori già assunti. Ma ciò è impedito dal chiaro criterio direttivo della delega.

È semmai da osservare come un tale risultato sarebbe stato in astratto conseguibile dal legislatore escludendo i neoassunti con contratto a tutele crescenti dal computo dell'organico utile ai fini della determinazione della soglia occupazionale rilevante per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto, opzione tuttavia praticabile ove tale contratto fosse stato configurato come sottotipo sperimentalmente rivolto a favorire l'inserimento stabile nel mercato del lavoro, secondo la primissima indicazione in tal senso offerta dal disegno di legge governativo. Senonché questa diversa via risulta oggi parimenti sbarrata dalla configurazione del contratto a tutele crescenti non già come sottotipo contrattuale ma come ordinaria forma di assunzione a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., ovvero come forma comune di rapporto di lavoro (art. 1, comma 7, lettera b, della legge n. 183 del 2014).

Eccede la delega, per ragioni analoghe, anche la norma inserita nel secondo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 23 del 2015, che estende l'applicazione delle relative previsioni anche nei casi di conversione, pur successiva alla entrata in vigore del decreto, di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato. La violazione della delega sta in ciò: che la «conversione» – come la chiama impropriamente il decreto, pur in continuità terminologica con l'art. 32 della legge n. 183 del 2010 – è cosa evidentemente diversa, *per*

definitionem, dalla nuova assunzione. A prescindere dalla circostanza che l'ordinamento conosca effetti di conversione del contratto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato sia *ex tunc* che *ex nunc*²⁹, ciò che accomuna tale figura – distinguendola dalla «nuova assunzione» – è che essa implica sempre l'accertamento della nullità parziale della clausola appositiva del termine ad un contratto già instaurato tra le parti, come condizione della trasformazione del medesimo. Ciò che, *mutatis mutandis*, vale anche per la «conversione» (o riqualificazione) del contratto di apprendistato, che peraltro costituisce già un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani (art. 1, comma 1, d. lgs. n. 167 del 2011).

Prospettano poi questioni, per così dire più sottili, di eccesso, o forse meglio di difformità dalla delega, anche altre previsioni del decreto. Non, però, a ben vedere, la previsione, contenuta nel già evocato art. 10, con cui il legislatore delegato ha armonizzato la disciplina del licenziamento collettivo a quella dettata dall'art. 3 per il licenziamento individuale (anche plurimo) per giustificato motivo oggettivo, escludendo sempre, per entrambe le fattispecie, la tutela reintegratoria (salvo ovviamente che non si rientri nelle diverse ipotesi della violazione dei divieti di discriminazione o della intimazione del recesso in forma orale). Quella previsione pare infatti coerente con la delega non fosse altro perché questa si riferisce espressamente ai «licenziamenti economici», espressione senz'altro idonea a ricomprendere entrambe le *species*, che del resto la prevalente dottrina ritiene senz'altro accomunate, dopo la legge n. 223 del 1991, sotto il profilo causale o sostanziale³⁰.

Esibisce, invece, una assai dubbia compatibilità con la delega – che espressamente esige l'applicazione della tutela reintegratoria (sia pure ad effetto risarcitorio attenuato) per «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato» – la previsione di cui all'art. 3, comma 2, del decreto, con la quale come visto il legislatore delegato consente la tutela reale solo nelle ipotesi, non specificamente determinate³¹, di recesso datoriale per ragioni soggettive nelle quali «sia

²⁹ V. rispettivamente i commi terzo e quarto dell'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001, su cui, da ultimo e per tutti, M.L. Vallauri, *Rapporti di lavoro a termine e strumenti rimediali*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 323 ss., spec. p. 342.

³⁰ Cfr. solo O. Mazzotta, *Licenziamento collettivo*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 766 ss.

³¹ Come, invece, sarebbe avvenuto, in coerenza con la previsione di delega, ove fosse stata effettuata la scelta, inizialmente ipotizzata dallo stesso Governo, di limitare la reintegrazione alle ipotesi in cui fosse stata accertata l'illegittimità del licenziamento intimato sulla base dell'addebito – rivelatosi appunto inconsistente – di fatti di rilevanza penale, con implicito rinvio alle corrispondenti (e sicuramente determinate) fattispecie legali. Ma una scelta del genere avrebbe evidentemente conservato un'ampia sfera di apprezzamento valutativo in

direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», senza che sia consentita al giudice qualsivoglia valutazione sulla «sproporzione» della sanzione estintiva del rapporto. Poiché, però, in tal caso è anzitutto la manifesta irrazionalità *ex se* della previsione normativa, con il suo espresso divieto del controllo di proporzionalità, a porsi in insanabile contraddizione con i principi costituzionali, pare opportuno riservare l'analisi dei profili di illegittimità di tale norma al paragrafo successivo.

4. Profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza.

La norma del secondo comma dell'art. 3 ha una genesi ideologica che non si fatica a individuare in quella irresistibile insofferenza verso la (ineliminabile)³² discrezionalità valutativa del giudice che caratterizza – più di altri – gli approcci ispirati alla razionalità strumentale della *law and economics*³³, costruiti sul mito moderno di un diritto certo in quanto calcolabile, misurabile, esattamente predeterminabile *ex ante* perché interamente iscrivibile dentro la logica apodittica del vero/falso o quella matematica del calcolo numerico.

È evidentemente questa la logica che anzitutto sorregge la scelta di commisurare meccanicamente all'anzianità di servizio del lavoratore l'entità della indennità risarcitoria, escludendo tutti gli altri criteri contemplati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 e dallo stesso art. 18 dello Statuto, come novellato dalla legge Fornero, i quali sono irriducibili ad un mero esercizio di misurazione quantitativa ed esigono viceversa valutazioni di carattere più o meno discrezionale (come, tipicamente, quella che investe il comportamento o le condizioni delle parti). Ed è ovviamente sempre questa la logica che – escludendo qualunque valutazione sulla proporzionalità della sanzione (espulsiva) rispetto alla infrazione disciplinare – impone al giudice di limitare l'accertamento ai fini dell'applicazione del rimedio reintegratorio alla insussistenza del mero «fatto materiale», quale accadimento verificabile nel mondo della esperienza sensoriale, cui solo si attaglia l'alternativa vero/falso.

capo al giudice, e per questo è stata scartata dal Governo, che ha così preferito la formula riportata nel testo, che quella discrezionalità vuole completamente eliminare bandendo il controllo di proporzionalità sulla sanzione.

³² V. solo le dense e pungenti pagine di R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013.

³³ «Una teoria giuridica senza il diritto», nella fulminante definizione critica di E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law*, Walter Eucken Institut - Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

Per la verità, questa logica aveva provato come noto a farsi strada già nella interpretazione del nuovo art. 18 dello Statuto, ove una parte della dottrina si era consistentemente applicata a dimostrare che la insussistenza, semplice o manifesta, del fatto addebitato o posto a base del licenziamento, di cui ai commi 4 e 7 della disposizione, dovesse essere inteso come fatto materiale, e non giuridico, oggettivo o reificato al punto da escludere – secondo i più rigorosi – qualunque considerazione del profilo psicologico dell'agente nella realizzazione della condotta (la coscienza e la volontà dell'evento, il dolo o la colpa, lieve o grave che fosse)³⁴. La tesi era stata tuttavia subito confutata – con insuperabili argomenti testuali, sistematici e «costituzionalmente orientati» – da un non meno consistente filone dottrinario³⁵, al quale era presto giunto il conforto – sempre decisivo – della dominante giurisprudenza di merito³⁶ formatasi sul nuovo art. 18³⁷.

La ventura ha tuttavia voluto che proprio nei giorni in cui i tecnici del Governo erano all'opera per vergare il testo del decreto attuativo, la Corte di Cassazione – con un *obiter dictum* peraltro del tutto contraddittorio rispetto alla *ratio* della decisione, coerente con la

³⁴ La più rigorosa illustrazione della tesi si trova in A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 415 ss., poi seguito – ancorché con significative sfumature – da altri autori, tra i quali: R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1064 ss.; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, pp. 613 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, *ivi*, 2013, pp. 66 ss. (quest'ultimo, però, con posizione in certo modo intermedia tra le contrapposte tesi).

³⁵ Cfr. *ex multis* F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, pp. 773 ss.; *Id.*, *Ripensando il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *ivi*, 2013, pp. 461 ss. A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, *ivi*, 2012, pp. 785 ss.; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 521 ss.; ma soprattutto E. Ghera, *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, pp. 425 ss., e M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 1 ss., e *Id.*, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a Costituzione*, in *Argomenti dir. lav.*, 2013, pp. 1345 ss.

³⁶ Ma un cenno adesivo era giunto, sia pure in *obiter dictum*, da Cass., sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10550.

³⁷ Già a partire dalla primissima ordinanza del Tribunale di Bologna, 15 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1049 ss., con commenti, oltre che di R. De Luca Tamajo (*supra cit.* alla nota 34), di M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli posti dal sistema*; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla? Una rassegna completa e aggiornata della giurisprudenza* si trova in V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, *cit.*, spec. pp. 369 ss.

prevalente interpretazione giurisprudenziale³⁸ – abbia inteso precisare che «il nuovo art. 18 ha tenuta distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione»; conseguendone che la «reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi come fatto materiale». Con la ulteriore conseguenza, per l'appunto, «che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato»³⁹.

L'eco di questo *obiter* è sin troppo scoperta nel testo dell'art. 3, comma 2, del decreto⁴⁰, e come un «dilettante di sensazioni»⁴¹ il legislatore delegato si è volentieri lasciato suggestionare da questa inattesa apertura della Cassazione alla teoria del fatto materiale, della cui esistenza o inesistenza *in rerum natura* il giudice sarebbe chiamato a prender atto, senza potersi avventurare nei terreni proibiti delle valutazioni di proporzionalità (cioè di ragionevolezza)⁴². Sennonché, a prescindere dalla questione se una tale interpretazione sia compatibile (e a nostro avviso certamente non lo è) con il testo del novellato art. 18 dello Statuto, resta il fatto che oggi, per come il legislatore delegato ha lessicalmente formulato il secondo comma dell'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015, ci troviamo di fronte a previsione normativa sicuramente abnorme perché manifestamente irrazionale ed evidentemente in contrasto con l'art. 3 Cost.

Impedendo qualunque valutazione sulla proporzionalità tra infrazione e sanzione espulsiva – valutazione che è ontologicamente immanente al sistema disciplinare (art. 2106 cod. civ.), e che per gli stessi lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti dovrà

³⁸ V. infatti il commento di M. De Luca, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in *Argomenti dir. lav.*, 2014, pp. 1279 ss.

³⁹ Così Cass., sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Argomenti dir. lav.*, 2014, pp. 1381 ss., qui p. 1385.

⁴⁰ V. anche F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 77.

⁴¹ Per evocare altrettanto liberamente il celebre e suggestivo giudizio di Croce sulla poetica dannunziana.

⁴² V. soltanto F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 17 ss.

quantomeno valere ai fini dell'applicazione delle sanzioni conservative – l'art. 3, comma 2, ammette anzitutto l'aporia logica che possa essere assunto a fondamento del licenziamento un fatto materiale certamente esistente (ad esempio un ritardo di un minuto), ma del tutto irrilevante sul piano disciplinare, e quindi lecito, perché non qualificabile in termini di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (art. 3, legge n. 604 del 1966) o di giusta causa (art. 2119 cod. civ.). La intrinseca irrazionalità della previsione ridonda poi – nei casi in cui un certo accadimento materiale possa nella sua oggettività rivestire una astratta valenza disciplinare ai fini del licenziamento – in una violazione inevitabile del principio di eguaglianza, laddove impone al giudice, precludendogli il controllo di proporzionalità, di trattare allo stesso modo (con l'esclusione del rimedio reintegratorio) situazioni che possono essere sostanzialmente diverse (per i profili soggettivi e psicologici che connotano la condotta dell'agente, per la esistenza di cause di giustificazione o esimenti, e così via). D'altra parte, per come è congegnata, la norma è palesemente illegittima anche perché finisce per svuotare di qualunque rilievo (in contrasto, oltre che con l'art. 3, con l'art. 39, comma 1, Cost.) le previsioni contenute (tanto sotto il profilo della tipizzazione degli illeciti, quanto sotto quello della corrispondente graduazione delle sanzioni) nei contratti collettivi applicabili al rapporto di lavoro.

La insanabile irrazionalità della norma è poi addirittura esaltata da quelle tesi che attribuiscono all'impiego della formula, volutamente ambigua, alla cui stregua la tutela reale è eccezionalmente ammessa «esclusivamente nelle ipotesi» in cui sia «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», il significato di invertire, addossandolo a quest'ultimo, l'onere della prova in ordine al presupposto per l'accesso al rimedio reintegratorio, gravando ormai sul datore di lavoro, ex art. 5 della legge n. 604 del 1966, solo l'onere di provare la giustificatezza «semplice» del licenziamento. L'aberrazione delle regole sul riparto – in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. – consisterebbe qui nello scaricare sul lavoratore l'onere della prova del fatto negativo, quando è ipotizzabile che in molti casi il ricorrente non avrà neppure interesse a contestare l'esistenza in sé del fatto storico, di cui contesta soltanto la qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, ovvero la radicale irriducibilità alle nozioni legali dettate – anche per la giustificazione del licenziamento dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti – dagli artt. 3 della legge 604 del 1966 e dall'art. 2119 cod. civ.

In realtà l'intero impianto concettuale del decreto sul contratto a tutele crescenti – qui in piena coerenza con la delega – è costruito sulla

rottura del principio di uguaglianza e di solidarietà nei luoghi di lavoro⁴³, con una strutturale divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo a seconda della data di assunzione del lavoratore, che segna una vertiginosa regressione ad un particolarismo giuridico premoderno, dove la frantumazione degli statuti protettivi del lavoro subordinato avviene seguendo linee del tutto estrinseche rispetto alla natura della prestazione dedotta nel contratto (come, appunto, il diverso momento di decorrenza di rapporti di lavoro pur identici sotto ogni profilo sostanziale)⁴⁴.

Una tale lacerazione dei principi fondativi del diritto del lavoro giunge ad esiti che ci appaiono ingestibili persino sul piano pratico nel caso del licenziamento collettivo, la cui irrazionale disciplina è stata anche per questo oggetto di vane raccomandazioni nel parere espresso sul decreto attuativo dalle commissioni parlamentari. Estendendo la nuova disciplina sull'indennizzo correlato alla anzianità di servizio anche ai licenziamenti collettivi (come pur astrattamente autorizzato a fare dalla legge delega), il legislatore delegato permette, tuttavia, che – a fronte dei medesimi vizi procedurali o sostanziali di uno stesso licenziamento per riduzione di personale, che coinvolga contemporaneamente vecchi e nuovi assunti – solo i primi possano avvalersi delle tutela processuale e sostanziale garantita dall'art. 18 dello Statuto come riformato dalla legge Fornero, relegando i secondi alla ridotta tutela indennitaria consentita in generale dal contratto a tutele crescenti, da attivare in giudizio avvalendosi del rito ordinario.

5. Conclusioni.

La scelta di flessibilizzare il mercato del lavoro italiano con la divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo (a seconda che si tratti di vecchi o di nuovi assunti) avrà esattamente l'effetto di

⁴³ E nella radicale messa in discussione di principi fondativi del diritto del lavoro come l'eguaglianza sostanziale e solidarietà si compie davvero un «cambiamento di paradigma», che lo «sfregio della stabilità» già inferto dalla legge Fornero aveva solo avviato: cfr. M. Napoli, *Diritto del lavoro in trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. XI. Sulla stessa linea G. Loi, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 3 ss., commentando i potenziali effetti destrutturanti dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011.

⁴⁴ Come giustamente sottolinea F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 68, «cheché si creda e si dica sulla praticabilità di un duplice regime dei licenziamenti nel settore privato, con la coesistenza a fianco a fianco di dipendenti trattati diversamente solo in ragione della data di assunzione, questa sembra escludersi in radice per il settore pubblico privatizzato in forza dell'art. 97 Cost., chiamato a suo tempo in causa per legittimare *vis-à-vis* dell'art. 39, comma 4, Cost., la prevista efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi di comparto».

internalizzare in via strutturale all'interno dell'impresa quel dualismo che il legislatore si propone di contrastare. E già per questo, per questa intrinseca inidoneità rispetto allo scopo asseritamente perseguito, una tale disparità (strutturale e permanente) di trattamento tra lavoratori non soddisfa il criterio di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost.⁴⁵. La differenza di trattamento – oltre che inadeguata e non necessaria rispetto allo scopo – appare, d'altra parte, del tutto sproporzionata, e dunque insuscettibile di soddisfare il più specifico *test* di bilanciamento imposto dal giudizio di ragionevolezza⁴⁶, poiché, diversamente dalle iniziali ipotesi di contratto a tutele crescenti come sottotipo rivolto a favorire l'inserimento stabile nel lavoro subordinato con una deroga solo transitoria alla ordinaria disciplina dei licenziamenti, il decreto introduce una differenziazione di statuto protettivo radicale e permanente, senza realizzare un riallineamento delle tutele al raggiungimento di una certa anzianità di servizio.

La scelta del legislatore delegato in favore di una brutale monetizzazione «al ribasso» delle conseguenze del licenziamento illegittimo non individua pertanto un punto di ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi in rilievo. L'unico interesse realmente protetto finisce per essere quello del datore di lavoro alla certezza di costi contenuti e predeterminabili *ex ante*, mettendo fuori gioco una volta per tutte la discrezionalità valutativa del giudice.

Sotto tale profilo, la tensione con i principi costituzionali non sta tanto (o soltanto) nel sostanziale abbandono della tutela reintegratoria, che non è costituzionalmente necessitata, ancorché nella già evocata, importante pronuncia n. 141 del 2006 le Sezioni Unite della Cassazione abbiano avvertito che «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»⁴⁷. L'offesa a quei principi costituzionali è piuttosto recata da una tutela che, anche ove possa legittimamente esaurirsi tutta dentro una logica puramente monetaria, è del tutto inidonea a garantire, non si dice una efficacia sanzionatoria e dissuasiva nei confronti del recesso datoriale illegittimo, ma almeno una minima effettività risarcitoria.

L'indennità prevista dal decreto legislativo non soddisfa certamente – quantomeno per i lavoratori con minore anzianità – un tale requisito minimo di effettività, situandosi largamente al di sotto degli

⁴⁵ Cfr. in termini M. Aini, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, p. 95.

⁴⁶ Cfr. *ex multis* F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 30 ss.; P. Loi, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, pp. 481 ss.

⁴⁷ V. *supra*, nota 10.

standard minimi previsti dalle fonti internazionali e sovranazionali. Il parametro più esigente e significativo – rilevante come norma interposta ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – è al riguardo senz'altro quello offerto dall'art. 24 del nuovo testo della Carta sociale europea, per il quale è possibile fare affidamento su una consolidata stratificazione di indirizzi interpretativi da parte del comitato di esperti indipendenti⁴⁸.

Il diritto dell'Unione europea non sembra invece offrire ancoraggi altrettanto utili, essenzialmente a causa dei noti limiti applicativi della Carta dei diritti fondamentali alla stregua dell'art. 51. La disciplina del contratto a tutele crescenti si muove, in effetti, pressoché per intero al di fuori del campo applicativo del diritto dell'Unione europea (e quindi della Carta), salvo forse che per la previsione di cui all'art. 10 in tema di licenziamenti collettivi, che – destrutturando la tutela attivabile (anche) in caso di violazione degli obblighi (di natura essenzialmente procedurale) derivanti dalla Direttiva 98/59 – può ragionevolmente ritenersi in contrasto (pure) con l'art. 30 della Carta di Nizza.

La lotta per il diritto – per la riconquista di un diritto del lavoro nel quale possa ancora riconoscersi il seme progettuale dell'art. 3, comma 2, Cost. – non potrà tuttavia essere affidata soltanto alla dialettica giudiziaria e al pur inevitabile vaglio di costituzionalità del *Jobs Act*. Gli istituti della solidarietà sono – ieri come oggi – il frutto della forza rivendicativa e progettuale di soggetti storici reali⁴⁹: sarà anzitutto compito del lavoro organizzato e del sindacato saper ritrovare – rinnovandosi – questa forza, proprio nel momento in cui sembra averla perduta.

⁴⁸ Si rinvia al riguardo all'attenta analisi di G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato*, cit., pp. 623 ss., che osserva come l'importante Convenzione n. 158 del 1982 dell'OIL in materia di licenziamento – non essendo stata ratificata dall'Italia – a rigore non possa avere invece rilievo nel nostro ordinamento, probabilmente neppure per il tramite del diritto dell'Unione europea (e, in particolare, della previsione di cui all'art. 6, par. 1, del TUE). L'autore avverte, peraltro, come «il dialogo tra gli organismi deputati a garantire il rispetto dei diritti fondamentali» (ivi, p. 625) – che nel caso della Carta sociale europea non hanno natura propriamente giurisdizionale – possa nondimeno favorire una circolazione di *standard* di tutela anche al di là dei limiti formali di applicazione che connotano i singoli strumenti utilizzati. Si tratta di tendenza ben nota, rafforzata dai processi di globalizzazione giuridica, indagata ormai da una ricca letteratura: v. più di recente tra gli altri G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010; V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁴⁹ Cfr. da ultimo S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma e Bari, 2014, spec. pp. 27 ss.