

**Trib. Roma, Sezione Lavoro, 26 luglio 2017 (ord.) – Est. Cosentino**

**Licenziamento del lavoratore - Giustificato motivo oggettivo - Decreto legislativo n. 23 del 2015 - Illegittimità costituzionale - Violazione degli artt. 3, 4 e 35 della Costituzione - Violazione degli art. 117, co. 1, e 76 della Costituzione - Non manifesta infondatezza.**

*La questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 7, l. n. 183/2014 e degli artt. 2, 4 e 10 D. Lgs. n. 23/2015, è rilevante in quanto l'innovazione normativa in parola priva la ricorrente lavoratrice, licenziata per giustificato motivo oggettivo, delle tutele tuttora vigenti per coloro che sono stati assunti a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015. La non manifesta infondatezza della questione è incentrata sul ritenuto contrasto della suddetta normativa con: a) l'art. 3 della Costituzione, in quanto l'importo dell'indennità risarcitoria disegnata dalle norme del c.d. Jobs Act non riveste carattere compensativo né dissuasivo ed ha conseguenze discriminatorie, ed inoltre in quanto l'eliminazione totale della discrezionalità valutativa del giudice finisce per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro; b) l'art. 4 e l'art. 35 della Costituzione, in quanto al diritto al lavoro, valore fondante della Carta, viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso; c) l'art. 117 e l'art. 76 della Costituzione, in quanto la sanzione per il licenziamento illegittimo appare inadeguata rispetto a quanto stabilito da fonti sovranazionali come la Carta di Nizza e la Carta Sociale Europea, mentre il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni internazionali costituiva un preciso criterio di delega, che è stato pertanto violato.*

★ ★ ★

## Giorgio Fontana

### Le questioni di costituzionalità del contratto a tutele crescenti

**Sommario:** **1.** Le questioni poste dal Giudice romano alla Corte costituzionale. **2.** Discrezionalità certamente sì, ma ragionevole. **3.** Le differenze di trattamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale. **4.** La Carta Sociale Europea, fonte interposta. **5.** Conclusioni.

#### 1. *Le questioni poste dal Giudice romano alla Corte costituzionale*

L'ordinanza del Tribunale di Roma sottopone il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (o almeno una sua parte) al giudizio di costituzionalità della Corte costituzionale sotto diversi e complessi profili di diritto. Ci sono voluti due lunghissimi anni perché le delicate questioni di compatibilità del c.d. contratto a tutele crescenti con il quadro costituzionale vigente, peraltro subito rilevate dalla dottrina giuslavorista e costituzionalista<sup>1</sup>, venissero portate all'attenzione dei giudici della Consulta; anni durante i quali il nuovo regime di disciplina è stato applicato, com'è noto, ai neoassunti, ma non ai lavoratori già occupati alla data di entrata in vigore del decreto legislativo (7 marzo 2015), essendo così previsto dall'art. 1 del decreto medesimo. La nuova disciplina, come la precedente riforma introdotta dalla c.d. legge Fornero, ha sollevato peraltro notevoli dubbi e perplessità non solo di ordine costituzionale, mettendo alla prova la capacità di resistenza e di adattamento del sistema giuridico: esemplare il problema (presente anche nel d.lgs. n. 23/2015) risolto con le sentenze n. 20540/2015 e n. 20545/2015 della Corte di Cassazione, che ha stabilito la "corretta" interpretazione del comma IV dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e, fra l'altro, sancito l'inidoneità del "fatto materiale" (letteralmente inteso) di assurgere a discrimine giuridicamente rilevante per l'applicazione del regime di disciplina in caso di licenziamento illegittimo. Interpretazione, questa, che deve ritenersi non solo corretta sul piano ermeneutico, ma obbligata dal quadro costituzionale vi-

<sup>1</sup> Fra gli altri GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in CSDLE "Massimo D'Antona", 2015, p. 246; SALAZAR, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe" dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Silvestri*, III, Giappichelli, 2016, p. 2206; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti fra costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. III ss. Sia consentito pure rinviare a FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2, II, p. 77 ss.

gente e, dunque, costituzionalmente orientata<sup>2</sup>. C'è tuttavia un limite alla possibilità di correggere certe distorsioni di sistema ed è il divieto per l'interprete di realizzare, attraverso l'interpretazione conforme, un effetto abrogativo della norma, o di trarne un significato totalmente estraneo o addirittura opposto al "voluto" del legislatore<sup>3</sup>. Ed è questo proprio il caso del contratto a tutele crescenti e della sua disciplina, in cui, se alcuni risultati possono essere raggiunti in via d'interpretazione<sup>4</sup>, altri, come quelli indicati dal Giudice romano nella sua ordinanza, possono essere realizzati (o comunque vagliati) solo dal Giudice delle leggi.

La scelta del giudice romano di chiamare in causa la Corte costituzionale deve quindi essere considerata sotto certi aspetti inevitabile e va salutata in modo positivo, tanto più che si tratta di problemi e dubbi riguardanti la violazione di fondamentali precetti costituzionali, oltre che di principi iscritti nelle Carte dei diritti sovranazionali, che, se riscontrati, dovrebbero far riflettere maggiormente sulle politiche legislative all'insegna dell'approssimazione e del centralismo emerse nella fase "terminale" dell'*austerità*.

Nella fattispecie il giudice romano ha deciso di "interrogare" la Corte costituzionale dovendo giudicare la legittimità di un licenziamento rientrante nell'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 23/2015, motivato da ragioni economiche e dunque collocato nell'area del giustificato motivo oggettivo, e dovendo trarne le dovute conseguenze sul piano applicativo. È ap-

<sup>2</sup> Si veda sul punto, recentemente, Cass. 26 maggio 2017 n. 13383, che ha ribadito i principi affermati dalle due sentenze del 2015, precisando che "se per insussistenza del fatto contestato si intendesse quella a livello meramente materiale si otterrebbe l'illogico effetto di riconoscere maggior tutela a chi ha comunque commesso un illecito disciplinare (ma suscettibile di sanzione conservativa) rispetto a chi non ha commesso alcun illecito", il che si risolverebbe, secondo la Corte, in un'irragionevole disparità di trattamento e quindi in un caso di palese violazione dell'art. 3 della Costituzione.

<sup>3</sup> Cf. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, 2006.

<sup>4</sup> Come appunto la questione relativa al criterio del cd. "fatto materiale". Nel decreto 23/2015 si prevede infatti che solo in caso di insussistenza del fatto materiale, direttamente provata in giudizio dal lavoratore, questi possa richiedere al giudice la reintegrazione nel posto di lavoro; dal che conseguirebbe che chi è responsabile o autore invece di un fatto materialmente sussistente ma irrilevante sul piano disciplinare dovrebbe ritenersi (irragionevolmente) escluso dalla tutela in questione. L'incostituzionalità di questa soluzione sarebbe inconfutabile se non vi fosse la possibilità di un'interpretazione adeguatrice e correttiva, ritenendo, come logica giuridica vuole, che il "fatto" deve sempre possedere un livello ancorché minimo di rilevanza disciplinare.

pena il caso di ricordare, infatti, che la carenza di motivazione e di prova circa la sussistenza del giustificato motivo oggettivo implica, per tutti i nuovi contratti successivi al 7 marzo 2015, l'applicazione di un regime sanzionatorio riduttivo, che si risolve nel pagamento di una modesta indennità da parte del datore commisurata all'anzianità di servizio (due mensilità per ogni anno di servizio: v. gli artt. 3 e 4 del decreto legislativo); laddove la disciplina di carattere generale, applicabile a tutti gli altri lavoratori (art. 18, co. 6 e 7, l. 20 maggio 1970 n. 300), comporta in alcune ipotesi la possibilità per il Giudice adito di ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro e in altre una tutela di tipo indennitario, ma con valori economici indiscutibilmente più elevati, proporzionati alla gravità della lesione e da ritenersi certamente dissuasivi<sup>5</sup>. A tal riguardo, con molta chiarezza il giudice precisa (e motiva) nella sua ordinanza che la lavoratrice licenziata, qualora fosse applicata la normativa comune, potrebbe legittimamente ottenere l'applicazione della sanzione più incisiva e garantista, stante l'acclarata, "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" (condizione, questa, perché il giudice ordini la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro).

In presenza di questa alternativa si può dire che il Giudice sia stato quasi costretto a valutare la correttezza e la giustificazione della disparità di trattamento disposta dal legislatore con il decreto legislativo n. 23. L'ordinanza, che dubita della ragionevolezza della norma, chiede alla Corte di pronunciarsi su tre distinte questioni di costituzionalità: il primo e più importante profilo riguarda dunque la violazione dell'art. 3 Cost.; il secondo, il contrasto con gli artt. 4 e 35 Cost.; il terzo, infine, censura la violazione degli artt. 76 e 117, co. 1, Cost.

## 2. *Discrezionalità certamente sì, ma ragionevole*

Pur giungendo a conclusioni radicali, il giudice romano muove da premesse prudenti e caute, ritenendo, in effetti, come non sia tanto il "regresso" dalla tutela reintegratoria a quella indennitaria a costituire plausibile motivo di incostituzionalità della norma, quanto piuttosto il carattere evanescente

<sup>5</sup> Per un'esauritiva disamina delle questioni poste dalla disciplina vigente v. per tutti, anche per i riferimenti, CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in PERSIANI, CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, V, Cedam, 2015.

di quest'ultima (anche tenendo conto del principio di "adeguatezza" del risarcimento in materia di responsabilità civile sancito da Corte cost. n. 303/2011). Posta la questione in questi termini, si potrebbe pensare che reintegrazione e tutela indennitaria siano per il Giudice interscambiabili e fungibili. Ma ovviamente non è così. Il giudicante sospetta infatti l'illegittimità costituzionale della norma perché realizza una disparità di trattamento fra lavoratori verosimilmente ingiustificata e irragionevole. Il *tertium comparationis* è quindi, in questo caso, il lavoratore che, trovandosi nella medesima situazione del neoassunto (licenziato per un motivo oggettivo), gode di un regime diverso e più favorevole, con tutte le note (e già citate) conseguenze sul piano applicativo. Il ragionamento del giudice sul punto ha dunque un valore prospettico che non ha nulla a che vedere con la verifica di costituzionalità, che si svolge sul piano comparativo, e implica per l'appunto la legittimità o meno del diverso regime di disciplina applicabile alla medesima fattispecie, che in un caso conduce alla reintegra e in un altro non lo consente, per di più applicando una sanzione lieve a carico del datore.

A tal riguardo, quale elemento giustificativo della disparità di trattamento fra vecchi e nuovi assunti, si è invocata la tesi, derivandola dal vecchio brocardo *tempus regit actum*, secondo cui nulla vieterebbe al giudice di adottare una disciplina valida soltanto *pro futuro*. Si richiama a tal riguardo la sentenza n. 254/2014 (ed altre analoghe) in cui si afferma il principio secondo cui "il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche". Ma questa tesi, comunque la si guardi, non pare essere giuridicamente fondata (ed è stata giustamente respinta dal giudice romano). Intanto è una tesi inaccettabile già soltanto per gli effetti pratici che realizzerebbe, dando via libera alla possibilità di introdurre differenze di trattamento praticamente illimitate, con un effetto di frammentazione e di segmentazione del mercato del lavoro in contrasto con il principio di uguaglianza, essendo qui in gioco non già il potere datoriale di differenziare i trattamenti in base a proprie valutazioni, ove non discriminatorie, ma la posizione dei lavoratori di fronte alla legge, che non può sfuggire all'applicazione del principio secondo cui situazioni eguali vanno disciplinate in modo eguale, salvo giustificazioni ragionevoli delle differenze di trattamento. E tale è il caso in esame, in cui le diverse discipline sono destinate ad applicarsi simultaneamente, nell'ambito della stessa azienda, disciplinando in modo diverso rapporti lavorativi in tutto e per tutto identici e seriali, e/o fatti e situazioni giuridiche esattamente sovrapponibili e non dissimili (emblem-

tico il caso della differente disciplina applicabile ai lavoratori coinvolti in un medesimo licenziamento collettivo o per lo stesso motivo oggettivo). Va quindi più correttamente richiamato il principio, affermato dalla Corte Costituzionale in varie occasioni, secondo cui, in materia di licenziamento, “la disciplina per essere conforme a Costituzione deve rispecchiare l’esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali ed in relazione ad esse può essere diversificato solo per giustificate ragioni” (così la sentenza n. 176/1986), rispetto al quale il potere di definire discipline per il futuro, in base alla data di stipula del contratto di lavoro, non può che recedere.

E dunque di cosa dubita il Giudice romano? Dubita, in modo motivato e corretto, dell’aderenza ai principi costituzionali di una disparità di trattamento che vede, in un punto cruciale dell’ordinamento lavoristico, riservare solo ad alcuni lavoratori una tutela inadeguata. Che, si potrebbe dire più banalmente, li divide in lavoratori di serie A e di serie B. Scrive il Giudice nella sua ordinanza: “la previsione di una indennità in misura così modesta, fissa e crescente solo in base alla anzianità di servizio non costituisce adeguato ristoro per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 e ingiustamente licenziati e viola il principio di uguaglianza. In altre parole, il regresso di tutela per come irragionevole e sproporzionato viola l’art. 3 Cost. differenziando fra vecchi e nuovi assunti, pertanto non soddisfa il test del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco imposto dal giudizio di ragionevolezza”. E queste considerazioni paiono assolutamente condivisibili, si potrebbe dire al limite dell’auto-evidenza, considerando l’enorme divario di tutela che il legislatore ha inteso istituire fra vecchi e nuovi contratti di lavoro, in base al dato estrinseco e senza fondamento oggettivo della data di stipulazione del contratto<sup>6</sup>.

Si potrebbe aggiungere che, anche a voler giustificare il regresso per i nuovi assunti in base all’esigenza di innescare un positivo *trend* occupazionale, per combattere il dato piuttosto sconcertante del mercato del lavoro soprattutto con riguardo alle fasce giovanili, questo pur apprezzabile intento non consentirebbe di obliterare completamente l’esistenza di una fonte costituzionale, qual è il diritto al lavoro ex art. 4 della Costituzione, che dà copertura costituzionale al principio, in sé e per sé inderogabile, di tutela del lavoratore

<sup>6</sup> Cfr. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.; SALAZAR, *Il diritto al lavoro*, cit.; su una posizione critica anche BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 2015, 3, p. 51.

in caso di licenziamento. E quindi la discussione si sposterebbe, pure a voler giustificare la scelta operata dal legislatore nel 2015, sul piano della verifica del rispetto di tale onere. Con quale conclusione? La dottrina quasi all'unanimità ha rilevato l'inadeguatezza della nuova tutela indennitaria, considerando il regime di disciplina applicabile al lavoratore "comparabile", e quindi si potrebbe dedurre la violazione del principio di proporzionalità<sup>7</sup>. Conclusione, questa, che diverrebbe poi praticamente obbligata se la Corte dovesse rilevare la violazione delle Carte sovranazionali che possono essere invocate in materia di licenziamenti (art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, art. 24 della Carta Sociale Europea, Convenzione ILO n. 158/1982).

Pare qui opportuno sottolineare, su questo primo ma fondamentale profilo di costituzionalità, che nella sua giurisprudenza la Corte costituzionale ha sempre respinto la differenziazione di tutela in materia di licenziamento, con applicazione di tutele più deboli e recessive rispetto alla disciplina generale, quando la disparità di trattamento è stata fondata su elementi di carattere soggettivo.

Il punto di partenza della dottrina della Corte costituzionale in materia è la difesa della discrezionalità legislativa, che tuttavia non implica, come si potrebbe solo con enorme superficialità ritenere, che la disciplina dei licenziamenti cada in un'area di assoluta indifferenza per la Costituzione. Al contrario, bisogna ricordare che in quello che può considerarsi il *leading case* in materia di licenziamenti la Corte costituzionale ebbe modo di indicare al legislatore una direzione molto precisa, affermando l'auspicio (o monito) affinché "...il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro" (sentenza n. 45 del 1965). Come poi la Corte dirà ancora meglio in altra successiva sentenza, il diritto al lavoro ex art. 4 Cost. non può ritenersi un principio ornamentale della nostra Costituzione, visto che "la sua tutela è strettamente connessa all'attuazione del principio di uguaglianza" (sentenza n. 179/1986). È quindi criticabile sul piano assiologico, non per "partito preso" ma per corretta interpretazione della Costituzione, l'equi-ordinazione astrattamente teorizzata fra i distinti modelli rimediali di tipo repressivo-risarcitorio e ripristinatorio (equiparazione del resto respinta dal sistema delle obbligazioni civili, che privilegia

<sup>7</sup> V. fra gli altri SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit.

l'adempimento specifico dell'obbligazione fatta salva l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c.)<sup>8</sup>. Il passaggio al regime meno favorevole, per quanto non impedito in termini assoluti stante la già richiamata discrezionalità legislativa, non è pertanto svincolato da un momento di rigoroso controllo di ragionevolezza o proporzionalità (da considerarsi sinonimi), controllo che può svolgersi, preferibilmente, in base ai principi di necessità, adeguatezza e proporzionalità in senso stretto (*test di proporzionalità*), tanto più che nella fattispecie la normativa in materia di licenziamenti può dirsi a buon diritto attuativa di fondamentali principi costituzionali (artt. 4, 35, 36, 41, co. 2, Cost.)<sup>9</sup>. D'altra parte, anche il legislatore storico ha dato precise indicazioni a tal riguardo, orientandosi sempre a favore di sbocchi che implicano la salvaguardia della funzionalità del rapporto obbligatorio, in caso di licenziamento illegittimo. Lo dimostra, a ben vedere, la stessa formula utilizzata dalla l. 15 luglio 1966 n. 604, la quale, lungi dal prospettare un'assoluta ed apodittica fungibilità fra ripristino del rapporto lavorativo e indennità, esprime molto chiaramente, anche da un punto di vista letterale, la preferenza per la prima alternativa (tanto che l'indennità costituisce, in effetti, il contro-valore economico per il lavoratore della scelta datoriale di rifiutare la prestazione lavorativa più che la misura riparatoria del torto subito con il licenziamento)<sup>10</sup>.

Per queste ragioni il controllo di costituzionalità è sempre stato molto attento e rigoroso, ed è presumibile che lo sarà anche in questo caso, senza sposare tesi precostituite e verificando piuttosto attentamente, tenendo conto delle suesposte considerazioni, la giustificazione delle differenze di trattamento introdotte dal legislatore.

<sup>8</sup> In termini v. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, in *GC*, 2015, p. 742; v. pure BARBIERI, *Il licenziamento ingiustificato irrogato per motivi economici* in CARINCI M.T., TURSI (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015, p. 110 ss.

<sup>9</sup> Sul collegamento fra la reintegrazione e i principi costituzionali, in particolare l'art. 41 2° comma Costituzione, si veda D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1979, ora in *Opere*, I, Giuffrè, 2000.

<sup>10</sup> Sulla l. n. 604/1966 v. recentemente le osservazioni di ZOPPOLI L., *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *VTDL*, 2016, 3, p. 415 ss.



### 3. *Le differenze di trattamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Se diamo uno sguardo (anche rapido) agli orientamenti sedimentati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, questi assunti risultano essere ancora più convincenti.

È bene innanzitutto ribadire che nella sua giurisprudenza, quando ha dovuto affrontare il problema delle differenze di trattamento, la Corte costituzionale ha mostrato grande prudenza e moderazione di giudizio e ha tenuto un atteggiamento talvolta *deferential*, vista la particolare rilevanza politica delle scelte adottate dal parlamento in materia.

È questo il caso, ad esempio, delle numerose decisioni della Corte in materia di definizione del campo di applicazione delle norme di tutela, in cui, già con la prima sentenza in *thema* (la sentenza n. 81/1969) sull'originario art. 11, l. n. 604/1966 (che fissava il limite di 35 dipendenti), si sancì saggiamente la ragionevolezza della relativa distinzione di trattamento fra lavoratori, essendo la risultante di una discrezionalità legittimamente esercitata in quanto fondata sul dato oggettivo della dimensione dell'impresa, criterio questo da ritenersi razionale e oggettivo. Il criterio dimensionale è stato poi, nella successiva giurisprudenza, più volte giudicato legittimo (su tali questioni e su quella relativa all'applicazione selettiva dello Statuto dei lavoratori, disposta dall'art. 35 l. n. 300, la Corte si è pronunciata con le sentenze n. 55/1974, n. 2/1986 e n. 44/1996, fra le altre). Confermando senza titubanze il proprio precedente in materia (sentenza n. 81/1969), la Corte in queste sentenze ha motivato la legittimità della disparità di trattamento, così realizzata, in considerazione del fondamento non irragionevole del criterio distintivo, da ritenersi giustificato in nome di plurimi fattori causali quali la diversa prospettiva dell'elemento fiduciario, l'opportunità di non gravare di costi eccessivi le piccole imprese, il tradizionale orientamento di *favor* della legislazione verso il mondo dell'artigianato e della piccola impresa, ed altro ancora. Come affermato da Corte cost. n. 55/1974, stante la concretezza e la razionalità delle giustificazioni, "la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini della non uniforme disciplina dei licenziamenti, sfugge a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa". Si nota qui, in effetti, un ben evidente *self restraint* della Corte costituzionale quando la differenza di regime è ancorata ad un dato oggettivo e verificabile, in base ad un giudizio di non arbitrarietà e non irragionevole-

lezza del criterio prescelto dal legislatore. Lo stesso orientamento la Corte affermerà anche quando dovrà giudicare le differenze di disciplina fra lavoratori dipendenti di un'impresa commerciale rispetto a quelli dipendenti da datori di lavoro non imprenditori e fra lavoratori di un'impresa agricola e di un'impresa commerciale (v. sentenze n. 152/1975 e n. 189/1975). Anche in questo caso le differenze oggettivamente valutate fra situazioni dissimili sono state alla base della giustificazione del diverso trattamento normativo<sup>11</sup>.

Ma se in quest'ambito la Corte ha difeso – si potrebbe dire a spada tratta – la discrezionalità del legislatore nel disegnare il perimetro oggettivo della tutela, altro è stato l'orientamento della Corte costituzionale quando si è trovata a giudicare e valutare dispositivi legali suscettibili di realizzare differenze di trattamento basate su criteri e categorie meramente soggettivi.

Qui il controllo della giustificazione della disparità di trattamento si avverte essere più rigoroso e scrupoloso, con rinvii molto meno “aperti” alla discrezionalità legislativa, quando la Corte, assumendo come *tertium comparationis* il lavoratore destinatario della norma di applicazione generale, ha dovuto valutare la legittimità di differenziazioni riservate solo ad alcuni gruppi di lavoratori per le loro peculiari condizioni.

I casi sono molteplici e si possono ricordare qui, in modo sintetico, le sentenze (n. 174/1971 e n. 176/1986) riguardanti ancora l'art. 11 della l. n. 604/1966, nella parte in cui escludeva i lavoratori pensionati ed *over 65* dall'applicazione della normativa di tutela, dichiarato costituzionalmente illegittimo (quanto all'esclusione dei lavoratori ultrasessantacinquenni) proprio per l'arbitrarietà e irragionevolezza del criterio basato sull'età, dovendosi piuttosto affermare, secondo la Corte, il principio secondo cui “...seppure l'art. 4 della Costituzione non garantisce un'occupazione...ove sono previsti i casi, i tempi e i modi del licenziamento, la disciplina per essere conforme a Costituzione deve rispecchiare l'esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali ed in relazione ad esso può essere differenziato solo per giustificate ragioni” (sentenza n. 176/1986).

Lo stesso rifiuto di disparità di trattamento fondate su criteri meramente soggettivi è stato affermato dalla Corte in altri casi, come ad esempio nel caso della legislazione riguardante gli apprendisti che, a vario titolo, erano stati esclusi dalla disciplina garantista e/o dal computo ai fini del raggiungi-

<sup>11</sup> Si veda il commento di RIVA SANSEVERINO, *Sulla rilevanza dell'impresa nel diritto del lavoro*, in *MGL*, 1975, p. 519 ss.

mento delle soglie dimensionali prescritte dalla legge (v. sentenze n. 14/1970, n. 169/1973, n. 181/1989). La chiave del ragionamento della Corte costituzionale è sempre la stessa e si fonda, esattamente, sull'assimilabilità del rapporto di apprendistato all'ordinario rapporto di lavoro.

Per questa giurisprudenza si vedano pure le sentenze della Corte costituzionale sul personale marittimo (v. ad es. le sentenze n. 96/1987 e n. 364/1991: il principio applicato dalla Corte è che “la sostanziale omogeneità delle relative situazioni afferenti ai lavoratori comuni e a quelli nautici impone l'uniformità delle discipline”) e sul personale aeroportuale (sentenza n. 91/1991).

Si tratta di motivi di fondo costanti, che dimostrano la diffidenza ed anzi l'atteggiamento idiosincratico della Corte nei confronti di differenze di trattamento basate su requisiti di natura soggettiva e dunque arbitrari ed irragionevoli, che vengono in qualche misura messi in sordina soltanto in presenza di situazioni eccezionali che giustificano una maggiore flessibilità di questi principi, come nel caso di gravi situazioni economico-sociali. È il caso, ad esempio, della legislazione introdotta nel corso degli anni ottanta per combattere la disoccupazione giovanile (male atavico del paese!), che vide le Camere adottare misure straordinarie e temporanee che riguardarono in parte anche l'applicazione delle tutele in materia di licenziamento (situazione che potrebbe evocare alcune analogie con la recente manovra legislativa). Ebbene la Corte costituzionale, con la sentenza n. 181/1989, pur non sancendo l'illegittimità di queste misure straordinarie (si trattava dell'esclusione degli apprendisti dal computo numerico ai fini dell'applicazione della disciplina vincolistica, per incentivare l'assunzione dei giovani), ne sancì la “temporanea” costituzionalità, ovvero l'incostituzionalità di esse se protratte nel tempo, rilevando “...l'esigenza di non obliterare la correlazione fra la straordinarietà della situazione di fatto e la deroga a fondamentali strumenti di garanzia dei lavoratori”<sup>12</sup>. In altri termini, per la Corte eventuali misure straordinarie che comportano una “sospensione” o una minor tutela dei diritti, per motivi giustificati e legittimi collegati a situazioni altrettanto straordinarie, dovrebbero avere necessariamente una durata limitata e temporanea, con la conse-

<sup>12</sup> In particolare, la Corte argomentò, puntualizzando il collegamento con i valori costituzionali della disciplina dei licenziamenti, che la situazione del mercato del lavoro “*da un lato non può giustificare inerzie nella ricerca di altri strumenti che non incidano su tali valori, dall'altro non preclude una riconsiderazione della questione ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo, pur in presenza di significative modificazioni della situazione considerata*”.

guenza che esse sono destinate a cessare, ristabilendosi la disciplina comune, quando cessano o si riducono nella loro gravità le condizioni (eccezionali o straordinarie) che ne costituivano la ragione giustificatrice (si veda in questi termini ad esempio Corte cost. n. 85/2013)<sup>13</sup>.

Questo orientamento potrebbe essere invocato per dedurre la legittimità della disparità di trattamento disposta dal decreto n. 23? In astratto sì, avendo la maggioranza politica giustificato la manovra legislativa con l'obiettivo di rivitalizzare il mercato del lavoro, obiettivo esposto espressamente anche nella legge delega, ma in concreto probabilmente no, considerando che il nuovo contratto a tutele crescenti è destinato, a regime, a diventare definitivo e anzi di applicazione generale. La disciplina in questione, rinviata all'esame della Corte costituzionale, ha in altri termini carattere permanente e non temporaneo per volontà esplicita del legislatore e in quanto tale non può dirsi collegata ad una situazione contingente, così da potersi evincere una "provvisoria costituzionalità". Resta poi da dire che, in ogni caso, non pare facile neppure dimostrare un effettivo riscontro positivo dell'impatto della nuova normativa sul mercato del lavoro, potendosi forse affermare il contrario alla luce dei dati reali<sup>14</sup>. Ma anche ad ammettere che la nuova disciplina superi il primo "stadio" del test di proporzionalità, ossia il riscontro dell'idoneità della disciplina a realizzare gli obiettivi e gli interessi pubblici attesi (verifica che si realizza sul piano dell'accertata adeguatezza degli strumenti

<sup>13</sup> Pena altrimenti la illegittimità costituzionale delle norme contenenti tali misure, "se ingiustificatamente protratte nel tempo" (così SALAZAR, *Il diritto del lavoro*, cit.).

<sup>14</sup> Secondo i dati Istat pubblicati a fine settembre e riferiti al mese di agosto 2017, il tasso di disoccupazione è diminuito, ma in realtà ci sono 45 mila dipendenti a termine in più, mentre i permanenti e gli indipendenti sono scesi rispettivamente di 2 mila e di 7 mila unità. Come scrive L'Avvenire nell'edizione del 1/10/2017 il rischio è che "si tratti di occupazione stagionale, legata al turismo e destinata a perdersi", mentre il dato riferito alle assunzioni a tempo indeterminato è sicuramente deludente. Sembra quindi condivisibile la diagnosi del giornale della CEI, secondo cui "dopo la spinta iniziale determinata dagli sgravi contributivi per i neoassunti, il Jobs Act ha perso slancio. Su base annua, i posti di lavoro a tempo determinato sono cresciuti di 350 mila unità (+ 14,3%) mentre i dipendenti permanenti hanno segnato un incremento di 0,4% (pari a 66 mila posti di lavoro). A crescere sono soprattutto gli occupati over50 (354mila in più). Un incremento che gli analisti attribuiscono all'allungamento dell'età pensionabile, per effetto delle riforme degli ultimi anni". Stando a questi dati, il Contratto a tutele crescenti registrerebbe un doppio fallimento: non solo non farebbe aumentare l'occupazione giovanile ma neppure quella a tempo indeterminato. E dire che proprio queste erano le promesse che la maggioranza di governo aveva formulato per giustificare la nuova (de)regolamentazione in tema di licenziamento.

prescelti dal legislatore), più problematico è sostenere che nella fattispecie il legislatore abbia rispettato il principio del “mezzo più mite”, ossia che la misura adottata per conseguire l’obiettivo occupazionale possa ritenersi la meno offensiva nei confronti degli interessi e dei diritti dei lavoratori, ascendenti a principi costituzionali (artt. 3 e 4 Costituzione). Bisogna ricordare che il giudizio di proporzionalità o ragionevolezza (per quanto dalla nostra Corte costituzionale non formalizzato, se non in qualche rara occasione) impone di verificare che il perseguimento dell’interesse pubblico o generale non sia dal legislatore attuato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione dei diritti o delle libertà in misura eccessiva e non proporzionata, in modo da risultare, nel bilanciamento fra gli opposti interessi e principi in gioco, non compatibile con il dettato costituzionale (Corte cost. n. 23/2015)<sup>15</sup>. Ed è questa, probabilmente, una conclusione inevitabile, considerando che l’incoraggiamento ad assumere con contratti di lavoro a tempo indeterminato è risultato, alla prova dei fatti, fallimentare, così da mettere in questione la stessa idoneità ed adeguatezza dell’intervento legislativo; che certamente altre possibilità, meno offensive nei confronti del diritto dei lavoratori ad una tutela effettiva e dissuasiva, potevano essere esplorate; che, infine, pare non giustificabile neppure la realizzazione di differenze di trattamento fra nuovi e vecchi assunti che vede così enormi divari di tutela, nell’ambito della stessa azienda o in presenza della medesima fattispecie, tanto da rendere queste misure obiettivamente sproporzionate.

#### 4. *La Carta Sociale Europea, fonte interposta*

L’altra questione che il Giudice romano ha posto alla Corte costituzionale, altrettanto importante, è relativa alla violazione dell’art. 117, co. 1, Cost., censurando sotto altro profilo la manovra legislativa introdotta con il decreto n. 23/2015.

In particolare, l’ordinanza del 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma dubita della conformità del regime di disciplina in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (e *a fortiori* per giusta causa e giustificato

<sup>15</sup> Fra gli altri, per riflessioni al riguardo, v. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992; BIN, *Diritti ed argomenti*, Giuffrè, 1992; recentemente SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. AIC*, 2017, p. 3.

motivo soggettivo) previsto dai nuovi dispositivi legali, ai principi affermati dalle Carte sovranazionali (comunitarie ed internazionali) e, per questa via, ritiene non manifestamente infondata la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. (che, com'è noto, vincola la potestà legislativa dello stato al rispetto “dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”).

Le disposizioni chiamate in causa dal Giudice nell'ordinanza *de quo* sono, esattamente, l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali della U.E., la Convenzione ILO n. 158/1982 e l'art. 24 della Carta Sociale Europea.

Fra queste diverse fonti di diritto, certamente la Carta Sociale Europea rappresenta, per la natura stessa della norma richiamata dal Giudice, la più incisiva e meno generica, così da poter essere adottata come parametro di costituzionalità della normativa in questione. L'art. 24 della Carta, infatti, non si limita ad enunciare principi vaghi (come nel caso della Carta dei diritti fondamentali, il cui art. 30 prescrive unicamente una tutela “adeguata” del lavoratore in caso di licenziamento o come nel caso della Convenzione ILO che richiama gli Stati a garantire la “appropriatezza” della riparazione) ma prevede in modo più specifico e preciso il principio di un *congruo indennizzo o altra adeguata riparazione* in caso di licenziamento ingiustificato del lavoratore.

La prossima pronuncia della Corte sul decreto n. 23 potrebbe essere dunque un'occasione anche per “scongellare” la Carta Sociale Europea, che non è mai stata utilizzata finora dalla Corte costituzionale come fonte interposta<sup>16</sup>. La Consulta non potrà evitare di pronunciarsi a tal riguardo, vista l'espressa denuncia del Tribunale romano di violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., e forse si orienterà sulla scia di quanto già affermato dalle sentenze “gemelle” n. 348 e 349 del 2007, relativamente alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a cui è stata riconosciuta, non senza tentennamenti, la natura di parametro di costituzionalità del diritto interno. In tali sentenze la Corte affermò che “il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme CEDU la cui funzione è dunque quella di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato”<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Si vedano le considerazioni di RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, 2015, II, p. 550; v. pure PANZERA, *La “voce” del Comitato europeo dei diritti sociali*, in CARUSO, FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, 2015; GUIGLIA, *Le prospettive della Carta Sociale europea*, in *FQC*, [www.forum-costituzionale.it](http://www.forum-costituzionale.it).

<sup>17</sup> Sulla portata “storica” delle due sentenze della Corte v. SPADARO, SALAZAR (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, 2009.

Lo stesso forse potrà dire a proposito della Carta Sociale Europea, anche se vi sono differenze qualitative fra la Carta e il sistema della Convenzione che potrebbero incidere negativamente su questa prospettiva.

Ma se la Carta entrerà finalmente nel perimetro del giudizio di costituzionalità come fonte interposta, sarà difficile sostenere che la misura sanzionatoria prevista dal d. lgs. n. 23/2015 è conforme all'art. 24 della Carta, ossia che dispone un *congruo indennizzo* o un' *adeguata riparazione*, tenendo conto della scelta operata dall'ordinamento a tutela dei lavoratori già occupati. E difatti, se in base al proprio discrezionale apprezzamento il legislatore ha ritenuto appropriata ed adeguata la sanzione prevista dall'art. 18, co 4 e 6, non si comprende come possa dirsi parimenti adeguata la misura prevista dall'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015, essendo le due disposizioni obiettivamente incomparabili. Si potrebbe invero richiamare, come elemento comparativo, l'art. 8 l. n. 604/1966: ma innanzitutto, come si è già accennato, in questo caso la norma prevede un modello di disciplina del tutto diverso, poiché introduce l'indennizzo a favore del lavoratore solo in caso di rifiuto del datore di ripristinare il rapporto di lavoro, piuttosto che quale misura sanzionatoria dell'illegittimo licenziamento, e in secondo luogo, è appena il caso di osservare che la comparazione va semmai effettuata fra situazioni omogenee, risolvendosi altrimenti in un banale *escamotage* dialettico, e dunque fra lavoratori già occupati a cui può applicarsi l'art. 18 dello statuto e lavoratori "nuovi assunti" a cui la medesima disciplina si applicherebbe qualora non fosse entrato in vigore il d. lgs. n. 23/2015.

Pertanto sembra inevitabile concludere che anche la valutazione di conformità a quanto disposto dalla Carta Sociale Europea, se operata correttamente, condurrebbe a una probabile affermazione d'incostituzionalità delle disposizioni di legge in questione.

## 5. Conclusioni

In conclusione è dunque possibile (forse probabile) che la Corte si pronunci sulla disparità di trattamento affermandone l'illegittimità costituzionale. Né sarebbero giustificate ulteriori dilazioni, attraverso sentenze-monito, per dare tempo al legislatore di rimeditare la disciplina e provvedere alla "riforma della riforma", non essendovi, nella fattispecie, alcun vuoto normativo all'orizzonte ma, semmai, l'applicazione della disciplina di carattere generale.

Volendo trarre qualche insegnamento da questa vicenda, forse uno degli aspetti meno indagati delle riforme introdotte dapprima con la legge n. 92/2012 e poi con il cd. *Jobs Act* è proprio il prodursi in modo sorprendente e apparentemente irrefrenabile di differenze di trattamento che implicano una rottura molto profonda con uno dei tradizionali principi del diritto del lavoro, già sotto molti aspetti stressato e disconosciuto, per cui i lavoratori sono posti su un piano di parità rispetto all'esercizio dei poteri dell'imprenditore regolati dalla legge. Rottura in effetti mai portata fino al punto (estremo) di consentire diverse discipline rimediale in materia di licenziamento in base al momento di assunzione (ma in realtà con l'obiettivo dichiarato di discriminare in base all'età anagrafica, creando un regime di quasi-libertà di licenziamento dei lavoratori più giovani) e di concepire che lavoratori che commettono la stessa infrazione, o che sono licenziati per lo stesso motivo oggettivo, o si trovano coinvolti nel medesimo licenziamento collettivo, siano destinatari di diverse e molto divergenti tutele (che, è bene ricordarlo, rendono profondamente diversi anche i rispettivi progetti di vita e le opportunità future). Alla luce di ciò si potrebbe dubitare, invero, che per il legislatore italiano l'uguaglianza dei trattamenti sia ancora un valore, nell'ambito della regolazione dei rapporti di lavoro.

Ma è forse tempo di fare un bilancio più attento della strategia legislativa che ha dominato incontrastata la scena negli ultimi due o tre decenni, fino ad arrivare ad esiti molto discutibili, e valutare realisticamente quali le conseguenze e i risultati delle politiche di deregolamentazione e frammentazione dei "codici" normativi portate avanti con ostinazione dalla classe di governo di mezza Europa, dato che apportare elementi sempre più spinti ed eccedenti di flessibilità, di particolarismo giuridico, di trattamenti diseguali, si riflette inevitabilmente sul piano distributivo, sulle disuguaglianze socio-economiche: questioni che non possiamo più ignorare, non tanto per un problema morale o per motivi ideologici, ma per la tenuta dello stesso sistema economico, della democrazia e dello stato di diritto. Come ha osservato, fra i tanti, Stiglitz nel suo fondamentale libro *The Price of Inequality* "le società caratterizzate da una diffusa disuguaglianza non funzionano... e le loro economie non sono né stabili né sostenibili nel lungo periodo"<sup>18</sup>. Dopo la crisi che ha scosso dalle fondamenta il "capitalismo suicida", come lo definisce Ulrick

<sup>18</sup> STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, trad. it. *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, 2013.



Beck, e ha distrutto la *middle class*, innescando una tragica spirale recessiva, forse sarebbe il caso di cominciare a pensare che alcune idee e convinzioni che hanno dominato la scena negli ultimi “non gloriosi” trent’anni potrebbero oramai aver fatto il loro tempo. In questi mesi ricorre il decennale dello scoppio della “bolla speculativa” dei mutui *subprime* e studiosi indipendenti ci spiegano ora, in modo molto preciso, che in realtà la politica dei prestiti facili, dei mutui immobiliari per finanziare il consumo, così largamente diffusa, è servita in buona sostanza a compensare il crollo dei salari reali derivante dalle politiche di deregolamentazione. Come dire che il “sostegno” al lavoratore-consumatore ha controbilanciato la perdita della capacità di negoziazione del lavoratore-produttore<sup>19</sup>. I risultati di queste politiche sono ora sotto i nostri occhi. Motivo in più per ripensarne i dispositivi normativi, com’è certamente il contratto a tutele crescenti, il cui scopo essenziale, ad essere onesti, è proprio quello di rilanciare la competitività delle imprese comprimendo ulteriormente i salari e il potere contrattuale dei lavoratori, in nome, ancora, dell’economia politica *offertista*, accecata ed ossessionata dall’idea che dalla crisi si esca puntando tutto sul sostegno alle imprese (sul lato dell’offerta) e continuando a deprimere la domanda (che dipende in larga misura dal reddito disponibile della *middle class*, ossia dei lavoratori dipendenti e/o indipendenti)<sup>20</sup>.

La Corte costituzionale non può evidentemente prendere posizione o interessarsi a queste problematiche, ma dalla sua decisione deriveranno forse riflessioni sulla oramai necessaria discontinuità con questi modelli di regolamentazione del mercato del lavoro.

<sup>19</sup> Su questi temi si veda il volume a cura di GEISELBERGER, *La grande regressione*, Feltrinelli, 2017 e qui i saggi di FRASER, MISIK, STREECK ed altri.

<sup>20</sup> STIGLITZ, *The Price of Inequality*, cit., qui p. 357 ss. della traduzione italiana.

**Key words**

Contratto a tutele crescenti, giudizio di costituzionalità, principio di uguaglianza, Carta Sociale Europea.

Increasing protection contract, judgment of constitutionality, principle of equality, European Social Charter.