

Antonello Zoppoli

La Consulta interviene sul *Jobs Act* ma ne evita il cuore: il *nuovo* bilanciamento nella disciplina del licenziamento*

Sommario: **1.** La correlazione lavoro-persona nella sentenza della Corte cost. 8 novembre 2018 n. 194, un chiaroscuro. **2.** Il *nuovo* bilanciamento tra “riduzione delle tutele contro il licenziamento *vs.* promozione dell’occupazione” quale ragione giustificatrice della differenziazione della disciplina *ratione temporis*? **3.** L’assenza dell’essenziale piano argomentativo nella pronuncia della Consulta. **4.** La centralità assiologica e storico-sistematica del nuovo bilanciamento nella regolazione del licenziamento: l’estraneità alla sentenza. **5.** Il rilievo del nuovo bilanciamento ai fini delle marginalizzazione della reintegra. **6.** ... e ai fini del raffronto con il diritto comune dei contratti. **7.** Brevi considerazioni sui criteri per la determinazione del danno da risarcire al prestatore di lavoro.

1. *La correlazione lavoro-persona nella sentenza della Corte cost. 8 novembre 2018 n. 194, un chiaroscuro*

La Corte costituzionale, con la ben nota sentenza dell’8 novembre 2018 n. 194 (da ora sent. 194)¹, si è pronunciata su alcuni snodi del fiore all’oc-

* Lo scritto riprende, ampliandolo e corredandolo di note, l’intervento al convegno “*I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e limiti costituzionali (dopo Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194)*”, svoltosi nell’Università di Napoli Federico II, il 12 dicembre 2018, ed è destinato agli Studi in onore di Francesco Santoni.

¹ Il dibattito sulla sentenza è già ricchissimo; senza pretesa di esaustività, cfr. ANDREONI, FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, 2019; BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, p. 243; BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018, dopo le scosse, l’assessamento?*, in *DRI*, 2019, p. 214; CARINCI M.T., *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.It, 378/2018; CESTER, *Il Jobs Act sotto la saure della Corte costi-*

chiello del cd. *Jobs Act*, il d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23. Dei tanti temi affrontati dalla Consulta, di grande rilievo o più circoscritti ma comunque di marcato

tuzionale: tutto da rifare?, in *LG*, 2019, n. 2, p. 163; CHIODI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: contenuto, natura ed effetti*, in *LDE*, 2019, n. 1; COSIO, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e l'ordinamento complesso*, in *LDE*, 2019, 1; DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018 in tema di quantificazione dell'indennizzo per il licenziamento illegittimo*, in questa rivista, 2018, p. 633; DEL RE, *La prematura fine delle Tutele Crescenti*, in *LDE*, 2019, 1; FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: "one step forward two step back"*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. It, 382/2018; GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in *MGL*, 2018, p. 39; GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. It, 379/2018; ICHINO, *Il rapporto tra danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta (nota a Corte cost. n. 194/2010)*, in *RIDL*, 2018, II, p. 1050; INGRAO, *I primi effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 sulla quantificazione dell'indennità di licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese*, in *MGL*, 2018, p. 235; MAGNANI, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su Corte cost. n. 194/2018*, in *DRI*, n. 2019, 2, p. 1; MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *DRI*, 2019, 1, p. 238; MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2019, p. 235; MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *LD*, 2019, p. 263; MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, www.rivistalabor.it, 2018, p. 628; NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2019, p. 285; ORLANDINI, *Il licenziamento dopo la sentenza della Corte cost. n. 194/2018, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta*, in *LDE*, 2019, 1; PALLANTE, *Il lavoro e l'eguaglianza che non c'è*, Relazione, in ANDREONI-FASSINA (a cura di), cit., p. 37; PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018. Una riflessione d'insieme sul dibattito dottrinale*, in *LDE*, 2019, 1; PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2019, p. 339; PINELLI, *La tutela dei lavoratori colpiti dal licenziamento ingiustificato in presenza di automatismi legislativi*, Relazione al convegno *I licenziamenti illegittimi*, cit.; PISANI, *La Corte costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto liquido*, in *MGL*, 2018, 1, p. 153; PONTERIO, *Il molo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), op. cit., p. 71; PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *MGL*, 2018, p. 197; ROSELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018. Tra discrezionalità del legislatore e principio di ragionevolezza*, in *LDE*, 2019, 1; SANTONI, *Relazione al Convegno I licenziamenti illegittimi*, cit. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, in questa rivista, 2018, p. 646; SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, in *MGL*, 2018, p. 213; SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, Relazione, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), cit., p. 43; TOSI, *Spigolature di dottrina sulla sentenza 194/2018 della Corte costituzionale e sul suo "dopo"*, in *DRI*, 2019, 1, p. 640; TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in *DRI*, 2019, 1, p. 256; VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *MGL*, p. 251; VIDIRI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto ed ordinamento complesso*, in *LDE*, 2019, p. 1; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *DRI*, 2019, 1, p. 277.

interesse, in queste pagine ne saranno considerati due, basilari e intrecciati. Il primo attiene direttamente al piano dei valori/principi; il secondo anzitutto al piano della tecnica regolativa, ma dalle implicazioni di vario genere, anche assiologiche. Piani, entrambi, impegnativi, che qui rendono possibili, inevitabilmente, riflessioni solo essenziali.

In relazione al primo, la sent. 194 assume, specie in questo momento storico, un'indubbia importanza da un duplice contrapposto punto di vista.

La Corte torna a sottolineare, con forza, la centralità del lavoro nell'impianto costituzionale: finalizzato – scrive la Consulta (riprendendo la sua precedente pronuncia del 2 giugno 1983 n. 163) – a “realizzare un pieno sviluppo della personalità umana”². È una lettura fondamentale, che ha indirizzato lo sviluppo del diritto del lavoro nella seconda metà del secolo scorso. Una lettura, però, in questi anni persa di vista. Di certo da quel filone di pensiero giuslavoristico, molto attento alle analisi della *Law and economics* e ben presente al legislatore degli ultimi tempi: in particolare al legislatore della nuova disciplina del licenziamento, specie del 2015, preoccupato di fare, del licenziamento, un'entità economicamente “calcolabile”³. Approdo, ora, censurato dal giudice delle leggi, giustamente sensibile, appunto, alla cruciale correlazione lavoro-persona.

Sotto questo profilo la sentenza merita il massimo apprezzamento. Soprattutto considerando l'assoluta rilevanza dell'istituto del licenziamento nella regolamentazione del rapporto di lavoro: come tante volte ricordato da tanti⁴,

² V. *Considerato in diritto*, punto 13. Sottolineano questo profilo della sentenza, tra gli altri, ESPOSITO, *Intervento*, in ANDREONI, FASSINA, *op. cit.*, p. 147; ORLANDINI, *op. cit.*; LASSANDARI, *Intervento*, in ANDREONI, FASSINA, *op. cit.*, p. 153; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 51. La suindicata finalità del “lavoro” nell'impianto costituzionale – vale la pena rammentarlo – ne esprime anche le caratteristiche di cardine di funzionamento della società e, specularmente, di prezioso e imprescindibile canale di integrazione in essa del singolo. Tutto ciò è forse sottovalutato quando, in seguito alle pur indiscutibili trasformazioni in atto, si raffigurano, in modo affrettato, nuovi scenari socio-economici, con il lavoro ai margini. Sulla centralità del lavoro nella Costituzione v., per tutti, MORTATI, *Principi fondamentali*, Art. 1, in *Comm. Branca*, Zanichelli-Foro it., 1975; MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, p. 45; p. 10; SCOGNAMIGLIO, *Lavoro, Disciplina costituzionale*, in *EGT*, Aggiornamento, XVII, Roma, 2008, p. 1; NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica “fondata sul lavoro”?*, in *LD*, 2009, p. 427; LUCIANI M., *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, 2010, p. 627; A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *WP CSDL E “Massimo D’Antona”*.it 131/2011.

³ MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 628.

⁴ Tra i quali v. DE LUCA TAMAYO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, p.

chiave di volta dell'insieme delle tutele a favore di chi presta lavoro in condizioni di equilibrio contrattuale.

Eppure, la sentenza lascia non poco amaro in bocca. La correlazione lavoro-persona, nonostante la conclusione cui giunge la Corte in merito ai criteri di determinazione del ristoro economico a favore del lavoratore⁵, finisce per risultare trascurata su un altro più generale piano, anch'esso di indiscutibile importanza. È il secondo piano di cui dicevo, concernente anzitutto la tecnica normativa, al quale saranno per lo più dedicate le successive considerazioni. Che riguarderanno – è il caso di precisarlo subito – solo in minima parte la questione accolta dalla Corte, concentrandosi soprattutto sull'esclusione dell'illegittimità costituzionale, in relazione al principio di eguaglianza, della differente tutela apprestata dall'art. 3 del d.lgs. 23/15 per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015; anzi, per essere più precisi, riguarderanno prevalentemente la “ragione giustificatrice” (sono le parole della Corte) di questa esclusione.

2. *Il nuovo bilanciamento tra “riduzione delle tutele contro il licenziamento vs. promozione dell'occupazione” quale ragione giustificatrice della differenziazione della disciplina ratione temporis?*

Benché la Consulta non vi faccia espresso riferimento, la tecnica del bilanciamento tra interessi/principi è il perno della decisione in merito alle differenze di tutela *ratione temporis*⁶.

Non c'è da meravigliarsene. Come ha scritto Mengoni sulla scorta della dottrina tedesca⁷, la tecnica del bilanciamento, nella dogmatica costituzionale

75; GHEZZI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: analisi e prospettive di evoluzione*, in PD, 1991, p. 201; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 73; PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO-MAZZONI (a cura di), *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, Cedam, 1971, II, p. 602.

⁵ Come risaputo, la Corte ha dichiarato “l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 [...] – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, co. 1, del d. l. 12 luglio 2018 n. 87 [...], convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018 n. 87 [...] – limitatamente alle parole ‘di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio’”.

⁶ Sulla questione degli elementi del bilanciamento cfr., per tutti, SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, p. 310.

⁷ *L'argomentazione del diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, 1966, pp. 117-122.

del Novecento – con la positivizzazione dei valori attraverso enunciati normativi di principio –, è, essa stessa, la “forma della decisione”, strettamente collegata alla intima problematicità delle società contemporanee.

La disciplina dei licenziamenti ne è esempio eloquente: nella sua evoluzione, il bilanciamento tra interessi/principi “è da sempre centrale”⁸. Del resto, è una tecnica presente nell’elaborazione della Consulta sin dagli inizi della sua attività, sebbene soltanto dalla metà degli anni ’70 così denominata *expressis verbis* e via via meglio definita⁹. E nell’affrontare le questioni inerenti al licenziamento, la Corte, in sostanza, ha fornito un chiaro esempio del carattere pluralista della nostra Costituzione e della relativa necessaria attuazione attraverso il contemperamento dei principi che la reggono. Lo ha fatto guardando, sì, all’effettiva condizione del lavoratore subordinato, senza mai perdere di vista, tuttavia, l’interesse dell’impresa.

Oggi, però, a me pare che il quadro presenti novità per nulla trascurabili. Più precisamente a me pare che, proprio a seguito dei radicali cambiamenti normativi registrati dal 2012 in poi, i termini del bilanciamento siano *sensibilmente mutati*. A ben vedere neanche questo stupisce più di tanto: a patto di inquadrare il mutamento non nell’asfittica limitata visuale dell’attualità, ma in una prospettiva storico-sistematica, che è poi quella imprescindibile per il giurista¹⁰.

Nella parte concernente la differenza di disciplina *ratione temporis* introdotta dall’art. 3 del d.lgs. 23/15 il cambiamento e la sua portata emergono in maniera nitida.

A Napoli, nell’Università federiciana, della questione si discusse durante un incontro di studio dedicato alla disciplina dei licenziamenti nel febbraio 2017¹¹. Ebbi occasione di dire, in quell’incontro, che – a parte ogni valutazione circa l’opportunità dal punto di vista gestionale-organizzativo della

⁸ CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 9. Diffusamente sul tema NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593.

⁹ Cfr. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, p. 57.

¹⁰ Sul tema, dopo il d.lgs. 23/15, sia consentito rinviare, sin da ora, a *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *questa rivista*, 2015, p. 291.

¹¹ “*Licenziamento, diversità dei regimi di tutela e principio di eguaglianza*”, Università di Napoli Federico II, 22 febbraio 2017.

differenza di tutela in parola, pure nient'affatto da sottovalutare – il “tempo” della costituzione del rapporto, sulla base anzitutto della giurisprudenza costituzionale, può forse essere un elemento di oggettiva diversità in relazione al generale contesto di riferimento, ma – precisavo – di sicuro deve essere inserito nell'ambito di un'operazione di bilanciamento dei valori e interessi in gioco. Un'operazione quindi non “libera” per il legislatore, bensì in ogni caso rispettosa di alcuni cruciali criteri, riassumibili nel test di proporzionalità.

Nella sent. 194 la Corte, in primo luogo, ricorda il suo consolidato orientamento in virtù del quale “il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche” perché – precisa – “spetta alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme”; in secondo luogo afferma che la differenza in parola non è irragionevole e non contrasta quindi con il principio di eguaglianza “alla luce della ragione giustificatrice – del tutto trascurata dal giudice remittente – costituita dallo ‘scopo’, dichiaratamente perseguito dal legislatore, di rafforzare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione’ (alinea dell'art. 1, co. 7, della l. n. 183 del 2014)”¹². E la discussione sul punto è chiusa in modo *tranchant* con l'affermazione secondo la quale “non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito”.

Da sottolineare che la Consulta, già in precedenza¹³, aveva evidenziato come la specifica questione dell'irragionevolezza della disposizioni impugnate in relazione al profilo occupazionale, pure dedotta da una delle parti in causa, non fosse stata sollevata dal giudice remittente. Donde la sua inammissibilità. Tuttavia – come si evince dai passaggi riportati – la stessa Corte ritorna sulla finalità occupazionale, incentrandovi la differenza di disciplina *ratione temporis*: in effetti, evitare del tutto la finalità occupazionale, *bon gré mal gré*, non era facile; procediamo, però, con cautela, perché la questione è importante ed occorre intendersi.

La Corte opera un giudizio, più che di eguaglianza, di ragionevolezza in senso stretto, che dovrebbe condurre, in sostanza, a un bilanciamento¹⁴: ridu-

¹² *Considerato in diritto*, punto 6.

¹³ *Considerato in diritto*, punto 4.

¹⁴ Sul tema in generale, cfr., per tutti, SCACCIA, *op. cit.*, sp. p. 106. Si soffermano, da varie prospettive, sul bilanciamento operato dalla sent. 194, tra gli altri, DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p.

zione della stabilità del rapporto di lavoro per i nuovi assunti *vs.* promozione dell'occupazione. Un bilanciamento – si badi – diverso da quello prima ricordato, tra tutela del lavoro subordinato e tutela dell'impresa, da sempre bussola dei giudizi costituzionali sulla disciplina del licenziamento ingiustificato. Questo è un passaggio da rimarcare con forza: la Corte, condivisibilmente, dà specifico rilievo alla “promozione dell'occupazione”, distinguendola espressamente dalla tutela dell'impresa. Dunque sembra acquisire importanza un *nuovo* bilanciamento, tutto interno all'art. 4 della Costituzione: tra divieto di licenziamento arbitrario e diritto al lavoro. Dove risulta centrale un argomento classico di siffatte operazioni: l'argomento consequenzialista, attento alle conseguenze pratiche prodotte dalla legge, nel caso di specie espresse dal dato occupazionale.

Ma la Corte realmente opera questo bilanciamento?

3. *L'assenza dell'essenziale piano argomentativo nella pronuncia della Consulta*

Il bilanciamento – ha scritto ancora Mengoni¹⁵ – si svolge “nella forma dell'argomentazione” che “preserva da precipitose realizzazioni di un valore a scapito di altri”. E – ha aggiunto l'autorevole studioso – l'argomento delle conseguenze pratiche della decisione nell'ambiente sociale, se non deve “sempre prevalere su altri punti di vista”, comunque “non può in nessun caso essere pretermesso: esso risponde, sul piano morale, a un'etica della responsabilità (...), sul piano metodologico a un'esigenza di razionalizzazione della discussione sui valori”¹⁶.

637, nt. 4; FONTANA, *op. cit.*, p. 6; GIUBBONI, *op. cit.*, p. 7; PERULLI, *op. cit.*, p. 344; PINELLI, *op. cit.*; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵ MENGONI, *op. cit.*, pp. 125, 133.

¹⁶ *Ivi*, p. 133. Osserva come nel giudizio costituzionale, non solo della nostra esperienza, abbiano da tempo assunto peso crescente “meccanismi di giudizio più nettamente orientati alla valutazione delle conseguenze dell'atto” SCACCIA, *op. cit.*, p. 387. In proposito merita di essere ricordata la rilevante sentenza della Consulta 10 aprile 2015, n. 70, che – come si ricorderà – ha dichiarato l'illegittimità della reiterazione del blocco del meccanismo perequativo delle pensioni di cui al comma 25 dell'art. 24 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201. La Corte ha censurato la discrezionalità del legislatore sulla base del ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali – argomentando in questo caso anche dalle espresse previsioni degli artt. 36, co. 1, e 38, co. 2, Cost. – in quanto “il diritto a una prestazione previdenziale adeguata [...] risulta irragionevol-

In breve, la tecnica del bilanciamento sottopone la scelta/discrezionalità del legislatore, in virtù del giudizio di ragionevolezza, al test di proporzionalità: attinente, appunto, alla razionalità argomentativa, segnatamente al “fondamento delle premesse” della decisione¹⁷, che non può evidentemente prescindere dalle conseguenze pratiche scaturenti dalla norma. Assumono così rilievo il profilo *strumentale*, ossia della congruenza mezzi/fini, e, a seguire, i criteri della *necessità* e dell'*adeguatezza*; il primo volto a verificare che l'obiettivo prefissato non sia raggiungibile con atti meno invasivi del principio da bilanciare; il secondo diretto a raffrontare vantaggi e svantaggi arrecati ai principi in contemperamento¹⁸.

mente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio”. Più precisamente, ad avviso della Consulta, la disposizione sottoposta al suo esame “si limita a richiamare genericamente la ‘contingente situazione finanziaria’, senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sul diritto oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si esercitano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede di conversione (legge 22 dicembre 2011 n. 214), non è dato riscontrare [prosegue la Corte] alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate, come previsto dall’art. 17, co. 3, della l. 31 dicembre 2009 n. 196”. Sulla sentenza cfr., per tutti, ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 2015, p. 455; e CHIECO, “*Riforme strutturali*” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in *DLRI*, 2015, p. 359; BOZZAO, *L’“adeguatezza retributiva” delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2015; CINELLI, *Illegittima la reiterazione del blocco della perequazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, in *RDSS*, 2015, 2, p. 807; PROSPERETTI, *Alla ricerca di una ratio del sistema pensionistico italiano*, *MGL*, 2015, 6.

¹⁷ BIN, *op. cit.*, 143. Sul tema cfr., tra i tanti, ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 109; NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in CORAZZA, ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, 2014, p. 109; CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in *www.cortecostituzionale.it*, p. 5; MOLRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *ED, Annali*, Giuffrè, 2008, II, p. 19; SCACCIA, *op. cit.*, sp. pp. 220 e 303 ss.; MENGONI, *op. cit.*, sp. p. 135.

¹⁸ Questi, dunque, costituiscono tratti essenziali del bilanciamento, che ne sostengono, come prima si diceva, il suo essere “forma della decisione” nella problematicità delle società contemporanee e delle Costituzioni del Novecento – da inquadrare anch’essa, *ça va sans dire*, nella comunicazione della “comunità interpretativa” (VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, 2003, pp. 241 ss.) –, all’interno della quale, inevitabilmente, trova *ponderato* spazio pure “il punto di vista materiale”, riprendendo terminologia e concettualizzazione di uno scritto in tema pubblicato quando queste pagine erano già in bozze (il riferimento è a BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista materiale. Per una critica della dottrina del bilanciamento*, in *RIDL*, I, 2019, p. 175; l’autore estende l’analisi anche alla giurisprudenza non costituzionale, in relazione alla quale v’è però da rilevare che il discorso cambia fisionomia, incontrando anzitutto le regole

Ritornando alla sent. 194, su tutto questo, nel punto in esame, non vi è parola¹⁹. La Corte si ferma a una valutazione di carattere meramente logico-formale, invero (nei termini posti) ovvia, secondo cui è “coerente” limitare la riduzione delle tutele ai *nuovi* assunti perché essa è volta a incentivare ... *nuove* assunzioni: la decisione, di conseguenza, risulta inevitabilmente priva dell’essenziale argomentazione per tutte le suindicate componenti del giudizio di proporzionalità.

La Consulta, più che addentrarsi nella valutazione dei risultati della politica occupazionale perseguita dal legislatore – che, come si ricorderà, esclude dai suoi compiti (a mo’ di *excusatio non petita* è stato detto)²⁰ –, si sarebbe dovuta interrogare sulla solidità del bilanciamento configurato. Arrestandosi al piano solo logico-formale si tiene invece lontana anzitutto dal problema dell’effettiva possibilità di mettere in relazione novità legislativa e sue conseguenze economico-sociali, ovvero riduzione delle tutele e incremento dell’occupazione (ben distinto dalla stessa Corte – giova ripeterlo – rispetto alla tutela dell’impresa): *la vexata questio*, tanto dibattuta negli ultimi decenni (pure a livello europeo), *resta così completamente fuori dal ragionamento*, sebbene ne regga un passaggio decisivo. Non è considerata neanche solo in astratto o in prospettiva; per tacere dell’opinione, invero non trascurabile, secondo cui gli accadimenti di questi anni già consentirebbero una concreta valutazione di quella relazione, nel senso dell’insussistenza²¹. Degli sviluppi, poi, del giudizio di proporzionalità, secondo i criteri menzionati, nella sentenza, giocoforza, non v’è traccia.

In sintesi, nella sentenza non v’è traccia del contenuto del *nuovo* bilanciamento²².

e i limiti – di entità variabile ma comunque esistenti – propri dell’interpretazione: al riguardo cfr., *amplius*, A. ZOPPOLI, *A proposito del metodo nel diritto sindacale: note sulla contemporaneità, in questa rivista*, 2007, p. 347).

¹⁹ In questo senso v. anche FONTANA, *op. cit.*; p. 6; GIUBBONI, *op. cit.*, p. 7; PERULLI, *op. cit.*, p. 344; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 50. Sulla tematica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti, all’indomani del d.lgs. 23/15, v. già ZOPPOLI A., *Rilevanza costituzionale*, cit.

²⁰ PERULLI, *op. cit.*, p. 345.

²¹ V., con diversi accenti, BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 253; BARBIERI, *Intervento* in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 127; D’ONGHIA, *Intervento* in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 143; ESPOSITO, *op. cit.*, p. 150; PERULLI, *op. cit.*, p. 345.; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 50.

²² Per completezza occorre ricordare i dubbi espressi sulla possibilità giuridica di dimostrare la correlazione riduzione delle tutele-incremento dell’occupazione; in particolare – è stato osservato – perché il discorso occupazionale coinvolge “situazioni a eziologia multifattoriale” (PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La “flessibilità” in uscita nei paesi europei e la*

4. *La centralità assiologica e storico-sistematica del nuovo bilanciamento nella regolazione del licenziamento: l'estraneità alla sentenza*

Come molti hanno osservato, naturale pensare che la Corte abbia ben avvertito il “peso” politico della pronuncia. Il problema, non certo nuovo, sta, però, proprio qui: il ruolo del giudice delle leggi nel circuito politico-legislativo.

La Corte è apparsa davvero troppo “timida”: *nulla* ha detto su una questione che racchiude *tanto*, in quanto punto di svolta di un pluridecennale percorso dell'ordinamento cui ha condotto la scelta di politica del diritto espressa nel *Jobs Act*.

Per comprendere appieno l'affermazione occorre intendersi sul significato della correlazione “riduzione delle tutele contro il licenziamento-promozione dell'occupazione”. A tal fine è necessario ritornare, sia pur velocemente, sulla ben nota pluridecennale giurisprudenza della stessa Corte costituzionale in merito alla stabilità del rapporto di lavoro, puntualmente ripresa dalla Corte anche in questa circostanza.

Come conferma l'*iter* della sentenza²³, i tratti essenziali della giurisprudenza in parola sono: da un lato, l'“indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost.”²⁴ e il conseguente “diritto di non

recente riforma italiana, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscimento confronti*, Franco Angeli, 2014, p. 285) L'opinione coglie un problema; francamente, però, non appare decisiva. Il problema è insito nella metodologia del giudizio. Non a caso è lo stesso MENGONI (*op. cit.*, p. 138) a porlo, ma per la ricerca di uno “schema argomentativo su basi scientifiche più solide e controllabili”. Lo pone anche per le conseguenze cc.dd. “mediate”, cioè quelle future della legge, legate all'impatto sociale, per le quali occorre una valutazione prognostica; e non si esime dall'ipotizzare soluzioni. Si comprende dunque che il problema sia sollevato, ma per affrontarlo non certo per azzerare il discorso. A tutto concedere, se non si fosse di quest'avviso, le perplessità proverebbero, come sul dirsi, troppo: nel momento in cui la legge medesima colloca espressamente la correlazione in parola alla sua base, o tale correlazione si assume come attendibile o a vacillare anzitutto è la stessa legge, a maggior ragione considerandone l'incidenza su diritti fondamentali; in modo eloquente è stato scritto: chi “postula che la normativa sui licenziamenti [...] incida sui tassi di occupazione fornisca i necessari riscontri empirici (NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., in *DLRI*, 2007, p. 666). Torniamo, per l'ennesima volta, alla solidità giuridica del nuovo bilanciamento legislativo operato dal d.lgs. 23/15 (e prima dalla l. 92/12). E non è superfluo ricordare che la l. 92/12 (art. 1, co. 2) ha istituito un “sistema permanente di monitoraggio e valutazione” per monitorare le conseguenze sulle dinamiche occupazionali, sistema richiamato anche dal d.lgs. 23/15 (v. art. 6, co. 3).

²³ *Considerato in diritto*, punti 9.1. e 9.2.

²⁴ Sent. 7 febbraio 2000 n. 46; 2 febbraio 2003 n. 41.

subire un licenziamento arbitrario”; dall’altro lato, il ruolo centrale della discrezionalità del legislatore, al quale – secondo un’ormai famosa affermazione della stessa Corte – l’attuazione della tutela “resta tuttavia affidata (...) quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale”²⁵. Ne deriva, scrive la Consulta (sempre nella sent. 194), che “il legislatore ben può, nell’esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sent. n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza”²⁶.

Orbene, il legislatore, tanto con la l. 92/12 quanto (sottolinea la stessa sent. 194) con il d.lgs. 23/15, ha fatto uso della sua discrezionalità politica. In particolare con il d.lgs. 23/15 ha evidentemente ritenuto opportuno, sulla base della situazione economica generale, ridurre drasticamente la tutela contro il licenziamento per i rapporti di lavoro costituiti dal 7 marzo 2015 – tutta incentrata non più sulla cd. tutela reale, bensì sul rimedio risarcitorio-monetario – in ragione (come già ricordato) dello “ ‘scopo’, dichiaratamente perseguito [...], di ‘rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione’ (alinea dell’art. 1, co. 7, della l. n. 183 del 2014)”²⁷.

Così inquadrata, la scelta legislativa rimarcata dalla Corte assume un significato di primissimo piano dal punto di vista sia assiologico sia storico-sistemico: come dicevo, costituisce una svolta ordinamentale.

In sostanza, il legislatore, operando un primo bilanciamento – se si preferisce “un’ipotesi di bilanciamento”²⁸ – *ha mutato, in due fondamentali punti, il percorso legislativo seguito dagli anni ’60 in poi*: 1) ha dato rilievo – lui sì – a una nuova topografia del conflitto, ossia a nuovi elementi da contemporare²⁹, bilanciando la tutela del posto di lavoro non più con la tutela dell’impresa bensì

²⁵ Sent. 194/70, cit.; negli stessi termini, tra le altre, v. le sentenze 6 marzo 1974 n. 55; 8 luglio 1975 n. 189; 14 gennaio 1986 n. 2; 11 novembre 2011 n. 303.

²⁶ Il giudice delle leggi non torna su un’altra affermazione, pure molto importante, della sua precedente elaborazione, concernente il rilievo della tutela cd. reale contro il licenziamento ingiustificato nell’impianto costituzionale; ma di questo si dirà nel paragrafo successivo.

²⁷ *Considerato in diritto*, punto 6, già richiamato.

²⁸ MORRONE, *op. cit.*, p. 186.

²⁹ Ciò supera anche possibili problemi sul piano (secondo alcuni diverso) dell’interpretazione in senso stretto (comunque tarata sulle peculiarità dell’interpretazione di un testo costituzionale), rivolto appunto all’individuazione degli elementi da contemporare. In proposito cfr., per tutti, BIN, *op. cit.*, 60 e 143; MORRONE, *op. cit.*, p. 200.

con la promozione dell'occupazione; 2) in ragione di questo mutamento, ha interrotto l'indirizzo di progressiva garanzia del diritto del lavoro, togliendo la tutela reale dal centro della scena dei rimedi contro il licenziamento.

Tornando alla sent. 194, è su tutto questo che la Consulta *nulla ha detto*.

Un'occasione mancata? Direi proprio di sì.

Oltre, però, è bene e corretto non andare. Non ci si può spingere, cioè, sino a rinvenire, nella sent. 194, la conferma del *nuovo* bilanciamento e, con esso, della svolta ordinamentale. Se a tale conclusione si giungesse, si dovrebbe al contempo riconoscere che il *self restraint* politico avrebbe condotto la Corte a una così impegnativa posizione sulla base della già evidenziata (ovvia) valutazione di carattere meramente logico-formale: "coerente" limitare la riduzione delle tutele ai *nuovi* assunti se il fine è incentivare *nuove* assunzioni. In altre parole, la Corte avrebbe confermato la suindicata svolta dell'ordinamento *senza alcuna attenzione al suo contenuto*. Più che *self restraint* politico sarebbe un *azzeramento* del fondamentale circuito istituzionale tra legislatore e giudice delle leggi³⁰.

Il nuovo bilanciamento, dunque, c'è, di sicuro, nel d.lgs. 23/15, non, evidentemente, nella sent. 194: dal punto di vista né formale – come fa pensare la già segnalata dichiarazione di inammissibilità delle disposizioni impugnate in relazione al profilo occupazionale – né sostanziale. E, con esso, non può che restare estranea alla sentenza pure la scelta di politica del diritto emblematica del *Jobs Act*, il suo "cuore": meno vincoli al licenziamento, più occupazione.

5. *Il rilievo del nuovo bilanciamento ai fini delle marginalizzazione della reintegra*

In un tale scenario alquanto appropriata appare la domanda: "che fine ha fatto la reintegrazione"?³¹. Appropriata benché non nella forma retorica che adotta chi la pone, affermando che la sent. 194 "sembra chiudere la porta ad ogni tentativo di rimettere in discussione la conformità alla Costituzione di una tutela solo economica per i lavoratori licenziati senza giustificazione"³².

³⁰ Si è osservato come la Corte, limitandosi a fare "propria la dichiarazione del legislatore, finisca con l'abdicare al proprio ruolo" (PALLANTE, *Il lavoro e l'eguaglianza che non c'è*, Relazione, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 37.

³¹ BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 248; D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 141.

³² BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 251.

L'impressione è che la mancata attenzione verso il nuovo bilanciamento legislativo abbia portato con sé anche l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. E questo al di là del fatto che il giudice remittente in nessuna delle questioni sollevate vi dà peso. Come prima osservato, la marginalizzazione della reintegra è parte costitutiva del nuovo bilanciamento: non dedicare alcuna riflessione problematica al secondo implica, pressoché inevitabilmente, il silenzio sulla prima.

Si è già detto che la Consulta, nella sent. 194, si limita a ricordare l'opinione, scaturita dalla sua stessa pluridecennale giurisprudenza, e generalmente condivisa, che ritiene la reintegrazione non imposta dalla Costituzione ma frutto di una scelta del legislatore. Per converso, nella sentenza non c'è traccia di quanto, sempre la giurisprudenza costituzionale, ha chiaramente indicato sin dalla pronuncia del 28 dicembre 1970 n. 194, pure richiamata dalla stessa sent. 194: cioè che la tutela reale – nella pronuncia del 1970 contrapposta alla tutela obbligatoria di cui alla l. 604/66 – corrisponde (scriveva la Corte) all'attuazione “completa” delle previsioni costituzionali, come tale gradualmente da realizzare ad opera del legislatore, ancorché tenendo conto della (già più volte rammentata) situazione economica generale.

La tutela reale dunque – ci ha in passato insegnato la Consulta – non è costituzionalizzata, ma, nondimeno, ha un *sicuro rilievo costituzionale: corrisponde a una piena attuazione del progetto dei Costituenti*. Ascoltando l'insegnamento della Consulta e – aggiungerei – la nostra coscienza storica, è quindi da considerarsi tratto costitutivo di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro di cui agli artt. 4 e 35 Cost. *interrotto* dal nuovo bilanciamento legislativo³³.

Si obietterà: allora perché la domanda sulle sue sorti? Non è forse nella natura delle cose accantonarla in ragione del nuovo bilanciamento operato dal legislatore?

Beh, ritorniamo allo stesso punto di cui sopra: il cambiamento giuridico – dove l'aggettivo è il compendio di una molteplicità di visuali – non è di poco conto, come tale non può evidentemente passare sottotraccia.

In passato – utile ricordarlo – studiosi autorevoli sono giunti finanche ad escludere la legittimità costituzionale di un “cammino a ritroso” rispetto alla tutela reale³⁴. Senza arrivare a tanto, v'è da pensare che la continuità del-

³³ Ho approfondito questa prospettiva nel già ricordato scritto, *Rilevanza costituzionale della tutela reale*, cit., al quale rinvio per i necessari approfondimenti.

³⁴ MANCINI, *Principi fondamentali. Art. 4*, in *Comm. Branca*, 1975, pp. 240-241). Nella stessa ottica, in tempi più vicini, ancora in riferimento alla sentenza n. 194/1970, si è scritto: “l'attuazione legislativa può avvenire con gradualità: al legislatore è consentito solo di ‘andare avanti’

l'elaborazione giuridica e la profondità del cambiamento richiedano, quanto meno, un'adeguata attenzione ai contenuti del nuovo bilanciamento. Come dire, della tutela reale, forse non nel breve periodo (ma con la consapevolezza keynesiana dei rischi del lungo), in qualche modo occorrerà ritornare a parlare: anzitutto per spiegarne le sorti, che vuol dire illustrarne il percorso seguendo il criterio dell'argomentazione.

6. ... e ai fini del raffronto con il diritto comune dei contratti

In questa direzione, per la verità, spinge pure un altro ordine di considerazioni, rivolto al diritto dei contratti.

La dottrina fa notare, da un lato, che, dopo lo Statuto dei lavoratori, gli “asseti di diritto speciale sembravano sempre più coerenti anche con l'evoluzione del diritto comune dei contratti, nel quale la tutela ripristinatoria o quella per equivalente assurgono al rango di rimedi generali”³⁵; dall'altro, come, in seguito alle novità introdotte dal d.lgs. 23/15, il prestatore di lavoro sia il “debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico”³⁶. L'accento è sempre sulla centralità della regolazione del licenziamento: in una delle più lucide e classiche analisi giuslavoristiche, visto non solo come atto negoziale, bensì anche quale esercizio di potere privato, si da rendere la reintegra “consapevole intervento riequilibratore dei rapporti d'impresa”³⁷.

Questa duplice dimensione del licenziamento – atto contrattuale e espressione della relazione potere-soggezione – è ben presente alla Corte quando sottolinea che “i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro”³⁸; anzi è la stessa Consulta a ricordare (proseguendo) che il “forte coinvolgimento delle persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata

nell'attuazione del principio non di ‘tornare indietro’ (naturalmente, tenendo conto delle condizioni generali dell'economia)” ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *op. cit.*, p. 227).

³⁵ ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 287.

³⁶ NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, p. 508, ripreso da GIUBBONI, *op. cit.*, p. 2.

³⁷ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979, 67. Sulla duplice dimensione tornano di recente CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 10; SCARPELLI, *Intervento*, in FASSINA, ANDREONI (a cura di), *op. cit.*, p. 184; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 289.

³⁸ *Considerato in diritto*, punto 9.1.

– qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele”.

Tuttavia è proprio da questa prospettiva che i conti non tornano.

Se per un verso, nella ormai da tempo prevalente e preferibile sistemazione contrattualistica (attenta a unire le due indicate dimensioni), il contratto di lavoro è regolazione anzitutto del potere datoriale, per altro verso, stando alla ricostruzione altrettanto consolidata dell’assetto costituzionale (da ultimo, come già detto, ricordata pure dalla sent. 194), la compressione dell’autonomia contrattuale-datoriale, allontanandosi – si badi – dal diritto comune dei contratti, può giungere finanche a un regime inderogabile di tutela contro il licenziamento ma secondo un equilibrio rimesso alla “discrezionalità” del legislatore, cui compete scegliere il “tipo” di tutela. Sicché, la sistematica del contratto, anche nel raffronto con il diritto comune, viene comunque sopravanzata dal discorso costituzionale, nell’ambito del quale la discrezionalità del legislatore va inserita: è su questo piano che si gioca l’equilibrio tra datore di lavoro e prestatore di lavoro. Ritorna così decisiva la questione del bilanciamento, e dei suoi termini.

Ebbene, nel nuovo bilanciamento l’indirizzo di progressiva garanzia del diritto del lavoro, che ha trovato nei decenni scorsi la propria cifra nella tutela reale in una chiave propriamente contrattualistica – di effettivo equilibrio dei contraenti –, viene oggi rivisto in ragione della correlazione “riduzione delle tutele–promozione dell’occupazione”: il centro della scena dei rimedi è occupato dalla tutela monetaria.

Sicché, se nella logica contrattualistica è estremamente puntuale il richiamo della Consulta al valore della persona nel diritto al lavoro, più intenso, secondo questa stessa logica, è l’amaro in bocca lasciato dalla sentenza: al di là dell’entità del risarcimento, l’attenzione al valore della persona strida con il silenzio sul nuovo bilanciamento, ragione del radicale e fondamentale cambiamento di disciplina, ossia della marginalizzazione della tutela reale.

7. *Brevi considerazioni sui criteri per la determinazione del danno da risarcire al prestatore di lavoro*

L’impostazione sin qui seguita induce, infine, a qualche breve considerazione sull’aspetto che dà peso giuridico alla sent. 194.

Come ben noto, la sent. 194, dichiarando l’illegittimità dell’art. 3, co. 1, del d.lgs. 23/15 nella parte concernente l’automatismo nel calcolo dell’indennità

spettante al lavoratore, ha aperto il problema dei criteri da utilizzare, oggi, per questo calcolo, posti i limiti delle 6/36 mensilità sopravvissute alla pronuncia.

Sull'argomento si sono praticamente espressi tutti coloro che hanno partecipato al vasto dibattito già sviluppatosi³⁹. D'altronde la Consulta è pur sempre intervenuta – per restare nella metafora – su una delle “arterie” del *Jobs Act*.

La gran parte degli autori ha censurato la sent. 194 perché i criteri indicati nella motivazione (richiamando l'art 8 della l. 604/66 e l'art. 18, co. 5, della l. 300/70) in realtà non aiuterebbero granché l'interprete, in quanto non soddisfacenti ai fini della determinazione del risarcimento del danno subito dal lavoratore (oltre all'anzianità, vengono in gioco il numero di dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti).

Non interessa qui entrare nel merito del problema. Piuttosto s'intende evidenziare due aspetti: uno sintonico rispetto al dibattito rammentato; l'altro – se si vuole – eccentrico, ma non trascurabile, che ci riporta al versante “occupazionale”.

I criteri in parola sono considerati dalla Corte, inizialmente, ai fini del risarcimento del danno subito dal lavoratore⁴⁰, ma, immediatamente dopo, più in generale, nell'ambito del bilanciamento tra gli interessi in conflitto⁴¹. E in questa parte della pronuncia la Corte, confermando il disinteresse per il contenuto del nuovo bilanciamento tra tutela contro il licenziamento e incremento dell'occupazione, effettua un deciso cambio di visuale. Lascia questo bilanciamento per riprendere il bilanciamento tradizionale, tra tutela del lavoro e tutela dell'impresa: intorno a esso svolge l'intero successivo ragionamento.

Muovendo da tale consapevolezza, probabilmente si riesce a comprendere anzitutto – ed è il primo aspetto di cui dicevo – perché i criteri indicati dalla Consulta non sono soddisfacenti ai fini della definizione del risarcimento del danno subito dal lavoratore: essi guardano a entrambi i poli del bilanciamento, cioè all'interesse tanto del lavoratore quanto dell'impresa. Donde anche le inevitabili conseguenze sulla peculiarità del risarcimento e la sua misura forfettaria.

Ampliando poi la visuale – e con questo vengo al secondo aspetto, di maggiore interesse per l'impostazione qui seguita, attenta all'obiettivo legislativo dell'incremento occupazionale –, v'è un'altra considerazione da fare.

³⁹ V. gli articoli citati *retro* in nt. 1.

⁴⁰ V. *Considerato in diritto*, punto 11.

⁴¹ V. già la conclusione del *Considerato in diritto*, punti 11, 12.1., 12.3 e 15.

Benché gran parte dei commentatori abbiano sottolineato gli scenari di forte incertezza aperti dalla sentenza, che ha riposto al centro la “discrezionalità” del giudice, riesce difficile tacere un ulteriore elemento di riflessione, non certo utile per arginare questa incertezza. Mi riferisco al contenuto essenziale dei diritti da contemperare: “un concetto piuttosto vago”, ma d’indubbio rilievo teorico e pratico nella logica del bilanciamento, quale suo “limite negativo”⁴², in quanto tale comunque da tener presente. Nella sent. 194 non se ne fa cenno.

Come è stato osservato, la Corte “ha correttamente ancorato la valutazione ai criteri (ulteriori rispetto all’anzianità) ‘desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina dei licenziamenti’ ”; e, per illustrare appieno il significato sul piano costituzionale di questa indicazione, si è aggiunto: la “scelta interpretativa deve mettersi in comunicazione con il sistema giuridico, al cui interno deve essere necessariamente integrata”⁴³. Ciò convince a prescindere dal carattere della sent. 194, additivo o solo ablativo, come peraltro pure a me sembra. E allora, in questa condivisibile logica “di sistema”, l’interprete non può trascurare la “barriera estrema” di ogni operazione di bilanciamento: appunto, il contenuto essenziale del diritto⁴⁴; considerato altresì, in modo eloquente, “come norma di chiusura e come epigrafe dell’intero dettato normativo: dunque dotata di elevata tensione etica”⁴⁵.

Ha scritto efficacemente la stessa Consulta nella sentenza del 9 maggio 2013 n. 85: le Costituzioni pluraliste contemporanee richiedono “un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali [...]. Il punto di equilibrio [...] deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza tali da *non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*”⁴⁶. Il limite, come si sa, trova precisa veste normativa nel diritto dell’Unione europea, segnatamente nell’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, che ha recepito l’orientamento della giurisprudenza europea, per la quale anche – è appena il caso di rammentarlo – centrale è il bilanciamento tra principi/diritti.

Per la verità, non è sola la sent. 194 a trascurare il contenuto essenziale del

⁴² Entrambe le citazioni sono di MORRONE, *op. cit.*, p. 195.

⁴³ MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 630.

⁴⁴ VENEZIANI, *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in *questa rivista*, 2016, p. 236.

⁴⁵ VENEZIANI, *op. cit.*, p. 237.

⁴⁶ Mio il corsivo.

diritto. A dispetto della sua importanza, è un atteggiamento, in generale, non estraneo ai giuslavoristi⁴⁷. Tuttavia – e questo è significativo – da qualche tempo una certa attenzione al riguardo si registra⁴⁸. Proprio in materia di tutela contro il licenziamento si segnala una recente indagine che, all’esito di una ricostruzione convergente di reintegra “monetizzata” e tutela indennitaria, pone l’accento sul contenuto essenziale del diritto a non essere arbitrariamente licenziato: individuato nel “valore dell’occupazione”, segnatamente nel “sostegno per il tempo necessario a trovare una nuova occupazione”⁴⁹. In questa ottica, riconducibile alla concezione “assoluta” del contenuto essenziale del diritto⁵⁰, il danno da risarcire è determinato dal numero di mensilità di retribuzione corrispondenti al tempo necessario per trovare nuova occupazione.

La prospettiva, nella sua attualità, merita attenzione (là dove, ovviamente, l’esito dell’operazione di bilanciamento si confermi a favore della tutela solo economica). Merita attenzione in ragione del rilievo attribuito al profilo “occupazionale” caratterizzante il *nuovo* bilanciamento: che coglie nella sua dimensione “effettiva”, valorizzando posizione e permanenza del lavoratore nel mercato del lavoro.

Va da sé che, adottando tale prospettiva, ci sarebbe da porsi il problema del contenuto essenziale del diritto anche sull’altro versante del bilanciamento. A questo punto, però, secondo la nuova fisionomia da esso assunta: da individuare nella tutela dell’occupazione *ex art. 4 Cost.* e non dell’impresa. Non tanto perché dell’impresa ha rilievo un comportamento comunque illegittimo (il licenziamento pur sempre ritenuto censurabile dall’ordinamento), bensì perché nel nuovo bilanciamento l’impresa ha, di per sé, un

⁴⁷ VENEZIANI, *op. cit.*, p. 238.

⁴⁸ La prospettiva è al centro dell’analisi di ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, 2006.

⁴⁹ SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018, p. 69. Più precisamente, la tesi afferma anzitutto che il diritto del prestatore di lavoro subordinato a non essere arbitrariamente licenziato mira a evitare la privazione dell’occupazione per il lavoratore. Se quindi – sostiene l’autrice – l’operazione di bilanciamento arriva a sacrificare il bene dell’occupazione, il diritto in parola “*si svuota del tutto*, nel contenuto e nelle finalità”. In termini concreti, ciò vuol dire – prosegue l’autrice – che il contenuto essenziale del diritto si sostanzia nella tutela dell’occupazione nella sua immediatezza: ossia, una volta consentito l’effetto estintivo del licenziamento, nel “*sostegno per il tempo necessario a trovare una nuova occupazione*” (pp. 68-69; ID., *Licenziamento ingiustificato*, cit., p. 655).

⁵⁰ Per la quale cfr. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti individuali nella Costituzione italiana*, Cedam, 1972, p. 150 ss.; LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, 1983, p. 65 ss.

ruolo soltanto strumentale rispetto alla tutela dell'occupazione, alla quale la tutela economica del licenziamento è correlata.

Per la tutela dell'occupazione *ex art. 4 Cost.* il discorso acquista, tuttavia, risvolti peculiari.

Il diritto al lavoro previsto dal principio costituzionale, per quanto nel tempo possa aver acquisito contenuti giuridici e quindi effettività⁵¹, a me pare che, nella visuale da cui assume qui rilievo, si presenti necessariamente non quale situazione giuridica soggettiva ma, piuttosto, come obiettivo prettamente politico⁵². Da collocare, in quanto tale, sul versante (se si vuole) più tradizionale della norma costituzionale, afferente alle politiche dell'occupazione e, di conseguenza, all'opportunità politica di questa o quella regola. È da tale angolazione che ci si dovrebbe allora chiedere in quali termini economici sanzionare l'impresa che licenzia, nella veste di strumento funzionale all'obiettivo occupazionale. In quest'ottica può trovare giustificazione, tra l'altro, la previsione di una misura massima del risarcimento del danno a favore del lavoratore.

In conclusione, la prospettiva del contenuto essenziale del diritto, se – come si diceva prima – non aiuta certo l'interprete dinanzi all'incertezza normativa prodotta oggi dalla Consulta in merito ai criteri di determinazione del danno da risarcire al lavoratore, è però in sintonia con il suo disagio: quale ulteriore non trascurabile ragione per continuare a tenere al centro dell'attuale agenda giuridica la disciplina del licenziamento, alla ricerca di un assetto che radichi la propria solidità nell'equilibrio e nella consapevolezza storico-sistemica⁵³.

⁵¹ Anche per una concreta realizzazione nei confronti dei pubblici poteri: sull'argomento, periodicamente ripreso nel dibattito, cfr., per tutti, ALAIMO, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati*, Giappichelli, 2009; ID., *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, pp. 249 ss.; FALERI, *Asimmetrie informative e tutele del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 294 ss.; LAMBERTUCCI, *Il diritto al lavoro tra principi costituzionali e discipline di tutele*, in *RIDL*, I, 2010, p. 91; LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, 2000, p. III ss.; LISO, *Il Diritto al lavoro. Rileggendo M. D'Antona*, in *DLRI*, 2009, p. 139; D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento*, e RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione*, Atti del convegno di studio per il 50° anniversario della RGL, Napoli 8 maggio 1999, in *RGL*, supplemento al n. 3/1999, rispettivamente p. 15 e p. 37.

⁵² Nello stesso senso, benché sulla base di considerazioni parzialmente diverse, SARACINI, *Reintegra monetizzata*, cit., p. 71.

⁵³ Più di un autore auspica un nuovo intervento legislativo in materia: cfr. MARESCA, *op. cit.*, p. 243; PISANI, *op. cit.*, p. 172; VALLEBONA, *op. cit.*, p. 254; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 293.

Abstract

L'autore pone in risalto come la sent. della Corte cost. n. 194/18, se da un lato torna a sottolineare la centralità del lavoro nella Costituzione – funzionale al pieno sviluppo della persona –, dall'altro finisce per trascurare tale correlazione. La Consulta esclude infatti l'illegittimità costituzionale della differenza di tutela *ratione temporis* apprestata dall'art. 3, co. 1, del d.lgs. 23/15 sulla base di un *nuovo* bilanciamento (tutto interno all'art. 4 Cost.) tra divieto di licenziamento arbitrario e diritto al lavoro, ma – ad avviso dell'autore – questo bilanciamento (già da lui rimarcato all'indomani del Jobs Act) resta, nel suo contenuto, completamente estraneo alla sentenza. E con esso alla sentenza resta estranea anche la svolta ordinamentale, sottesa al d.lgs. 23/15, che, proprio in ragione di quel bilanciamento, colloca oggi la tutela economica al centro della disciplina del licenziamento. Lo scritto si conclude con alcune osservazioni, sempre particolarmente attente al profilo occupazionale, in merito alla parte della sentenza concernente i criteri di determinazione del danno da risarcire al lavoratore conseguenti alla sua pronuncia.

The author highlights how the ruling of the Constitutional Court n. 194/2018, on the one hand, returns to underline the centrality of work in the Constitution – functional to the full development of the individual – and, on the other hand, it ends up neglecting this correlation. The Court in fact excludes the constitutional illegitimacy of the differences in protection *grounded on time* provided by Article 3(1) of Legislative Decree 23/2015 on the basis of a *new* balance (all internal to Article 4 of the Constitution) between the prohibition of arbitrary dismissals and the right to work, but – in the author's opinion – this balance (already highlighted by him in the aftermath of the Jobs Act), in its content, is still completely external to the judgment. Furthermore, the legal order change, which underlies Legislative Decree n. 23/2015 which, precisely because of that balance, places economic protection of the core of the dismissal discipline. The paper ends with some observations, always particularly focused on the occupational profile, which regard the part of the ruling concerning the criteria for determining the damage to be compensated to the worker.

Key words

Licenziamento, riduzione delle tutele, promozione dell'occupazione, nuovo bilanciamento, contenuto essenziale del diritto.

Dismissal, reduction of protection, promotion of employment, new balance, essence of the right.