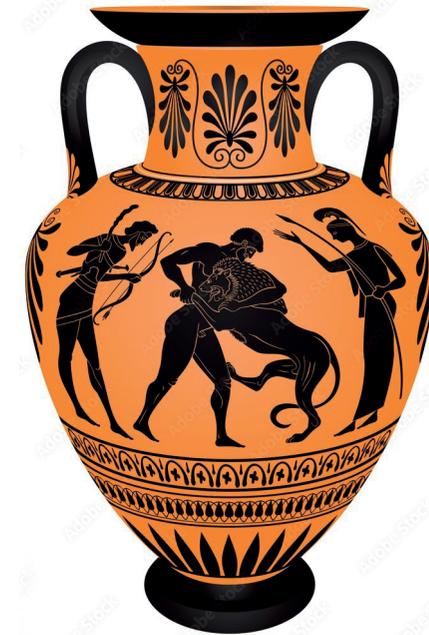


CORTE COSTITUZIONALE E LAVORO

# CORTE COSTITUZIONALE E LAVORO

*Interessi e tecniche decisorie  
nella disciplina del licenziamento*

a cura di  
GABRIELE FRANZA - CHIARA BERGONZINI



ISBN 979-12-235-0117-7



ES

EDITORIALE SCIENTIFICA





# **CORTE COSTITUZIONALE E LAVORO**

**Interessi e tecniche decisorie  
nella disciplina del licenziamento**

a cura di  
*Gabriele Franza - Chiara Bergonzini*

EDITORIALE SCIENTIFICA

Il volume è stato pubblicato con il contributo della ricerca scientifica  
“Corte costituzionale e lavoro: interessi e tecniche decisorie nella di-  
sciplina del licenziamento” 2022-2023, Dipartimento di Giurispruden-  
za dell’Università degli Studi di Macerata.

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica s.r.l.  
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli  
[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) [info@editorialescientifica.com](mailto:info@editorialescientifica.com)  
ISBN 979-12-235-0117-7

## INDICE

<i>Introduzione</i>	7
GABRIELE FRANZA - CHIARA BERGONZINI	
<i>Corte costituzionale, licenziamenti illegittimi e piena occupazione: l'evoluzione della topografia del bilanciamento</i>	11
CHIARA BERGONZINI	
<i>La giurisprudenza costituzionale e la spesa per i diritti dei lavoratori</i>	37
CAMILLA BUZZACCHI	
<i>Interessi e tecniche decisorie nella giurisprudenza costituzionale in tema di licenziamenti illegittimi</i>	69
GIACOMO MENEGUS	
<i>I licenziamenti, il giudice costituzionale e le dodici fatiche del legislatore del lavoro</i>	101
GABRIELE FRANZA	
<i>Licenziamenti disciplinari ed effettività della contrattazione collettiva</i>	137
MATILDE D'OTTAVIO	
<i>I licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese e la necessità di un'effettiva tutela</i>	157
ALESSANDRO GIULIANI	
<i>Le conseguenze previdenziali della reintegra</i>	185
PIETRO POZZAGLIA	
<i>Elenco degli autori</i>	215



## INTRODUZIONE

Gabriele Franza - Chiara Bergonzini

L'idea di sviluppare un progetto di ricerca sulla giustizia costituzionale in materia di licenziamenti è nata nell'estate di due anni fa, quando il dibattito giuslavoristico era già rovente ma ancora non si prospettavano, almeno nella forma della rimessione, le questioni che hanno impegnato la Corte nel corso del 2024.

È indubbio che l'interesse della dottrina costituzionalistica verso la materia del lavoro, sopito per lungo tempo, si è rinvigorito nell'ultimo decennio, venendo sollecitato prima dalla sua dimensione pubblicistica, nelle componenti della previdenza sociale e del mercato del lavoro, e più di recente dalla tematica salariale. Quest'ultima è stata infatti investita, nell'ottica del principio-regola dell'art. 36, co. 1, Cost., intrecciato al controllo del costo del lavoro governato dalle dinamiche sindacali, dapprima dalla questione, di origine sovranazionale, dell'introduzione di un minimo legale, e poi da quella relativa alla determinazione giudiziale del livello di sufficienza, nella innovativa impostazione di disapplicazione del prodotto dell'autonomia collettiva.

Nella prospettiva dell'intervento pubblico, doveroso ma al contempo sostenibile – cioè affidato ad un'efficace distribuzione delle risorse – la disciplina dei licenziamenti svolge un ruolo importante, poiché l'interesse individuale alla conservazione del reddito è inevitabilmente collegato ad esigenze occupazionali, che a loro volta alimentano il gettito contributivo e vanno coordinate col modello di protezione apprestato per la perdita del lavoro ed il suo reperimento.

Per altro verso, quella disciplina si lega al tema retributivo pure sotto il profilo, nient'affatto secondario, della prescrizione dei crediti retributivi, imponendo di rievocare, alla luce delle recenti modifiche, la risalente ma decisiva opera del giudice delle leggi per la conformazione dell'istituto codicistico al ricordato principio costituzionale ed al valore del lavoro.

Nondimeno, la materia dei licenziamenti era ed è tuttora caratterizzata da un elevato tecnicismo normativo, proprio della specialità del settore, che rileva tanto nell'interpretazione dei presupposti di legittimità per l'esercizio del diritto di recesso, quanto in quella delle condizioni di invalidità dell'atto, rese assai più complicate dalle novità sopravvenute con le ultime riforme.

La giustizia costituzionale è stata coinvolta su questo secondo profilo, perché le recenti modifiche delle tutele contro i licenziamenti illegittimi hanno impattato direttamente, in prima battuta, sul principio di uguaglianza, chiamando in causa il canone di ragionevolezza. Tuttavia, l'argomentazione è risultata condizionata dagli approdi del giudice di legittimità, innestando un circolo esegetico che ha condotto ad esiti perfino sorprendenti e sui quali adesso pende la scure di un imminente *referendum* abrogativo.

L'idea alla base del progetto era, dunque, quella di rilanciare una riflessione scientifica interdisciplinare sul tema dei licenziamenti, incrociando la prospettiva giuslavoristica e quella costituzionalistica, che negli anni più recenti hanno mostrato la tendenza a svilupparsi in parallelo quando non addirittura, per certi aspetti, su parabole divergenti.

A tale fine, è apparso innanzitutto necessario svolgere una completa ricognizione degli interessi sottesi non solo alla disciplina legislativa, ma anche alle decisioni della stessa Corte, ripercorrendone la giurisprudenza sin dalle prime decisioni sul tema, risalenti agli anni Sessanta del Novecento. Da tale prima analisi è emerso come, oltre all'immediata contrapposizione degli interessi contrattuali delle parti, si renda oggi necessaria una rivalutazione complessiva della "topografia del conflitto", che consenta di ampliare la visione alle ricadute delle scelte legislative e delle relative pronunce di illegittimità, nella triplice prospettiva della tutela dei diritti, della sostenibilità del sistema produttivo e degli equilibri di finanza pubblica.

All'esito di questa indagine si è ritenuto possibile indagare le tecniche di giudizio della Corte, tanto nell'ottica della sostenibilità sociale ed economica, in relazione alle complessive politiche pubbliche, quanto per le ricadute, in termini di diritto positivo e di effettività, sull'impianto legislativo e, quindi, sull'assetto del bilanciamento tra la tutela dei diritti costituzionali e la libertà di iniziativa privata, con par-

ticolare attenzione alla divaricazione tuttora vigente in forza dei requisiti dimensionali dell'impresa, anche alla luce delle indicazioni provenienti dal diritto commerciale.

Benché nel momento in cui si chiude questo lavoro (15 ottobre 2024) la giurisprudenza costituzionale sembri essersi almeno temporaneamente assestata, il quadro è in realtà destinato a complicarsi ulteriormente proprio a seguito delle ultime pronunce, le cui conclusioni dovrebbero essere calibrate sull'attuale assetto della giurisprudenza ordinaria, ma in realtà lasciano presagire, ed anzi auspicare, un nuovo e difficile intervento legislativo, connesso o meno ai propositi referendari.

Agli Autori del presente volume è stato chiesto, nel rispetto della impostazione culturale e della vocazione e propensione scientifica di ciascuno, di seguire le linee direttrici del progetto, occupandosi di uno o più aspetti tra quelli sopra evidenziati. Vogliamo pertanto ringraziarli sentitamente per i rispettivi contributi, senza i quali non sarebbe stato possibile portare a compimento la ricerca. Resta inteso che l'esito complessivo è imputabile in via esclusiva agli scriventi curatori.



CORTE COSTITUZIONALE, LICENZIAMENTI  
ILLEGITTIMI E PIENA OCCUPAZIONE:  
L'EVOLUZIONE  
DELLA TOPOGRAFIA DEL BILANCIAMENTO

Chiara Bergonzini

SOMMARIO: 1. Il punto di partenza: la giurisprudenza costituzionale dal 2018 al 2024. – 2. Gli interessi in gioco: gli articoli 4, co. 1 e 41, co. 2, della Costituzione. Le sentenze n. 45/1965 e n. 46/2000 della Corte costituzionale. – 3. Il problema della piena occupazione: cenni ai lavori dell'Assemblea costituente. – 4 L'evoluzione successiva del dibattito. – 5. La novità della sent. 194/2018: la lotta alla disoccupazione come *ratio* giustificatrice dell'intervento del legislatore. – 6. I problemi aperti: gli (eventuali) altri interessi che entrano in gioco.

1. *Il punto di partenza: la giurisprudenza costituzionale dal 2018 al 2024*

La serie di sentenze della Corte costituzionale inaugurata nel 2018 e proseguita negli anni successivi fino al 2024<sup>1</sup> ha suscitato un imponente dibattito relativo alle tutele contro i licenziamenti – tendenzialmente quelli individuali – come riformati dalla cd. legge Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92) e soprattutto dal cd. *Jobs Act* (del quale qui interessa il d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23<sup>2</sup>). Lasciando agli esperti di Diritto del lavoro le numerose questioni tecniche<sup>3</sup>, dalla prospettiva costi-

<sup>1</sup> Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 86/2018; sent. n. 194/2018; sent. n. 150/2020; sent. n. 254/2020; sent. n. 59/2021; sent. n. 125/2022; sent. n. 183/2022; sent. n. 212/2020; sent. n. 7/2024; sent. n. 22/2024; sent. n. 44/2024; sent. n. 128/2024; sent. n. 129/2024.

<sup>2</sup> È opportuno precisare che il cd. *Jobs Act* (denominazione ripresa dalla legislazione statunitense promossa dal Presidente Obama) è in realtà composto di una nutrita serie di atti normativi (due leggi di delega e nove decreti legislativi), anche se nella comunicazione pubblica e nella riflessione scientifica il nome ha finito per indicare il decreto legislativo menzionato nel testo.

<sup>3</sup> Cfr. da ultimo e per tutti G. FRANZA, *Licenziamenti ingiustificati e principio di eguaglianza*, Torino, 2024.

tuzionale la vicenda mostra diversi profili di interesse, già a partire dagli atti di rimessione e, quindi, dal ruolo svolto dai giudici ordinari<sup>4</sup>. Le questioni di legittimità costituzionale sono infatti illustrate in ordinanze non solo lunghe, ma anche estremamente articolate, in qualche caso strutturate come veri e propri saggi. L'impressione complessiva, diffusamente rilevata in dottrina e a più riprese dalla Corte stessa, è di assistere ad un tentativo di scardinare per via giurisprudenziale le basi stesse in particolare del cd. *Jobs Act*, con l'obiettivo di tornare alla previsione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che com'è noto prevedeva, in caso di licenziamento illegittimo, la cd. tutela reale, cioè la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro<sup>5</sup>.

Alla densità delle ordinanze di rimessione si aggiunge la complessità della materia in discorso, sostanzialmente composta di due discipline che – stante la “sopravvivenza” del regime introdotto nel 2015 grazie alla sent. n. 194/2018 – regolano la medesima fattispecie. Tale coesistenza ha da un lato indotto i giudici *a quibus* a sollevare questioni alternativamente sull'una e sull'altra normativa<sup>6</sup>; dall'altro lato, e di conseguenza, la successione delle relative sentenze ha creato una giurisprudenza costituzionale “a scacchiera”, la cui ricostruzione è resa ancora più difficoltosa dal livello di dettaglio dei *Considerato in diritto*, che spesso si dilungano nella ricostruzione delle questioni e del quadro normativo, offrendo così inevitabilmente spunti i quali, pur non rilevanti ai fini della singola decisione, contribuiscono notevolmente a complicare il puzzle. Il che – va notato – non sarebbe stato di per sé necessario, stante il fatto che il parametro su cui fanno perno le questioni è nella maggior parte dei casi, e almeno fino al 2024<sup>7</sup>, l'art. 3

<sup>4</sup> Tra i più recenti sul tema cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le tecniche interpretative nel diritto del lavoro tra cognitivismo e bilanciamento «creativo»*, in *RIDL*, n. 1, 2023, 483 ss.

<sup>5</sup> Esplicita sul punto Corte cost., sent. n. 7/2024, p.to 3.2 *Considerato in diritto*.

<sup>6</sup> In particolare, hanno ad oggetto l'art. 1, co. 42, lett *b*) della cd. legge Fornero (la parte che ha modificato l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori) le sentt. n. 86/2018, n. 59/2021 e n. 125/2021; hanno ad oggetto diverse disposizioni del cd. *Jobs Act* le sentt. n. 194/2018, n. 150/2020, n. 254/2020, n. 183/2022, n. 7, n. 22, n. 44, n. 128 e n. 129 del 2024.

<sup>7</sup> Guardando non alle ordinanze di rimessione, ma alla successione delle decisioni della Corte emergono due fasi (almeno alla data di chiusura di questo lavoro, cioè il 30

Cost., richiamato nel quadro di un giudizio di ragionevolezza; la Corte avrebbe quindi potuto scegliere la strada della decisione basata sul parametro menzionato, evitando i numerosi altri profili semplicemente dichiarandone l'assorbimento. Perché ciò non sia avvenuto è questione di sistema – il ruolo scelto dal Giudice delle leggi nel contesto dell'interpretazione in senso ampio, con le ovvie ricadute anche sul dibattito dottrinale – che non è possibile affrontare in questa sede. In ragione della lunghezza della catena di decisioni e della complessità degli argomenti portati di volta in volta al giudizio di legittimità, tuttavia, non ci si può esimere da un'osservazione di carattere generale, che si può sintetizzare così: il grado di opportunità delle sentenze costituzionali che si dilungano sulle “dottrine” sulle quali i giudici *a quibus* fondano le rispettive ordinanze è inversamente proporzionale al livello di complessità non solo del quadro normativo su cui la Corte si trova a lavorare, ma soprattutto della discrezionalità di cui gode il legislatore. Di per sé, la tendenza descritta è tutt'altro che sconosciuta nella giustizia costituzionale: basti pensare, per fare un solo esempio, al settore del cd. Diritto del bilancio, che il Giudice delle leggi ha sostanzialmente “costruito” nel corso di un pluriennale dialogo con la Corte dei conti<sup>8</sup>; in quel caso, tuttavia, entrambe le Corti operavano su un *corpus* normativo che, pur certamente variegato, era caratterizzato da un elemento teleologico unificante (e condiviso con il legislatore almeno nell'obiettivo), cioè appunto la tutela del bilancio pubblico. Se invece le decisioni riguardano fonti diverse e coprono un perimetro molto più

settembre 2024): tra il 2018 e il 2022 il parametro è sempre l'articolo 3 della Costituzione, in chiave di eguaglianza e ragionevolezza; nel 2024 l'attenzione dei giudici *a quibus* (e della Consulta) si è spostata sulla violazione, da parte del d.lgs. n. 23/2015, dell'art. 76 Cost per eccesso di delega; per poi tornare sulla ragionevolezza nella sent. n. 128/2024. Solo la sent. n. 129/2024 ruota intorno al parametro – cruciale, trattandosi di decisione interpretativa di rigetto – di cui all'art. 39 Cost.

<sup>8</sup> Sia consentito rinviare sul punto a C. BERGONZINI, *Equità intergenerazionale e giurisprudenza costituzionale: le ricadute di sistema delle decisioni in materia contabile. Riflessioni a ritroso a partire dalla sentenza n. 235 del 2021*, in *Bilancio Comunità Persona (dirittoeconomi.it)*, n. 1, 2022, 64 ss.

limitato rispetto all'ampiezza delle ordinanze<sup>9</sup>, allora è inevitabile l'interrogativo sul perché non ne siano derivate sentenze di poche pagine<sup>10</sup>, avendo di volta in volta dichiarato illegittima *una* disposizione (in diverse occasioni con accoglimenti parziali riferiti ad una sola parola) sulla base di *un* parametro. In definitiva<sup>11</sup>, pare di essere di fronte a uno sforzo "ricostruttivo" che, se può essere apprezzabile nella lettura delle singole motivazioni, ad uno sguardo di insieme finisce per creare più problemi che soluzioni, in particolare in un settore ad alta litigiosità e connotato da forti posizioni ideologiche di base, qual è il Diritto del lavoro<sup>12</sup>.

2. *Gli interessi in gioco: gli articoli 4, co. 1 e 41, co. 2, della Costituzione. Le sentenze n. 45/1965 e n. 46/2000 della Corte costituzionale*

Venendo alla prospettiva su cui si intende concentrare l'attenzione di qui in poi, un profilo particolarmente interessante emerge guardando agli elementi fondamentali della sentenza "capostipite", cioè la n. 194 del 2018, in cui ritorna il più classico dei conflitti in materia di licenziamenti individuali: quello tra il diritto del datore di lavoro all'esercizio della libertà di impresa, da un lato, e quello del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, dall'altro. Oggetto di appassionati dibattiti nel corso della prima stagione repubblicana, poi sopiti per un lungo periodo in vigenza dell'art. 18 dello Statuto dei lavorato-

<sup>9</sup> In armonia, peraltro, con il principio della separazione dei poteri soprattutto in un settore, quale è quello in esame, in cui lo spazio della discrezionalità legislativa è fisiologicamente molto ampio.

<sup>10</sup> Lapidario, sul punto, A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, 251 ss.: «Questo modo di fare, che è comune anche alle sentenze della Corte di Giustizia, deve essere cambiato. Le decisioni devono essere brevi e concise, altrimenti i connotati essenziali vengono diluiti e diventano meno comprensibili».

<sup>11</sup> E senza entrare nel merito di decisioni che chi scrive non è tecnicamente in grado di valutare con la dovuta contezza, trattandosi di materia che richiede specifiche competenze anche, e per certi aspetti soprattutto, nel valutarne le ricadute applicative: per una panoramica cfr. G. FRANZA, in questo *Volume*.

<sup>12</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *RIDL*, n. 1, 2019, 279 ss.

ri, la problematica in discorso è riemersa con prepotenza dopo l'approvazione del cd. contratto a tutele crescenti ed è riesplora, appunto, quando la relativa questione di legittimità costituzionale è arrivata alla Corte.

Alla base c'è un tipico problema di bilanciamento: quali interessi entrano nella «topografia» del conflitto<sup>13</sup> e quali sono i limiti che il legislatore incontra quando ne decide il punto di equilibrio. La questione è antica, affonda le radici nelle dispute dottrinali e nella giurisprudenza costituzionale degli anni Cinquanta e Sessanta, ed è profondamente influenzata da un elemento esterno al rapporto giuridico in senso stretto, cioè la *piena occupazione*. I Costituenti, discutendo del diritto al lavoro e dei diritti dei lavoratori, avevano ben presente il tema, che ha poi costituito la base per così dire ideologica<sup>14</sup> non solo delle dispute dottrinali, ma anche – ovviamente – delle vicende politico-istituzionali successive, lotte sindacali comprese, fino ai nostri giorni. In prospettiva diacronica sembra tuttavia di poter dire che il cd. *Jobs Act* ha introdotto un elemento di novità rispetto al passato, in particolare riguardo al ruolo assegnato, nella costruzione delle fattispecie normative, alla lotta alla disoccupazione (v. *infra*, par. 5). Essa rappresenta pertanto il filo rosso seguendo il quale si tenterà di tratteggiare – necessariamente per punti – l'evoluzione del bilanciamento tra la libertà del datore di lavoro di gestire la propria impresa e il diritto del lavoratore di conservare il posto di lavoro.

Guardando a questi ultimi interessi emerge innanzitutto un problema definitorio, perché mentre il primo è espressamente previsto, con i relativi limiti<sup>15</sup>, dall'art. 41 della Costituzione, il secondo non è

<sup>13</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, spec. 62 ss., ma anche *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, e, con specifico riferimento al tema in esame, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in *Lo Stato*, n. 18, 2022, 257 ss. (reperibile anche in *robertobin.it - bibliografia*).

<sup>14</sup> Intendendo con ciò che quando si parla di piena occupazione si fa riferimento a un obiettivo extra-giuridico cui devono – o possono – mirare le politiche pubbliche, che a loro volta sono – dovrebbero – essere costruite secondo sistemi concettuali e interpretativi specifici e connotati.

<sup>15</sup> Sui limiti di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. proprio in riferimento al tema in esame v. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del*

definito né tra i Principi fondamentali, né negli artt. 35 e seguenti, ma deve essere ricavato per via interpretativa. Si tratta di un'operazione che la Corte costituzionale ha svolto compiutamente nella famosa sentenza n. 45 del 1965, la prima volta in cui le è stato sottoposto il dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 2118 del Codice civile, che consentiva il recesso *ad nutum* da parte del datore di lavoro. Giudicata da Crisafulli «pregevole per la concisa limpidezza dell'argomento e per il tentativo di raggiungere un giusto punto di equilibrio "politico" tra le esigenze della realtà sociale e il rispetto che pur si deve ai dati del diritto positivo e al rigore della costruzione giuridica»<sup>16</sup>, la sentenza in discorso ha delineato quelle che ancora oggi sono le coordinate teorico-costituzionali del ragionamento<sup>17</sup>.

Innanzitutto, la motivazione afferma senza incertezze<sup>18</sup> che nel «complessivo contesto del primo comma dell'art. 4 della Costituzione»<sup>19</sup>, il diritto al lavoro, «riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa», precisando altresì che tale situazione giuridica del cittadino è «l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento».

Parafrasando gli esiti del dibattito costituente (su cui v. *infra*, par. 3), la sentenza chiarisce inoltre che a tale situazione giuridica del cittadino

*bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 4, 2007, 593 ss., 599-616. Sulla declinazione dell'utilità sociale nel cd. *Jobs Act* si tornerà *infra*, par. 5.

<sup>16</sup> V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*, in *Giur. cost.*, 1965, 611 ss., 661.

<sup>17</sup> Viene infatti sistematicamente richiamata anche nelle decisioni del 2018-2024 (*infra*, par. 5).

<sup>18</sup> Sulla scorta della dottrina dell'epoca: cfr. V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 145 ss.

<sup>19</sup> Corte costituzionale, sent. n. 45/1965, p.to 3 *Considerato in diritto*, da cui anche le citazioni che seguono nel testo.

«fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo – il cui adempimento è ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto – di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro».

Entra così nella giurisprudenza costituzionale la piena occupazione, intesa come «indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare». Da queste premesse derivano due conseguenze cruciali, che hanno segnato la sorte del diritto del lavoro italiano. La prima è che

«l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione [...], così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto».

Perentoriamente – e, a tutt'oggi, in via definitiva – la Corte ha quindi escluso la natura di diritto soggettivo al mantenimento del posto di lavoro; ciò non significa, tuttavia, che il licenziamento sia privo di rilievo costituzionale, o, per usare le parole della Corte, che la relativa disciplina «si muova su un piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 della Costituzione». In un passaggio non pienamente valorizzato dalla dottrina dell'epoca<sup>20</sup> – impegnata su questioni di or-

<sup>20</sup> Lo evidenzia L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 613: «Ora, purtroppo, la sent. n. 45 del 1965 fu inizialmente letta con le rigide lenti del doppio *aut aut* tra le coppie, rispettivamente, accoglimento/rigetto e diritti di libertà/diritti sociali. Sicché, essa non poteva che generare un certo disorientamento che

dine teorico generale quali la precettività delle disposizioni costituzionali, la qualificazione dei diritti in esse contenute e la tipologia delle sentenze<sup>21</sup>, allora agli esordi – la Corte infatti precisa che se è vero che «l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati»<sup>22</sup>, ciò non esclude, ma

«al contrario esige che 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».

Di specifico interesse ai fini di queste riflessioni è l'inciso contenuto nella frase successiva, in riferimento alla necessità di circondare di

«doverose garanzie – *particolarmente* per quanto riguarda i *principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico* con efficacia *erga omnes*, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni tempera-

veniva, e viene invero spesso ancora oggi, malcelato dietro la generica affermazione che 1° c. dell'art. 4 garantisce una (non meglio precisata) «giustificazione» all'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. Non si percepì immediatamente che la Corte stava inaugurando un *tertium genus* di sentenze le quali affermano che «una norma, non costituzionalmente illegittima allo stato, potrebbe diventarla ove non fosse, entro un ragionevole limite di tempo, opportunamente modificata o interpretata in rispondenza a direttive costituzionali di protezione di certi interessi». Né fu subito colto che la sent. n. 45 del 1965 aveva individuato nel 1° c. dell'art. 4 cost. un esempio di quello che la dottrina tedesca chiama le norme che contengono decisioni obiettive di valore e cioè principi precettivi sul contenuto positivo delle discipline afferenti a una determinata questione».

<sup>21</sup> Su cui ancora V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*, cit., spec. 666.

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. 45/1965, p.to 4 del *Considerato in diritto*, da cui anche le citazioni che seguono immediatamente nel testo.

menti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti» (corsivo aggiunto).

Come rilevato ancora da Crisafulli, tale affermazione aveva il «sapore di un avvertimento indiretto alle autorità giudiziarie chiamate a fare concreta applicazione dell'art. 2118»<sup>23</sup> nei casi in cui il licenziamento potesse risultare lesivo dei diritti fondamentali espressamente richiamati; tra essi però – ed è questo il punto – non rientrava quello alla conservazione del lavoro. La motivazione della sentenza n. 45/1965, in sostanza, ha scisso la tutela della libertà sindacale, politica e religiosa da quella del diritto alla stabilità del posto, segnando una direzione da cui la giurisprudenza non si è più discostata<sup>24</sup>; e la dottrina dell'epoca ha concordato sul punto: per ottenere questo secondo risultato sarebbe stato necessario percorrere «la strada maestra»<sup>25</sup> dei limiti all'iniziativa economica privata.

Le spiegazioni dell'atteggiamento della Corte non sono difficili da individuare, e risiedono nella peculiarità del settore in discorso, regolato (anche) dal livello sindacale: nel momento in cui la questione veniva portata all'attenzione del Giudice delle leggi, la contrattazione collettiva aveva già prodotto una prima limitazione, introducendo una forma di tutela indennitaria per il licenziamento ingiustificato<sup>26</sup>. Su altro ver-

<sup>23</sup> V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*, cit., 666.

<sup>24</sup> Diventando, semmai, sempre più granitica sul tema: v. ad es. sent. n. 81/1969, in cui si considera «escluso che possa parlarsi in relazione all'art. 4 della Costituzione di un vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione del posto da parte del lavoratore» (p.to 3 *Considerato in diritto*).

<sup>25</sup> Ivi, p. 667. Della medesima opinione U. PROSPERETTI, *A proposito della disciplina del recesso volontario del datore di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1965, 212 ss., 213.

<sup>26</sup> V. U. PROSPERETTI, cit., 213: «D'altra parte, l'evoluzione attuata dalla contrattazione collettiva nel sistema della indennità di anzianità [...] ha ormai ancor più attenuato il carattere di speciale onere connesso esclusivamente al recesso dell'imprenditore. Si è avuto così un nuovo svolgimento della contrattazione collettiva che ha condotto, con i noti accordi interconfederali, ad un sistema che nel suo effettivo valore pratico è quello di una ulteriore indennità attribuita al lavoratore in caso di licenziamento "per motivo ingiustificato". In tal modo ha assunto rilevanza per opera dell'autonomia sindacale, che è pur sempre autonomia privata, il motivo determinante dell'atto unilaterale del recesso, ma, proprio perché tale rilevanza deriva da fonte della autonomia privata, ad essa non si è connesso l'effetto della invalidità dell'atto, bensì

sante, va anche detto che il dialogo con il legislatore produceva, in quel periodo, frutti: è noto che da questa sentenza è poi derivata l'introduzione del principio dell'obbligo di motivazione con la legge n. 604 del 1966, che ha eliminato il recesso *ad nutum*<sup>27</sup>, e che pochi anni più tardi è stato approvato lo Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970), con cui è stata introdotta la cd. tutela reale per i licenziamenti ingiustificati<sup>28</sup>; e per qualche decade è parso che il problema fosse risolto, nonostante la dottrina avvertisse già allora dell'esistenza di «alcuni pericoli»<sup>29</sup> sulle garanzie approntate.

Prima di proseguire nello svolgimento del filo rosso rappresentato dalla piena occupazione (se si guarda all'obiettivo) o dalla lotta alla disoccupazione (se si guarda ai mezzi), al portato storico della sentenza n. 45 del 1965 vanno aggiunti due ulteriori profili, che non sono compresi nella motivazione, ma ne rappresentano le ricadute interpretative<sup>30</sup>: il primo è la *natura non costituzionalmente vincolata* della reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo; il secondo è la massima

soltanto quello di determinare una specifica obbligazione patrimoniale. Così gli strumenti della autonomia privata hanno caratterizzato lo sviluppo di un tipo di limitazione o di condizionamento, per così dire, estrinseco del potere di recesso volontario dell'imprenditore secondo una esperienza che [...] va ben tenuta presente anche nel caso del ricorso al mezzo legislativo, se si vuol rimanere fedeli al metodo di sviluppo del diritto del lavoro sulla base della prassi sindacale».

<sup>27</sup> Introducendo il principio opposto della necessaria motivazione del licenziamento, per giusta causa o giustificato motivo; in caso di accertata insussistenza dei motivi, sorgeva in capo al datore di lavoro l'obbligo di riassumere il lavoratore o, in alternativa, di corrispondergli un risarcimento (indennità): è la cd. tutela obbligatoria, che contemplava una serie di eccezioni, a partire da limiti dimensionali.

<sup>28</sup> A mero titolo di promemoria – e semplificando una disciplina nella pratica molto più complessa di come appare dalla lettera della legge – la tutela cd. reale consiste(va) nel potere del giudice, in caso di recesso nullo, ingiustificato o inefficace, di ordinare al datore di lavoro di reintegrare il dipendente nel posto di lavoro; alla reintegra si accompagnava la condanna del datore di lavoro a corrispondere al lavoratore un'indennità che copriva il periodo tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegra.

<sup>29</sup> G.F. MANCINI, *Art. 4*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 199 ss., 240.

<sup>30</sup> Confermate ancora in Corte cost., sent. n. 7/2024, p.to 18.1 *Considerato in diritto*.

valorizzazione della *discrezionalità del legislatore*, sempre sottolineata nella giurisprudenza successiva.

La connessione tra i due elementi è stata esplicitata dalla Corte in un'altra famosa sentenza in materia di ammissibilità del referendum abrogativo (che aveva ad oggetto l'art. 18 dello Statuto), cioè la sent. n. 46 del 2000, il cui punto 5 del *Considerato in diritto* stabilisce che la richiesta referendaria non incontra il limite implicito delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato. Per usare le parole della Corte, la disposizione «è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione». Proprio in riferimento a tale discrezionalità «è da escludere, tuttavia, che la disposizione [...], per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi». La conclusione è che

«l'eventuale abrogazione della cd. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento»<sup>31</sup>.

Come osservato in dottrina, il principale difetto di questa giurisprudenza è una sorta di «agnosticismo costituzionale»<sup>32</sup> in tema di

<sup>31</sup> Corte cost., sent. n. 46/2000, p.to 5 del *Considerato in diritto*, che prosegue: «Né, una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea [...], la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata».

<sup>32</sup> M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVIII, Roma, 2009, 13.

stabilità del lavoro, «come se la sola *esistenza* della tutela e non anche la sua *forma* o *garanzia* fosse meritevole di considerazione». Va anche rilevato, tuttavia, che una simile interpretazione non è di per sé dissonante rispetto al sistema delle disposizioni costituzionali in materia, e anzi riecheggia in alcuni passaggi il dibattito tra i Costituenti. In questione è semmai il ruolo che questi ultimi immaginavano di affidare alla Corte costituzionale: per focalizzarlo, è opportuno richiamare almeno per sommi capi i principali argomenti di discussione.

### 3. *Il problema della piena occupazione: cenni ai lavori dell'Assemblea costituente*

«Vedr  anche la Sottocommissione come rispondere al quesito, se accanto al dovere del singolo verso la societ  di lavorare esista un dovere della societ  di prestare al singolo occasione di lavoro»<sup>33</sup>: con queste parole, nella prima seduta della terza Sottocommissione (dedicata ai *Lineamenti economici e sociali*), il suo Presidente Ghidini introduceva uno dei temi che sarebbero stati oggetto di pi  acceso dibattito, non tanto nella sede ristretta<sup>34</sup>, quanto nel successivo passaggio in plenaria. Che in discussione fosse la definizione del diritto (e la sua estensione), o l'opportunit  di introdurre il dovere di lavorare<sup>35</sup>, negli interventi risuonano infatti due costanti. Da un lato, era diffusa la preoccupazione che qualificando il lavoro come diritto si sarebbero create aspettative destinate ad essere deluse, stante l'impossibilit  per lo Stato di garan-

<sup>33</sup> Assemblea costituente, III Sottocommissione, sed. 26 luglio 1946, Ghidini (Presidente).

<sup>34</sup> In cui un punto di equilibrio   stato raggiunto in modo relativamente rapido, concordando che «un'affermazione di principio vincola lo Stato a una determinata politica, ma non a rispondere caso per caso, sicch    necessario trovare una formula la quale parli appunto di questo e indirizzo che deve avere lo Stato nella sua politica economica», sulla base della considerazione per cui «[u]na Costituzione non   una legge che serve a soddisfare soltanto le esigenze immediate, ma segna invece una tappa che si proietta nell'avvenire e segna una prospettiva politica e storica»: Ass. Cost., III Sottocommissione, sed. del 10 settembre 1946, rispettivamente Taviani e De Vittorio.

<sup>35</sup> Che fino alla stesura definitiva del testo era accompagnato dalla "sanzione" per cui gli «oziosi» (Calamandrei) non avrebbero potuto godere dei diritti politici.

tirlo a tutti<sup>36</sup>; timore da cui nasceva, soprattutto nella fase iniziale dei lavori, il suggerimento di collocare la proclamazione nel preambolo. Il punto di caduta tecnico-giuridico di tale obiezione – il cui fondamento ideologico si radicava nell’eredità liberale e nel rifiuto di qualsiasi forma di pianificazione dell’economia – è magistralmente riassunto da Calamandrei il quale, riferendosi all’allora formulazione dell’art. 1, osservava: «...è una bellissima frase; ma io che sono giurista [...] mi domando: quando dovrò spiegare ai miei studenti che cosa significa giuridicamente che la Repubblica italiana ha per fondamento il lavoro, che cosa potrò dire?»<sup>37</sup>. L’obiezione giuridica era, in definitiva, che si trattasse di pretesa che non poteva avere immediato soddisfacimento, «e se non è esigibile, non è nemmeno azionabile e, quindi, sfugge alla nozione di diritto»<sup>38</sup>.

La replica – affidata a Ghidini, relatore per la III Sottocommissione – è di natura squisitamente costituzionale, ed è articolata su tre passaggi, a partire dalla premessa maggiore di una nozione di “diritti” ampliata anche a «quelle essenziali esigenze individuali e collettive, nel campo economico e sociale, che, se anche non raggiungono oggi la maturità dei diritti perfetti e attuali, si prestano per la loro concretezza, a diventare veri diritti sanzionati con leggi, impegnando in tal senso il legislatore futuro»<sup>39</sup>. In questa prospettiva il lavoro era sicuramente classificabile come diritto, stante il suo ruolo cruciale non solo nella

<sup>36</sup> Di «irrisione» a fronte di «milioni di disoccupati» si preoccupava ad esempio Colitto (relatore per la III Sottocommissione) nella seduta del 9 settembre 1946; al rischio di «esasperazione, per la tradita promessa» si riferiva Ruini ancora nella seduta plenaria del 12 marzo 1947.

<sup>37</sup> «Dovrò forse dire che in Italia la massima parte degli uomini continueranno a lavorare come lavorano ora [...]? Oppure questo articolo vorrà dire qualcosa di nuovo, vorrà essere un avviamento che ci porti verso qualche cosa di nuovo? Mi accorgo allora che c’è altro articolo, il 31, il quale dice che la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni per rendere effettivo questo diritto. Ma c’è anche un dovere al lavoro [...]: dunque diritto di lavorare e dovere di lavorare. Debbo con ciò pensare che si voglia con ciò imitare quell’articolo della costituzione russa, nel quale è scritto il principio che chi non lavora non mangia?»: Ass. Cost., sed. del 4 marzo 1947, Calamandrei.

<sup>38</sup> Assemblea costituente, sed. dell’8 marzo 1947, Ghidini.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

realtà dell'Italia post-bellica e repubblicana<sup>40</sup>, ma «quale corollario all'incipit della nostra Costituzione, ove la tensione ideale verso una progressiva affermazione della libertà e dignità della persona si fonde con il ripudio dei meccanismi perpetuativi della gestione elitaria-censitaria del potere»<sup>41</sup>. E la conclusione che ne è stata tratta risulta particolarmente significativa ai fini di queste riflessioni, perché la necessità di inserire il lavoro tra i diritti era motivata, tecnicamente, dalla necessità di «immaginare anche il peggio», nell'ipotesi che la rappresentanza allora presente fosse «completamente eliminata e sedessero in questa Camera solo rappresentanti della Nazione aventi un orientamento politico regressivo, e volessero formare una legge la quale contrastasse questi diritti al lavoro, li limitasse, o li annullasse. La Corte costituzionale dovrebbe dichiarare l'incostituzionalità di questa legge. Sotto il profilo, almeno, negativo, mi pare indubbio trattarsi di un diritto azionabile».

Questa seconda linea di pensiero – che ha finito per prevalere – era fondata sull'aspirazione condivisa tra i Costituenti ad esaltare il più possibile il valore democratico del lavoro, riassunta in un intervento dell'on. Basso, proprio in risposta a Calamandrei: «Solo se noi otterremo che tutti effettivamente siano messi in condizione di partecipare alla gestione economica e politica della vita collettiva, noi realizzeremo veramente una democrazia»<sup>42</sup>. Questo era il «senso profondo degli articoli sul lavoro»: pur nella consapevolezza che «non è vero oggi che [...] la Repubblica italiana sia in grado di garantire a tutti il lavoro», infatti, «il senso profondo di questi articoli nell'armonia complessa della Costituzione, dove tutto ha un suo significato, e dove ogni parte si integra con le altre parti, sta proprio in questo: che finché questi articoli non saranno veri, non sarà vero il resto».

<sup>40</sup> «Ora io mi domando: quale altra esigenza, quale altro bisogno è maggiormente sentito dalla coscienza universale ed ha assunto una maggiore concretezza, di questo diritto al lavoro [...]?»: *ibidem*.

<sup>41</sup> C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema demodé: il diritto al lavoro*, in *Pol. dir.*, n. 1, 1995, 3 ss., 6.

<sup>42</sup> Assemblea costituente, sed. del 6 marzo 1947, Basso, da cui anche le citazioni che seguono immediatamente nel testo. Sul valore del principio lavorista nella democrazia repubblicana v. C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019, 11 ss.

Il diritto al lavoro è quindi entrato nella versione definitiva della Costituzione come limite al legislatore, in un duplice senso: in negativo, per evitare regressioni dovute al ritorno di ideologie politiche che i Costituenti, pur rigettandole, non potevano escludere per il futuro; in positivo, come indicazione della direzione da intraprendere nello sviluppo della politica economica<sup>43</sup>. E nonostante le numerose obiezioni di opportunità e di forma sollevate, l'obiettivo concreto delle future linee di politica economica – e al contempo, quindi, lo sfondo su cui avrebbe dovuto essere collocata la disciplina del rapporto di lavoro – era condiviso anche dalle correnti liberali<sup>44</sup>: il “pieno impiego”, condizione di fatto per il compiuto sviluppo, anche giuridico, dei principi repubblicani.

#### 4. *L'evoluzione successiva del dibattito*

Il tema della relazione tra la garanzia di cui all'art. 4, co. 1 della Costituzione e i poteri dell'imprenditore all'interno del rapporto di lavoro non è stato toccato, in Assemblea costituente, per il (tutto sommato semplice) motivo che il dibattito si è collocato su un livello più alto, appunto quello dei principi. Una volta disegnati i confini costituzionali della materia e assegnato al legislatore il compito di stabilire al loro interno la disciplina positiva, il lavoro dei costituenti era terminato; ciò che è avvenuto in seguito si deve perciò non alle disposizioni costituzionali – la cui interpretazione è peraltro, come si è visto, consolidata sin dalla metà degli anni Sessanta<sup>45</sup> –, ma ai mutamenti del si-

<sup>43</sup> «Noi non siamo in grado oggi di stabilire delle garanzie e delle sanzioni per la realizzazione e la concretizzazione di questi diritti; ma qualcosa possiamo fare: possiamo fissare i principi, possiamo stabilire le direttive entro le quali dovrà orientarsi il legislatore di domani, possiamo aprire la strada a questo legislatore, togliere alcuni limiti alla sua azione»: Assemblea costituente, sed. del 5 marzo 1947, Laconi.

<sup>44</sup> Cfr. Assemblea costituente, sed. del 12 marzo 1947, Ruini.

<sup>45</sup> L'affermazione non pare contraddetta dalle oscillazioni che pure la giurisprudenza costituzionale ha conosciuto nei decenni, efficacemente tratteggiata da M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, cit., 9-12, e che l'Autore riconduce alle mutazioni già evidenziate nella situazione economica del Paese e degli indirizzi politici delle maggioranze: basta guardare al fatto che la sent. n. 45/1965 viene espressamente

stema economico e produttivo, con le note ricadute sulle relazioni industriali; e sul piano giuridico, da un lato alla giurisprudenza costituzionale, dall'altro al confronto dottrinale – o, secondo una lettura ampiamente condivisa, alla sua progressiva scomparsa – sui modi e sui limiti dell'intervento pubblico in economia<sup>46</sup>.

Autorevoli studiosi hanno ricostruito, da prospettive diverse, l'evoluzione del dibattito<sup>47</sup>; il che consente di concentrare l'attenzione sulla sua ricaduta in termini di definizione del diritto e in particolare su un profilo specifico, cioè il rapporto tra l'obiettivo della piena occupazione e il diritto del lavoratore alla *stabilità* dell'occupazione. Dopo una prima fase di forte interesse, collocabile nel periodo del centrismo degasperiano<sup>48</sup>, questi due elementi hanno corso su binari paralleli, ma con differente sorte: se la prima era e resta una meta «mai raggiunta e spesso mal perseguita»<sup>49</sup>, il secondo, come già accennato (*supra*, par. 1), è parso per lungo tempo una conquista irretrattabile, a seguito dell'approvazione dello Statuto dei lavoratori e quindi con l'introduzione della cd. tutela reale in caso di licenziamento ingiustificato (poi ampliata con la legge n. 108/1990<sup>50</sup>). In realtà, la storia ha dimostrato che la protezione derivava dalle contingenze dell'epoca in cui quella legge è stata approvata<sup>51</sup>; e infatti ha resistito finché contingenze diverse – riassumibili in quello che è ormai comunemente chiamato l'avvento della *flexicurity*<sup>52</sup> – non hanno spinto il legislatore nella direzione opposta. Ad un'analisi retrospettiva, due fattori in particolare hanno concorso nel creare la dinamica appena descritta.

citata ancora nella n. 194/2018, oltre ad essere richiamata in *tutti* i contributi dottrinali che si sono occupati del tema.

<sup>46</sup> Su cui, anche per le ampie citazioni bibliografiche, C. BUZZACCHI, *Il lavoro*, cit., 19 ss.

<sup>47</sup> I contributi sul tema sono diversi, ma con specifico riferimento al tema di queste riflessioni v. almeno G.F. MANCINI, *Art. 4*, cit. e L. NOGLER, cit.

<sup>48</sup> Seguendo la periodizzazione di G.F. MANCINI, *Art. 4*, cit., 200 ss.

<sup>49</sup> C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema demodé*, cit., 5.

<sup>50</sup> E modificato, da ultimo, dalle riforme in esame. Per una sintetica ma precisa ricostruzione dell'evoluzione della disciplina nelle sue diverse fasi, v. Corte cost., sent. n. 7/2024, p.to 4 *Considerato in diritto*.

<sup>51</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, cit., 287-289.

<sup>52</sup> Su cui *infra*, par. 5.

Sul piano definitorio è sempre mancato è il riconoscimento, da parte della Corte, della *irreversibilità* della soglia di tutela raggiunta con lo Statuto, evidente nella sentenza n. 46/2000. Vero è che «come accade per tutti i diritti fondamentali, la concreta garanzia del diritto al lavoro può variare nel tempo»<sup>53</sup>; ma, secondo la dottrina più critica, le motivazioni delle decisioni sin qui illustrate «trascurano l'incommensurabilità» della tutela reale rispetto a quella obbligatoria, perché «solo la prima e non la seconda, nel provocare la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, consente l'esercizio di quella funzione fondamentale di emancipazione e di socializzazione che proprio il lavoro – e non un'indennità, per quanto cospicua, può svolgere»<sup>54</sup>. Ciò che la Corte ha sempre rifiutato è, secondo questa (diffusa) prospettiva, «di prendere atto di un dato semplice quanto irrefragabile: essere la formula “diritto al lavoro” semanticamente atta a identificare anche l'aspettativa di un impiego *stabile*»<sup>55</sup>. Una lettura che avesse preso le mosse da tale presupposto avrebbe forse evitato di cadere nella «fallacia» di dedurre «da un'implicita premessa fattuale una conseguenza di ordine normativo»<sup>56</sup>: «la premessa, di per sé incontrovertibile, è che posso conservare solo quello che ho; ma – ecco il punto – da questo a dire che mi può essere attribuito un *diritto* di conservare solo ciò che ho il *diritto* di ottenere, la strada è troppo lunga per essere percorribile. Tra le due proposizioni c'è di mezzo la qualificazione del conservare e dell'avere (o, che è lo stesso, dell'ottenere) in termini di situazioni soggettive». C'è di mezzo il legislatore, insomma.

Di qui il secondo elemento poco sopra anticipato. Sulla disciplina legislativa ha infatti sempre aleggiato una domanda esplicitata già nel 1975 dallo stesso Mancini, cioè «se il vigore posto nel difendere gli occupati non porti necessariamente al sacrificio dei disoccupati» o, in altri termini, «se l'interpretazione dell'art. in esame come garanzia del pieno impiego e insieme alla conservazione del posto, non appaia, alla

<sup>53</sup> C. SALAZAR, *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2016, 95.

<sup>54</sup> M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, cit., 13.

<sup>55</sup> G.F. MANCINI, *Art. 4*, cit., 236.

<sup>56</sup> Ivi, 238, come anche la citazione che segue immediatamente nel testo.

luce dei fatti, contraddittoria»<sup>57</sup>. Del tema si trova un accenno nel pur brevissimo commento di Barile agli artt. 1 e 4 Cost. del decennio successivo, in cui si legge che «[d]iritto al lavoro non significa peraltro diritto alla conservazione del posto di lavoro, come i primi commentatori della Costituzione ritenevano, poi smentiti dalla Corte costituzionale e dalla successiva dottrina che – con poche e modeste reazioni – rilevò che il congelamento degli occupati porterebbe alla perennità dei disoccupati»<sup>58</sup>. Dopo di che, notoriamente, l'attenzione della riflessione, in particolare di quella costituzionalistica, si è spostata dal tema, che per tre decenni è rimasto nell'ombra.

Così, a parte qualche (isolata) voce ferma nel sostenere che l'art. 4, co.1, della Costituzione «riveste di un enunciato linguistico [...] un valore fondamentale, quello della stabilità dell'attività lavorativa»<sup>59</sup>, la forma dubitativa che fino agli anni Novanta caratterizzava l'alternativa “nuova occupazione/stabilità del posto” è andata attenuandosi, man mano che si affermava anche in Italia il modello della *flexicurity*<sup>60</sup>; finché il *trade-off* (o presunto tale) tra efficienza del sistema produttivo nella declinazione di opportunità di accesso al lavoro e riduzione delle tutele nel contratto di lavoro è diventato base teorica per l'adozione del diritto del lavoro “della crisi” e della relativa comunicazione politica<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> G.F. MANCINI, *Art. 4*, cit., 243-244. Merita precisare che immediatamente dopo (244-245) l'Autore critica l'impostazione citata nel testo.

<sup>58</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 106 (corsivo aggiunto).

<sup>59</sup> C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema demodé*, cit., 13.

<sup>60</sup> Sull'origine del fenomeno e le fasi della sua affermazione, con ampie indicazioni bibliografiche sulle reazioni della dottrina, cfr. il contributo di C. BUZZACCHI in questo Volume, par. 3.

<sup>61</sup> «Progressivamente, però, in epoca più recente [dopo la fase “espansiva” culminata con la legge n. 223/1991, N.d.A.], l'ampiezza applicativa della reintegrazione, che pareva una conquista irrettabile di tutela nei confronti dei licenziamenti illegittimi, è stata messa in discussione e sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori, divenuto argomento divisivo e controverso anche nel dibattito tra le forze politiche e sociali, si sono appuntate per un verso pressioni riformatrici in favore di una maggiore flessibilità in uscita dal posto di lavoro [...], per l'altro resistenze, soprattutto nel modo sindacale, per conservare la tutela reintegratoria»: Corte cost., sent. n. 7/2024, p.to 4.1 *Considerato in diritto*.

Su di essa si fonda, da ultimo, proprio il cd. *Jobs Act*, e in particolare la legge delega n. 183/2014<sup>62</sup>, in base alla quale è stato emanato il decreto legislativo n. 23/2015. La «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento» (art. 1, co. 7, lett. c)) era infatti motivata dallo «scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (art. 1, co. 7).

Al netto delle reazioni politiche e del (prevedibile) sostegno delle associazioni datoriali, merita rilevare che tale impostazione ha ricevuto l'avallo di una parte della dottrina, anche costituzionalistica<sup>63</sup>. Paradigmatica, in tal senso, un'approfondita riflessione sulla q.l.c da cui è scaturita la sentenza n. 194/2018, che – ragionando sui limiti strutturali dello Statuto dei lavoratori, sulla necessità di un cambio di segno delle politiche orientate a rendere effettivo il diritto al lavoro, e in particolare della posizione di preminenza nell'economia nazionale delle piccole-medie imprese – afferma non solo che «*certamente* la rigidità del “modello articolo 18”, inducendo le imprese a rimanere fuori dal suo ambito applicativo dimensionale, ha rappresentato uno degli ostacoli organizzativi più rilevanti al raggiungimento» della soglia di competitività; ma che «l'effetto *complessivo* della rigidità del sistema era quello di *rendere difficili le nuove assunzioni* e di mettere a rischio – in ragione della scarsa competitività delle imprese – anche i posti di lavoro esistenti»<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Legge 10 dicembre 2014, n. 183, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*.

<sup>63</sup> V. per tutti, anche per le ampie indicazioni bibliografiche, M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3, 2018, spec. par. 6.

<sup>64</sup> M. CAVINO, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costitu-*

L'opinabilità di tale lettura sia sul piano scientifico e interpretativo, sia su quello delle ricadute empiriche<sup>65</sup> è tema troppo ampio per poterne trattare in questa sede; ci si limita pertanto a rilevare, prendendolo come dato di fatto, che essa è stata pienamente accolta dal decisore politico italiano nell'esercizio di quella discrezionalità<sup>66</sup> la cui ampiezza è sempre stata confermata, si diceva, dalla Corte costituzionale. Più interessante, invece, l'atteggiamento della stessa Corte, in particolare nella sentenza "capostipite" della giurisprudenza in esame.

*5. La novità della sent. 194/2018: la lotta alla disoccupazione come ratio giustificatrice dell'intervento del legislatore*

Come anticipato in apertura, la sentenza n. 194 del 2018 apporta un elemento di rilevante novità relativo alla *topografia del conflitto*, i cui confini sembrano mutati al punto da dubitare che corrisponda ancora a quella delineata dalla sentenza del 1965, pur puntualmente richiamata<sup>67</sup>. Se la questione su cui poggiano tutte le altre – almeno nella prospettiva costituzionalistica<sup>68</sup> – è quali siano gli interessi che entrano in bilanciamento, allora essa risulta decisiva soprattutto per stabilire, nel caso che qui interessa, non *se*, ma *quanto* sia sacrificabile il diritto

*zione e la Carta sociale europea?* Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs n. 23/2015, reperibile in *Forum di Quaderni costituzionali* (corsi non testuali). Esplicitamente *contra* V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, ivi, 21 ss., spec. 36 ss.

<sup>65</sup> Cfr. V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, cit., 36, ma v., anche per le indicazioni bibliografiche, 32 ss.

<sup>66</sup> Sulla genesi della disciplina interessante la ricostruzione di R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, 1 ss.

<sup>67</sup> Corte cost., sent. n. 194/2018, p.to 13 *Considerato in diritto*. Da notare che il riferimento è collocato in un *obiter* «in funzione sostanzialmente decorativa, a conferma di una decisione già motivata in termini di eccessiva rigidità del parametro disposto per la tutela risarcitoria del lavoratore illegittimamente licenziato»: R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 270.

<sup>68</sup> Sulle tecniche di giudizio applicate nella giurisprudenza in esame si rinvia al contributo di G. MENEGUS, in questo *Volume*.

alla stabilità (continuità) del posto di lavoro, e soprattutto *in nome di cosa*. Fino al 2015, il bilanciamento era quello “classico”, anch’esso già più volte richiamato, tra l’interesse del lavoratore e quello dell’imprenditore/datore di lavoro, che il legislatore era tenuto a compiere (e la Corte a controllare), tenendo *sullo sfondo* la piena occupazione. Con l’introduzione del *Jobs Act*, invece, quest’ultima *entra direttamente* nel bilanciamento: l’incentivo alla nuova occupazione, soprattutto giovanile, l’uscita dal precariato e la “rassicurazione” ai datori di lavoro asseritamente garantite dal contratto a tutele crescenti – in una parola, la *ratio* di questa parte della riforma – diventano infatti il perno della sent. n. 194/2018 (e, suo tramite, della giurisprudenza costituzionale successiva).

Non solo l’obiettivo occupazionale compare sin dal punto 1 del *Considerato in diritto* (il cd. fattino), ma viene utilizzato per considerare superato il test di ragionevolezza della disparità di trattamento – plateale, ed esplicitamente riconosciuta dalla Corte come un arretramento in termini di tutela – tra gli assunti prima o dopo l’entrata in vigore del decreto (7 marzo 2015). Il passaggio della sentenza è famoso: la modulazione temporale prevista dal d.lgs. n. 23/2015 non contrasta con l’art. 3 Cost. – nella declinazione del «canone di ragionevolezza» – «se a essa si guarda alla luce della ragione giustificatrice [...] costituita dallo “scopo” dichiaratamente perseguito dal legislatore, “di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione” [...]». Rispetto a tale scopo, conclude la Corte, «il deteriore trattamento di tali lavoratori rispetto a quelli assunti prima di tale data non viola il principio di eguaglianza»<sup>69</sup>.

Senza richiamare nel dettaglio decisioni di per sé molto note, è sufficiente rilevare che, nelle sentenze successive, la coerenza con la *ratio legis* per come ricostruita nella sent. n. 194 diventa poi argomento per la non fondatezza della censura di eccesso di delega, da parte del Governo, sia nell’aver esteso la riduzione della tutela anche ai licenziamenti collettivi (sent. n. 7/2024)<sup>70</sup>, sia in merito alla previsione che la

<sup>69</sup> Corte cost., sent. n. 194/2018, p.to 6 *Considerato in diritto*.

<sup>70</sup> «Anche per i licenziamenti collettivi, come per quelli individuali, la ragionevolezza di una disciplina differenziata va individuata nello scopo dichiarato nella legge delega di favorire l’ingresso nel mondo del lavoro di “nuovi” assunti, accentuandone

disciplina del contratto a tutele crescenti si applichi anche alle imprese che hanno superato i requisiti dimensionali per l'applicabilità del nuovo regime *dopo* l'entrata in vigore del decreto legislativo (sent. n. 44/2024)<sup>71</sup>.

Vero è che la Corte richiama, in diversi passaggi, la rilevanza costituzionale della conservazione del posto di lavoro, a cui però contrappone – utilizzandolo come precedente ormai consolidato, in quanto risalente alle sentenze n. 45/1965 e n. 46/2000 (*supra*, par. 2) – il duplice argomento della fungibilità tra le tipologie di sanzione in caso di recesso illegittimo (reintegratoria/indennitaria) e della discrezionalità legislativa<sup>72</sup>. Altrettanto vero è che, in altre decisioni dello stesso filone giurisprudenziale, l'ambito di applicazione della reintegra è stato ri-ampliato<sup>73</sup>, ed è stata costantemente ribadita la correttezza della lettura dei diversi giudici *a quibus*, secondo cui la nuova disciplina rappresenta una *deminutio* in termini di tutela, parzialmente compensata dalle

la flessibilità in uscita con il riconoscimento di una tutela indennitaria predeterminata, risultando indifferente rispetto a tale fine che il recesso sia individuale o collettivo» (p.to 16.2 *Considerato in diritto*).

<sup>71</sup> Da notare che, a distanza di quasi dieci anni dall'introduzione della riforma in discorso, l'argomentazione della Corte fa leva almeno in parte su ipotesi *lato sensu* economiche caratteristiche della *flexicurity*, della cui fondatezza a livello scientifico ed empirico è lecito quantomeno dubitare, e che suscitano più di una perplessità quando inserite – peraltro, sempre in modo apodittico – nella motivazione di una sentenza costituzionale. A supporto della non irragionevolezza dell'estensione del contratto a tutele crescenti alle imprese “cresciute” (oltre la soglia dei 15 dipendenti) dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, infatti, si legge *tour court* che «se invece fosse stata operante l'acquisizione *ex novo* (ossia dopo la data di entrata in vigore del decreto legislativo) del regime di tutela dell'art. 18, ciò avrebbe potuto rappresentare una remora, per il datore di lavoro, a fare nuove assunzioni; proprio quelle assunzioni che il legislatore delegante voleva incentivare».

<sup>72</sup> Nella sentenza n. 194/2018 il richiamo ai precedenti menzionati nel testo è esplicito, e l'argomentazione relativa alla discrezionalità legislativa termina con la conclusione per cui «[N]on spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito» (ivi, p.to 6 *Considerato in diritto*, in fine). Tale passaggio, che risolve in modo a dir poco sbrigativo il test della congruità del mezzo rispetto al fine, è a sua volta citato sistematicamente nelle decisioni successive. Per considerazioni critiche sul tema, v. il contributo di G. MENEGUS, in questo Volume.

<sup>73</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 59/2021 e n. 125/2022.

decisioni che hanno “rinforzato” la tutela indennitaria<sup>74</sup> per valorizzarne la funzione dissuasiva. Vero è, da ultimo, che la Corte ha indirizzato numerosi moniti al legislatore, sin dal 2020<sup>75</sup>, invitandolo in modo sempre più perentorio a rivedere la disciplina.

Tutto ciò premesso, non ci si può esimere da almeno due osservazioni, che suscitano interrogativi legati alla questione definitoria da cui queste riflessioni hanno preso le mosse. La prima è uno slittamento semantico nella definizione dell’interesse collettivo. Non solo, infatti, quella che nel dibattito costituente e nei decenni successivi era la “piena occupazione” si è ristretta nel 2015 all’obiettivo di «incentivare l’occupazione, soprattutto giovanile»<sup>76</sup> (perché solo quella “giovanile” resta un mistero sul piano tecnico, seppur facilmente spiegabile a livello di marketing politico), peraltro sempre abbinato a quello di favorire “l’uscita dal precariato”; ma ad essa si è affiancata la necessità di rassicurare i datori di lavoro sulla licenziabilità e sulla prevedibilità dei costi del licenziamento, in nome della quale i *policy makers* hanno ritenuto sacrificabile – e la Corte ha confermato – il diritto alla stabilità del posto di lavoro, segnando quindi un arretramento della soglia di tutela raggiunta<sup>77</sup>.

## 6. I problemi aperti: gli (eventuali) altri interessi rilevanti

Venendo alla seconda osservazione, lo slittamento semantico appena illustrato ha provocato, sempre sul piano dei contenuti, quella

<sup>74</sup> Cfr. spec. Corte cost., sent. n. 150/2020.

<sup>75</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 150/2020, n. 183/2022, n. 7/2024.

<sup>76</sup> «... e la fuoriuscita dal precariato a mezzo della creazione di una fattispecie di lavoro subordinato a tempo indeterminato maggiormente “attraente” per i datori di lavoro in ragione sia della limitazione dell’area della tutela reintegratoria, sia della calcolabilità dell’indennizzo compensativo per il licenziamento illegittimo»: Corte cost., sent. n. 7/2024, p.to 4.4. *Considerato in diritto*.

<sup>77</sup> Affermazione che chi scrive è consapevole suonare assolutamente generica, se calata nella realtà del diritto del lavoro italiano – in cui, solo per menzionare i fenomeni più rilevanti, prevale la piccola o microimpresa e il contratto di lavoro a tempo indeterminato è, in generale, fattispecie a dir poco recessiva –, ma che mantiene rilevanza dalla prospettiva costituzionalistica, quantomeno *de iure condendo*.

che pare a tutti gli effetti una bizzarra inversione della *ratio* di uno dei limiti di cui all'art. 41, co. 2, Cost.: il riferimento è all'utilità sociale (in cui rientra pacificamente la piena occupazione) che nell'impostazione del *Jobs Act* non incide più sulla relativa libertà (di impresa), ma finisce per comprimere l'altro interesse in gioco, che dovrebbe invece concorrere a tutelare. In altre parole (e restando nella metafora tipica del bilanciamento), sebbene la Corte continui formalmente a perimetrare il conflitto seguendo la concezione privatistica del rapporto di lavoro<sup>78</sup>, non è più così semplice, oggi, stabilire se l'obiettivo della piena occupazione – che di sicuro non è (più) abbinato alla tutela del lavoratore attivo<sup>79</sup> – vada ad “appesantire” l'interesse del datore di lavoro o rappresenti un nuovo piatto della bilancia, che si aggiunge ai due tradizionali<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 268.

<sup>79</sup> Un mutamento nel significato stesso di “tutela” emerge ad esempio da un passaggio della sent. n. 194/2018 (p.to 6 *Considerato in diritto*) immediatamente successivo a quello, appena menzionato nel testo, relativo allo scopo dell'intervento legislativo: «Il regime temporale di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 si rivela coerente con tale scopo. Poiché l'introduzione di *tutele certe e più attenuate* in caso di licenziamento illegittimo è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato, appare coerente limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla data della loro entrata in vigore, quelli, cioè, la cui assunzione *avrebbe potuto essere da essi favorita*» (corsivi non testuali). Sulla nuova forma di “sicurezza” del posto di lavoro e sugli interrogativi che ne derivano sul piano teorico-costituzionale v. ancora C. BUZZACCHI, in questo Volume, par. 3.

<sup>80</sup> In questo l'eccesso di motivazione cui si accennava in apertura non aiuta, confondendo anzi i piani. Basti rilevare che ancora nella sentenza n. 44/2024 (p.to 6 *Considerato in diritto*), la Corte ricostruisce l'«obiettivo strategico» del legislatore delegante del 2014 ricordando che «[l]a rimodulazione della disciplina dei licenziamenti quanto all'ambito della reintegrazione nel posto di lavoro e al calcolo dell'indennizzo compensativo doveva concorrere [...] a dare maggiori certezze ai datori di lavoro, imprenditori e non, al fine di rimuovere rigidità e diffidenze che frenavano l'incremento dell'occupazione mediante contratti di lavoro a tempo indeterminato e che avevano fatto preferire forme di lavoro precario (a termine, di collaborazione autonoma, a progetto)». Qualche riga dopo, si legge esplicitamente che la convergenza dei due «aspetti – la calcolabilità delle conseguenze economiche in caso di licenziamento illegittimo e il ridimensionamento dell'area della tutela reintegratoria – avrebbe concorso a favorire, nella visione di politica economica del legislatore delegante, l'occupazione nella misura

Non basta: se si accoglie la seconda ipotesi, pare inevitabile chiedersi se sia ragionevole limitare gli interessi pubblici rilevanti alla “sola” piena occupazione, o se invece, come pare a chi scrive, ciò comporti la necessità di (almeno) esplorare un ulteriore ampliamento della topografia del conflitto.

Detto altrimenti, finché si resta nel tipico rapporto privatistico il problema non si pone, almeno tecnicamente<sup>81</sup>; ma nel momento in cui si va a ri-perimetrare il campo di gioco, attribuendo a un interesse collettivo – per quanto fondante a livello di sistema – un ruolo tanto diverso da quello sinora ricoperto, e tale da condizionare l’esito di un bilanciamento avente ad oggetto addirittura una palese disparità di trattamento, allora è difficile spiegare perché il confine arrivi solo *fino lì*. In particolare, è difficile motivare l’esclusione di almeno un *altro* interesse, che è peraltro divenuto nel medesimo periodo di tempo assolutamente centrale: ci si riferisce alla spesa pubblica, non solo di natura previdenziale, ma in generale quando riferita alla tutela dei lavoratori<sup>82</sup>.

La disciplina, insomma, già geneticamente complicata dalla sovrapposizione di due interventi normativi nell’arco di tre anni, è stata poi tanto ritoccata – sia quantitativamente, sia qualitativamente – dalla Corte costituzionale, da risultare ormai del tutto frammentaria e a larghi tratti incoerente al proprio interno<sup>83</sup>, mettendo in dubbio perfino l’individuazione degli interessi in gioco. Anche in quest’ultima pro-

in cui la determinazione automatica della misura dell’indennizzo e una maggiore flessibilità in uscita sono state ritenute idonee a “rassicurare” il mondo imprenditoriale».

<sup>81</sup> Mentre è ovvio che tutti i fattori citati nel testo dovrebbero essere presi in considerazione in fase di decisione politica, come del resto dimostrava già il dibattito in Assemblea costituente richiamato *supra*, par. 3.

<sup>82</sup> Sul tema, da diverse prospettive, v. i contributi di C. BUZZACCHI e P. POZZAGLIA in questo Volume.

<sup>83</sup> Il difetto è rilevato dalla stessa Corte costituzionale, quando richiama il legislatore alla responsabilità di «ricomporre secondo linee *coerenti* una normativa di importanza essenziale»: sent. n. 150/2020, p.to 17 *Considerato in diritto* (corsivo non testuale), richiamata da Corte cost., sent. n. 183/2022, p.to 7 *Considerato in diritto*, per la necessità di rivedere la materia, «frutto di interventi normativi stratificati», «in termini complessivi, che investano sia i criteri distintivi tra i regimi applicabili ai diversi datori di lavoro, sia la funzione dissuasiva dei rimedi previsti per le disparate fattispecie».

spettiva vanno letti i ripetuti moniti che il Giudice delle leggi ha rivolto al legislatore, invitandolo a rivedere l'intera materia.

## LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E LA SPESA PER I DIRITTI DEI LAVORATORI

Camilla Buzzacchi

SOMMARIO: 1. Le spese per le politiche del lavoro. – 2. Dal diritto del lavoro al mercato del lavoro. – 3. Il paradigma della *flexicurity* nell'esperienza italiana – 4. Il contenimento della spesa per il lavoro. – 5. Il meccanismo della condizionalità. – 6. I diritti condizionati – 7. Alcune ultime pronunce in tema di spesa per i lavoratori.

### 1. *Le spese per le politiche del lavoro*

Se il lavoro è principio che fonda la Repubblica – e gli artt. 1 e 4, nonché il titolo III Cost., costituiscono le vere e proprie fondamenta della costruzione sociale, economica e politica dell'ordinamento italiano – esso non può che ispirare molteplici interventi pubblici di perseguimento di finalità di piena occupazione e di tutela dei lavoratori. Tali finalità sono dunque oggetto di azioni pubbliche – vere e proprie politiche – che richiedono necessariamente investimenti in termini di risorse umane e materiali: quindi impegno di idee, personale e mezzi. Politiche che dunque costano, assorbendo disponibilità finanziarie che possono presentare aspetti di criticità in periodi di ridotta crescita dei sistemi economici nazionali.

L'interrogativo che si pone, e che ispira l'analisi del presente contributo, è se scelte dei decisori politici – regionali e nazionale – volte a contenere e minimizzare le politiche per i lavoratori siano compatibili con il quadro costituzionale della nostra Repubblica.

Il percorso di analisi viene sviluppato impostando anzitutto una ricostruzione sintetica delle evoluzioni del contesto dei rapporti nel mercato del lavoro degli ultimi decenni; per poi dare centralità alle pronunce del custode della Costituzione – la Corte costituzionale – che hanno avuto occasione di verificare la compatibilità rispetto alla Carta fondamentale di scelte legislative in tema di compressione dei diritti dei lavoratori a causa di vincoli di finanza pubblica. Presenta in-

fatti profili di interesse un'ampia giurisprudenza costituzionale che si è occupata del condizionamento finanziario dei diritti; e più specificamente un filone di decisioni che hanno riguardato scelte di spesa con riflessi nei confronti dei lavoratori. Il quadro che ne scaturisce è di un bene «lavoro» che appare, in misura crescente, sottoposto a ridimensionamenti e mortificazioni ad opera soprattutto di indirizzi di politica economica e fiscale: con il risultato di vanificare la portata prescrittiva delle ferme proclamazioni in Costituzione che collegano le dimensioni di equità e di democrazia dell'ordinamento all'appropriata protezione del lavoro.

## 2. *Dal diritto del lavoro al mercato del lavoro*

Il mutamento di paradigma sul terreno del diritto del lavoro risale al Libro Verde *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*<sup>1</sup> del 22 novembre 2006. L'intento di questo documento europeo è manifesto sin dall'inizio: «la modernizzazione del diritto del lavoro costituisce un elemento fondamentale per garantire la capacità di adattamento dei lavoratori e delle imprese. Questo obiettivo deve essere perseguito alla luce degli obiettivi comunitari del pieno impiego, della produttività del lavoro e della coesione sociale». A tal fine l'obiettivo è «promuovere una forza di lavoro preparata, formata e flessibile e mercati del lavoro in grado di rispondere alle sfide generate dal duplice impatto della mondializzazione e dell'invecchiamento demografico in Europa». Si tratta di intenti da perseguire sulla base dell'assunto che «accrescere la capacità di risposta dei mercati del lavoro europei è di fondamentale importanza per promuovere l'attività economica ed accrescere la produttività»<sup>2</sup>. Giova ricordare che il rapporto redatto per la Commissione europea nel 1998 da un gruppo di studiosi guidato dal giurista Alain Supiot – dal titolo *Il futuro del lavo-*

<sup>1</sup> COM (2006) 708 def. A commento della comunicazione si rinvia ad un significativo contributo di dottrina apparso su *Dir. rel. ind.* n. 4, 2007, con saggi di M. TIRABOSCHI, L. ROSTI, L. MARIUCCI, R. HYMAN, E. GHERA, G. FERRARO, M. GRANDI, I. SENATORI.

<sup>2</sup> Libro Verde, cit., 3.

ro. *Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa* – aveva voluto preparare il terreno per l'elaborazione di nuove proposte a fronte di uno scenario del mondo della produzione fortemente contrassegnato da discontinuità e innovazione: il percorso individuato dal Libro Verde non pare in realtà coerente con le analisi e le proposte avanzate all'interno del rapporto Supiot.

Per raggiungere il traguardo dell'accrescimento della capacità di risposta dei mercati del lavoro europei il percorso additato nel 2006 è quello della conciliazione di una maggiore flessibilità con la necessità di massimizzare la sicurezza per tutti: tale ricerca di flessibilità sul mercato del lavoro ha prevalentemente condotto ad una diversificazione delle forme dei contratti di lavoro. Esse «possono essere molto differenti dal modello classico di contratto, sia dal punto di vista della sicurezza dell'occupazione e del reddito che da quello della stabilità relativa delle condizioni di lavoro e di vita che vi sono associate»<sup>3</sup>, dal momento che la richiesta rivolta agli Stati membri è stata primariamente di rivedere il grado di flessibilità dei contratti standard in relazione ai termini di preavviso, ai costi ed alle procedure di licenziamento individuale o collettivo o la definizione di licenziamento abusivo. Questa è stata evidentemente reputata la strada maestra per pervenire al risultato, ma ad essa si aggiunge l'orizzonte di «regole più flessibili nel settore della sicurezza sociale per rispondere alle esigenze delle persone che cambiano lavoro o abbandonano temporaneamente il mercato del lavoro»<sup>4</sup>.

Tali tasselli sono dunque chiamati ad operare affinché il diritto del lavoro si apra ad uno scenario diverso rispetto al passato. Si afferma infatti che lo scopo iniziale del diritto del lavoro era di rimediare alle ineguaglianze economiche e sociali inerenti al rapporto di lavoro; a tal fine la legislazione del lavoro si è preoccupata, nel tempo, di definire la

<sup>3</sup> Ivi, 4. È interessante il riferimento teorico indicato nel Libro Verde, nota (3): il richiamo è a B. BURCHILL, S. DEAKIN, S. HONEY, *The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment*, Ministero britannico del Commercio e dell'Industria, e risale al 1999, qualificando le forme atipiche di occupazione come forme di lavoro che differiscono dal modello del rapporto di lavoro «permanente» o a tempo indeterminato articolato intorno alla settimana di lavoro continua e a tempo pieno.

<sup>4</sup> Ivi, 4.

situazione dell'occupazione come il principale fattore attorno al quale si sarebbero sviluppati vari diritti. Tale modello, qualificato come «tradizionale», postulava che un'occupazione fosse permanente e a tempo pieno; che i rapporti di lavoro fossero disciplinati dal diritto del lavoro, intorno al contratto di lavoro; che un datore di lavoro unico rispondesse degli obblighi che spettano a tale parte contrattuale. Ma una serie di circostanze – la rapidità dei progressi tecnologici, l'intensificazione della concorrenza collegata alla globalizzazione, l'evoluzione della domanda dei consumatori e la crescita notevole del settore dei servizi – hanno via via dimostrato opportuno aumentare la flessibilità, nonché hanno spinto le imprese ad attrezzarsi in modo più flessibile in termini di organizzazione e orario di lavoro, di salari e di numero di dipendenti nelle varie fasi del ciclo produttivo. Ciò ha condotto, nell'analisi della Commissione, ad una diversificazione contrattuale, spesso al di fuori della legislazione europea e nazionale, che ha dato evidenza all'inadeguatezza di contratti a durata indeterminata standard per tutti i lavoratori<sup>5</sup>; e di clausole e condizioni di lavoro eccessivamente protettive. La preoccupazione di cui si fa carico l'autorità europea è che tali istituti del passato possano «scoraggiare i datori di lavoro dall'assumere durante i periodi di ripresa economica» e l'auspicio è che «modelli alternativi di rapporti contrattuali possano rafforzare la capacità delle imprese a sviluppare la creatività del loro personale nel suo insieme e a sviluppare i vantaggi concorrenziali»<sup>6</sup>.

Il Libro verde del 2006 è stato poi seguito dalla comunicazione della Commissione del 27 giugno 2007 *Verso principi comuni in materia di flexicurity*<sup>7</sup>, con la quale si approda ormai ad un approccio che apparentemente conferisce unità al complesso di finalità – non tutte

<sup>5</sup> Si osserva ancora, 9, che l'esistenza di una legislazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione tende a ridurre il dinamismo del mercato lavoro, aggravando le prospettive di lavoro delle donne, dei giovani e dei lavoratori più anziani.

<sup>6</sup> Ivi, 5. Si aggiunge l'osservazione che le riforme della legislazione avviate dall'inizio degli anni '90 hanno portato soprattutto ad una specie di ammorbidimento delle norme per favorire la diversità contrattuale, con l'obiettivo di sviluppare una flessibilità «marginale», ovvero minore tutela contro il licenziamento.

<sup>7</sup> COM (2007) 359 def.

effettivamente coerenti ed in reciproco collegamento<sup>8</sup> – che verrebbero perseguite dalla «strategia integrata» che è la flessicurezza: «politiche che affrontino contemporaneamente aspetti quali la flessibilità dei mercati del lavoro, dell'organizzazione del lavoro e delle relazioni di lavoro nonché la sicurezza, intesa quale sicurezza dell'occupazione e sicurezza sociale. La flessicurezza intende assicurare che i cittadini dell'Unione europea possano beneficiare di un livello elevato di sicurezza occupazionale, vale a dire della *possibilità di trovare agevolmente un lavoro in ogni fase della loro vita attiva* e di avere buone prospettive di sviluppo della carriera in un contesto economico in rapido cambiamento. Essa intende anche *aiutare sia i lavoratori che i datori di lavoro a cogliere appieno le opportunità che la globalizzazione presenta*. Essa crea quindi una situazione in cui la sicurezza e la flessibilità possono rafforzarsi reciprocamente»<sup>9</sup>. Il corsivo è aggiunto da chi scrive con l'intento di dare evidenza ai contenuti della «sicurezza» che sono esplicitati dal documento stesso: la sicurezza occupazionale a cui si punta poggia su «sistemi moderni di sicurezza sociale che forniscano un adeguato supporto al reddito, incoraggino l'occupazione e agevolino la mobilità sul mercato del lavoro»<sup>10</sup>.

Tali premesse teoriche dovevano fornire solo un criterio analitico-descrittivo ed invece hanno poi assunto carattere prescrittivo<sup>11</sup>. Cosicché l'azione pubblica di recepimento di questo stimolo alla modernizzazione del diritto del lavoro si è dispiegata lungo alcune traiettorie, che in questa sede interessano soprattutto per i riflessi sulla spesa. E

<sup>8</sup> P. LOI, *Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 3, 2013, 569, definisce l'accostamento delle due componenti nella formula *flexicurity* come una «infelice crasi tra flessibilità e sicurezza» e segnala la totale disomogeneità concettuale della sicurezza e della flessibilità.

Sulla stessa posizione A. VILLA, *Flessibilità e nuove forme di sicurezza sociale: a proposito del Rapporto Supiot*, in *Queste istituzioni*, n. 153, 2009, 14, che a sua volta richiama il giuslavorista francese François GAUDU, *De la flexicurity à la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité*, in *Formation Emploi*, 1, 2008: il perseguimento della progressiva deregolazione del tradizionale rapporto di lavoro subordinato ed il conseguente adeguamento del modello di sicurezza sociale rappresenterebbero infatti un ossimoro.

<sup>9</sup> Comunicazione *Verso principi comuni in materia di flexicurity*, cit., 4.

<sup>10</sup> Ivi, 6.

<sup>11</sup> P. LOI, *Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro*, cit., 570.

rispetto a tali indirizzi «onerosi» l'obiettivo è poi inquadrare il contributo della Corte costituzionale.

### 3. Il paradigma della *flexicurity* nell'esperienza italiana

Per favorire l'affermazione del modello della *flexicurity*<sup>12</sup> – caratterizzata dal fatto che il *focus* del diritto del lavoro si sposta dalle tutele «interne al rapporto» alla disciplina «dei rapporti» del mercato del lavoro quale «luogo economico ideale nel quale l'attività umana viene domandata ed offerta e nel quale si realizza l'incontro tra tale domanda ed offerta con l'instaurazione di un rapporto di lavoro, non necessariamente subordinato»<sup>13</sup> – gli ordinamenti giuridici dell'Unione sono apparsi sospinti dalla necessità di adattamento alle istanze di flessibilizzazione, e dunque alla ricerca di nuovi equilibri tra protezionismo e mercato, tra bisogno di tutela e bisogno di efficienza. Inevitabilmente ciò era ed è destinato a produrre una qualche misura di corrosione del «normale» diritto del lavoro<sup>14</sup> e, con specifico riferimento alla Repubblica italiana, ciò è avvenuto ad opera di una legislazione che va sotto il nome di Jobs Act, che si può ritenere di significativo allontanamento dalla «logica statutaria»<sup>15</sup>.

Nel nostro ordinamento il tema è stato introdotto dal *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità* del 2001, studio promosso dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che nell'ambiente giuslavorista ha immediata-

<sup>12</sup> Sia consentito rinviare a precedenti lavori: v. C. BUZZACCHI, *Risorse finanziarie, politiche di investimento e del lavoro*, in *Riv. Corte dei conti*, 5-6, 2018; *Funzioni e risorse delle politiche per il lavoro: le difficili sorti di un diritto fondamentale*, in *Rivista AIC*, 2019. Cfr. inoltre C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019 e *Reddito e Costituzione. La cifra smarrita*, Milano, 2022.

<sup>13</sup> G. G. BALANDI, *Dove va il diritto del lavoro? Le regole e il mercato*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2002, 246.

<sup>14</sup> M. GRANDI, «*Il lavoro non è una merce*». Una formula da rimeditare, in *Lavoro e Diritto*, n. 4, 1997, 546. L'A. richiama il contributo dell'insegna giurista francese A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 1994.

<sup>15</sup> A. TURSI, *L'articolo 18 e il «contratto a tutele crescenti»*, in *Dir. rel. ind.* n. 4, 2014, 926.

mente acceso un intenso dibattito<sup>16</sup>. Le misure, da esso ipotizzate, erano dedicate da un lato ai servizi pubblici e privati all'impiego, ed agli ammortizzatori sociali; dall'altro alle regole del contratto/rapporto di lavoro.

Ne è seguito un complesso normativo che ha coperto un arco di tempo significativo: prima la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 *in materia di occupazione e mercato del lavoro*, attuata dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276; e poi la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 *in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, la cui attuazione è stata compiuta da vari decreti legislativi.

La norma che più ha innovato il rapporto di lavoro in sé, conformandolo in sintonia con le istanze della flessibilità, è il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 che ha introdotto *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*.

Sono state così introdotte tutele differenziate nei confronti dei lavoratori di nuova assunzione – malgrado alcune deroghe di dubbia legittimità costituzionale<sup>17</sup> – secondo un *continuum* costituito da una tutela reintegratoria piena (licenziamento discriminatorio e nullo) e da una attenuata (licenziamento disciplinare); da una tutela indennitaria forte (licenziamento economico) e da una debole (licenziamento affetto da vizi formali e procedurali): tutele differenziate che in realtà hanno rappresentato una radicale regressione nell'intensità dei rimedi apprestati contro il licenziamento ingiustificato<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Si richiamano i primi e più significativi commenti: P. G. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, G. CASADIO, F. COCCIA, G. GHEZZI, L. MARIUCCI, G. NACCARI, M. ROCCELLA, *Lavoro: ritorno al passato*, Roma, 2002; F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002. Si rinvia anche al I Seminario di studi "Massimo D'Antona", *Il Libro Bianco sul mercato del lavoro e la sua attuazione legislativa. Una riflessione sul cambiamento*, Firenze, 18 gennaio 2002, in [www.aidlass.org](http://www.aidlass.org).

<sup>17</sup> Come spiega S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2015, 11 ss.

<sup>18</sup> Così si esprime ancora S. GIUBBONI, *ivi*, 3.

Una significativa parte dell'elaborazione giuslavorista ha del resto preso le distanze da questa disciplina caratterizzata da una prospettiva di abbassamento delle tutele per la persona<sup>19</sup>: la contrattualizzazione della persona e la sopraffazione della logica dello scambio generata da questa normativa sembra proprio andare nella direzione della spersonalizzazione del rapporto di lavoro e dell'esaltazione del momento commutativo.

Ma altrettanto rivoluzionaria, nella prospettiva della sicurezza e della stabilità lavorativa, è stata la nuova regolamentazione dei servizi per l'impiego, perché il funzionamento di queste attività è stato considerato di fondamentale rilevanza per permettere la continuità lavorativa: così cruciale per assicurare il godimento del diritto del lavoratore che, rispetto a tali attività, sono stati individuati anche dei livelli essenziali delle prestazioni.

Per quanto concerne la sicurezza del posto di lavoro, essa è stata perseguita attraverso due percorsi. Essa può essere un bene da conseguire per sé: gli strumenti giuridici preposti a garantirla possono essere di vario tipo, e sono stati nel diritto positivo del lavoro il tipo di contratto, la sussistenza di una giusta causa, le dimensioni dell'impresa, la reintegrazione e la tutela risarcitoria. Oppure la sicurezza del lavoro può essere un diritto strumentale, ovvero funzionale ad altri diritti; per esempio, il diritto alla retribuzione, ed allora la sua tutela deriva prevalentemente da meccanismi procedurali che diano un ordine e delle priorità agli interessi coinvolti.

<sup>19</sup> Molteplici sono, evidentemente, le prese di posizione, e ricorrono nelle note precedenti. Cfr. inoltre A. MONTANARI, *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un'involuzione?*, in *Europa e diritto privato*, n. 3, 2016, 661 ss.; e R. DE LUCA TAMAJO, *La (in)derogabilità della normativa lavoristica ai tempi del Jobs Act*, in *Il lavoro nel diritto*, n. 5-6, 2016. Si rinvia inoltre ad una letteratura a cavallo tra il diritto del lavoro e il diritto costituzionale, e si attinge a E. PAPARELLA, *La flessibilità della prestazione lavorativa*, cit., 106, nota (10); S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit.; e ID., *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Menabò di Etica e Economia*, n. 16, 2015; C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2015; F. ANGELINI, *Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. Jobs Act*, *ivi*.

Questo apparato teorico è quello che è stato messo in dubbio in concomitanza alla costruzione del paradigma della *flexicurity*: disconoscendo anzitutto la debolezza del lavoratore all'interno del rapporto di lavoro e spostandola nel mercato del lavoro<sup>20</sup>; e secondariamente contestando che la sicurezza, su cui era stato elaborato il diritto del lavoro, fosse applicabile a figure di lavoratori diverse da quella del soggetto subordinato tipico. L'emersione di una pluralità di destinatari delle norme della sicurezza – generata dalle modalità lavorative nuove e atipiche prodotte da un contesto economico e sociale inedito – ha convinto per l'inapplicabilità delle stesse ad un universo diversificato di lavoratori.

La conseguenza del superamento del tradizionale apparato concettuale della sicurezza ha fatto sì che l'elemento della condizione del lavoratore abbia perso rilevanza nel rapporto di lavoro: tale condizione appare quasi «migrata [...] ad uno status esistenziale i cui termini e i cui diritti vanno ricercati nel nesso che si instaura tra il singolo lavoratore ed il mercato del lavoro nel suo complesso». Se la storia del diritto del lavoro novecentesco è stata caratterizzata dall'evoluzione e dal miglioramento delle condizioni dei lavoratori, nonché dall'implementazione dei diritti collettivi all'interno del rapporto di lavoro, le nuove logiche della flessicurezza paiono invece «concretizzarsi sul terreno di una sempre maggiore enfasi della forza contrattuale del singolo lavoratore»<sup>21</sup>. Il lavoratore è lasciato singolarmente a fronteggiare il rischio, ed è portato a soluzioni, per controllarlo, che inevitabilmente trasformano la sua capacità lavorativa in una sorta di merce di scambio: il massimo della sicurezza che potrà derivarne sarà il transito a posizioni lavorative più qualificate e più gratificanti, qualora la sua competitività in termini di competenze otterrà riconoscimento e dunque genererà benefici, da cui altri lavoratori meno competenti – e meno attrezzati al rischio – risulteranno esclusi.

Sono nuovi, pertanto, gli strumenti della nuova nozione di sicurezza, che puntano a rendere dinamico il ruolo del lavoratore. Questi non può più fare affidamento su una sicurezza fondata sulla stabilità occu-

<sup>20</sup> Questa è stata la posizione di P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, 21 ss.

<sup>21</sup> A. VILLA, *Flessibilità e nuove forme di sicurezza sociale*, cit., 16.

pazionale e contrattuale, nonché su politiche passive, ma può attendersi al più le c.d. «garanzia di occupabilità» e «continuità dell'occupazione»<sup>22</sup>; ed è chiamato ad attivarsi, in caso di disoccupazione, all'interno di percorsi di politiche attive a cui quelle passive diventano subordinate. Su di esse si torna nel paragrafo successivo.

Si è in presenza di una nuova forma di sicurezza: essa comporta un alleggerimento dei diritti ed una riduzione dei costi tanto per le imprese quanto per lo Stato. Da ciò si comprende facilmente che non solo i vincoli di finanza pubblica ma anche l'accresciuto livello di competitività tra le economie nazionali hanno condotto a tale approccio culturale nuovo, connotato da una nozione di sicurezza che, dovendo essere coniugata con le esigenze di flessibilità dei mercati, si vorrebbe declinata sempre meno in termini di sostegno economico e di garanzia di una stabile occupazione, e sempre più in termini di continuità dell'occupazione e di una protezione economica sottoposta a condizionalità, assicurata solo al verificarsi di un approccio attivo e responsabile dei soggetti privi di impiego.

Il primo interrogativo che sorge è se tale modello di deregolamentazione dei mercati sia coerente con la protezione e la promozione che il testo costituzionale richiede nei confronti del lavoro: perché è evidente che il lavoro, da valore fondamentale per lo sviluppo della personalità umana, risulta ora pensato secondo un sistema valoriale differente. Muta evidentemente il peso assegnato agli interessi coinvolti, e il bene «lavoro» risulta determinato, nelle sua portata e nella sua entità, dall'equilibrio tra flessibilità e sicurezza<sup>23</sup>. Equilibrio che però non è dato secondo un unico modello, ma può essere declinato in una molteplicità di soluzioni: quelle che di fatto si sono sviluppate nei vari ordinamenti dell'Unione che hanno aderito alla prospettiva della flessicurezza. Cosicché i dati empirici segnalano che le esperienze del nord Europa si sono avviate in questo percorso attivando misure di *welfare* piuttosto solide e dunque capaci di bilanciare le minori tutele a favore dei lavoratori in vista dell'efficienza dei mercati.

<sup>22</sup> T. TREU, *Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, in *Dir. rel. ind.*, n. 3, 2017, 605.

<sup>23</sup> A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica verso la modernità economica?*, Torino, 2017.

L'esperienza italiana ha presentato invece un contesto, nel quale le molteplici riforme che sono intervenute – ma soprattutto quella del 2012 e del 2015 – hanno potenziato la *flexibility* con molto minor riguardo per la *security*<sup>24</sup>: con ciò producendosi una discontinuità consistente con una tradizione che, invece, aveva conferito alla dimensione della sicurezza del lavoratore un ruolo centrale. Autorevole dottrina giuslavorista ha segnalato che l'impostazione classica del diritto del lavoro nazionale leggeva in due anime dello statuto dei lavoratori la funzione protettiva: l'art. 18 in materia di reintegrazione nel posto di lavoro; e l'art. 19, sulla formazione delle rappresentanze sindacali aziendali, con valenza promozionale. Le due anime apparivano reciprocamente interdipendenti «perché la stabilità nel posto di lavoro accresceva la disponibilità a partecipare all'attività sindacale; mentre la presenza sindacale rendeva la stessa stabilità più effettiva»<sup>25</sup>.

Ma oltre a ciò, uno dei punti fondamentali dell'ultima riforma del 2015 è stato quello di avviare un processo teso a spostare il baricentro della spesa pubblica relativa al lavoro dalle politiche passive a quelle attive<sup>26</sup>. Se nei Paesi dove il modello è più riuscito – Olanda e Danimarca – si sono voluti tenere insieme in maniera equilibrata i tre elementi del c.d. «triangolo d'oro» – formula danese, che ha guadagnato il ruolo di modello, fondato su flessibilità del mercato, misure di *welfare* per i disoccupati e politiche attive<sup>27</sup> – in altre esperienze la situazio-

<sup>24</sup> Questa è la lettura proposta da T. TREU, *Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, cit., 601.

<sup>25</sup> F. CARINCI, *Dallo Statuto al contratto a tutele crescenti*, cit., 777. L'A. osserva ancora che assai più che il lento svuotamento dell'art. 19, è stato il rapido ridimensionamento dell'art. 18, con la sua "immagine carismatica di stabilità del posto di lavoro" a dare il senso della fine della stagione dello Statuto: "con tale ridimensionamento portato all'estremo limite dal Jobs Act, viene definitivamente superata la tesi del licenziamento *extrema ratio*".

<sup>26</sup> L. CASO, *Le politiche del lavoro ed i vincoli europei*, in *Astrid-online*, 17 marzo 2015.

<sup>27</sup> L'elaborazione del modello del "triangolo d'oro" si deve a P. K. MADSEN, *Denmark: Flexibility, security and labour market success*, Employment and Training Papers n. 53, ILO, Geneva, 1999; ID., *Flexicurity through labour market policies and institutions in Denmark*, in P. Auer and S. Cazes (eds.), *Employment Stability in an Age of Flexibility*, ILO, Geneva, 2002; ID., *The Danish model of flexicurity: a paradise - with some snakes*, in H. Sarfati and G. Bonoli (eds.), *Labour Market and Social Protec-*

ne della sopravvenuta crisi fiscale ha portato a sacrificare in maniera significativa quelle forme di integrazione del reddito che potevano mettere in pericolo la sostenibilità delle finanze pubbliche; e ciò è avvenuto nonostante gli stessi studi economici sul mercato del lavoro non abbiano prodotto evidenze circa il nesso causa-effetto tra tutele elevate contro i licenziamenti illegittimi e scarsa occupazione<sup>28</sup>.

#### 4. Il contenimento della spesa per il lavoro

È così gradualmente maturato il convincimento che il diritto del lavoro vigente sia ormai incapace di rispondere alle sollecitazioni per aumentare competitività e produttività delle imprese<sup>29</sup>. La possibile ed alternativa risposta è stata individuata in una duplice direzione.

Da un lato si è investito nell'adozione di forme assai ridotte di protezione nei confronti dei lavoratori, per permettere alla controparte contrattuale – il datore di lavoro – di effettuare scelte organizzative funzionali alla produttività dell'attività economica; dall'altro si è

*tion Reforms in International Perspective*, Aldershot, Ashgate, 2002; ID., *The Danish model of 'flexicurity': experiences and lessons*, in *European Review of Labour and Research*, 2, 2004; ID., *Flexicurity – A new perspective on labour markets and welfare states in Europe*, Informal meeting of EU Employment and Social Policy Ministers, Villach, Austria, 2006.

<sup>28</sup> A. GUAZZAROTTI, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2014, 6 ss., riporta alcune analisi giuridiche – V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2012, 524 ss. – ed economiche – T. BOERI, J. VAN OURS, *The economics of imperfect labor markets*, Princeton, 2008; O. BLANCHARD, *European unemployment: the evolution of facts and ideas*, *Economic policy*, 21, 2006 – secondo cui la reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato pesa solo per un quindicesimo del totale dell'indice di protezione del licenziamento individuale.

Cfr. anche G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, 106 ss.; R. ESCUDERO RODRIGUEZ, *Un requiem per la flessicurezza. Teoria e pratica del modello in alcuni Paesi dell'Europa del sud*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 3, 2013.

<sup>29</sup> P. LOI, *Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro*, cit., 570, collega proprio le riforme all'insegna della flessicurezza al quadro economico e sociale: «le soluzioni individuate dai diversi Stati per far fronte alla crisi economica sono tutte, più o meno marcatamente, orientate nel rafforzare la flessibilità e ridurre la sicurezza».

percorsa la via del potenziamento dei servizi per l'impiego e del raccordo, da istituire ormai necessariamente, tra politiche del lavoro attive e passive, da attuare attraverso un condizionamento reciproco. L'obiettivo della «garanzia di occupabilità» e della «continuità dell'occupazione» è stato perseguito adottando un modello di servizi per l'impiego idoneo ad ottimizzare l'incontro tra domanda e offerta, e capace di contrastare la disoccupazione sulla base del principio della *condizionalità*, per effetto del quale l'erogazione di una prestazione di politica passiva è subordinata alla ricerca di un nuovo impiego. Un tale temperamento di politiche basate su misure di sostegno al reddito ed assistenziali – quelle passive – e politiche di sostegno alla formazione ed alla costruzione di capacità – quelle attive – si è presentato come una soluzione dai caratteri parzialmente innovativi che è destinata, in ultima analisi, ad andare a modificare il sistema di *welfare*, sia sul piano culturale che su quello della spesa sociale.

E del resto un tale modello era già insito nella riflessione di un acuto osservatore, Luigi Mengoni, che fin dal 1961 aveva segnalato come l'attività pubblica di organizzazione del mercato del lavoro dovrebbe tendere, in ogni caso, ad abbreviare la durata delle prestazioni erogate ai disoccupati, «predisponendo un complesso di istituzioni cooperanti allo scopo di favorire la reintegrazione nella vita professionale e, al tempo stesso, introducendo un sistema efficiente di controllo della disoccupazione involontaria»<sup>30</sup>. La consapevolezza di questo nesso tra intervento nel mercato del lavoro e contenimento della spesa assistenzialistica non è dunque una scoperta recente, ma in epoca di *flexicurity* – in cui l'intenzione è di abbandonare un *welfare* eccessivamente generoso e servizi per l'impiego intesi come funzione pubblica – l'interrogativo circa il ruolo dell'attore pubblico diventa più critico. L'azione pubblica che garantisce attività con contenuti misti di politica attiva e passiva del lavoro è di natura nuova, e uno dei vantaggi principali da essa attesi è di carattere finanziario: il nuovo sistema di *welfare/workfare* è volto anche a garantire – oltre a risultati di natura occu-

<sup>30</sup> L. MENGONI, *Relazione generale*, in G. Boldt, P. Durand, P. Horion, A. Kayser, L. Mengoni, A.N. Molenaar (cur.), *La tutela dei lavoratori contro la disoccupazione*, Lussemburgo, 1961, 78.

pazionale – un contenimento di risorse pubbliche attraverso il criterio della condizionalità, che verrà approfondito.

Interessa evidenziare che il ruolo dei pubblici poteri appare in sostanziale mutamento. La graduale rinuncia del soggetto pubblico Stato – titolare della competenza esclusiva in materia di ordinamento civile, a cui la disciplina del lavoro è riconducibile – a intervenire nel rapporto di lavoro con discipline di garanzia dei diritti per i lavoratori, nonché il superamento del monopolio pubblico del collocamento si prestano ad essere letti come un arretramento dello Stato a vantaggio delle dinamiche di mercato, o addirittura come rinuncia ad ogni forma di intervento pubblico. Se con il venir meno del monopolio del collocamento è effettivamente cessato il «controllo» diretto ed esclusivo da parte della sfera politica/pubblica, tuttavia è possibile ritenere che la medesima istanza pubblica continui ad essere chiamata ad adottare strategie di «governo» del mercato del lavoro; e si può sostenere che continua a reputarsi irrinunciabile l'azione dello Stato laddove permangono squilibri e fallimenti di mercato, rispetto ai quali occorre da un lato riportare elementi di efficienza, dall'altro conseguire effetti redistributivi.

Va evidentemente compreso e inquadrato questo nuovo ruolo pubblico di «governo», più che di «controllo», del contesto del lavoro. Se si parte dal presupposto che la questione sociale che il lavoro porta con sé – significativa l'affermazione che il lavoro rappresenti «la saldatura tra economia e politica»<sup>31</sup> – assume rilievo tale a livello politico-istituzionale per cui lo Stato non può sottrarsi ad azioni di riequilibrio o di vera e propria gestione di crisi, si comprende come l'istituzione pubblica non possa che presidiare i rapporti di lavoro, e talvolta adottare interventi che possono incidere sul sistema di mercato.

Quanto all'intervento pubblico che si manifesta nella predisposizione del sistema di sicurezza, con strumenti di *welfare* che sono fonte di spesa sociale, la sua prescrittività in forza dell'art. 38 Cost. lascia al decisore politico solo margini di scelta in merito all'entità delle provvidenze, che possono essere più o meno onerose per la finanza

<sup>31</sup> M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno Aic 2011 *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria*, ora in *Diritto e società*, n. 4, 2011, 680.

pubblica. In tempi nei quali sempre più si pone la questione di una spesa che sia sostenibile, l'interesse dello Stato a controllare la disoccupazione risponde sicuramente agli imperativi dell'art. 4 Cost., ma è al tempo stesso finalizzata a limitare l'erogazione di prestazioni previdenziali e assistenziali<sup>32</sup>. Ecco perché la tendenza più recente in Europa e in Italia è nella direzione di un superamento dei tradizionali strumenti assistenzialistici di *welfare* e per l'adozione di sistemi di *workfare*, il cui tratto qualificante è il collegamento tra politiche attive e passive: le prime finalizzate a determinare la riduzione della spesa per le seconde.

Il ruolo dello Stato non sembra dunque suscettibile di venire meno. Pare superato il concetto di «controllo», che ha lasciato il posto a meccanismi di «governo»<sup>33</sup> tanto del mercato del lavoro, quando delle condizionalità: perseguendo nuovi equilibri tra politiche attive e passive, l'obiettivo è di lasciare operare dinamiche mercantili con obiettivi di massimizzazione dei livelli di occupazione, riuscendo a contenere i costi di assistenza a favore di soggetti in posizioni di debolezza. Nuove funzioni si affacciano e configurano in maniera inedita il meccanismo di «governo» di un sistema in cui la dimensione di mercato sembra diventare preponderante. Il «governo» del mercato del lavoro implica la definizione di regimi di autorizzazione e di accreditamento di quei soggetti privati che, entrando nel sistema del collocamento, si sono posti in complementarietà o in concorrenza con le strutture pubbliche: deve essere pertanto lo Stato che disciplina l'accesso al mercato dei servizi per l'impiego. Ma soprattutto, laddove sembri affermarsi una logica prevalentemente di mercato, deve rimanere prerogativa delle istituzioni la determinazione di obiettivi e di priorità a cui le relazioni industriali possono essere indirizzate, e la predisposizione di strumenti idonei a creare forme di vincoli, che spesso si traducono in meccanismi dalla valenza condizionale e incentivante.

<sup>32</sup> Come evidenziato da M. MOCELLA, *Politiche del lavoro, costi del welfare ed età dei lavoratori*, in *Dir. merc. lav.*, n. 2, 2017, 300.

<sup>33</sup> Cfr. S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo*, Collana ADAPT - Fondazione "Marco Biagi", Milano, 2008, 1 ss.

Rimangono pertanto cruciali e necessari la presenza e l'operare delle funzioni pubbliche nei confronti dell'ampio contesto del lavoro, anche in un passaggio storico nel quale il mercato appare il meccanismo più adeguato a promuovere un complesso di beni – alta occupazione, efficienza, produttività – che, se assicurati, dovrebbero portare crescita economica e avanzamento sociale.

Vi è da evidenziare che non mancano nell'ordinamento alcuni istituti volti a contenere gli elementi di eccessiva flessibilità dei mercati, e a perseguire obiettivi di incremento dell'occupazione incidendo sul rapporto classico dell'interazione tra domanda e offerta: ma nonostante l'operare di tali istituti, rimane valida la constatazione di quanto sia cambiata l'impostazione di fondo della legislazione del lavoro. La finalità non è più tutelare il lavoratore nel rapporto individuale di lavoro, quanto garantirgli un efficace sostegno nel mercato del lavoro<sup>34</sup>: la *security* non viene meno, ma il suo ridimensionamento è l'effetto di una logica condizionale che collega provvidenze economiche alla ricerca del nuovo impiego, in una prospettiva sempre più di salvaguardia delle finanze pubbliche.

A questa prospettiva della condizionalità che sta caratterizzando le politiche del lavoro è dedicata l'analisi successiva.

##### 5. Il meccanismo della condizionalità

Il tema dei livelli essenziali delle prestazioni è centrale per il versante dell'intervento riformatore: quello di una valorizzazione degli interessi del cittadino, che è tanto il lavoratore quanto l'impresa. In tale prospettiva si è proseguito un percorso già avviato fin dal 2000 di declinazione nazionale dei livelli essenziali dei servizi per l'impiego<sup>35</sup>: intendendosi con tali servizi le prestazioni preordinate a dare soddisfa-

<sup>34</sup> M. RICCI, *I Servizi per l'impiego dopo le modifiche legislative tra luci e ombre*, in *Arg. dir. lav.*, n. 2, 2017, 326.

<sup>35</sup> P. A. VARESI, *I livelli essenziali concernenti i servizi per l'impiego e la sfida della «Garanzia per i giovani»*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 142, 2014, 185 ss.; P. PASCUCCI, *I livelli essenziali delle prestazioni*, in E. Ghera, D. Garofalo, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, 2016, 137 ss.

cimento al diritto sociale affidato alla competenza concorrente della tutela e della sicurezza del lavoro.

A tale proposito va infatti specificato che la materia lavoristica viene ricondotta, secondo il dettato costituzionale e la giurisprudenza che si è pronunciata in merito al titolo V Cost., principalmente alle competenze dell'«ordinamento civile» e della «tutela e sicurezza del lavoro». Il primo ambito materiale – e in tal senso si vedano le sentt. nn. 189/2007, 151, 324 e 332/2010 della Corte costituzionale – comprende principalmente la disciplina del contratto di lavoro e del trattamento economico, e risulta potestà esclusiva dello Stato: quindi terreno di diritti civili. Ricade invece nella competenza «tutela e sicurezza del lavoro»<sup>36</sup> – secondo la lettura dell'art. 117, co. 3, Cost., effettuata dal giudice delle leggi soprattutto con la sent. n. 50/2005 – la disciplina dei servizi per l'impiego e del collocamento, e in Costituzione è riconosciuta come potestà concorrente. Si è infatti sempre ritenuto che la tutela della salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro sia da ricondurre alla sfera di potestà esclusiva dello Stato, e dunque preclusa alle Regioni: a queste sembrano dal 2001 lasciate prevalentemente le prestazioni che possono supportare il lavoratore nella ricerca dell'impiego o l'ex-lavoratore nella fruizione di provvidenze per il suo mantenimento, dunque quelle funzioni finalizzate a sostenere la sicurezza della continuità lavorativa.

È allora con riguardo a queste ultime prestazioni, che soddisfano il diritto sociale, che opera l'obbligo per il legislatore statale di stabilire un livello essenziale di godimento; e per il legislatore regionale di garantire che quel livello sia rispettato, decidendo eventualmente di offrire una soglia più elevata.

Per la prima volta il d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181, recante *Disposizioni per agevolare l'incontro fra domanda ed offerta di lavoro, in attuazione dell'articolo 45, comma 1, lettera a), della legge 17 maggio 1999, n. 144*, ha compiuto l'operazione di individuare alcune categorie di soggetti destinatari di misure di inserimento nel mercato del lavoro – adolescenti, giovani disoccupati di lunga durata, inoccupati di lunga

<sup>36</sup> P. TULLINI, *Le competenze legislative in materia di sicurezza sul lavoro: i nodi irrisolti*, in *Ist. del Federalismo*, n. 1, 2009, ricostruisce il perimetro della materia: si veda in particolare la nota (1) che raccoglie la dottrina a riguardo.

durata, donne in reinserimento lavorativo – e di identificare misure di prevenzione della disoccupazione di lunga durata, configurando tali misure come un livello minimo da assicurare su tutto il territorio nazionale, e dunque suscettibile di integrazione ad opera degli enti territoriali, che invece hanno poi riproposto inalterati i tempi e la tipologia degli interventi della legislazione statale.

Con la legge 28 giugno 2012, n. 92, recante *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, tali misure sono state definite – per la prima volta – come livelli essenziali delle prestazioni: quindi misure che i servizi pubblici per l'impiego devono in ogni caso garantire. Già con questa disciplina si è assegnata alla condizionalità<sup>37</sup> una funzione preminente e si sono definiti, per la prima volta, i «livelli essenziali delle prestazioni dei servizi per l'impiego» come misure che i servizi provinciali devono offrire<sup>38</sup>, con possibilità di differenziazioni nel contesto dei singoli territori.

L'attenzione per il coinvolgimento dei lavoratori espulsi dal mercato è poi stata posta al centro della riforma del 2014/15 che – come si è detto – ha investito sui servizi per il lavoro e sulle politiche attive, istituendo un sistema unitario di prestazioni tra Stato e Regioni, volto a creare una rete a supporto dei lavoratori, con una regia centralizzata ad opera della neo-istituita Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro<sup>39</sup>; e ha declinato i livelli essenziali dei servizi di assistenza che vanno garantiti a tutti i cittadini/lavoratori.

<sup>37</sup> Di seguito le prime analisi della letteratura sul tema della condizionalità: S. SPATTINI, *Politiche attive e condizionalità dei sussidi: il ruolo dei servizi per l'impiego*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (cur.), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012; P. Rausei, M. Tiraboschi (cur.), *Lavoro: una riforma a metà del guado*, ADAPT University Press, 2012; S. SPATTINI, G. ROSOLEN, M. TIRABOSCHI, *Condizionalità e raccordo tra politiche attive e passive in chiave pubblicistica*, in P. Rausei, M. Tiraboschi (cur.), *Lavoro: una riforma sbagliata*, ADAPT University Press, 2012.

<sup>38</sup> R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2016.

<sup>39</sup> Si vedano i commenti di A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, WP CSDL E “Massimo D’Antona”.IT, n. 249, 2015; V. FERRANTE, *Le politiche attive del lavoro fra decentramento e accentrato: un dolce girotondo?*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2016, 267 ss.; A. LASSANDARI, *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi*

In particolare il decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150 rafforza il processo di definizione delle regole del sistema delle prestazioni di politica del lavoro, dal momento che oltre a contenere varie previsioni dei servizi che vanno considerati essenziali – artt. 11, 18, 20, 21 e 23 – inserisce anche la auto-qualificazione finale operata dall’art. 28, per effetto della quale i livelli essenziali non sono più definiti tramite il riferimento espresso a prestazioni sostanziali minime, ma direttamente con il rinvio ad istituti regolati specificamente nelle norme, che diventano esse stesse livelli essenziali<sup>40</sup>. L’operazione di indicare come livelli essenziali delle norme<sup>41</sup> è tra l’altro in dissonanza con la giurisprudenza costituzionale, che ha dato precise indicazioni sulle modalità di esercizio della potestà legislativa dello Stato: con le sentt. nn. 121/2014, 322/2009, 168 e 50/2008 e 387/2007 il giudice delle leggi ha infatti declinato la competenza *ex art.* 117, co. 2, lett. *m*, Cost. in termini di «determinazione degli standard strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto».

## 6. I diritti condizionati

Se si ripercorre<sup>42</sup> la giurisprudenza costituzionale in tema, ben altra dovrebbe essere la manifestazione di tale titolo di competenza statale.

*per l’impiego e le politiche attive*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2016, 237 ss.; S. VERGARI, *Verso il sistema unitario dei servizi per il lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 2017, 481 ss.

<sup>40</sup> R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act*, cit., 292.

<sup>41</sup> Si riporta la definizione di P. DE IOANNA, *Livelli essenziali di cittadinanza e funzionamento della democrazia rappresentativa: qualche notazione*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 4, 2012, 762: «I livelli essenziali sono il modo concreto con cui si declina la ragione sociale dello stare insieme nella Repubblica democratica», che si colloca all’opposto della scelta operata dal decreto legislativo n. 150/2015.

<sup>42</sup> Si rinvia a C. BUZZACCHI, *Chi garantisce i LEA nelle Regioni commissariate?*, in *Le Regioni*, n. 1, 2019, 302 ss., per un ragionamento sui livelli essenziali: benché in quella sede sia sviluppato con riguardo alla sanità e all’assistenza, le linee portanti del contributo giurisprudenziale valgono per qualsiasi diritto civile e sociale.

Infatti, i livelli essenziali sono stati qualificati come soglie di prestazioni che lo Stato deve determinare per garantire l'uniformità di trattamento e dunque il rispetto del principio di eguaglianza; ma senza che ciò possa escludere «che le Regioni e gli enti locali possano garantire, nell'ambito delle proprie competenze, livelli ulteriori di tutela». In tal senso si sono espresse le sentt. nn. 248/2006, 322 e 200/2009, 207 e 10/2010, e infine 297/2012. Se la deroga, in favore dello Stato, alla competenza legislativa delle Regioni «è ammessa nei limiti necessari ad evitare che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano, in ipotesi, assoggettarsi ad un regime (di assistenza sanitaria) inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato», alle Regioni sarà comunque sempre possibile fornire «con proprie risorse, prestazioni aggiuntive tese a migliorare ulteriormente il livello delle prestazioni, oltre la soglia minima uniforme prescritta dalla legge statale»<sup>43</sup>; dunque «resta integra la potestà stessa della Regione di sviluppare ed arricchire il livello e la qualità delle prestazioni garantite dalla legislazione statale, in forme compatibili con quest'ultima»<sup>44</sup>. È evidente che l'intento è quello di evitare un regime di servizi di quantità e qualità inferiore, non già uno superiore.

Alla luce di ciò, si può affermare che all'interno delle norme del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150 l'indicazione di «livello essenziale» si riferisca in alcuni casi ad effettive prestazioni, mentre in altri non appare riconoscibile la qualità di servizio a favore del lavoratore.

Ma soprattutto l'elemento che rende quasi unica la nozione di livello essenziale riferita alle prestazioni dei centri per l'impiego è il vincolo della condizionalità<sup>45</sup>. Per effetto di questo meccanismo, gli utenti dei servizi possono pretendere le prestazioni delle strutture pubbliche nella misura in cui accettano un regime di vincoli collegati all'iniziativa e all'impegno ad intraprendere il percorso necessario per trovare la nuova occupazione: nello specifico i decreti legislativi nn. 14 e 150 del

<sup>43</sup> Corte cost. n. 387/2007, p.to 5.1 *Considerato in diritto*.

<sup>44</sup> Corte cost. n. 248/2006, p.to 4.1 *Considerato in diritto*.

<sup>45</sup> Ricco ed efficace è il quadro che ne fa A. OLIVIERI, *La condizionalità nel d. lgs. n. 150/2015: luci e ombre*, in E. Ghera, D. Garofalo (cur.), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, cit., 185 ss.

2015, novellati dalla legge di bilancio del 2022, hanno disposto stabilisce che l'erogazione della Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpI) debba essere condizionata alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa, nonché ai percorsi di riqualificazione professionale proposti dai servizi pubblici. Nella disposizione si richiede che i beneficiari delle prestazioni a sostegno del reddito siano tenuti a stipulare il patto di servizio personalizzato, e di conseguenza ad attenersi ai comportamenti individuati in questo; con la previsione di molteplici sanzioni nel caso in cui il patto di servizio venga disatteso dal lavoratore, o meglio: dall'aspirante lavoratore. Il principio di condizionalità consiste pertanto in un legame tra sostegno al reddito e determinati comportamenti attivi del percettore disoccupato; tra cittadino disoccupato e pubblica amministrazione, tra i quali intercorre una sorta di reciprocità. Il lavoratore è chiamato a farsi parte attiva per godere del diritto al lavoro; l'amministrazione è chiamata a garantire iniziative di supporto reale e prestazioni effettive<sup>46</sup>.

Varie sono le osservazioni che si possono effettuare, ma soprattutto – in questa sede – va evidenziato che le condizioni non ricorrono nei confronti di prestazioni, che realizzano il soddisfacimento di diritti sociali di altra natura. E tuttavia pare opportuno osservare che molteplici diritti sociali hanno subito forme di condizionamento diverse, soprattutto di natura finanziaria. Il collegamento che si prospetta, a questo proposito, è all'ampio dibattito<sup>47</sup>, e soprattutto alla giurisprudenza costituzionale, che ha dovuto fornire risposte alla questione se vincoli di natura finanziaria possano rendere meno stringente la portata soprattutto di quei diritti che hanno un costo in termini finanziari: l'interrogativo è se quel confronto dottrinario e giurisprudenziale possa presentare delle analogie rispetto alla peculiare situazione che qui si sta esaminando, quella dell'applicazione di criteri di condizionamento

<sup>46</sup> R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs Act*, cit.; A. LASSANDARI, *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro*, cit., 248. Più recentemente cfr. A. SARTORI, *La condizionalità tra coercizione ed "empowerment" del disoccupato*, in *Variazioni su Temi di diritto del lavoro*, n. 4, 2022.

<sup>47</sup> Sia consentito richiamare le considerazioni già svolte in *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015, 102 ss. Si rinvia anche a *Vincoli europei di bilancio e politiche sociali delle Regioni*, in *Diritti regionali*, n. 1, 2018.

nei confronti di quanto prescritto e garantito dall'art. 117, co. 2, lett. *m*.

Il riferimento è a quella dottrina dei «diritti finanziariamente condizionati» che ha trovato nella giurisprudenza della Corte costituzionale un solido fondamento e che ha introdotto nel nostro sistema giuridico ma, più in generale, nel contesto culturale, l'idea che vi possano essere condizionamenti o priorità di carattere finanziario in presenza dei quali può essere ragionevole ammettere l'impossibilità di dare piena risposta ai bisogni dei singoli e della comunità.

È dagli anni Settanta che il dibattito della scarsità delle risorse disponibili si è posto con caratteri di tale urgenza da condurre il legislatore e gli apparati amministrativi a decisioni di contrazione della spesa pubblica, che sono state avallate dal giudice costituzionale con argomenti che in sostanza hanno fatto leva principalmente sul principio della gradualità nella realizzazione delle pretese soggettive all'eguaglianza<sup>48</sup>. In base a tale esigenza, la Corte costituzionale ha passivamente confermato le scelte del legislatore<sup>49</sup> che hanno inciso principalmente in ambito sanitario e previdenziale. La ragione rappresentata dalle compatibilità economiche e finanziarie e dalla concreta e attuale disponibilità, da parte dello Stato, dei mezzi necessari per far fronte agli impegni di spesa hanno condotto ad invocare un meccanismo di bilanciamento<sup>50</sup> tra due valori distinti ed evidentemente considerati confliggenti: quello dell'attuazione dei diritti e quello della preservazione dell'equilibrio di bilancio, considerati congiuntamente in una prospettiva di limitatezza delle disponibilità finanziarie.

Si è così arrivati, negli anni Novanta, a dichiarare i diritti sociali – quelli dei quali si reputa maggiore il costo rispetto all'insieme delle altre situazioni soggettive, che ugualmente richiedono risorse pubbliche per essere tutelate e garantite – come diritti “finanziariamente condizionati”. La decisione che ha aperto tale filone giurisprudenziale è la

<sup>48</sup> Cfr. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 176 ss. L'A. richiama, nota (79), la giurisprudenza fin dal 1975.

<sup>49</sup> In tali termini v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 110 ss.

<sup>50</sup> C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 75 ss.

sent. n. 455/1990, ma in realtà la dottrina aveva già formulato argomenti sul tema a partire dagli anni Ottanta del Novecento: era infatti stata affermata la “distinzione, anche costituzionalmente sancita, fra cittadino e utente, il primo titolare di diritti fondamentali, il secondo titolare di diritti finanziariamente condizionati (o dalla tariffa o dalla previsione della spesa *ex art. 81 Cost.*)”<sup>51</sup>, aprendosi così il varco alla considerazione di alcuni diritti costituzionali alla stregua di situazioni soggettive suscettibili di soddisfacimento se e in quanto vi fosse la disponibilità di risorse di bilancio.

A partire dalla pronuncia richiamata la Corte ha preso posizione assai netta, prevedendo il metodo della gradualità per l’attuazione dei diritti sociali e collegando tale graduale soddisfacimento all’effettiva disponibilità delle risorse finanziarie<sup>52</sup>: il giudice delle leggi è arrivato a sostenere che la valutazione del legislatore – nazionale o regionale che sia – «deve riguardare necessariamente l’obiettivo della tutela della salute in bilanciamento con il valore dell’equilibrio finanziario, presupposto della continuità dell’intervento pubblico nel settore» il cui deterioramento «porrebbe in pericolo la stessa ulteriore azione pubblica di tutela della salute»<sup>53</sup>. I due interessi di pari grado<sup>54</sup> in gioco sono per-

<sup>51</sup> La distinzione si deve a F. MERUSI, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Quaderni regionali*, n. 1, 1985, 56. Si vedano anche le posizioni di G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1981, 755 ss. Va invece osservato che nelle due voci dedicate ai diritti sociali, quella di M. MAZZIOTTI, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, e quella di A. BALDASSARRE, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, la questione del condizionamento finanziario non è ancora delineata. Il primo, 806, si preoccupa di negare che i diritti sociali abbiano un carattere relativo e condizionato, ma solo per risolvere la contrapposizione con i diritti di libertà; il secondo, 30, spiega il “condizionamento” come la dipendenza dall’esistenza di un presupposto di fatto, l’organizzazione erogatrice delle prestazioni, affinché i diritti risultino soddisfatti.

<sup>52</sup> Una completa ricostruzione della tematica si deve a V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. I livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 56 ss. L’A. richiama l’ampia letteratura che della materia si è occupata e ripercorre la giurisprudenza costituzionale, catalogandola in funzione dei diritti di prestazione di volta in volta interessati: il diritto alla salute, quello all’assistenza sociale, quello all’assistenza scolastica e infine anche le situazioni giuridiche degli utenti.

<sup>53</sup> Corte cost. sent. n. 416/1995.

tanto quello legato ad un diritto di prestazione e l'altro dell'equilibrio finanziario. Il primo è destinato, secondo tale impostazione, ad essere considerato «costituzionalmente condizionato all'attuazione che il legislatore ne dà» proprio a seguito del bilanciamento col secondo: si è più ampiamente parlato di bilanciamento con «gli altri interessi costituzionalmente protetti», specificandosi però che tale valutazione deve primariamente tener conto «dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone»<sup>55</sup>.

L'indirizzo giurisprudenziale è andato poi attenuandosi – se non addirittura capovolgendosi – verso la fine del decennio<sup>56</sup> quando negli argomenti della Corte è emerso il concetto di «nucleo irriducibile» dei diritti di prestazione, che è stato qualificato «ambito inviolabile della dignità umana»: in quanto tale da sottrarsi all'operazione di bilanciamento, che non può evidentemente spingersi fino al punto di compromettere il soddisfacimento di quanto garantisce la dignità della persona<sup>57</sup>. Tuttavia, è difficile ritenere che l'impostazione avviata in risposta ad uno scenario di diminuzione delle risorse possa ritenersi superata: le successive sentt. nn. 203 e 271/2008, 341/2009, 330/2011 e 187/2012 ripropongono ancora l'argomento di «una necessaria opera di contenimento della spesa», esigenza che va di pari passo con quella di garantire a tutti i cittadini una serie di prestazioni che rientrano nei livelli essenziali. E nel frattempo la Corte costituzionale ha valorizzato «principi di coordinamento della finanza pubblica» come ulteriore strumento di limitazione delle decisioni di spesa<sup>58</sup> degli enti territoriali: e anche in nome di questo parametro si è prodotto un ridimensionamento nella garanzia dei diritti.

<sup>54</sup> Così V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, cit., 64.

<sup>55</sup> Corte cost. n. 509/2000: in essa si rinvia alle sentt. nn. 218 e 304/94, e 267/98.

<sup>56</sup> Il mutamento di orientamento appare con Corte cost. sent. n. 309/1999.

<sup>57</sup> In Corte cost. sent. n. 509/2000 si afferma infatti che tale ambito inviolabile della dignità umana impedisce la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano pregiudicare l'attuazione del diritto in questione.

<sup>58</sup> Si richiamano alcune tra le tante posizioni della dottrina sul tema: G. RIVOSECHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra patto di stabilità, patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2012; G. TARLI BARBIERI, *Quali Regioni per quale regionalismo (a proposito di M. Cammelli, Regioni e regionalismo: la doppia impasse)*, in *Le Regioni*, n. 4, 2012.

Tale teoria della condizionalità dei diritti di prestazione suona oggi anche in termini di sostenibilità: o meglio, di non sostenibilità degli stessi, che a causa della loro particolare struttura hanno finito per qualificarsi come situazioni soggettive la cui garanzia non ha alcun carattere di inderogabilità ma piuttosto è subordinata ad esigenze di contenimento dei costi e di salvaguardia della tenuta dei conti pubblici. Gli sviluppi attuali sul terreno delle politiche di bilancio segnalano una continuità di tale logica, poiché tuttora la sostenibilità dei diritti – che continuano ad essere concepiti in chiave di «condizionamento finanziario» – sembra una variabile dipendente, subordinata al rispetto di un valore che mantiene centralità nel dibattito politico e costituzionale – l'equilibrio finanziario – affiancato ora anche dal valore ad esso indissolubilmente collegato della sostenibilità del debito.

Si è dunque in presenza di un quadro concettuale e valoriale che non presenta effettive discontinuità da ormai quasi tre decenni, ed i cui sviluppi hanno raccolto consistenti critiche<sup>59</sup> tra gli studiosi. Tale quadro concettuale presenta analogie con la questione della condizionalità dei servizi per l'impiego nella misura in cui l'erogazione di forme di sostegno al reddito a soggetti in stato di disoccupazione è condizionata alla diligenza di questi nel collocarsi in percorsi di riqualificazione. La prestazione di politica passiva del lavoro, che si traduce in tali misure di sostegno al reddito, è oggetto dei livelli essenziali; e tuttavia non verrà assicurata se i beneficiari non attestano il loro impegno nel fruire di quei servizi che danno consistenza alla politica attiva del lavoro, che si articola in attività finalizzate alla reintroduzione delle persone senza occupazione nel mercato del lavoro.

Da un lato il meccanismo può essere giudicato come assai virtuoso, perché volto a stimolare i fruitori di provvidenze finanziarie a farsi responsabili ed artefici di un percorso di reinserimento nel contesto lavorativo. E tuttavia esso appare meno virtuoso nel momento in cui non funziona da sistema incentivante, ma produce veri e propri effetti san-

<sup>59</sup> Due posizioni, tra le tante, sono di massima chiarezza al riguardo: cfr. L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1, 1995, 38 ss., e C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 548 ss.

zionatori in assenza di comportamenti attivi e responsabili dei soggetti disoccupati. Le provvidenze finanziarie ed i servizi dei centri per l'impiego vengono qualificati come prestazioni che soddisfano un diritto e che devono essere assicurati ad un livello essenziale; e tuttavia possono essere negati laddove si riscontri un comportamento dei fruitori che denota poca responsabilità nel procurarsi le opportunità di una nuova occupazione. La sospensione dell'erogazione svuota evidentemente il concetto di livello essenziale: il diritto non viene riconosciuto nella misura in cui il patto di servizio personalizzato non viene rispettato.

Difficile non ravvisare in un sistema così concepito finalità di controllo delle risorse finanziarie pubbliche: l'obiettivo prioritario appare essere quello di un contenimento della spesa assistenziale, rispetto a cui si realizzano risparmi sia se il lavoratore rapidamente trova occupazione e dunque cessa di usufruire di benefici alla disoccupazione; sia se il lavoratore dimostra una sorta di inerzia e di passività, che danno titolo all'amministrazione di sospendere le prestazioni di politica passiva. I diritti garantiti dalla legislazione del lavoro godono di garanzie in merito ad un livello di essenzialità determinato dallo Stato; ma nel momento in cui le prestazioni di politica attiva non vengano fruite dagli aspiranti lavoratori, tali diritti possono essere negati, e in tal modo il vero vantaggio conseguito è quello di una minor spesa pubblica, che si configura come l'effettiva priorità della politica del lavoro nella sua interezza. La condizionalità dei diritti delle politiche del lavoro finisce dunque per dimostrarsi l'ennesima manifestazione della teoria dei diritti finanziariamente condizionati, ben nota da decenni: a chi scrive pare necessario ribadire che neanche difficoltà di finanza pubblica dovrebbero far dubitare dell'obbligatorietà dei livelli essenziali, applicati con riguardo a qualsiasi diritto sociale: sia esso il diritto all'istruzione o alla tutela della salute o al lavoro.

Si potrebbe arrivare a leggere nel principio di condizionalità un'impostazione prevalentemente punitiva nei confronti dei percettori di sussidi, piuttosto che di autentica garanzia delle azioni e dei servizi dovuti al cittadino. Effettivamente il particolare intreccio tra politica passiva – il sussidio – e politica attiva – i servizi – lascia percepire una declinazione inedita di questa potestà del legislatore nazionale a tutela di un uniforme godimento dei diritti: diritti che, oltre a dover superare

le possibili differenziazioni di organizzazione dei servizi delle amministrazioni territoriali, potranno anche essere subordinati agli adempimenti che il legislatore richiede agli aspiranti lavoratori<sup>60</sup>.

### 7. Alcune ultime pronunce in tema di spesa per i lavoratori

Un ultimo conclusivo passaggio di questo contributo riguarda una giurisprudenza più recente, che si occupa di decisioni dei legislatori nazionale e regionali, riguardanti misure per i lavoratori, che hanno effetti sulla spesa pubblica. Per spiegare la questione in altri termini: misure la cui erogazione viene valutata – in termini di conformità al dettato costituzionale – prevalentemente in ragione delle ristrettezze finanziarie che possono rendere maggiormente vantaggioso ed opportuno – per il Parlamento e per i consigli regionali – di trattare in maniera diversificata i lavoratori. Esse riconfermano, dunque, il condizionamento che diritti a prestazione dei lavoratori possono subire ad opera di scelte di politica economica e di finanza pubblica: scelte che sono sempre più frequentemente di riduzione delle provvidenze e dei servizi, non certo di ampliamento.

La prima pronuncia che si considera è la sent. n. 30 del 2019. Il ricorso ha riguardato una disciplina assai risalente, la l. 9 aprile 1949, n. 264 recante *Provvedimenti in materia di avviamento al lavoro e di assistenza dei lavoratori involontariamente disoccupati*, con interventi innovativi del 2007, che disponeva tutele contro la disoccupazione dei lavoratori agricoli a tempo indeterminato, prevedendo un trattamento diverso rispetto a quello disposto per i lavoratori a tempo indeterminato di altri settori produttivi e per i lavoratori agricoli a tempo determinato: il dubbio di costituzionalità si basava pertanto sul principio di eguaglianza. Il giudice delle leggi ha invece salvaguardato “[l]a possibilità che il legislatore disciplini variamente la tutela contro la disoccupazione, al fine di adeguarla alla natura delle diverse attività lavorative (sentenza n. 160 del 1974)», con il limite che «le differenze di tratta-

<sup>60</sup> P. A. VARESI, *I livelli essenziali concernenti i servizi per l'impiego e la sfida «Garanzia per i giovani»*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 142, 2014, 185 ss. ha effettuato valutazioni dei livelli essenziali con riferimento al particolare finanziamento.

mento tra le varie categorie di lavoratori debbano essere "razionalmente giustificabili", in quanto fondate su "valide e sostanziali ragioni" [...] (sentenza n. 160 del 1974)» (sentenza n. 194 del 2017, punto 2.3. del Considerato in diritto).

Richiamandosi a particolari fattori che condizionano il lavoro subordinato agricolo a tempo indeterminato – quali la stagionalità e gli agenti atmosferici e naturali in genere, che sono elementi suscettibili di incidere sui ritmi produttivi e sull'attività lavorativa – la Corte ha ravvisato peculiarità di tale settore produttivo rispetto a quelli dell'industria e del terziario. Ha così trovato giustificata, "anche sul piano delle valutazioni di politica economica generale del legislatore (sentenza n. 497 del 1988), la previsione di un regime previdenziale contro la disoccupazione differenziato per il settore agricolo (quanto alla contribuzione, nonché quanto ai requisiti, al contenuto, all'entità, alla durata, alle modalità e ai tempi di erogazione del trattamento)", aggiungendo poi che "alla luce delle trasformazioni nel frattempo intervenute nell'organizzazione delle imprese agricole, il legislatore dovrà valutare se dettare una nuova disciplina dei trattamenti di disoccupazione dei lavoratori agricoli"<sup>61</sup>.

Ma anche richiamandosi al regime del rapporto – a tempo indeterminato o determinato – la Corte legittima la differenziazione della tutela contro la disoccupazione dei lavoratori agricoli<sup>62</sup>: il percorso logico è, in questo caso, che «la diversità dei due rapporti di lavoro rende, in particolare, non irragionevole che la corresponsione dell'integrazione del reddito, in cui si sostanzia la tutela contro la disoccupazione dei lavoratori agricoli, venga stabilita, per i lavoratori a tempo determinato, per una durata corrispondente alle giornate "lavorate" anziché a quelle "non lavorate", come avviene per i lavoratori agricoli a tempo indeterminato».

<sup>61</sup> Corte cost. sent. n. 30 del 2019, p. to 5.2 *Considerato in diritto*.

<sup>62</sup> L'argomentazione è che «tali rapporti di lavoro si differenziano perché l'estinzione del primo si ha soltanto al verificarsi di circostanze non previste al momento della conclusione del contratto di lavoro, mentre il secondo nasce limitato nel tempo e si estingue alla data, già conosciuta dalle parti al momento della conclusione del contratto di lavoro, che ne definisce il termine di durata».

Richiamando una precedente e risalente pronuncia – la sent. n. 497 del 1988 – si argomenta «l'attribuzione dell'indennità speciale ai lavoratori dell'industria rientra in un insieme di misure del legislatore dirette a sollevare il settore produttivo in argomento, in ragione dell'importanza ad esso attribuita nell'economia nazionale, dalle conseguenze dei fenomeni di crisi, cui il settore medesimo era particolarmente esposto» e che dunque «si è in presenza di interventi che, per essere giustificati dalla considerazione di date situazioni occupazionali nel quadro di valutazioni di politica economica generale, non si prestano quali termini per un'utile comparazione ai sensi dell'art. 3 Cost.». Le valutazioni di politica economica generale appaiono dunque alternative a quelle legate a esigenze di uniforme trattamento: le prospettive di tale politica finiscono per riflettersi nei confronti di decisioni di spesa e, dunque coinvolgono determinazioni di finanza pubblica. Rispetto alla salvaguardia di interessi legati all'ambito economico-finanziario, la Corte dimostra di ritenere non rilevante la questione dell'eguaglianza.

Quest'ultima questione è di nuovo sottoposta allo scrutinio di costituzionalità in occasione della sent. n. 199 del 2022. All'esame della Corte vengono portate disposizioni, che limitano l'accesso a determinate provvidenze sociali o misure di assistenza sulla base del criterio della residenza sul territorio regionale per un periodo prolungato. Si tratta della legge reg. Friuli-Venezia Giulia n. 6 del 2021, nota come legge regionale multisetoriale 2021.

Il giudice costituzionale imposta inizialmente la sua disamina richiamando una giurisprudenza che è già costante: da ultimo la sent. n. 281 del 2020 si era pronunciata nei confronti della legge della medesima autonomia, il Friuli-Venezia Giulia. La Regione con l. reg. n. 18 del 2005 assegnava incentivi indiretti ai lavoratori, erogandoli in via diretta ad aziende che avessero effettuato assunzioni, inserimenti o stabilizzazioni occupazionali riguardanti determinate categorie di soggetti in base al requisito della residenza continuativa sul territorio regionale da almeno cinque anni. In tale decisione e nelle precedenti – le sentt. nn. 133 e 222/2013, 141 e 168/2014, 44 e 281/2020, 7/2021 – l'indirizzo è stato quello di riconoscere la possibilità, in considerazione della limitatezza delle risorse disponibili, di introdurre criteri selettivi per l'accesso ai servizi sociali, utilizzando il requisito della residenza, ma solo a condizione che sussista un ragionevole collegamento tra il

requisito medesimo e la funzione del servizio al cui accesso fa da filtro<sup>63</sup>. La residenza è dunque stata qualificata come «requisito ragionevole al fine d'identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione», rappresentando pertanto un requisito che – per esigenze strettamente finanziarie, di limitatezza di risorse – può diventare discriminante per assegnare benefici e servizi ai lavoratori.

In realtà poi la sentenza perviene a una dichiarazione di incostituzionalità, per violazione degli artt. 3 e 120 Cost. Vengono infatti riportate le motivazioni addotte dalla Regione, che ha sostenuto che «la finalità della disposizione impugnata viene identificata, da un lato, nella volontà di premiare chi ha contribuito alla crescita della Regione – come si evince dai lavori preparatori – promuovendo «con tutti gli strumenti disponibili la ricollocazione di quelle lavoratrici e di quei lavoratori che, dopo avere contribuito per anni allo sviluppo morale e materiale della comunità regionale, avevano pagato maggiormente il prezzo delle situazioni di crisi innescatesi in questi ultimi anni in termini di disoccupazione e precarietà»; dall'altro lato, – come sottolineato dalla stessa Regione nel proprio atto di costituzione in giudizio – nell'esigenza di arginare l'emorragia demografica di cui la stessa è teatro negli ultimi anni, come attestato dalla Nota di Aggiornamento del documento di economia e finanza regionale 2021 depositata dalla stessa Regione». Il collegamento tra il riconoscimento di un incentivo occupazionale destinato al datore di lavoro e il requisito della residenza del lavoratore è dunque considerato irragionevole «così come è irragionevole valorizzare il radicamento territoriale per riassorbire le eccedenze occupazionali (...) in quanto, innanzitutto, il radicamento nel territorio nel passato non è garanzia di futura stabile permanenza in un determinato ambito territoriale»; e poi perché «utilizzare tale criterio

<sup>63</sup> Su tema si rinvia a F. CORVAJA, *Finale di partita. L'incostituzionalità dei requisiti di lungo-residenza previsti dalle leggi regionali quali condizioni di accesso alle prestazioni sociali*, in *Oss. cost.*, n. 6, 2020; C. DOMENICALI, *Sull'illegittimità del criterio del radicamento territoriale per l'accesso all'edilizia popolare: dalla condizionalità all'universalità dei diritti sociali?*, in *Forum Quad. cost.*, n. 3, 2020; D. MONEGO, *La "dimensione regionale" nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, n. 1-2, 2014; C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2, 2020.

che limita la mobilità di chi non risiede nella Regione, sfavorendo dunque la mobilità interregionale dei lavoratori» costituisce una «limitazione, seppure meramente fattuale, alla circolazione tra le regioni, in violazione del divieto per queste ultime di adottare provvedimenti che ostacolino “in qualsiasi modo”, e quindi anche di fatto, la libera circolazione delle persone e delle cose fra le regioni, sostanziandosi in una lesione dell’art. 120, primo comma, Cost., in particolare nel suo collegamento con l’art. 3, secondo comma, Cost.»<sup>64</sup>.

Il terreno del riconoscimento di prestazioni e servizi finanziariamente onerosi a favore dei lavoratori appare dunque piuttosto instabile e scivoloso: lo stesso giudice costituzionale sembra sempre particolarmente attento a ragioni di ristrettezze di risorse e di salvaguardia dei saldi di bilancio. Lasciando spazi al diffondersi di seri dubbi circa la primarietà del valore del lavoro.

<sup>64</sup> Corte cost. sent. n. 199 del 2022, p. to 3 *Considerato in diritto*.



INTERESSI E TECNICHE DECISORIE  
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE  
IN TEMA DI LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI

Giacomo Menegus

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Interessi nel bilanciamento e topografia del conflitto: l'ingresso della "maggiore occupazione". – 3. La congruità del mezzo (arretramento delle tutele) rispetto al fine (maggiore occupazione) nel bilanciamento: questione e questioni aperte. – 4. (*segue*). I mezzi istruttori della Corte costituzionale per verificare la congruità del mezzo: potenzialità e limiti. – 5. I moniti della Corte nella giurisprudenza sui licenziamenti nelle piccole imprese. – 6. Conclusioni provvisorie.

1. *Introduzione*

La grande attenzione rivolta dalla dottrina, non solo lavoristica, alle pronunce che la Corte costituzionale ha emesso a partire dal 2018 su questioni sollevate in rapporto alle due più importanti riforme della disciplina dei licenziamenti degli ultimi anni (legge n. 92/2012, c.d. *legge Fornero*, e legge delega n. 183/2014, c.d. *Jobs Act* unitamente al decreto legislativo n. 23/2015, c.d. *Tutele crescenti*) – testimoniata dalla mole di studi, note e commenti dedicati sia alle singole decisioni, sia alla complessiva evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia<sup>1</sup> – restituisce plasticamente l'importanza di questo filone giurisprudenziale (in part. si v. Corte cost., nn. 86/2018, 194/2018, 150/2020, 212/2020, 254/2020, 59/2021, 125/2022, 183/2022, 7/2024, 22/2024, 44/2024, 128 e 129/2024), che ha impattato in modo assai significativo sulla disciplina sostanziale descritta dalle due riforme.

Pur non mancando incursioni, spesso critiche, nelle modalità attraverso le quali la Corte è giunta a decidere le diverse questioni sotto-

<sup>1</sup> Nell'impossibilità di riprendere diffusamente la dottrina sul punto, ci si limita a rinviare – per la riflessione scientifica sulla giurisprudenza sino ad inizio 2024 – alla trattazione di G. FRANZA, *Licenziamenti ingiustificati e principio di uguaglianza*, Torino, 2024, con ampi richiami bibliografici.

postele<sup>2</sup>, il *focus* dell'analisi scientifica si è concentrato sulle conseguenze prodotte dalle diverse decisioni sul complessivo sistema di tutela avverso i licenziamenti illegittimi, la cui ricostruzione in termini, appunto, di "sistema" è stata comprensibilmente messa in crisi dall'instabilità di un quadro legislativo reso magmatico tanto dall'avvicinarsi di un due discipline legislative nell'arco di pochi anni, quanto dallo stillicidio di interventi ablatori o (re)interpretativi della Corte costituzionale.

Guardare a questa giurisprudenza attraverso la diversa lente delle tecniche decisorie impiegate dalla Corte e, in più in generale, degli strumenti di cui la stessa dispone nel giudizio di legittimità costituzionale per pronunciarsi sulle questioni sottoposte al suo scrutinio può pertanto sembrare un metodo inconsueto o eccentrico di analisi<sup>3</sup>. Si tratta infatti dell'angolo prospettico proprio dello studioso di giustizia costituzionale, interessato principalmente a verificare l'impiego nella prassi di istituti processuali (vecchi e nuovi) e a monitorare l'evoluzione delle tecniche decisorie in rapporto a temi – quali la disciplina dei licenziamenti – nei quali si profila particolarmente problematico il rapporto tra la necessità di «rendere giustizia costituzionale»<sup>4</sup> e quella di salvaguardare la discrezionalità del legislatore ordinario<sup>5</sup>.

Tuttavia, come si tenterà di dimostrare, questi temi – apparentemente marginali rispetto al merito delle questioni affrontate dal giudice delle leggi – giocano un ruolo centrale nello sviluppo attuale (e futuro) della giurisprudenza della Corte e quindi, di riflesso, influenzano

<sup>2</sup> Nel panorama della dottrina lavoristica fa eccezione, per l'approfondimento sul tema, il lavoro monografico di G. FRANZA, *op. cit.*, spec. Cap. II.

<sup>3</sup> Un'analisi della giurisprudenza in parola condotta secondo la prospettiva qui adottata si può ritrovare in R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in *Lo Stato*, vol. 10, n. 18, 2022, 257 ss. (disponibile anche online in versione *pre-print* sul sito dell'A.).

<sup>4</sup> Cfr. almeno G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 3, 2020, a partire dal quale si è sviluppato un vivace dibattito tra costituzionalisti.

<sup>5</sup> Esemplificativi di questa impostazione, tra gli altri, i contributi di R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, n. 3, 2022, 72 ss., F. LAUS, *Il rapporto tra Corte costituzionale e Legislatore, alla luce delle pronunce sul Caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs Act*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, 65 ss.

in maniera decisiva la concreta ridefinizione – prima giudiziale e poi, eventualmente, legislativa – della stessa disciplina sostanziale.

Operando una necessaria selezione tra i molti profili di interesse, l'analisi prende le mosse dalla definizione dommatica di *topografia del conflitto degli interessi costituzionali*, che è presupposto necessario di ogni bilanciamento da parte della Corte e condiziona inevitabilmente l'esito del giudizio sulla disciplina considerata, per poi esaminarne in concreto l'evoluzione nella più recente giurisprudenza costituzionale in tema di licenziamenti illegittimi. L'esame condurrà a dimostrare come la topografia in materia, a seguito dell'evoluzione della disciplina legislativa, abbia visto l'ingresso di un "nuovo" interesse, che finisce per condizionare inevitabilmente lo scrutinio sul bilanciamento legislativo, scardinando il quadro tradizionale (par. 2). Sulla scorta della ricostruzione proposta, si concentrerà quindi l'attenzione su una delle fasi o gradi del giudizio di bilanciamento, ossia la verifica della *congruità o idoneità del mezzo legislativo* prescelto rispetto al fine prefissato: si tratta di un tema costantemente evocato nel dibattito lavoristico in rapporto all'arretramento delle tutele rispetto a licenziamenti illegittimi, ma sul quale la Corte non ha avuto finora modo di pronunciarsi pienamente (par. 3). In proposito, si vedrà non solo come abbiano pensato alcuni limiti delle ordinanze di remissione, ma pure come un'indagine sulla congruità dell'arretramento delle tutele a perseguire l'obiettivo della maggior occupazione possa andare incontro a problemi ed incognite, in parte legate agli *strumenti istruttori* della Corte (e al loro concreto impiego), in parte all'individuazione dello stesso oggetto dell'istruttoria (par. 4). Un ultimo elemento che ci si propone di esaminare è quello dei c.d. *moniti* della Corte al legislatore, che si rinvergono (anche) nella giurisprudenza in esame (spec. nn. 150/2020 e 183/2022) e in relazione ai quali si svolgeranno alcune brevi considerazioni critiche (par. 5). Nelle conclusioni, si trarranno le fila dei diversi profili di analisi, per tentare di fissare alcuni punti saldi in vista dei futuri sviluppi della giurisprudenza costituzionale (par. 6).

## 2. *Interessi nel bilanciamento e topografia del conflitto: l'ingresso della "maggiore occupazione"*

Partendo proprio dalla questione della topografia degli interessi, sembra utile riepilogare come è strutturato e opera il bilanciamento degli interessi nella giustizia costituzionale, specie al fine di evitare taluni equivoci, sorprendentemente non infrequenti, che finiscono per condurre a letture erranee o fuorvianti della giurisprudenza della Corte.

Conviene partire da un dato condiviso, almeno tra gli studiosi di diritto costituzionale: le costituzioni pluraliste del Secondo Dopoguerra accolgono al loro interno una molteplicità di valori, espressione di tradizioni filosofiche e politiche differenti, traducendoli in principi, e riconoscono una pluralità di diritti e libertà fondamentali, formulati in termini ampi, generali, talora indeterminati, i quali entrano spesso in conflitto e sono potenzialmente antitetici tra loro. Non è un errore di concezione, ma un tratto fisiologico, comune a differenti esperienze giuridiche<sup>6</sup>.

Va inoltre rimarcato che, almeno per quanto concerne la Costituzione italiana, come più volte confermato dalla Corte costituzionale<sup>7</sup>,

<sup>6</sup> Cfr., tra i molti, G. PINO, *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in *Filosofia politica*, n. 2, 2010, 290-291; R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2007, 22 ss.

<sup>7</sup> Celeberrimo è il c.d. caso Ilva, deciso con la sentenza n. 85 del 2013, nella quale si può leggere: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. / Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo "fondamentale", contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come "valori primari" (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e

non è dato rinvenire *super*-principi o valori dominanti tra quelli iscritti nella stessa, né un qualche ordine di preferenza o una gerarchia che conduca l'uno a prevalere sull'altro in via generale ed astratta. Vero è che taluni indirizzi di deroga a questa equiordinazione sono indicati dalla lettera della Costituzione stessa, in genere attraverso formulazioni ampie che implicano un qualche successivo passaggio di specificazione o attuazione, in via legislativa, giudiziaria, ecc.<sup>8</sup>: è il caso, per fare un esempio che ha visto una dolorosa applicazione recente, delle limitazioni imposte «in via generale per motivi di sanità o di sicurezza» dalla legge alla libertà di circolazione (art. 16 Cost.), rispetto al quale è evidente che si dia prevalenza, in relazione allo specifico e concreto conflitto tra tutela della salute e diritto a circolare liberamente, alla prima sulla seconda. Ma al di fuori di queste deroghe espresse, diritti e libertà costituzionali si pongono su un piano di parità formale o eguale dignità.

Tutto ciò vale anche per il *diritto al lavoro*, nonostante le assai significative formulazioni degli artt. 1, comma 2, 4, 35, 36, 38, e, più generale, il principio lavorista che permea l'intero testo costituzionale. D'altra parte, la qualificazione come «inviolabile» di molti diritti e libertà non vale a sottrarli ad un processo di bilanciamento rispetto ad altri interessi contrapposti e, come già ricordato in dottrina<sup>9</sup>, persino il diritto alla salute, definito espressamente «fondamentale» dall'art. 32 Cost., non elude il necessario confronto con interessi apparentemente deteriori, come quello dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.),

pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come «primari» dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (*Cons. diritto* § 9.).

<sup>8</sup> Si tratta di quelle che G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 42 ss., spec. 44-45, definisce «gerarchie assiologiche».

<sup>9</sup> G. FRANZA, *op. cit.*, 107.

che pure – è giusto il caso di ricordare – non dovrebbe svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute*, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2, Cost.). Non essendovi dunque una gerarchia tra valori-principi o diritti, sta in prima battuta al legislatore trovare un equilibrio tra interessi confliggenti, dettando una disciplina che sappia temperare in modo ragionevole e proporzionato le diverse istanze in gioco, senza sacrificare l'una o l'altra in modo eccessivo. E questo avviene anche rispetto al diritto al lavoro e agli interessi ad esso potenzialmente contrapposti.

Quanto a questi ultimi, spesso è la stessa Costituzione a identificarli, segnalando quelli che devono essere necessariamente considerati dal legislatore. Si pensi al già citato art. 16 Cost., oppure all'incolumità o alla sicurezza pubbliche rispetto alla libertà di riunione in luogo pubblico, ai sensi dell'art. 17, comma 3, Cost. In genere, tuttavia, il legislatore può prendere in considerazione anche altri interessi che ritenga meritevoli di tutela, non necessariamente di chiaro rango costituzionale, in coerenza con la selezione operata dall'indirizzo politico della maggioranza. Il bilanciamento così compiuto dal legislatore può essere quindi messo in discussione attraverso il giudizio di costituzionalità delle leggi, con l'impiego della tecnica del *bilanciamento degli interessi*, svolto in questo frangente dalla Corte costituzionale guardando all'assetto dato agli interessi dalla disciplina di legge impugnata.

Un passo essenziale e preliminare rispetto al bilanciamento “vero e proprio” è quello della perimetrazione degli interessi che vanno presi effettivamente in considerazione e quindi “pesati”<sup>10</sup>. Come detto, in alcuni casi è la Costituzione a dire quali siano (si v. l'esempio dell'art. 17 libertà di riunione), molto più spesso è la Corte a “mapparli” – anche per questo si può parlare di topografia del conflitto – attraverso l'uso dei consueti strumenti dell'interpretazione dei testi legislativi, volti a ricavare la *ratio legis* di una disciplina. Questo passaggio è centrale perché gli interessi che non vengono puntati sulla carta dalla Cor-

<sup>10</sup> Per questi temi, il riferimento d'obbligo corre a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, spec. 62-64, 70-71. Sull'ambiguità della metafora del bilanciamento/ponderazione, cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 173.

te all'esito del processo interpretativo restano fuori dal bilanciamento e non vengono neppure presi in considerazione.

Si procede quindi con i successivi *step* del bilanciamento<sup>11</sup>: prima, la verifica della *legittimità* del fine perseguito (e qui il ragionamento si arresta quando il fine sia palesemente illegittimo: ad es. discriminazione sulla base del sesso); poi, la verifica della congruità del mezzo rispetto al fine, la quale – laddove dia esito negativo – risolve il procedimento di verifica in un giudizio di *irragionevolezza* della disciplina (non c'è quindi ancora un bilanciamento, ma un *test* di ragionevolezza); infine, si passa al giudizio di proporzionalità, che si articola a sua volta nella valutazione della *necessità* del mezzo (si verifica cioè se non fosse disponibile uno strumento altrettanto efficiente, ma meno invasivo per realizzare l'obiettivo) ed eventualmente il controllo di *proporzionalità in senso stretto*, nell'ambito del quale si verifica che l'assetto dato dal legislatore non si spinga al punto da comprimere eccessivamente l'operatività di uno degli interessi considerati (in modo tale, quindi, da garantirne la salvezza del *contenuto essenziale* o *Wesensgehalt*).

Venendo al caso che ci interessa, ossia la disciplina sui licenziamenti, va registrata una notevole variazione nella topografia del conflitto tracciata dalla Corte nella sua giurisprudenza più recente. Perché se l'impostazione classica – limitandoci per ora ad uno sguardo d'insieme, necessariamente approssimativo e generale (ma v. *infra*) – si risolveva nella contrapposizione tra diritto al lavoro *ex artt.* 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost. e libertà d'impresa *ex art.* 41, comma 1, Cost., restando l'interesse pubblico alla maggiore occupazione sullo sfondo (oppure, per coerenza con la metafora topografica, fuori dalla mappa e

<sup>11</sup> È giusto il caso di avvertire che, quella qui proposta, è solo una delle possibili ricostruzioni del bilanciamento (ripresa essenzialmente da R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2024, 420 ss.), la quale ingloba il *test* di proporzionalità, altrove trattato distintamente. Va peraltro evidenziato come bilanciamento, *test* di ragionevolezza e di proporzionalità siano tecniche argomentative e decisorie strettamente interconnesse e difficilmente separabili in modo netto; in questo senso, si v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 174; per un quadro completo sulle tecniche argomentative in esame, cfr. sempre *ivi*, 174 ss., spec. 204 ss.

dai confini del bilanciamento)<sup>12</sup>, la riforma introdotta con il *Jobs Act* ha portato il fine «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» nel perimetro degli interessi di cui la Corte è chiamata necessariamente a tener conto, sullo stesso piano dei diritti del lavoratore e dell'impresa.

Su questo aspetto, la Corte è molto chiara già nella pronuncia n. 194 del 2018.

Sin dal c.d. “fattino” – ossia il riepilogo dei fatti salienti ai fini della decisione redatto nella prima parte del *Considerato in diritto* – il giudice costituzionale colloca al centro della motivazione la *ratio legis* della delega legislativa, ossia il «dichiarato “scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”» (art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014). Benché nell'ambito dello scrutinio di ragionevolezza della disparità di trattamento *ratione temporis* introdotta dalla riforma, la Corte identifica nettamente la ragione giustificatrice della nuova (e deteriore) disciplina, che risulta invece «del tutto trascurata dal giudice rimettente». In particolare, nel punto 6 del *Considerato in diritto* si legge:

Lo scopo dell'intervento, così esplicitato, mostra come la predeterminazione e l'alleggerimento delle conseguenze del licenziamento illegittimo dei lavoratori subordinati a tempo indeterminato siano misure dirette a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro per chi di un lavoro fosse privo, e, in particolare, a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il regime temporale di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 si rivela coerente con tale scopo. Poiché l'introduzione di tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato, appare coerente limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrenza

<sup>12</sup> Per questa giurisprudenza si rinvia *amplius* a C. BERGONZINI, in questo Volume.

re dalla loro entrata in vigore, quelli, cioè, la cui assunzione avrebbe potuto essere da esse favorita.

Pertanto, l'applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 ai lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in quanto conseguente allo scopo che il legislatore si è prefisso, non può ritenersi irragionevole. Di conseguenza, il deterioro trattamento di tali lavoratori rispetto a quelli assunti prima di tale data non viola il principio di eguaglianza.

Appare qui evidente come la contrapposizione che si instaura tra il perseguimento dell'obiettivo di favorire nuove assunzioni e diritto al lavoro o, meglio, l'interesse alla conservazione del posto di lavoro, attraverso la previsione della peculiare disciplina sanzionatoria dell'art. 18 previgente, delinei un nuovo quadro degli interessi costituzionalmente rilevanti al fine del bilanciamento, con l'ingresso dell'interesse pubblico alla "maggiore occupazione" tra i termini del bilanciamento<sup>13</sup>.

Il fatto che il ragionamento della Corte non vada innanzi e si arresti al *test* di ragionevolezza della disparità di trattamento – superato, secondo la Corte, in ragione proprio della *ratio legis* della disciplina – non toglie che la topografia del conflitto sia ormai alterata rispetto al binomio tradizionale interesse del lavoratore-interesse dell'imprenditore.

A questo punto, stante l'attuale quadro normativo, un futuro eventuale disconoscimento dell'ingresso del nuovo interesse nel bilanciamento sembra un'ipotesi assai remota, che richiederebbe improbabili smentite da parte della Corte e "acrobatiche" riletture dell'identica di-

<sup>13</sup> Va peraltro riconosciuto come non sia la prima volta che la Corte richiama interessi generali, estranei a quelli del lavoratore e dell'imprenditore, nella ricostruzione della *ratio legis*; ciò è vero, in particolare, per le pronunce sulla disciplina delle piccole imprese (si v. ad es. Corte cost. n. 81/1969, *Cons. diritto*, § 5.; Corte cost. n. 55/1974, *Cons. diritto*, § 7.; Corte. Cost. n. 152/1975, *Cons. diritto*, § 3.; Corte cost. n. 2/1986, *Cons. diritto*, §§ 6 ss.). Il sottile, ma decisivo distinguo rispetto a questa giurisprudenza si ritiene vada individuato nella espressa indicazione della "maggiore occupazione" quale *ratio* dell'abbassamento delle tutele da parte del legislatore e nella considerazione di questo interesse nella ricostruzione dell'*intero* sistema delle tutele.

sciplina legislativa (al netto delle modifiche intervenute frattanto)<sup>14</sup>. Né pare possa militare in senso contrario il fatto che la Corte, nella medesima pronuncia n. 194/2018, riproponga lo schema classico della contrapposizione tra interessi del lavoratore e dell'impresa, rifacendosi a una serie di propri precedenti<sup>15</sup>. Il passaggio argomentativo, infatti, appare più che altro diretto a ribadire, in continuità con i detti precedenti, la sussistenza di una sfera di discrezionalità legislativa circa la scelta dell'apparato sanzionatorio avverso i licenziamenti illegittimi, piuttosto che restringere nuovamente la platea degli interessi in gioco. Vero è che – come ha osservato autorevole dottrina<sup>16</sup> – non viene dato accesso a interessi ulteriori che peserebbero in favore di una limitazione della libertà dell'imprenditore e della conservazione del posto di lavoro: l'interesse individuale del lavoratore rimane solo su quel "piatto della bilancia", nonostante l'ingresso di interessi generali si sarebbe potuto giustificare testualmente sulla base del riferimento all'«utilità sociale» di cui all'art. 41, comma 2, Cost. (e in qualche modo pare evocato dallo stesso giudice costituzionale quando parla di "funzione dissuasiva" delle sanzioni per il licenziamento illegittimo)<sup>17</sup>. Sull'altro piatto, invece, trova ormai posto anche la "maggiore occupazione".

Quest'ampliamento ha ripercussioni significative sullo scrutinio di legittimità: la Corte è infatti chiamata a considerare anche quest'ultimo interesse nei futuri bilanciamenti in materia, che diviene così

<sup>14</sup> Finora, infatti, la Corte sembra tener ferma quest'impostazione; si v. Corte cost. nn. 7/2024 e 44/2024.

<sup>15</sup> Si v. in part. Corte cost. n. 194/2018, *Cons. diritto* § 9.2.: «Più di recente, questa Corte ha espressamente negato che il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost., terreno su cui non può non esercitarsi la discrezionalità del legislatore, imponga un determinato regime di tutela (sentenza n. 46 del 2000, punto 5. del Considerato in diritto). / Il legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza. Il diritto alla stabilità del posto, infatti, "non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme" (sentenza n. 268 del 1994, punto 5. del Considerato in diritto)».

<sup>16</sup> Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 269.

<sup>17</sup> Ivi, 268 ss.

un'operazione più articolata e oggettivamente complessa. Inoltre, l'inserimento (conseguente all'opzione legislativa) di quest'interesse pubblico potrebbe aprire una breccia più ampia nello schema tradizionale e portare con sé – laddove vi fossero puntuali sollecitazioni da parte dei giudici comuni – ulteriori interessi, cui è pure riconosciuto un rilievo primario nella nostra Carta, estranei al rapporto di lavoro (e qui potrebbe rientrare in gioco la clausola dell'«utilità sociale»). Si pensi, ad esempio, alla spesa pubblica necessaria per affrontare la disoccupazione involontaria<sup>18</sup>.

Tralasciando qui, tuttavia, il potenziale e ulteriore allargamento dello spettro di interessi considerati, va rimarcato come la Corte escluda – pur non espressamente – una supposta insufficienza dell'interesse al perseguimento di una “maggiore occupazione” a fronte dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto (una soluzione d'altronde coerente con la negazione dell'esistenza di gerarchie assiologiche interne alla Costituzione)<sup>19</sup>. Questo significa, pertanto, che l'eventuale illegittimità della compressione del diritto al lavoro per perseguire l'obiettivo della maggiore occupazione non si possa dare di per sé, per una supposta minor pregevolezza di questo secondo interesse rispetto al primo, ma richieda semmai uno scrutinio più penetrante. L'inserimento stesso nella topografia degli interessi rende tale scrutinio necessario, implicando un vaglio attraverso i vari gradi del bilanciamento e dunque, per quel che qui più interessa, l'esame della congruità del mezzo legislativo rispetto al fine. Tuttavia, perché la Corte possa procedere in tal senso dev'essere sollecitata da una puntuale censura (ossia una questione di costituzionalità che verta proprio su questo profilo), sufficientemente motivata. Cosa che finora – malgrado una diffusa convinzione contraria – non c'è stata.

Prima di meglio argomentare quest'affermazione (v. *infra* par. 3), conviene soffermarsi su un ulteriore profilo della topografia degli interessi nella disciplina del licenziamento.

<sup>18</sup> Su ulteriori ragioni per ritenere comunque insoddisfacente (o incompleta) l'attuale topografia degli interessi disegnata dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. G. FRANZA, in questo Volume, spec. par. 11.

<sup>19</sup> Sull'insufficienza *prima facie* dell'interesse antagonista nella giurisprudenza costituzionale, cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 72 ss.

Con soluzione convincente ed elegantemente argomentata, si è suggerito in dottrina che vi siano invero due distinti piani del bilanciamento<sup>20</sup>: l'uno afferente ai limiti al potere di licenziamento, l'altro afferente alle tutele e alle sanzioni conseguenti. Nel primo caso, si darebbe la contrapposizione classica tra interesse individuale del lavoratore alla conservazione del posto e libertà dell'impresa, con la sottrazione di una serie di ipotesi – ad es. licenziamento discriminatorio – al bilanciamento stesso in virtù della tutela della «dignità umana» ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost. (ipotesi che, giova ribadirlo, comunque esigono una specificazione legislativa). Nel secondo caso, invece, all'interesse individuale al posto di lavoro non si contrapporrebbe più l'interesse dell'imprenditore, che sarebbe solo mediatamente tutelato (non potrebbe insomma trovare qui considerazione l'interesse *non tutelabile* dell'impresa inadempiente a realizzare licenziamenti illegittimi), quanto piuttosto un più generale interesse pubblico ad un trattamento sanzionatorio graduato in ragione del quadro socio-economico corrente, anche a fini di tutela dell'occupazione. Tale prospettazione trova in effetti alcune conferme in pronunce della Corte (si v. spec. Corte cost. nn. 59/2021 e 125/2022)<sup>21</sup> e sarebbe sicuramente utile a fare chiarezza e pulizia concettuale nell'operazione di bilanciamento da parte del legislatore e (poi, eventualmente) da parte della Corte.

Nel complesso della giurisprudenza costituzionale, anche più recente, e in dottrina sembrerebbe tuttavia prevalere una lettura “unitaria”, nella quale non si fa distinzione puntuale tra il piano del precetto e quello sanzionatorio<sup>22</sup>. La rappresentazione topografica del conflitto risente verosimilmente dell'immagine forte e storicamente cristallizzata della contrapposizione lavoro-impresa, che pare proiettarsi anche sul fronte delle tutele, abbracciando l'intera disciplina dei licenziamenti. Quanto però questa rappresentazione corrisponda alla pratica effettiva del bilanciamento è più difficile a dirsi.

<sup>20</sup> G. FRANZA, *Licenziamenti ingiustificati e principio di uguaglianza*, cit., 66 ss.

<sup>21</sup> Nelle quali il diritto al lavoro non viene controbilanciato con l'interesse dell'impresa; cfr. G. FRANZA, *op. cit.*, 73-74.

<sup>22</sup> Cfr., oltre alla giurisprudenza più risalente (per la quale, cfr. C. BERGONZINI in questo Volume), Corte cost. nn. 194/2018, *Cons. diritto*, § 9.2; 150/2020 e 183/2022.

Che un condizionamento (anche psicologico) del bilanciamento compiuto “a monte” sul precetto inevitabilmente si produca “a valle” sull’articolazione delle tutele, anche in considerazione del fatto – come è stato giustamente osservato<sup>23</sup> – che l’effettività del diritto a non essere licenziato ingiustamente viene a dipendere dagli strumenti che l’ordinamento predispone per la sua tutela, pare indiscutibile. E questo potrebbe portare ad una tendenziale unificazione dei due piani nello sviluppo dei processi argomentativi della Corte.

Ma vi sono almeno due elementi, ritracciabili nella giurisprudenza costituzionale, che parrebbero escludere, sul piano pratico, tale confusione. In primo luogo, gli esiti concreti dei singoli giudizi sulle tutele, i quali si giocano più sul confronto con interessi generali (non sempre identificati in modo coerente e puntuale, a dire il vero) che con quello dell’impresa (eloquente in tal senso è la giurisprudenza sulla disciplina delle piccole imprese)<sup>24</sup>, anche al di là della rappresentazione offerta degli interessi in gioco. E soprattutto, in secondo luogo, pesa l’affermazione, più volte ribadita, per cui dal «bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost., terreno su cui non può non esercitarsi la discrezionalità del legislatore» non discende necessariamente «un determinato regime di tutela» (che per i fautori del bilanciamento unitario sarebbe essenzialmente quello della tutela reintegratoria)<sup>25</sup>. Il che lascia intendere che effettivamente di piani differenti del bilanciamento si tratti.

### 3. (segue) *L’idoneità del mezzo (arretramento delle tutele) rispetto al fine (maggiore occupazione) nel bilanciamento: questione e questioni aperte*

Ad ogni modo, sia che si accolga l’impostazione più semplicistica e diffusa, sia che si preferisca quella più raffinata su due livelli, la topografia degli interessi risulta arricchita dall’interesse, ben definito, alla

<sup>23</sup> G. FRANZA, *op. cit.*, 69.

<sup>24</sup> Ivi, 74-75.

<sup>25</sup> Corte cost. n. 194/2018, nonché in precedenza n. 303/2011, n. 46/2000, n. 268/1994, n. 2/1986, n. 189/1975 n. 55/1974, n. 194/1970 e n. 45/1965.

“maggiore occupazione”. E rispetto a tale fine andrà verificata la congruità del mezzo, ossia l’arretramento delle tutele.

In proposito, è notorio che uno dei punti centrali della riforma su cui si è acceso il dibattito dottrinale sia stato proprio questo collegamento – postulato dal legislatore in coerenza al paradigma della *flexsecurity*<sup>26</sup> – tra attenuazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo e incentivazione alle assunzioni a tempo indeterminato. Sin dal principio la dottrina più critica aveva messo in dubbio l’idoneità di un abbassamento delle tutele a sollecitare maggiori assunzioni. E si può senz’altro dire, a distanza di dieci anni dall’approvazione della legge delega, che gli obiettivi della riforma – una volta esauriti gli incentivi fiscali alle nuove assunzioni – sono stati oggettivamente mancati, a testimonianza (quanto meno) di una qualche deficienza nel sistema delineato dal legislatore. Eppure, nonostante ci si trovi di fronte ad un chiaro fallimento, il meccanismo legislativo fondamentale, ossia l’abbassamento delle tutele, resta tuttora in piedi, seppur rivisto e rimangiato da legislatore e Corte costituzionale.

La responsabilità di questa situazione viene spesso addossata alla Corte stessa, rea di aver «omesso di effettuare un controllo “a valle” di “ragionevolezza”»<sup>27</sup> e di non essersi «minimamente confrontata con le argomentazioni critiche che ampia parte della dottrina aveva espresso nel 2018»<sup>28</sup>. V’è tuttavia un *punctum dolens* in questa posizione critica, molto diffusa, ossia il fatto che, pur a fronte del gran dibattito sollevatosi attorno alla congruità dell’attenuazione delle tutele, una specifica questione di legittimità sul punto non sia mai stata adeguatamente sollevata dinanzi alla Corte costituzionale. Al di là delle critiche che pure si possono muovere ad una giurisprudenza costituzionale non sempre convincente, le responsabilità vanno dunque cercate principalmente altrove<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019, spec. 55 ss.

<sup>27</sup> V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 1, 2019, 7.

<sup>28</sup> V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 2024 sulla indennità prevista dal d.lgs. n. 23/2015 in caso di violazione dei criteri di scelta di un licenziamento collettivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, 69.

<sup>29</sup> Per questa ragione appare fuori luogo parlare di “*arcana imperii*”, come fa G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step*

È probabile che, sul punto, dottrina e giudici di merito siano stati depistati da una frase oggettivamente sibillina introdotta dai giudici costituzionali nella pronuncia n. 194/2018, nella quale si legge – in coda al passaggio sulla non irragionevolezza di distinti regimi di tutela – che «non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito» (*Cons. diritto*, § 6.). Si tratta verosimilmente di uno di quegli “eccessi di motivazione” in cui talora incorre anche il giudice costituzionale, dal momento che tutti gli argomenti necessari per avvalorare la non irragionevolezza della differente disciplina erano già stati compiutamente esposti. Ma che un esame di questo tipo non spetti alla Corte non dipende certo dai compiti o poteri assegnatili dalla Costituzione e dalle leggi che regolano la giustizia costituzionale, ma più banalmente dal fatto che lo specifico profilo dell’inidoneità delle disposizioni impugnate a conseguire lo scopo di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» era stato dedotto solo nell’atto di costituzione in giudizio dalla lavoratrice, parte del processo *a quo*, e non nell’ordinanza del giudice remittente. Ragion per cui, costituendo il profilo dell’incongruenza del mezzo rispetto al fine un elemento che identificava una

back, in *Biblioteca '20 maggio' – 2/2018* (già in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 382/2018), 468, non essendoci niente di misterioso nel fatto che la Corte non si sia spinta a valutare *funditus* la congruità dell’assetto normativo. Censure di analogo tenore si rinvencono anche in A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, 2019, il quale sostiene – pur rilevando l’assenza di una questione sul punto – che la Corte, evocando la ragionevolezza, si sarebbe «autovincolata a percorrere fino in fondo il relativo controllo di razionalità/ragionevolezza» e censura, pertanto, il mancato scrutinio sul punto. Sulla stessa linea critica, senza alcuna pretesa di esaustività, si v. M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2019, spec. 252-253; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Biblioteca '20 Maggio' – 2/2018* (già in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 379/2018), 318-319; A. ZOPPOLI, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 2, 2019, 225-227.

nuova e diversa questione di legittimità costituzionale<sup>30</sup>, la Corte non poteva che dichiararne l'inammissibilità e non esaminarla nel merito<sup>31</sup>.

Molti commentatori si sono soffermati eccessivamente su questa frase infelice: la Corte costituzionale però non è l'Oracolo di Delfi né la Sibilla cumana, per cui nella disamina delle sue pronunce converrebbe guardare prioritariamente ai passaggi attinenti ai termini e ai profili delle questioni di legittimità sollevate, più che affannarsi nella ricerca di significati più o meno reconditi in affermazioni estemporanee che non hanno pressoché alcun rilievo nell'impianto argomentativo. Essendo prevalsa, tuttavia, la tendenza a riconoscere un'eccessiva importanza a tale proposizione, la questione dell'idoneità della disciplina è stata data per chiusa, tanto che il fatto che non vi fosse stata, in realtà, una puntuale censura sul punto è stato colto dalla giurisprudenza di merito solo a distanza di cinque anni dalla sentenza n. 194/2018.

Si tratta di uno dei tanti – probabilmente troppi – profili toccati dall'ordinanza di remissione n. 123/2023 del Tribunale di Ravenna nell'articolata esposizione della seconda questione di legittimità<sup>32</sup>. Il giudice remittente riprende diffusamente la motivazione della sentenza n. 194 del 2018 ed evidenzia come «la censura nel merito formulata

<sup>30</sup> Per un'approfondita, benché risalente, trattazione sulla nozione di “profilo” della q.l.c., cfr. A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1978, 324 ss., spec. 342 ss., il quale illustra come, «nell'ambito dei “motivi” dell'ordinanza che introduce il giudizio e in genere della questione assumono autonomo rilievo per un verso gli argomenti (siano essi a carattere strettamente logico-interpretativo oppure a carattere *lato sensu* retorico), per altro verso i profili», che si distinguono dai primi «perché si pongono come causa efficiente del vizio di costituzionalità lamentato e non come semplici fattori esplicativi di elementi diversi» (333). Dello stesso A., cfr. anche ID., *Motivi, argomenti, profili, aspetti della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1114 ss.

<sup>31</sup> Vero è – come sostiene V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 7 del 2024 sulla indennità prevista dal d.lgs. n. 23/2015*, cit., 67 – che la Corte costituzionale può «utilizzare anche argomenti diversi rispetto a quelli prospettati», ma appunto di *semplici argomenti* si tratta, e non dei *profili* della questione; sul punto, si v. ancora A. CERRI, *ult. op. cit.*, spec. 366 ss. Sull'impossibilità di ampliare il *thema decidendum* secondo le prospettazioni delle parti, cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, 239, con ampi riferimenti alla pertinente giurisprudenza.

<sup>32</sup> Poi decisa in Corte cost. n. 128/2024.

dalla difesa della lavoratrice» circa l'inidoneità dell'arretramento delle tutele a garantire una maggiore occupazione, «veniva dichiarata inammissibile, in quanto “questione non sollevata dal giudice rimettente”». Qui il giudice *a quo* sembra effettivamente mettere in discussione la congruità dello strumento legislativo a promuovere la maggiore occupazione, perché sostiene che «non è evidentemente la mera “intuizione” del legislatore contingente a potere appagare l'interprete della Costituzione, essendo invece necessario che tali finalità sussistano non solo nell'immaginazione del legislatore, ma che possiedano realmente la capacità di importare una sostanziale e rilevante modifica in senso positivo della situazione lavorativa italiana (e tale dato appare più che contestato da buona parte degli interpreti)»<sup>33</sup>.

La prospettazione del giudice remittente su questo profilo però si arresta bruscamente, perché la motivazione prosegue trattando di altri aspetti di potenziale illegittimità (nella specie: proporzionalità dell'intervento legislativo sul diritto al lavoro).

Era dunque gioco facile pronosticare che, con un passaggio così fugace e debolmente argomentato, inserito peraltro nell'ambito di una seconda questione di legittimità alquanto perplessa, la Corte potesse soprassedere rispetto ad un esame approfondito. E difatti – al netto del fatto che la declaratoria di illegittimità dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015, di cui alla sentenza n. 128/2024 viene pronunciata rispetto a profili diversi, conducendo all'assorbimento delle ulteriori censure prospettate<sup>34</sup> – nella descrizione svolta dalla Corte delle questioni di legittimità proposte non si trova alcun cenno al profilo dell'inidoneità<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. ordinanza del 27 settembre 2023, iscritta al n. 140 del registro ordinanze 2023, in G.U. n. 43, prima serie speciale, dell'anno 2023, par. 7 - *La non manifesta infondatezza della questione, sub “2° vizio: contrasto con gli articoli 3, 1° e 2° comma, 1, 2, 4, 1° comma, 35, 1° comma, 41, 1° e 2° comma della Costituzione”*.

<sup>34</sup> Corte cost. n. 194/2018, *Cons. diritto*, § 17.

<sup>35</sup> La Corte si limita ad osservare: «Il giudice *a quo* deduce, infine, la violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., risultando ingiustificatamente discriminatorio, in assenza di un motivo ragionevole desumibile dalla comparazione degli interessi in gioco, secondo quanto già motivato nella seconda questione, applicare ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 un trattamento peggiore rispetto a quello spettante ai lavoratori assunti prima di tale data (ex art. 18, settimo comma, statuto lavoratori), nonché il

Anche in questo caso, dunque, il limite risiede non tanto in un supposto scrutinio superficiale o indulgente della disciplina di legge da parte dei giudici costituzionali, ma nell'inadeguata formulazione della questione di legittimità, con differenti profili di presunta incostituzionalità trattati diffusamente sotto il cappello della medesima questione.

Concludendo su questo punto, si può dunque dire che la questione della congruità del mezzo al fine è ancora aperta<sup>36</sup>. Ma restano aperte ulteriori "questioni" connesse, concernenti le modalità di scrutinio dell'idoneità del mezzo legislativo, sempreché vi sia, beninteso, in un prossimo futuro, un'opportuna formulazione del quesito al giudice delle leggi.

#### *4. I mezzi istruttori della Corte costituzionale per verificare l'idoneità del mezzo: potenzialità e limiti*

Prima di guardare più da vicino agli strumenti istruttori a disposizione della Corte costituzionale, conviene premettere alcune rapide considerazioni sull'istruttoria nei giudizi incidentali sulle leggi, che risultano particolarmente utili per il nostro caso.

In primo luogo, va riconosciuto come sussista senz'altro una sorta di presunzione favorevole per le valutazioni legislative poste alla base della norma della cui legittimità si discute, espressione del *self-restraint* della Corte dinanzi alla discrezionalità del legislatore. Ma si tratta di

contrasto con l'art. 3, primo e secondo comma, Cost. in quanto la disposizione censurata prevederebbe per il creditore-lavoratore subordinato un trattamento ingiustificatamente peggiore rispetto a quello previsto per il creditore in generale».

<sup>36</sup> Non si concorda quindi con C. CESTER, *Ancora due interventi della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *Giur. it.*, n. 5, 2024, 1112 ss., spec. 1116, che arriva a parlare di «perplexità che non hanno grande futuro», dando ormai per acquisita nella giurisprudenza costituzionale l'idoneità dell'attenuazione delle tutele a conseguire più occupazione (esposta nella sent. n. 194 del 2018 e confermata dalla sent. n. 7 del 2024). Che la Corte si sia pronunciata "positivamente" sulla congruità è peraltro opinione assai diffusa: v. ad es. F. LIMENA, *I licenziamenti economici nella recente lettura della Corte costituzionale: un'arma a doppio taglio*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 3, 2024, 276 ss., spec. 282-283.

una presunzione debole<sup>37</sup> (o *iuris tantum*<sup>38</sup>, come si è anche detto) che regge fintantoché quelle valutazioni non mostrino segni di cedimento o diano adito a critiche degne di considerazione<sup>39</sup>. Sta dunque innanzitutto al giudice remittente instillare un ragionevole dubbio sul punto ed evitare che la Corte – specie quando *prima facie* l'inidoneità della disciplina non appaia manifesta – si trincerì dietro la formula della «non (manifesta) irragionevolezza»<sup>40</sup>.

Altro elemento che va messo in luce è che l'istruttoria dinanzi alla Corte si può ricondurre – specie per quanto riguarda il giudizio incidentale sulle leggi (un processo “senza parti”<sup>41</sup>) e con tutte le cautele del caso<sup>42</sup> – ad un modello probatorio *a carattere acquisitivo*<sup>43</sup>, in parte simile a quello proprio dei giudizi amministrativi. I fatti devono dunque essere introdotti in giudizio dall'ordinanza di rimessione (come principio di prova), ma poi sta al giudice costituzionale – nel perimetro tracciato dal giudice remittente – disporre i mezzi di prova che ritenga più utili e opportuni.

<sup>37</sup> R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (cur.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Torino, 2006, 6.

<sup>38</sup> M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986, 543; in questo senso anche A. CERRI, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere “privilegiato” delle valutazioni legislative*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 956 ss., 959.

<sup>39</sup> A. CERRI, *ult. op. cit.*, 959, discorre efficacemente di “onere della prova”.

<sup>40</sup> Non è forse un caso che proprio questa formula ricorra nella sent. n. 194/2018.

<sup>41</sup> Il riferimento corre al celebre lavoro di R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985; si parla anche usualmente di processo a “parti eventuali”.

<sup>42</sup> Una parte rilevante della dottrina riconduce infatti l'istruttoria al modello inquisitorio; cfr., per tutti, M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'Amico, F. Biondi (cur.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, 49 ss., spec. 80.

<sup>43</sup> Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 168; nonché assai più diffusamente ID., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1335 ss.

Emerge dunque un ruolo centrale del giudice *a quo* sia per “attivare” i poteri istruttori della Corte, sia per introdurre i fatti che saranno eventualmente oggetto di istruttoria.

Questo ruolo risulta tanto più importante in un giudizio incidentale in cui si discuta della dubbia idoneità del mezzo legislativo a conseguire il risultato voluto dal legislatore, dal momento che un’argomentazione intorno agli aspetti fattuali dell’inidoneità – in quanto parte dello specifico *profilo* della questione di legittimità – rientra necessariamente nella motivazione in punto di non manifesta infondatezza. In assenza di un’adeguata motivazione, la questione dovrebbe infatti andare incontro ad una declaratoria di inammissibilità per insufficiente o apodittica motivazione<sup>44</sup>.

In un caso come quello di specie, inoltre, nel quale la scelta del mezzo legislativo corrisponde a «opzioni su ideologie economiche alternative»<sup>45</sup>, lo sforzo argomentativo richiesto al giudice *a quo* sarà necessariamente più intenso. Non solo, infatti, una scelta di questo tipo sembra più avvicinarsi a quel merito legislativo che dovrebbe restare escluso dallo scrutinio della Corte (questa non dovrebbe cioè arrivare a decidere, tra una pluralità di politiche idonee, quella più giusta e opportuna); ma soprattutto, concernendo teorie economiche che trovano notoriamente riscontro almeno in una parte della dottrina specialistica, l’opzione legislativa potrebbe apparire, *prima facie* e in astratto, tutto sommato ragionevole.

Naturalmente la prospettazione del giudice *a quo* sarà “di parte”, orientata cioè nel senso dell’irragionevolezza, dato che lo stesso giudice è chiamato a motivare la non manifesta infondatezza della questione<sup>46</sup>; ma è questa introduzione, pur parziale, di fatti e dati nel giudizio che sola può sollecitare la Corte ad apprezzarli più compiutamente e spingerla ad ampliare i dati istruttori per avere quadro più equilibrato (al di là della rappresentazione che ne diano le parti costituite in giudi-

<sup>44</sup> Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 262 ss.

<sup>45</sup> F. GHERA, *La tutela contro il licenziamento secondo la sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2019, 45, secondo il quale – per questa ragione – «il “giudice ultimo” non può che essere il Parlamento».

<sup>46</sup> Così R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 6.

zio o il Governo), avviando eventualmente un'istruttoria vera e propria.

Se torniamo a guardare gli atti introduttivi che hanno dato vita alla giurisprudenza costituzionale sui licenziamenti ingiustificati non troviamo nulla di tutto questo: l'unico riferimento che dovrebbe sostanziare la critica all'idoneità del mezzo legislativo – ritracciabile nella già menzionata ordinanza del Tribunale di Ravenna – è quanto meno apodittico, trattandosi di un rinvio, tra parentesi, alla «buona parte degli interpreti». Decisamente troppo poco.

Ammettendo che un'ipotetica futura ordinanza di rinvio illustri adeguatamente il profilo dell'inidoneità, facendo puntuale riferimento a dati statistici, studi o ricerche capaci di dimostrare l'incongruenza dell'abbassamento delle tutele rispetto al fine dell'incremento dell'occupazione a tempo indeterminato, la Corte disporrebbe di una serie di strumenti istruttori (o *latamente* istruttori)<sup>47</sup> per approfondire ulteriormente l'esame<sup>48</sup>. Si tratta però di strumenti che non sempre paiono particolarmente efficaci, e dei quali peraltro la Corte stessa ha fatto, nella sua storia, un uso piuttosto parsimonioso<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Parla condivisibilmente di strumenti *latamente* (e non *propriamente*) istruttori S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile*, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, 373 ss., spec. 387. Infatti, mentre gli esperti di chiara fama (su cui *infra* nel testo) possono essere collocati tra i poteri istruttori del giudice costituzionale (per «la collocazione topografica della norma e la sua formulazione»), gli *amici curiae* (v. *infra*) invece servono ad ampliare il contraddittorio; cfr. A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, 426 ss., spec. 436.

<sup>48</sup> Sui poteri istruttori della Corte, la bibliografia è divenuta amplissima; cfr. almeno T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012; nonché il volume collettaneo M. D'Amico, F. Biondi (cur.) *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018; da ultimo, P. DOLSO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: profili ricostruttivi e prospettive applicative*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2023.

<sup>49</sup> Si v. M. NISTICÒ, *op. cit.*, 60 ss., spec. 62 ss., il quale evidenzia che dal 1956 al 2016 la Corte ha fatto ricorso alle ordinanze istruttorie solo in 93 casi, di 47 nell'ambito del giudizio costituzionale in via incidentale (peraltro, sulla base di una scelta assai opinabile, dal 1987 la Corte non pubblica più le ordinanze istruttorie).

Guardando alle attuali *Norme integrative*, vengono in rilievo in particolare, l'ordinanza istruttoria (art. 14), l'audizione di esperti di chiara fama (art. 17) e il c.d. *amicus curiae* (art. 6).

La disciplina sull'*amicus curiae* (introdotta nel 2020<sup>50</sup>) prevede che, entro il termine di venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione, «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta». Si tratta invero di un contributo assai modesto, perché «non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi» (comma 2), e può essere ammesso qualora offra «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (comma 3).

Che questo strumento possa dimostrarsi idoneo a fungere da mezzo di prova circa l'attitudine o meno dell'attenuazione delle tutele a incentivare nuove assunzioni – al di là delle più generali perplessità avanzate sull'istituto<sup>51</sup> – pare alquanto dubbio. Non solo, come è stato osservato criticamente, è «assai difficile articolare in così poco spazio

<sup>50</sup> Anche rispetto alla riforma delle *Norme integrative* il dibattito dottrinale è stato particolarmente vivace. Senza pretesa di esaustività, oltre ai contributi citati nel testo, cfr. P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2020; M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020; G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, *ivi*; C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*; A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti comparati*, 23 gennaio 2020; A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, *cit.*; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustizia Insieme*, 24 gennaio 2020; L. MARIANTONI, *Le nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e l'apertura alla società civile. Considerazioni a margine di una prima prassi applicativa*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2021, 443 ss.; P. DOLSO, *La modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale: una prima applicazione*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2020, 398 ss.

<sup>51</sup> Cfr. in part. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, 402 ss., spec. 403 ss.

un ragionamento accurato su questioni complesse»<sup>52</sup>, quali sono quelle interessate; ma soprattutto si rischia di rieditare – sia pure in miniatura – le contrapposizioni ideologiche già prodottesi tra le forze sociali attorno al *Jobs Act*, secondo linee di frattura già ben note alla Corte (che non vive certo nell’Iperuranio). Insomma, si tratterebbe di aspetti che attengono soprattutto al posizionamento degli *stakeholder* sui quali non pare utile approfondire il giudizio.

Un problema per certi versi analogo può sollevarlo anche l’audizione di esperti di chiara fama, introdotta anch’essa nel 2020: benché l’istituto si presti complessivamente a valutazioni ben più positive, il rischio è qui che la Corte, nella scelta dell’esperto da audire, assecondi un proprio pre-giudizio circa la bontà (o meno) del meccanismo legislativo, alimentando così possibili accuse di parzialità (oltre ad indirizzare in qualche misura l’esito dell’istruttoria)<sup>53</sup>. Per evitare l’inconveniente – come si è potuto osservare anche nell’esigua prassi intervenuta frattanto<sup>54</sup> – il giudice delle leggi può essere portato all’ascolto di più esperti<sup>55</sup>; il che, nel caso di specie, potrebbe condurre a chiamare esperti fautori di differenti politiche del lavoro, allo scopo di evitare preferenze per l’una o l’altra scuola, finendo però con il riproporre la contrapposizione tra diverse opzioni di teoria economica, sclerotizzate nelle rispettive posizioni ideologiche<sup>56</sup>. Un’ipotesi di questo tipo si rivelerebbe non solo inutile per l’approfondimento dei dati, ma ancor più rischiosa dell’ammissione delle prospettazioni degli *amici curiae*, perché la Corte dovrebbe assumere lo scomodo ruolo di *peritus peritorum*, senza averne le competenze, optando in definitiva tra opposte scelte fondamentali di politica economica.

<sup>52</sup> Ivi, 406.

<sup>53</sup> Ivi, 416-417.

<sup>54</sup> Cfr. Corte cost. n. 164/2020; nonché Comunicato stampa del 28 febbraio 2020 (*Agenzie fiscali: la Consulta convoca due esperti sulle POER e restituisce gli atti al giudice sulle POT*).

<sup>55</sup> Cfr. A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un’innovazione importante in attesa della prassi*, in *Oss. cost.*, n. 2, 2020, 13 ss., spec. 24-25, il quale suggerisce quest’opzione.

<sup>56</sup> Il rischio paventato nel testo era già stato segnalato da C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *laCostituzione.info*, 18 febbraio 2020.

In conclusione, lo strumento che pare preferibile sembrerebbe quello della più tradizionale ordinanza istruttoria, che potrebbe risolversi in una richiesta – più o meno puntuale e articolata, rivolta a soggetti istituzionali – di rappresentare alla Corte gli esiti concreti della nuova disciplina sull’occupazione (in ipotesi, si potrebbero chiedere informazioni al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e all’INPS). In tal senso vanno d’altra parte anche i più recenti (e convincenti) impieghi dell’istituto (si v. in part. Corte cost. nn. 131/2021<sup>57</sup>, 197/2019<sup>58</sup>), che nel tempo ha avuto una sorprendentemente ridotta (e per questo giustamente criticata) applicazione<sup>59</sup>.

Queste ultime riflessioni conducono a inquadrare la questione dell’oggetto dell’istruttoria. Molti commentatori, prevalentemente giurislavoristi, hanno discusso di verifica circa l’idoneità *ex ante* ed *ex post* dell’attenuazione delle tutele a conseguire una maggiore occupazione<sup>60</sup>; ovvero, per dirla altrimenti, di idoneità in astratto e in concreto della “nuova” disciplina.

Su questo punto, conviene chiarire che il controllo sulla congruenza da parte del giudice costituzionale non può che essere un controllo *in concreto*. Lo richiedono l’incidentalità del giudizio e la concretezza del sindacato sulle leggi, il fatto cioè che lo scrutinio di costituzionalità non abbia ad oggetto la norma astrattamente ricavabile dalla disposizione, ma la *norma viva*, la quale non solo scaturisce da un puntuale e

<sup>57</sup> Cfr. T. GROPPI, *Nuova vita per i “vecchi” poteri istruttori?*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2021, 1355 ss.; P. ADDIS, *La Corte costituzionale, le Rems e un uso particolare del potere istruttorio*, *ivi*, 1361 ss.; G. MONACO, *Una complessa ordinanza istruttoria della Consulta in tema di misure di sicurezza*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1, 2022; E. OLIVITO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale: conoscenza della prassi applicativa della legge o preannuncio di un monito, in anticipo su Strasburgo?*, in *Nomos*, n. 2, 2021.

<sup>58</sup> Cfr. G. RAGONE, *L’attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in *Oss. cost.*, n. 1, 2020, 226 ss.

<sup>59</sup> Cfr. E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Consulta Online – Speciale: Liber amicorum Pasquale Costanzo*, 6 ss.; M. NISTICÒ, *op. cit.*, 60 ss.

<sup>60</sup> Si v. ad es. V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, *cit.*, 7.

concreto caso d'applicazione<sup>61</sup>, ma va considerata in un dato contesto fattuale e normativo (tanto che Antonio Ruggeri parla piuttosto di giudizio sulla "situazione normativa"<sup>62</sup>).

Ciò è tanto vero che un mutamento delle condizioni fattuali o normative di contesto può infatti condurre al mutamento della valutazione sulla norma. Giusto per fare alcuni esempi, si pensi alla legittimità provvisoria di normative eccezionali connesse a *situazioni emergenziali*<sup>63</sup>; all'*anacronismo* legislativo, in cui è il mutamento dei fattori socio-economici ad incidere sulla legittimità dell'assetto normativo<sup>64</sup>; o ancora all'*illegittimità sopravvenuta* per l'abrogazione di norme diverse da quella considerata<sup>65</sup>.

Non deve trarre in inganno il fatto che a volte, com'è avvenuto anche nella giurisprudenza in esame<sup>66</sup>, la declaratoria di inidoneità o irragionevolezza di una disciplina prescinda da una sua applicazione o da una verifica in concreto. Si tratta generalmente di casi in cui l'irragionevolezza è talmente evidente da poter essere riscontrata già sul piano astratto. E d'altra parte è vero anche il contrario, ossia che un assetto legislativo astrattamente ragionevole e idoneo a realizzare

<sup>61</sup> Si è parlato di *valore esemplare* del giudizio *a quo*, «quale luogo privilegiato per misurare in concreto le relazioni intercorrenti tra la "norma" e il "fatto"»; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in P. Costanzo (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 245 ss.

<sup>62</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 102-103.

<sup>63</sup> Cfr. R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, Milano, 1993, 75 ss.

<sup>64</sup> L'esempio più celebre è senz'altro quello dell'adulterio femminile (sentt. n. 64 del 1961 e 126 del 1968), nel quale è l'evoluzione della coscienza sociale a determinare l'incostituzionalità di una norma ritenuta inizialmente non illegittima.

<sup>65</sup> Un esempio può essere quello del peculato militare per distrazione (art. 215 c.p.m.p.), rimasto in vigore anche dopo l'*abolitio* – intervenuta nel 1990 – del peculato per distrazione comune (art. 314 c.p.); si v. sent. n. 448 del 1991. In relazione agli esempi fatti nel testo complessivamente considerati, R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 43 ss., discorre di "sentenze di incostituzionalità sopravvenuta in senso stretto", accumulandoli nella stessa categoria.

<sup>66</sup> Ad es. si v. l'incongruità dell'indennità per come stabilita nell'originario art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 (corte cost. n. 194/2018); o ancora, seppur in maniera piuttosto opinabile, si v. Corte cost. n. 125/2022; in proposito, cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 267-268.

un dato fine si possa scontrare con la realtà fattuale specifica di un dato momento storico e di un dato contesto socio-economico e risultare quindi irragionevole *hic et nunc*.

A questo punto si potrebbe obiettare che, se l'oggetto dell'accertamento istruttorio della Corte dev'essere l'attitudine concreta della disciplina dei licenziamenti a favorire l'occupazione, non sarebbe necessario alcun approfondimento istruttorio, essendo ormai fatto notorio che l'obiettivo del legislatore è stato decisamente mancato<sup>67</sup>. In realtà, posto che comunque una rappresentazione completa dei (mancati) effetti della legge non può che giovare alla trasparenza e solidità della decisione del giudice costituzionale, l'esercizio di poteri istruttori – specie in frangenti in cui la Corte è chiamata a giudicare dell'idoneità del mezzo legislativo – può fungere tanto da «pur modesta garanzia» nei confronti di possibili sconfinamenti della Corte stessa rispetto alla discrezionalità legislativa, quanto da argomento retorico per meglio confortare l'eventuale declaratoria di illegittimità nel merito. E andrebbe quindi, quanto meno in casi politicamente delicati come questo, preferito rispetto all'impiego del fatto notorio o argomenti presuntivi.

##### *5. I moniti della Corte nella giurisprudenza sui licenziamenti nelle piccole imprese*

Da una questione potenzialmente aperta, conviene ora passare ad esaminare un'altra questione attinente alla disciplina dei licenziamenti che, invece, è già stata decisa nel senso dell'incostituzionalità, ma non è stata ancora dichiarata, avendo la Corte – per il momento – indirizzato “solo” un monito al legislatore.

Si tratta più precisamente di due aspetti, tra loro intrecciati, concernenti le «disarmonie insite nella predeterminazione dell'indennità stabilita nell'ipotesi di datori di lavoro che non raggiungono i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970»<sup>68</sup>, in relazio-

<sup>67</sup> In questo senso ampia parte della dottrina giuslavoristica; cfr. ad es. M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. 23/2015*, cit., 253.

<sup>68</sup> Corte cost. n. 183 del 2022, *Cons. diritto*, § 5.

ne alle quali la Corte costituzionale ha già lanciato più ammonimenti al legislatore. Da un lato v'è «l'esiguità dell'intervallo tra l'importo minimo e quello massimo dell'indennità»<sup>69</sup>(da tre a sei mensilità; art. 9, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23), che non consente al giudice di adeguarne l'importo al caso concreto, tenendo opportunamente conto della necessità di fornire congruo ristoro e di fungere da efficace strumento sanzionatorio-dissuasivo (secondo quanto illustrato nella giurisprudenza costituzionale); dall'altro lato, v'è il «criterio distintivo individuato dal legislatore, che si incardina sul numero degli occupati»<sup>70</sup>, il quale ormai non rispecchia «l'effettiva forza economica del datore di lavoro, né la gravità del licenziamento arbitrario e neppure fornisce parametri plausibili per una liquidazione del danno che si approssimi alle particolarità delle vicende concrete»<sup>71</sup>.

Giova ricordare, prima di vedere le pronunce rilevanti, che si discorre in dottrina di *pronunce monitorie* o *esoritative* in relazione a decisioni di infondatezza o inammissibilità, nelle quali la Corte rivolge o un blando invito al legislatore a riformare la materia oppure – e più correttamente – appunto un “monito” a provvedere, minacciando la declaratoria di illegittimità a fronte di una nuova impugnazione<sup>72</sup>. Le ragioni che giustificano tali scelte sono molteplici: si pensi, tra le altre, alla complessità della materia, che non può essere riformata “a colpi di sentenze”, ma richiede valutazioni politiche più ampie rimesse alla discrezionalità del legislatore; oppure l'assenza di un verso dell'addizione/sostituzione (nelle sentenze manipolative); o ancora il fatto che la declaratoria porterebbe alla rimozione di una disciplina che, per quanto illegittima, comunque in qualche misura è costituzionalmente necessaria.

Sempre nell'ambito di questa tipologia di pronunce si possono ricomprendere le c.d. *pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, ossia decisioni di inammissibilità nelle quali la Corte motiva

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> Ivi, *Cons. diritto*, § 5.2.

<sup>72</sup> Si v. su queste tipologie di decisioni, per tutti, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 198 ss.; È giusto il caso di evidenziare come sussistano, in dottrina, diverse categorizzazioni delle tipologie di decisioni descritte, senza che ne risenta in misura significativa la sostanza del discorso.

*funditus* sull'illegittimità della disciplina impugnata, ma non ne dichiara l'illegittimità immediatamente<sup>73</sup>. Quest'ultima tipologia di decisione si impiega, in particolare, quando i modi per ovviare all'incostituzionalità riscontrata sono molteplici e la scelta tra queste ricade pertanto, in via prioritaria, sul legislatore.

Nella giurisprudenza costituzionale in questione, gli esempi di questa articolata tipologia di decisione sono, per così dire, uno e mezzo.

Il primo caso – Corte cost. n. 150/2020 – non è infatti un vero e proprio monito, ma una “segnalazione”, peraltro abbastanza generica, al legislatore: «Spetta alla responsabilità del legislatore, anche alla luce delle indicazioni enunciate in più occasioni da questa Corte, ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee, frutto dell'avvicinarsi di interventi frammentari» (*Cons. diritto*, § 17.).

Benché blanda, è un'affermazione che si dimostra tutt'altro che inutile perché nella sent. n. 183/2022 (di inammissibilità) diviene un supporto argomentativo importante per il monito finale al legislatore<sup>74</sup>, che è particolarmente secco e severo: «Nel dichiarare l'inammissibilità delle odierne questioni, questa Corte non può conclusivamente esimersi dal segnalare che un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte (sentenza n. 180 del 2022, punto 7 del Considerato in diritto)».

Guardando all'ampia motivazione (§§ da 4.3 a 5.3 *Cons. diritto*) che accerta l'incostituzionalità della disciplina dell'indennità nelle piccole imprese, sotto i due aspetti descritti, è chiaro che ci troviamo dinanzi a una sentenza di illegittimità accertata ma non dichiarata.

La Corte non è già intervenuta per il *self-restraint* che ne contraddistingue la giurisprudenza dinanzi alla discrezionalità legislativa e for-

<sup>73</sup> Cfr., *ex pluribus*, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 71 ss.

<sup>74</sup> Si legge infatti, in Corte cost. n. 183 del 2022, *Cons. diritto*, § 7. che: «Come già questa Corte ha segnalato (sentenza n. 150 del 2020, punto 17 del Considerato in diritto), la materia, frutto di interventi normativi stratificati, non può che essere rivista in termini complessivi, che investano sia i criteri distintivi tra i regimi applicabili ai diversi datori di lavoro, sia la funzione dissuasiva dei rimedi previsti per le disparate fattispecie».

se – ancora una volta – per i limiti dell’ordinanza di rinvio romana, la quale argomentava limpidamente in punto di non manifesta infondatezza, ma poi indicava in modo laconico e perplessa il tipo di intervento atteso da parte del giudice costituzionale<sup>75</sup>. Il passo successivo della Corte sembra però inevitabile (salvo sorprendenti *revirement*): alla prossima ordinanza di remissione ben congegnata e motivata – che non significa diffondersi in un’ampia e dispersiva analisi, ma scolpire esattamente il quesito alla Corte – la declaratoria di illegittimità sarà pressoché certa.

Che quest’ultima possa riguardare soltanto la forbice dell’indennità, con «una dichiarazione d’incostituzionalità parziale dell’art. 9, d.lgs. 23/2015 probabilmente con riferimento al tetto delle sei mensilità»<sup>76</sup> (per cui la differenza con le grandi imprese residuerebbe nel dimezzamento dell’ammontare) non deve darsi per scontato<sup>77</sup>. Il mantenimento degli attuali requisiti distintivi fondati sul numero degli occupati rischia infatti di protrarre (potenzialmente a tempo indefinito, vista l’inerzia del legislatore) un’irragionevole assimilazione di ipotesi ben diverse sotto il medesimo regime. Vero è che una declaratoria di illegittimità secca dell’art. 9, disciplina derogatoria, comporterebbe una riespansione della norma generale, in contraddizione con l’opportunità riconosciuta di mantenere un regime diversificato<sup>78</sup> (giustificata, in ultima istanza, dal principio d’eguaglianza, che impone un diverso trattamento sanzionatorio per situazioni differenti). Ma è sufficiente prospettare il rischio di generare nuove irragionevoli omologa-

<sup>75</sup> Il giudice *a quo* si limita a osservare, in chiusura, che: «La questione di legittimità costituzionale è, oltre che ammissibile, anche rilevante, in quanto la norma positiva di cui si tratta impedisce l’accoglimento della domanda attorea, possibile *soltanto attraverso l’eliminazione o l’integrazione della stessa mercé l’intervento della Corte delle leggi*» (enfasi aggiunta). Sull’inammissibilità di questioni c.d. «incipiti» o «alternative» (non univoche o incerte nel *petitum*, per quanto qui interessa), cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 151.

<sup>76</sup> M. DELFINO, *La Corte costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese: una bussola per il legislatore? Nota a C. cost. sent. n. 183/2022*, in *Osservatorio cost.*, n. 2, 2023, 187.

<sup>77</sup> Anche in considerazione del fatto che non rintracciabile una distinzione tra i due aspetti di illegittimità nelle affermazioni della Corte.

<sup>78</sup> Su questo profilo, cfr. M. DELFINO, *La Corte costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese*, cit., 190-191.

zioni, accompagnato dalla necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore, per prolungare *ad libitum* (del legislatore) la conservazione di un assetto normativo palesemente illegittimo?

Pare lecito nutrire qualche dubbio. Peraltro, nel caso in esame si può ipotizzare che – vista l'importanza della disciplina in parola per il sistema delle imprese del Paese – una declaratoria secca difficilmente lascerebbe indifferente il legislatore, il quale sarebbe finalmente messo dinanzi alle proprie responsabilità.

Ciò detto quanto ai futuri sviluppi, sembrano tuttavia pienamente condivisibili le osservazioni critiche su questa pronuncia espresse da Roberto Pinardi, il quale trova non del tutto coerente lo sviluppo della motivazione: se infatti si tratta di “impossibilità” ad intervenire<sup>79</sup>, non si vede perché, alla prossima occasione, la Corte possa comportarsi diversamente; se invece solo di “difficoltà” si tratta<sup>80</sup>, non è del tutto chiaro perché la Corte non intervenga subito. Soprattutto pare condivisibile la perplessità espressa sulla circostanza per cui l'infruttuosa “messa in mora” del legislatore – argomentata ad es. nella sent. n. 180

<sup>79</sup> Cfr. R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, cit., 74. *L'impossibilità* sembrerebbe emergere dai passaggi in cui la Corte sostiene che: «Al *vulnus* riscontrato, tuttavia, non può porre rimedio questa Corte. / Non si ravvisa, infatti, una soluzione costituzionalmente adeguata, che possa orientare l'intervento correttivo e collocarlo entro un perimetro definito, segnato da grandezze già presenti nel sistema normativo e da punti di riferimento univoci.» (Corte cost. n. 183/2022, *Cons. diritto*, § 6); oppure che (§§ 6.2.1. e 6.2.2.): «Il legislatore ben potrebbe trattenere criteri distintivi più duttili e complessi, che non si appiattiscano sul requisito del numero degli occupati e si raccordino alle differenze tra le varie realtà organizzative e ai contesti economici diversificati in cui esse operano. / Non spetta, dunque, a questa Corte scegliere, tra i molteplici criteri che si possono ipotizzare, quelli più appropriati» e che «Il giudice *a quo* prospetta, quale soluzione idonea, anche l'eliminazione del regime speciale previsto per i piccoli datori di lavoro. / Anche tale soluzione non potrebbe che essere rimessa all'apprezzamento discrezionale del legislatore, per le ragguardevoli implicazioni sistematiche che presenta». Concetti ribaditi anche *sub* § 7.

<sup>80</sup> *Ivi*, 75. Di *difficoltà* si discorre nell'ultimo paragrafo della sentenza (*Cons. diritto*, § 7.): «Nel dichiarare l'inammissibilità delle odierne questioni, questa Corte non può conclusivamente esimersi dal segnalare che un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte (sentenza n. 180 del 2022, punto 7 del Considerato in diritto)».

del 2022, che viene richiamata espressamente dalla sent. n. 183/2022 – consentirebbe alla Corte di intervenire anche in assenza di “rime obbligate”, cioè anche a fronte di una molteplicità di scelte legislative astrattamente praticabili. Il piano, come si intuisce, è più politico che giuridico, perché – come dice Pinardi – non è che «un organo che, sulla base della disciplina vigente, è sprovvisto di un certo potere lo [possa acquistare] semplicemente invitando il titolare dello stesso ad esercitarlo senza che questo, poi, si verifichi»<sup>81</sup>.

Resta il fatto che la Corte, così facendo, ha finito col negare giustizia (costituzionale) nel caso sottopostole per ragioni che non attengono al diritto, ma a più generali (e forse meno apprezzabili) ragioni di opportunità politica.

#### 6. Conclusioni provvisorie

Cercando a questo punto di tirare le fila dell’analisi condotta, pare possano fissarsi alcuni punti fermi, i quali potrebbero fungere da guida – soprattutto per la dottrina giuslavoristica e la giurisprudenza di merito – nell’interpretare, sollecitare e, in qualche misura e con tutte le cautele del caso, pronosticare i potenziali futuri sviluppi della giurisprudenza costituzionale in materia.

*In primis*, va tenuta in considerazione l’acquisizione, nel bilanciamento degli interessi, della “maggiore occupazione”, che non può essere esclusa da qualsivoglia ragionamento sulla legittimità della disciplina fintantoché il quadro normativo rimanga ispirato a questa *ratio legis*. Ponendosi per un momento nella prospettiva di chi contesta il complessivo assetto degli interessi dato dal legislatore, va sottolineato che quest’acquisizione non porta con sé esclusivamente implicazioni negative. Se infatti lo scrutinio di legittimità delle soluzioni legislative non potrà risolversi in semplicistiche operazioni di prevalenza assoluta del diritto al lavoro sulla finalità di favorire l’occupazione, al tempo stesso l’attitudine delle dette soluzioni a perseguire il fine stesso della maggior occupazione si potrà mettere (ancora) in discussione.

<sup>81</sup> Ivi, 76.

Come s'è visto, infatti, la questione circa l'inidoneità della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 23/2015 non è stata ancora prospettata in modo adeguato e sufficientemente puntuale alla Corte, la quale – se ben sollecitata – potrebbe non sottrarsi ad una verifica in concreto dell'inadeguatezza del mezzo legislativo, auspicabilmente facendo (buon) uso del più classico dei mezzi a sua disposizione, l'ordinanza istruttoria. Com'è naturale, perché il giudice costituzionale accetti di approfondire un aspetto così delicato delle scelte legislative – e benché i risultati insufficienti dell'abbassamento delle tutele siano noti – sarà necessario un particolare sforzo argomentativo del giudice remittente, il quale rimane il varco principale di accesso dei fatti nel giudizio incidentale.

Ma se resta aperta la strada di una declaratoria di illegittimità del meccanismo fondamentale della riforma, l'assetto odierno dato al sistema complessivo delle tutele, in esito a quella che da più parti è stata definita una “controriforma” della Corte, è da considerarsi tutt'altro che definitivo e stabile, diversamente da quanto potrebbe auspicarsi, soprattutto in una prospettiva di certezza dei rapporti giuridici. Se a questa potenziale (e dirompente) illegittimità dell'intera disciplina (che sta sullo sfondo), si aggiunge l'illegittimità ormai accertata della disciplina sulle piccole imprese, si comprende bene come all'orizzonte della disciplina normativa dei licenziamenti illegittimi si addensino le nubi di nuovi rivolgimenti e trasformazioni, in parte imprevedibili. Tutto questo chiamerebbe in causa prioritariamente un intervento riformatore del legislatore, sollecitato in proposito dalla stessa Corte, ma sul quale – al momento – pare ragionevole fare poco affidamento. Starà quindi ancora una volta a giurisprudenza e dottrina, nei rispettivi ruoli e con i diversi strumenti a disposizione, mettere ordine e riedificare il sistema delle tutele. Per far questo servirà, tuttavia, una maggiore consapevolezza del funzionamento della giustizia costituzionale, necessaria non solo per meglio comprendere la futura (e passata) giurisprudenza costituzionale, ma pure per sollecitare in modo adeguato le opportune correzioni da parte della Corte del dato legislativo, che le future declaratorie di illegittimità rischiano di esporre, di volta in volta, a nuove disarmonie incostituzionali.

## I LICENZIAMENTI, IL GIUDICE COSTITUZIONALE E LE DODICI FATICHE DEL LEGISLATORE DEL LAVORO

Gabriele Franza

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il leone nemeo. – 2. Il cinghiale di Erimanto. – 3. La cerva di Cerinea. – 4. L’Idra di Lernia. – 5. I buoi di Gerione. – 6. Le cavalle di Diomede. – 7. Gli uccelli stinfali. – 8. Il toro di Creta. – 9. I pomi delle Esperidi. – 10. La cintura di Ippolita. – 11. La cattura di Cerbero. – 12. Le stalle d’Augia.

### *Premessa*

Nell’ordinamento costituzionale è del tutto fisiologico che l’istituzione preposta al controllo dell’esercizio della discrezionalità legislativa venga investita, anche in più occasioni e sotto diversi profili, di questioni che interessano una materia che si colloca al cuore di una intera disciplina. Invece, è un chiaro segnale di patologia il fatto che la Corte costituzionale finisca per (o, se si vuole, sia costretta a) riscrivere l’intero apparato normativo che governa quella materia, tanto per l’incapacità del decisore politico di adottare provvedimenti che soddisfino innanzitutto i principi di uguaglianza e ragionevolezza, quanto per la sua successiva inerzia rispetto ai moniti scagliati dallo stesso giudice delle leggi.

Tredici sentenze in sei anni, benché relative a due riforme coesistenti, non sono affatto poche<sup>1</sup>. Ma al di là della quantità, quel che davvero conta è che molte di quelle sentenze hanno stravolto le intenzioni legislative sui punti cardine del sistema binario delle tutele, men-

<sup>1</sup> Corte cost. 23 aprile 2018, n. 86; Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194; Corte cost. 24 giugno 2020, n. 150; Corte cost. 26 novembre 2020, n. 254; Corte cost. 1° aprile 2021, n. 59; Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125; Corte cost. 22 luglio 2022, n. 183; Corte cost. n. 14 ottobre 2020, n. 212; Corte cost. 22 gennaio 2024, n. 7; Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 22; Corte cost. 19 marzo 2024, n. 44; Corte cost. 16 luglio 2024, n. 128; Corte cost. 16 luglio 2024, n. 129; cui *adde* Corte cost. 23 giugno 2020, n. 123, sull’art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/01.

tre preannunciano ulteriori evoluzioni interpretative, oltretutto destinate a misurarsi con l'esito dell'imminente *referendum*, annunciato per la prossima primavera.

Se è indubbio che l'intervento del giudice costituzionale, assieme a quello della giurisprudenza ordinaria, ha complessivamente rappresentato un bastione, prontamente eretto per fronteggiare il pericolo di erosione dei diritti dei lavoratori, non può tacersi che l'attuale quadro normativo rimane assai traballante.

Acquisita la consapevolezza che non tutti i licenziamenti illegittimi sono uguali, e che quindi è possibile ed anzi opportuno diversificare, non si può invece affermare che i diversi vizi che colpiscono l'atto di recesso siano attualmente contraddistinti da margini sicuri – tanto al loro interno, quanto rispetto ai confini con vizi di altro tipo – tali da consentire un'applicazione giudiziale che offra tutele certe e, al tempo stesso, rassicuri le imprese nell'ottica, propria del bilanciamento legislativo, della occupazione o perlomeno dell'occupabilità.

In effetti, l'attuale stato normativo, già caratterizzato dalle incertezze che gravitano sugli stessi presupposti di legittimo esercizio del diritto di recesso, è il frutto di una stratificazione di pronunce costituzionali che, da un lato, rispecchiano solo parzialmente il tentativo di restaurare il regime precedente alle riforme, avviato dalla giurisprudenza ordinaria; dall'altro, sono a loro volta intervenute con tempistiche scombinata, producendo condizionamenti a catena che, se hanno imposto alla Corte di mantenere una sua coerenza interna, non hanno però contribuito a dirimere le molte ambiguità emergenti dai testi legislativi.

Dopo quasi un decennio di coesistenza del doppio regime di tutela, appare dunque necessario interrogarsi su quali siano le prospettive di un plausibile rimaneggiamento della disciplina da parte del legislatore, a fronte delle indicazioni che, oltre l'impatto sul diritto positivo, provengono dal giudice costituzionale.

### 1. *Il leone nemeo*

Come il mantello del celebre leone, la tutela reintegratoria protegge il lavoratore non solo da un licenziamento illegittimo, cioè rispetto

all'interesse alla conservazione del reddito, ma già nell'esercizio di ogni altro suo diritto e dall'esercizio arbitrario dei poteri datoriali durante lo svolgimento del rapporto. Almeno nella sua originaria formulazione, quella stessa tutela era stata immaginata come cerniera tra diritti individuali e collettivi.

Tuttavia, sembra statuizione oramai cristallizzata che la reintegrazione, come tutela assoluta e perfetta, non è costituzionalmente necessitata, essendosi anche escluso che il suo fondamento normativo sia rinvenibile nell'art. 2058 c.c., rispetto al quale il rimedio lavoristico si pone quale «autonoma tecnica di tutela rispetto al paradigma della disposizione codicistica»<sup>2</sup>.

Del resto, che si tratti di tutela riparatoria in forma specifica ma di carattere speciale è comprovato dalla sua funzione sostitutiva e non alternativa a quella di diritto comune, dalla automaticità della *mora credendi* cui però accede la qualificazione dell'indennità in termini risarcitori, anche oltre l'ordine di ripristino del rapporto<sup>3</sup>, dalla facoltà di optare per un'indennità sostitutiva del diritto di riprendere il lavoro.

In ogni caso, è dato consolidato nella giurisprudenza del giudice delle leggi che il principio dell'art. 4, co. 1, Cost., va distinto dal diritto alla conservazione di uno specifico posto<sup>4</sup>, restando «affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro»<sup>5</sup>, compatibile con un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario<sup>6</sup>, purché si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza<sup>7</sup>.

Nondimeno, è un dato altrettanto inequivocabile che la reintegra, oltre il suo indiscusso valore simbolico, non solo è sopravvissuta nella prassi applicativa, ma tramite l'interpretazione giudiziale ha 'rivendicato' una capacità espansiva rispetto a patologie del recesso per le quali, invece, era stata meditatamente rimossa.

<sup>2</sup> Corte cost. n. 59/21, cit.

<sup>3</sup> Corte cost. n. 86/18, cit.

<sup>4</sup> Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45; Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

<sup>5</sup> Corte cost. 13 ottobre 2000, n. 419.

<sup>6</sup> Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303.

<sup>7</sup> Corte cost. n. 194/18, cit.

Nonostante abbia in vari modi ribadito che il sistema di protezione contro i licenziamenti illegittimi è ora basato sulla «portata tendenzialmente generale della tutela monetaria», mentre la reintegrazione risulterebbe «circostrita entro ipotesi tassative per tutti i datori di lavoro»<sup>8</sup>, la Corte costituzionale è stata un sicuro co-artefice di tale processo di rivitalizzazione di questa speciale tutela conformativa.

Si è così innestato un circolo ermeneutico piuttosto surreale, in base al quale si rifiuta l'opinione dottrinale secondo cui la reintegra deve essere la sanzione di un licenziamento illegittimo (potendosi ammettere deviazioni di carattere temporaneo solo per peculiari contingenze di politica economico-occupazionale), ma al contempo si realizza un sistema positivo in cui quella sanzione torna, in tutto o in parte ma in modo 'ontologico', al centro della scena.

Per comprendere quali spazi di manovra abbia il legislatore, la domanda essenziale non sembra più quale sia la rilevanza costituzionale da assegnare alla tutela reintegratoria, ma quali sono le coordinate offerte dal giudice delle leggi e nel cui ambito effettuare delle scelte.

La questione interessa innanzitutto i vizi di nullità, rispetto ai quali il problema non è (salvo alcune precisazioni) la conferma della reintegrazione, ma piuttosto il tipo di tutela economica da accordare nel periodo dal licenziamento all'ordine giudiziale. Poiché anche questa patologia dell'atto si diversifica in varianti, che oltretutto tendono a sovrapporsi, si tratta di stabilire se debba essere sempre garantita quella che si definisce reintegra 'piena' o, al contrario, se sia ammissibile una diversa valutazione, come lo stesso legislatore ha dimostrato di poter fare nel pubblico impiego<sup>9</sup>, nel caso del superamento del comparto<sup>10</sup> e, ad avviso della stessa Consulta, per la violazione di regole procedurali lesive del diritto di difesa del lavoratore<sup>11</sup>.

La seconda scelta, che è la più difficile sul piano dell'opportunità politica, riguarda il vizio di giustificazione. Qui si tratta innanzitutto di decidere se rimuovere la coesistenza di due regimi, basata sulla data dell'assunzione, avallata mediante l'argomento del 'fluire del tempo'

<sup>8</sup> Corte cost. n. 183/22, cit.

<sup>9</sup> Cass. SU, 28 dicembre 2023, n. 36197.

<sup>10</sup> Cass. SU, 22 maggio 2018, n. 12568.

<sup>11</sup> Corte cost. n. 22/24, cit.

ma con non poche critiche dottrinali ed una ulteriore forzatura letterale per l'incremento dei requisiti dimensionali rispetto a lavoratori già assunti<sup>12</sup>.

Se così fosse, per i licenziamenti individuali occorrerebbe poi scegliere se premiare il diritto vivente attualmente applicato per la legge Fornero, che in sostanza significa tutela reintegratoria, salvo aree opinabilmente estromesse dall'art. 18, co. 4, Stat. lav., oppure il diritto appena coniato dalla Corte costituzionale per il *Jobs Act*<sup>13</sup>, in cui la tutela reale e quella monetaria dovrebbero distribuirsi in base alla diversa rilevanza degli elementi costitutivi delle fattispecie di giusta causa e giustificato motivo.

A rigore, neppure possono escludersi, a copertura di ogni ipotesi di ingiustificatezza, le due soluzioni estreme, vale a dire, da un lato, la reintroduzione della reintegra che però, benché nella sua versione 'attenuata', porrebbe problemi di tutela dell'affidamento, non solo delle imprese ma pure di ordine 'politico' rispetto al credito accordato all'Italia dalle istituzioni europee; dall'altro, la tutela meramente indennitaria, qualora si ammetta che il rilievo del «presupposto comune dell'insussistenza del fatto» appartenga, come formalmente dice la Corte, ad una preventiva e consapevole scelta del legislatore<sup>14</sup>, salvo stabilire come tale impostazione si combini con la sopravvenuta tesi della «necessaria causalità» del recesso.

Infine, occorre intervenire sui vizi procedimentali, per i quali ci si può servire degli approdi del giudice di legittimità che, tuttavia, finora ha assunto una posizione univoca soltanto per alcuni profili della procedura disciplinare, restando incerta la collocazione tra i vizi minori delle molte altre ipotesi frettolosamente ricondotte a questa categoria dal legislatore di entrambe le riforme.

Il tema è pure connesso alla disciplina dei licenziamenti collettivi, in cui però la portata della procedura di informazione e consultazione è di ben diversa ampiezza, interagendo con i criteri di selezione dei lavoratori da licenziare attraverso dinamiche che – sempre nell'im-

<sup>12</sup> Corte cost. n. 44/24, cit.

<sup>13</sup> Corte cost. n. 128/24, cit.; Corte cost. n. 129/24, cit.

<sup>14</sup> Corte cost. n. 59/21, cit.

postazione della Consulta – sarebbero differenti da quelle proprie del recesso economico individuale<sup>15</sup>.

Ad ogni modo, è necessario considerare che tutte queste soluzioni sono influenzate da altri fattori, inclusi principi (art. 30, CDFUE; art. 24, CSE), strategie e regole sovranazionali (segnatamente in materia anti-discriminatoria), che oramai delineano un quadro assai più composito di quello su cui tradizionalmente si ragionava fino alla riforma del 1990. Pertanto appare imprescindibile che di questi fattori si tenga conto nella auspicabile elaborazione di una nuova regolazione della materia.

## 2. *Il cinghiale di Erimanto*

La durata del processo del lavoro non è affatto neutra rispetto alla scelta del tipo di sanzione applicabile ad un licenziamento illegittimo.

Si può dire che il processo è neutro rispetto alle pretese sostanziali, secondo l'impostazione chiovendiana poi inverata dalla riforma del 1973, anche con il rifiuto di un giudizio inquisitorio e funzionale alla sola tutela del lavoratore. Non si può dire, invece, che la sua durata eccessiva riguarda soltanto casi patologici<sup>16</sup>. È un dato oggettivo e facilmente riscontrabile che il processo del lavoro non rispetta, neanche nella sostanza e salvo ipotesi rarissime, gli stringenti termini in cui dovrebbe concludersi secondo il codice di rito. E il rilievo riguarda tutti i gradi di giudizio, con innegabili ripercussioni nell'organizzazione del lavoro a seconda dei possibili esiti intermedi.

Questo problema, ovviamente non esclusivo del diritto del lavoro, ritrae però la bestia del mito che terrorizzava l'Arcadia, perché la durata del processo ha un impatto devastante quando si ragiona di una tutela conformativa (cioè quella reintegratoria) che si definisce a 'montante progressivo', in quanto la pretesa risarcitoria, collegata all'ordine di ripristino del rapporto, poggia sullo stato di *mora credendi* (almeno) fino a quell'ordine.

<sup>15</sup> Corte cost. n. 7/22, cit.

<sup>16</sup> Corte cost. n. 303/11, cit.

Il sistema delle decadenze sostanziali, attualmente vigente per l'impugnazione del licenziamento (art. 6, l. 604/66, modificato dall'art. 32, l. n. 183/10), accelera l'introduzione del giudizio rendendo influente il regime prescrizione delle azioni di nullità e annullamento, ma non incide sulla successiva durata del processo.

Il rito Fornero è stato definitivamente soppresso e – secondo un giudizio diffuso e condivisibile – non aveva dato buona prova di sé, risolvendosi spesso in un quarto grado di giudizio e con tempistiche di poco ridotte rispetto a quelli ordinari. E ciò a prescindere dalle complicazioni tecniche emerse per la prosecuzione di questa fase sommaria nella cognizione piena.

Il nuovo art. 441-*bis* c.p.c. assegna carattere prioritario, sul ruolo giudiziale, alle controversie in cui sia domandata la reintegrazione. Ma questa soluzione, inclusiva della preventiva riqualificazione del rapporto con l'inevitabile rischio di ulteriore istruttoria, amplifica l'interesse allo svolgimento di domande in via gradata, in cui quella principale è comunque la pretesa reintegratoria. Oltre al fatto che, sotto il profilo della ragionevolezza, la soluzione mortifica la tutela contro altri illeciti datoriali soggetti alla tutela reale di diritto comune, a vario titolo riconducibili alla flessibilità (tipologica o per esternalizzazione) e, dunque, al cono protettivo dell'art. 4, co. 1, Cost.

L'incidenza del successivo art. 441-*quater* c.p.c., relativo ai soli licenziamenti discriminatori, è parziale e del tutto ipotetica, perché l'azione non è cumulabile con altre domande e preclude, oltre alla graduazione fondata su altri vizi del recesso, anche il suo svolgimento in distinto giudizio. Nel mentre, l'art. 441-*ter* c.p.c. assegna alla competenza del giudice del lavoro le controversie sull'impugnazione del licenziamento dei soci delle cooperative, dando per scontato ciò che non lo è, vale a dire che la società adotti un tale provvedimento piuttosto che la mera delibera di esclusione dal rapporto associativo.

La procedura d'urgenza è esperibile e sufficiente ad integrare il rispetto dei termini decadenziali<sup>17</sup>, ma è ovvio che poggia su circostanze fattuali ulteriori e diverse dalla semplice perdita del reddito, non avendo altrimenti senso neanche la disciplina dell'art. 441-*bis* c.p.c.,

<sup>17</sup> Corte cost. n. 212/20, cit.

sopra ricordata. Senza per questo negare che un'effettiva tutela del reddito dipenderebbe dalla celerità del processo ordinario.

L'idea che la reintegra 'attenuata' sia il rimedio decisivo contro questi problemi, calmierando l'indennizzo dovuto *medio tempore* sul tetto di una annualità<sup>18</sup>, peraltro irriducibile se il processo dura almeno quel tempo<sup>19</sup>, si basa sull'indimostrabile assunto che il lavoratore ottenga sempre ragione già all'esito di un primo grado di giudizio, ignorando le conseguenze – in termini di costi, contributivi e soprattutto occupazionali – di un esito vittorioso nei soli gradi successivi, al pari di quelle che derivano dalle varie combinazioni tra esiti giudiziali differenti. Il che alimenta sia l'interesse all'opzione per l'indennità sostitutiva, sia il contenzioso sulle condizioni circa luogo e mansioni nel caso di ripristino materiale del rapporto<sup>20</sup>.

Il legislatore del 2012, cadendo nello stesso errore, aveva provato a collegare questo rimedio sostanziale ad uno strumento processuale astrattamente munito di maggiore celerità, che sulla carta è già un osimoro rispetto ai termini dell'art. 415 c.p.c. Invece la riforma del 2015, credendo di poter ridurre quasi tutto ad un indennizzo predefinito, aveva eluso la questione, rimuovendo pure quello strumento e scambiandolo con una preventiva offerta conciliativa.

Dopo che le pronunce costituzionali hanno demolito questa impostazione, la reintegrazione non solo torna ad applicarsi, nella sua variante 'piena' e pure alle piccole imprese, per qualunque ipotesi di nullità anche virtuale<sup>21</sup>, ma è di nuovo la potenziale tutela, nella forma 'attenuata', applicabile ai licenziamenti gravemente ingiustificati del *Jobs Act*. Ne deriva che anche lo scopo dell'art. 441-*bis* c.p.c. è funestato dalla sopravvenuta giurisprudenza della Corte.

All'orizzonte, tuttavia, non si profilano rimedi alternativi al funzionamento del canale privilegiato istituito dalla disposizione processuale. Residua, semmai, la possibilità di un intervento sul contenuto dell'impugnazione stragiudiziale, che vincoli il lavoratore alle successive pretese giudiziali. Ciò che, tuttavia, imporrebbe un'attenta valuta-

<sup>18</sup> Trib. Ravenna, (ord.), 27 settembre 2023.

<sup>19</sup> Cass. 13 settembre 2019, n. 22929.

<sup>20</sup> Cfr., da ultimo, Cass. 10 luglio 2024, n. 18892.

<sup>21</sup> Corte cost. n. 22/24, cit.

zione nella prospettiva dell'art. 24, Cost., come d'altronde già dimostrano le letture restrittive affermatesi per lo stesso regime delle decadenze applicato ad altre fattispecie. Ed ora con la rimessione alla Corte costituzionale del problema dell'impedimento ad evitare la decadenza dell'art. 6, l. n. 604/66<sup>22</sup>.

Di contro, andrebbe evidenziato che in altri ordinamenti i termini per l'impugnazione giudiziale del licenziamento sono molto più contenuti e, ciò nonostante, non sembrano contrastare con la garanzia della tutela giurisdizionale, come sembra ricavarsi, almeno *a contrario*, dalla più recente giurisprudenza euro-unitaria<sup>23</sup>.

### 3. *La cerva di Cerinea*

Tra le reazioni indirette della giustizia ordinaria alla diversificazione delle tutele, la questione della prescrizione dei crediti retributivi riveste senz'altro una posizione prioritaria, essendo legata alla protezione di un diritto fondamentale che, tra l'altro, interferisce con l'incremento del contenzioso e, quindi, con le finalità acceleratorie dei giudizi sui licenziamenti appena esaminate.

Il problema del decorso della prescrizione è stato risolto dalla Cassazione (peraltro in termini di decorrenza originaria dalla cessazione del rapporto, e non di sospensione, con conseguenze applicative rilevanti pure per il quinquennio antecedente alla entrata in vigore della legge n. 92/12) attraverso la rilettura dei precedenti costituzionali<sup>24</sup>, appunto in combinazione alle due riforme 'sostanziali'<sup>25</sup>.

Questa soluzione, rovesciando quella per decenni applicata nei confronti delle imprese maggiori, si àncora alla necessità di una predefinita e generalizzata garanzia conformativa, ritenuta indispensabile a scongiurare il *metus* del lavoratore. In questa prospettiva, l'interpretazione sopravvenuta si legava pure all'approccio della giuri-

<sup>22</sup> Cass. 5 settembre 2024 (ord.), n. 23874.

<sup>23</sup> Corte giust. UE, 27 giugno 2024, C- 284/23, *TC*.

<sup>24</sup> Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63; Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143; Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174.

<sup>25</sup> Così da Cass. 6 settembre 2022, n. 26246.

sprudenza costituzionale nel senso, già riferito, della natura tendenzialmente recessiva della tutela reintegratoria nel sistema vigente.

Sotto il primo aspetto l'argomentazione resta dibattuta, anche in forza della osservazione, per quanto incidentale, spesa dalla Consulta in altra circostanza ed in base alla quale la prescrizione decorre in corso di rapporto «eccetto che nei casi in cui al datore di lavoro non incombe alcun obbligo di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato»<sup>26</sup>.

Peraltro, neppure è chiaro quale debba essere il tipo di reintegrazione accordata, vale a dire se sia indispensabile quella propria delle nullità, che colpisce l'atto ritorsivo, anche qualora non assicuri l'integrale copertura del danno *medio tempore* come accade per l'impiego pubblico<sup>27</sup>; ovvero se sia sufficiente quella propria del vizio di ingiustificatezza, ove fosse garantita a copertura di ogni patologia propria di tale vizio.

Quanto all'altro profilo, è oramai evidente che nel regime Fornero la reintegrazione non può più considerarsi recessiva, tanto nel caso del licenziamento disciplinare, in cui rileva l'interpretazione delle clausole elastiche della fonte collettiva<sup>28</sup>, quanto nel caso del motivo oggettivo, in cui è sufficiente la violazione dell'obbligo di ripescaggio<sup>29</sup>.

Pertanto occorrerebbe almeno investire della questione il giudice delle leggi, per stabilire se, in uno ai vizi realmente procedimentali, le aree di ingiustificatezza tuttora sottratte a detta tutela (identificabili, in buona sostanza, nelle condotte gravemente illecite ma inidonee ad integrare, in concreto, gli estremi del notevole inadempimento e, rispettivamente, nei casi di violazione dei criteri di scelta tra lavoratori con mansioni omogenee) permettano comunque di riaffermare l'esistenza di un *metus* del lavoratore in corso di rapporto. Per inciso, già in questa prospettiva si intravedono squilibri tra le due fattispecie giustificative del recesso.

Nonostante le ultime due pronunce costituzionali, la situazione resta differente per il *Jobs Act*, sicché per questo regime – o per uno fu-

<sup>26</sup> Corte cost. 7 novembre 2006, n. 354.

<sup>27</sup> Cass. SU, n. 36197/23, cit.

<sup>28</sup> Da Cass. 11 aprile 2022, n. 11665.

<sup>29</sup> Da Cass. 2 maggio 2018, n. 10435.

turo che si allineasse a tale disciplina – appare indispensabile l'intervento legislativo, come sollecitato da buona parte della dottrina. Si tratta però di catturare un istituto 'sacro' e 'sfuggente', inseguendone l'evoluzione normativa e giurisprudenziale come Ercole rincorreva la cerva consacrata ad Artemide.

Anche rispetto ad una specifica normazione, infatti, rimane controversa la soluzione tecnica, che per alcuni dovrebbe ripristinare il decorso della prescrizione in vigenza di rapporto, con l'evidente rischio di investire comunque la Consulta della questione, mentre per altri andrebbe piuttosto ridotta la durata del termine quinquennale, confermandone la decorrenza dalla estinzione del vincolo obbligatorio.

In proposito, è stata anche prospettata la possibilità di ricorrere ad una sorta di certificazione annuale dello stato dei pagamenti, sulla scorta del modello tedesco. Tuttavia questa tecnica, di indubbio interesse, oltre ad incontrare pronosticabili resistenze delle organizzazioni di rappresentanza, presupporrebbe un preventivo e radicale mutamento, non solo di cultura aziendale, ma innanzitutto di contrasto al lavoro sommerso, soprattutto nella sua variante del lavoro 'grigio'. Altrimenti risolvendosi in una diversa applicazione della tecnica di prescrizione presuntiva, che appunto opera a mo' di presunzione di pagamento ma soltanto per i crediti del lavoratore che siano incontestati.

#### 4. *L'Idra di Lernia*

L'Idra era un mostro con nove teste, che se tagliate ricrescevano. In tema di vizi di nullità, il d.lgs. n. 23/15 aveva provato a stroncare un analogo fenomeno, ma la Corte costituzionale ha parificato la disciplina delle due riforme, includendo pure nel *Jobs Act* i casi di nullità virtuale<sup>30</sup>.

Allo stato, ed al netto del dibattito sul divieto temporaneo di licenziamento introdotto per la pandemia, l'unica differenza dovrebbe riguardare l'esclusione dei dirigenti (per i quali la *querelle* sul divieto

<sup>30</sup> Corte cost. n. 22/24, cit.

‘pandemico’ è giunta al vaglio costituzionale<sup>31</sup>) dalla tutela dell’art. 2, d.lgs. n. 23/15, corroborata dalla esplicita estensione a tale categoria della disciplina del solo art. 3, l. n. 108/90, cioè per le discriminazioni.

L’ampliamento della gamma dei vizi di nullità per la riforma del 2015 è apparso indispensabile – anche in una logica di graduazione delle tutele rispetto alla coesistenza di due discipline e al processo di transizione verso la seconda – per riaffermare la «complessiva adeguatezza» dell’apparato protettivo pure in un sistema centrato sul rimedio indennitario per l’ingiustificatezza del recesso<sup>32</sup>.

Nondimeno, la attuale articolazione interna dei vizi di nullità continua a rivelarsi inafferrabile, innanzitutto per la distinzione tra il licenziamento discriminatorio e quello basato su un motivo illecito determinante.

Secondo l’impostazione del diritto vivente, la essenziale differenza andrebbe rinvenuta nella rilevanza oggettiva della discriminazione, tale da prevalere, salvo una prova contraria di imperscrutabile contenuto, perfino sulla giustificazione del recesso, che è invece ritenuta preclusiva dell’attribuzione di un carattere «determinante» ad altri motivi.

È plausibile che, per pervenire a tale esito, la ritorsione sia stata meditatamente sottratta all’area della discriminazione, a cui, con itinerario opposto, era stata ricondotta quando, a seguito della riforma del 1990, occorreva estendere il regime delle nullità, peraltro in un quadro ancora non governato dalle direttive euro-unitarie nn. 2000/43 e 2000/78 e dall’art. 21 della Carta di Nizza.

Il punto, tuttavia, è che l’intento ritorsivo costituisce la essenziale (se non quasi l’unica) ipotesi di motivo illecito, che da un lato può integrare esso stesso un fattore discriminatorio, perfino tipizzato come nel caso della segnalazione degli illeciti (art. 4, l. n. 604/66, come modificato dal d.lgs. n. 24/23); dall’altro, si apre alla rilevanza di qualunque elemento fattuale, contro la ricostruzione del divieto di licenziamento basato su «determinati» presupposti, predicata dal giudice delle leggi per cercare di allinearsi alla giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla nullità del negozio per violazione di norma imperativa<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Cass. 29 maggio 2024 (ord.), nn. 15025 e 15030.

<sup>32</sup> Corte cost. n. 7/24, cit.

<sup>33</sup> Cass. SU, 15 marzo 2022, n. 8472.

A sua volta, l'ultima impostazione interagisce, sul piano dei confini esterni della patologia in esame, con le ipotesi di grave ingiustificatezza del recesso, a maggior ragione se prospettate in termini di violazione della «necessaria causalità» dell'atto, la cui consistenza presuntiva, ai fini del *quid pluris* necessario per accertare un motivo illecito determinante, ha tutt'altra valenza di quella che è possibile rinvenire nella sola assenza di una valida giustificazione.

Un sistema così congegnato, icasticamente rappresentato con l'immagine dei 'vasi comunicanti', finisce per assegnare alla ripartizione degli oneri probatori un ruolo concettualmente prioritario rispetto a fattispecie aperte, inclusa quella discriminatoria stante l'ampliamento, non solo esegetico, della lista dei relativi fattori. Il che si riflette su tutti i temi già esaminati, incidendo sulla valenza della ritorsione ai fini del decorso della prescrizione e sulla graduazione delle domande in giudizio, con impatto notevolissimo pure nel contesto delle piccole imprese.

Non è più possibile demandare la soluzione di queste problematiche alla sola interpretazione giurisprudenziale, affidandosi al rinvio all'art. 1345 c.c., nella sua forzatura giuslavoristica al negozio unilaterale, ovvero all'inciso – presente in entrambe le riforme – secondo cui i vizi di nullità rileverebbero «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». Quest'ultimo, comunque, resta cosa diversa dal motivo accertato giudizialmente.

In questo quadro, ci si può perfino chiedere se – nonostante l'evoluzione storica della materia, le premesse sul carattere non necessitato della reintegrazione ed il bilanciamento costituzionale del diritto al lavoro con la libertà di impresa – sul piano dogmatico non sia ormai inevitabile ricostruire tutta la disciplina dei licenziamenti sulla cifra della nullità dell'atto, soggetta a deroga nei soli casi previsti dal legislatore, tanto nel senso della sottrazione a tale regime, quanto nel senso della sola diversificazione degli effetti rispetto a quelli ordinariamente propri dell'atto nullo.

Diversamente, poiché nel 2015 la *voluntas legis* si era espressa in senso opposto, circoscrivendo perfino i vizi di nullità e comunque muovendo da una differente impostazione per i vizi di ingiustificatezza dell'atto, è lo stesso legislatore che deve farsi carico di sciogliere i nodi sopra evidenziati.

La base di partenza è indubbiamente costituita dal problema della rilevanza oggettiva della discriminazione, che può essere confermata senza però ignorare che la disciplina euro-unitaria, intervenendo in un ambito assai più ampio di quello relativo alle «condizioni di licenziamento», esige l'introduzione di agevolazioni probatorie, ma non esclude sanzioni, purché effettive, di carattere risarcitorio, che in effetti sarebbero praticabili non solo in cumulo con una tutela reintegratoria 'attenuata', ma perfino nel caso di un recesso che risultasse validamente giustificato.

Di contro, c'è da chiedersi se sia ancora utile preservare la distinzione tra un motivo illecito determinante (anche nella sua variante della frode alla legge, semmai prospettabile in casi connotati da un'operazione negoziale complessa, come può accadere per il secondo licenziamento<sup>34</sup>) ed un recesso «privo di causa», cioè basato su un fatto insussistente, occorrendo piuttosto definire l'esatto contenuto di quest'ultima espressione.

Infine, neppure può essere trascurato che l'evoluzione sociale altera anche l'approccio agli storici divieti di licenziamento. Ad esempio, l'idea che per quello 'a causa' di matrimonio, peraltro opinabilmente circoscritto alla lavoratrice<sup>35</sup>, si debba prescindere dalla precedente convivenza stabile ed accertabile alle condizioni di legge<sup>36</sup>, sembra contrastare, neanche troppo latamente, con i più recenti approdi dello stesso giudice costituzionale<sup>37</sup>.

##### 5. *I buoi di Gerione*

Il problema della giustificazione del licenziamento è stato esemplarmente spiegato alla luce della teoria dei 'macro-motivi', cioè degli ambiti concettuali presupposti alle fattispecie, spettando poi al legislatore la individuazione degli elementi costitutivi che muniscano le sin-

<sup>34</sup> Cfr., ad es., Cass. 14 ottobre 2021, n. 28175.

<sup>35</sup> Cass. 12 novembre 2018, n. 28926.

<sup>36</sup> Cass. 22 maggio 2024, n. 14301.

<sup>37</sup> Corte cost. 25 luglio 2024, n. 148.

gole fattispecie di adeguata funzione selettiva per la giustificazione o meno del recesso.

Questi ambiti emergono non solo dall'esperienza comparativa, ma già dall'art. 24 della Carta sociale europea, riguardando un valido motivo che sia «legato» alle attitudini o alla condotta dei lavoratori, oppure sia «basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio». Anche se poi, quando si forza il termine «necessità», ci si muove già sul piano della selezione, e ci si espone alla critica di chi rileva che la versione inglese dice solo “based”.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge Fornero era stata immediatamente colta l'influenza che lo spacchettamento delle tutele avrebbe esercitato sulla stessa interpretazione delle fattispecie giustificative. Peraltro, poco dopo l'adozione del *Jobs Act* quella del motivo oggettivo subiva anche il chiarimento nomofilattico della giurisprudenza di legittimità, nient'affatto scontato<sup>38</sup>.

Tuttavia, il problema più spinoso si collocava a monte della definizione delle condizioni di valido esercizio del diritto di recesso datoriale. Infatti, l'introduzione di una tutela esclusivamente indennitaria per il motivo oggettivo esacerbava l'interesse (inteso come convenienza) dell'impresa nella scelta del tipo di licenziamento, anche qualora certamente illegittimo, aggirando proprio la tematica della sua collocazione nei ‘macromotivi’.

Occorreva, quindi, evitare sbilanciamenti e ripristinare una simmetria normativa tra le due tipologie di licenziamento, che ben può essere rappresentata dall'idea del carro trainato dalla coppia di buoi.

Questo problema era stato risolto dalla Corte per il motivo oggettivo della legge Fornero, attraverso la eliminazione del potere giudiziale di reintegra, trasformato in dovere<sup>39</sup>, e della qualifica dell'insussistenza del fatto come «manifesta»<sup>40</sup>. Nel mentre, come già ricordato, l'attrazione nella reintegra della violazione delle clausole elastiche dei contratti collettivi riferite al potere disciplinare completava la relazione ‘a specchio’ con il licenziamento economico, già segnato

<sup>38</sup> Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201.

<sup>39</sup> Corte cost. n. 59/21, cit.

<sup>40</sup> Corte cost. n. 125/22, cit.

dall'inclusione del ripescaggio tra gli elementi del fatto posto alla base del g.m.o.

A parità di interpretazione della giurisprudenza di legittimità, la stessa operazione non era ipotizzabile per il *Jobs Act*, a pena di rendere identiche le discipline delle due riforme, oltretutto contro le intenzioni del legislatore, appena avallate per i licenziamenti collettivi e l'incremento dei requisiti dimensionali dell'impresa.

Dall'*impasse* si sarebbe potuti uscire riaffermando la legittimità della tutela indennitaria, ma a condizione di incentrarla su una quantificazione dell'indennizzo dotata di reale forza dissuasiva, e dunque ben maggiore di quella registrata nella prassi giudiziaria, ancora vincolata alla prevalenza del criterio dell'anzianità di servizio, secondo quanto incautamente affermato dalla Corte nel trattare i vizi procedurali<sup>41</sup>. D'altronde, in dottrina non mancavano argomenti a sostegno della scelta di confermare la tutela reintegratoria per il solo caso del licenziamento per colpa fondato su un fatto privo di rilevanza disciplinare.

Invece il giudice delle leggi ha preferito 'inventare' una sua disciplina, fondandola sulla rilevanza, ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria, del «fatto materiale» del g.m.o., in quanto costitutivo della «necessaria causalità» del recesso ma non inclusivo del *repêchage*<sup>42</sup>, ed al contempo, sempre allo scopo di escludere asimmetrie, sulla rilevanza attribuibile alle sole infrazioni tipizzate dai contratti collettivi<sup>43</sup>.

Poiché questo regime è quello destinato a rimanere in vigore, salvo vittoriosi esiti referendari, non si può fare a meno di osservare che – al netto della ricostruzione dogmatica e argomentativa – le soluzioni offerte non sembrano comunque, per diverse ragioni, in grado di garantire una effettiva tenuta simmetrica del sistema delle tutele.

Per il motivo oggettivo la questione è interna alla fattispecie legale, non essendo affatto chiaro cosa includa la nozione di «fatto materiale», inopinatamente esemplificato nella «soppressione del posto di lavoro». Si ripropongono così, sul versante delle tutele, i dubbi già emersi sulla capacità selettiva della fattispecie giustificativa, epurata dal presupp-

<sup>41</sup> Corte cost. n. 150/20, cit.

<sup>42</sup> Corte cost. n. 128/24, cit.

<sup>43</sup> Corte cost. n. 129/24, cit.

sto della situazione di crisi aziendale non contingente e, in realtà, ancora rispondente alla logica della *extrema ratio* soltanto e proprio grazie alla funzione assegnata al ripescaggio, oltretutto esteso alle mansioni inferiori.

Per il motivo soggettivo, al contrario, le perplessità attengono all'elemento esogeno rappresentato dalla capacità di tipizzazione della contrattazione collettiva, che però, muovendosi in tutt'altro quadro normativo, nel tempo ha dimostrato di saper elaborare previsioni specifiche e nominate soprattutto per condotte che integrano i presupposti del licenziamento, vale a dire irrilevanti ai fini che interessano se si prescinde dalle clausole elastiche collegate a sanzioni conservative.

Non è per nulla scontato, dunque, che le ultime statuizioni della Corte siano in grado di riequilibrare, anche solo rispetto a ciascun settore produttivo, i due corni dell'obbligo di giustificazione.

Sicché l'intervento del legislatore appare addirittura inevitabile, qui a cominciare dal precetto del motivo oggettivo, la cui specificazione risulta indispensabile – se si vuole mantenere questa distribuzione delle tutele, secondo la gravità della ingiustificatezza – per definire la consistenza del «fatto materiale» che, nella logica della Consulta, dovrebbe corrispondere a quella del «fatto materiale contestato».

## 6. *Le cavalle di Diomede*

Dall'entrata in vigore della riforma del 2012 le fattispecie del licenziamento per inidoneità (ora disabilità) fisica o psichica e per superamento del periodo di comportamento imperversano, con la 'ferocia' delle due giumente del mito, tagliando trasversalmente i vizi di nullità e quelli di ingiustificatezza.

La legge Fornero equipara queste tipologie di licenziamento, ove illegittimo, a quelli gravemente ingiustificati (art. 18, co. 7, Stat. lav.), anche se poi le Sezioni Unite hanno sostenuto, per la seconda, che trattasi di nullità per contrasto con l'art. 2110 c.c., sebbene al legislatore non sia precluso di optare per una tutela reintegratoria 'attenuata'.

Invece il *Jobs Act*, mentre riconduce il solo licenziamento per disabilità, pur concepito quale motivo di giustificazione, alla tutela reintegratoria 'piena' (art. 2, co. 4) propria degli altri vizi di nullità, niente

stabiliva per il comparto. Della lacuna si è fatta carico la Corte costituzionale, menzionando tale ipotesi tra quelle rientranti nelle nullità virtuali<sup>44</sup> e dunque, in assenza di previsioni in deroga, anch'essa soggetta alla tutela reintegratoria 'piena'.

In un quadro così articolato, plausibilmente irragionevole anche rispetto all'argomento del 'fluire del tempo', si è sovrapposta la tematica della disabilità quale fattore discriminatorio, agganciata alla tecnica degli accomodamenti ragionevoli dell'art. 3, co. 3-*bis*, d.lgs. n. 216/03, ed ovviamente esasperata, rispetto alla materia dei licenziamenti, dall'incertezza su cosa debba, *ex post*, considerarsi irragionevole.

Quasi per paradosso, la questione ha però interessato più il recesso per eccessiva morbilità che quello nominalmente incentrato sul concetto di disabilità.

Per quest'ultimo, infatti, esiste una articolata disciplina procedurale, che adesso viene estesa oltre il caso dell'aggravamento dello stato di salute, applicandosi anche alle variazioni dell'organizzazione di lavoro e, nello specifico, a quelle che determinano la soppressione del posto cui era addetta la persona disabile. In entrambi i casi, occorre rispettare integralmente le previsioni della legge n. 68/99, inclusa quella che impone l'accertamento, ad opera della commissione medica, della definitiva impossibilità di reinserimento del disabile all'interno dell'azienda anche attraverso i «possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro» (art. 10, co. 4)<sup>45</sup>. Pertanto questa disciplina prevale su quella del d.lgs. n. 81/08 e sugli accertamenti demandati alle competenze del medico aziendale<sup>46</sup>.

Tacendo il fatto che il giudice non è vincolato neppure all'accertamento sanitario della commissione medica<sup>47</sup> e che l'inidoneità totale può essere superata dalle cure (ma qui trattasi di problema di acquiescenza rispetto a recesso non tempestivamente intimato)<sup>48</sup>, sarà importante capire quale impatto potrà avere, sull'impostazione appena riferita e le relative verifiche, la nuova disciplina introdotta dall'art. 17,

<sup>44</sup> Corte cost. n. 22/24, cit.

<sup>45</sup> Cass. 2 luglio 2024, n. 18094.

<sup>46</sup> Cass. 28 aprile 2017, n. 10576.

<sup>47</sup> Cass. 29 ottobre 2021, n. 30932; Cass. 21 marzo 2018, n. 7065.

<sup>48</sup> Cass. 17 gennaio 2024, n. 1794.

d.lgs. n. 62/24 e, in particolare, la rilevanza attribuibile al diritto del lavoratore di chiedere l'adozione di accomodamenti ragionevoli, anche formulando proposte.

Sullo sfondo, resta la questione – prospettata in dottrina in termini di «scomposizione» ed incidentalmente riferita dalla Cassazione<sup>49</sup> – della potenziale discriminazione derivante dalla mancata adozione di tali accomodamenti, con conseguenze non irrilevanti rispetto alle tutele garantite dalla legge Fornero.

Di tutt'altro tenore è l'evoluzione che si è registrata per il superamento del rapporto, in cui la disabilità si è legata, secondo un complicato e variabile rapporto di causa-effetto, alla nozione di malattia, che peraltro appare tutt'ora irriducibile alla definizione di «duratura compromissione», identificativa della «condizione di disabilità» (art. 2, co. 1, lett. a) ed e), d.lgs. n. 62/24).

Il recesso per eccessiva morbilità è contrassegnato da una serie di percorsi giurisprudenziali su profili (obblighi di comunicazione, sistemi di calcolo, relazione con il godimento delle ferie e con gli infortuni e le malattie professionali) che da tempo richiederebbero un consolidamento legislativo.

Alla contrattazione collettiva è invece affidata, in forza del rinvio dell'art. 2110 c.c., innanzitutto la fissazione della durata del diritto alla conservazione del rapporto. In quest'opera, le organizzazioni sindacali si fanno tradizionalmente carico delle ipotesi (malattie continuative di lunga durata, cure oncologiche, ricoveri ospedalieri perfino di breve durata) idonei a giustificare, in tutto o in parte, l'espunzione dei relativi periodi dal calcolo del rapporto. Come è stato condivisibilmente rilevato, queste previsioni già si collocano nella logica di una soglia di protezione che eccede quella di una morbilità 'ordinaria' e statisticamente accertabile<sup>50</sup>.

Senonché, ad avviso della Cassazione tutto ciò non basterebbe ad evitare una discriminazione qualora la malattia sia imputabile alla disabilità, a meno che il contratto collettivo non preveda apposite tutele di (ulteriore) miglior favore, idonee a sopperire a tale svantaggio<sup>51</sup>. La

<sup>49</sup> Cass. 9 marzo 2021, n. 6497; Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896.

<sup>50</sup> Trib. Ravenna, 4 gennaio 2024, ord. *ex art.* 267 TFUE.

<sup>51</sup> Cass. 31 marzo 2023, n. 9095; Cass. 21 dicembre 2023, n. 35747.

conseguenza sarebbe imposta da una statuizione del giudice euro-unitario, rispetto alla quale – dice ancora la Cassazione – non rilevarebbe, ai fini dell’applicazione nell’ordinamento nazionale, che si controvertesse su un composto di brevissima durata e previsto direttamente dalla fonte legale spagnola<sup>52</sup>.

A prescindere dal rilievo per cui lo svantaggio della persona con disabilità deve essere “particolare”, come stabilisce la stessa direttiva n. 2000/78, continua a destare perplessità perlomeno la circostanza che il datore di lavoro non possa conoscere preventivamente l’esistenza del legame tra malattia e disabilità, se non addirittura l’esistenza di tale ultima condizione.

Alcune più recenti pronunce accennano, timidamente, ad un onere di cooperazione del lavoratore in questo senso<sup>53</sup>, comunque rigettando la tesi, che appare fuori dal quadro costituzionale, della necessaria espunzione di ogni periodo così identificato dal calcolo della malattia in assenza di apposite regole contrattuali<sup>54</sup>.

Ma sarebbe estremamente opportuno che il legislatore regolasse queste condotte, anche perché collegate alla possibilità di attivare quegli accomodamenti ragionevoli che non possono essere concepiti soltanto come pretesa (oltretutto definita «sussidiaria» dal d.lgs. n. 62/24) al pieno godimento dei diritti (pure) nello svolgimento del rapporto di lavoro.

## 7. *Gli uccelli stinfali*

Nell’illusione di risolvere ogni altra questione, sia la riforma del 2012 che quella del 2015 hanno predisposto una disciplina *ad hoc* e complessiva per i cosiddetti vizi procedimentali, includendovi la violazione della procedura dell’art. 7 Stat. lav., quella dell’art. 7. L. n. 604/66 (modificato dalla legge Fornero e applicabile solo ai licenziamenti di detta disciplina) e del requisito di motivazione dell’art. 2, co. 2, l. n. 604/66. Quest’ultimo è stato modificato, sempre dalla legge n.

<sup>52</sup> Corte giust. UE, 18 gennaio 2018, C- 270/16, *Ruiz Conejero*.

<sup>53</sup> Cass. 22 maggio 2024, n. 14316; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402.

<sup>54</sup> Cfr., ad es., App. Napoli, 17 gennaio 2023, n. 126.

92/12, prevedendo la contestualità della comunicazione dei motivi, con la eliminazione della tecnica della comunicazione a richiesta del lavoratore.

L'approccio era quindi basato sulla generalizzazione di un modesto rimedio indennitario per vizi aprioristicamente ritenuti meno gravi, sul modello dei sonagli con cui Ercole scacciava tutti gli uccelli carnivori che infestavano il lago Stinfalo.

La Corte costituzionale è stata investita del solo problema relativo alla predeterminazione dell'indennizzo dovuto, ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 23/15, in caso di violazione della procedura disciplinare, e si è dunque limitata ad estendere – nei limiti del tetto di dodici mensilità – il ragionamento sulla necessaria personalizzazione del danno, inaugurato dalla sentenza stipite del 2018<sup>55</sup>.

Tuttavia, la tematica era subito apparsa più articolata, occorrendo declinare le varie patologie, formalmente riconducibili all'area procedimentale, alla luce del diritto di difesa del lavoratore, pure in relazione alla tutela della posizione di affidamento, e più in generale del suo diritto di azione giudiziale.

La giurisprudenza di legittimità è intervenuta soprattutto in ambito disciplinare, cominciando col sottrarre al vizio procedimentale il caso del mancato svolgimento della relativa e preventiva procedura, equiparato alla insussistenza del fatto<sup>56</sup>, al pari della violazione del principio di immutabilità dei motivi, sempre in quanto non preventivamente contestati<sup>57</sup>.

Anche la violazione della regola di tempestività della contestazione, che è intesa quale elemento esterno alla condotta disciplinarmente rilevante ma comunque attiene alla «interpretazione secondo buona fede della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto», integrerebbe un vizio di ingiustificatezza del recesso, ma qui non aggravata, con riconduzione al corrispondente (benché più favorevole) rimedio indennitario<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Corte cost. n. 150/20, cit.

<sup>56</sup> Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745.

<sup>57</sup> Cass. 24 febbraio 2020, n. 4879.

<sup>58</sup> Cass. SU, 27 dicembre 2017, n. 30985.

Dopo alcuni contrasti, sembra invece prevalsa la natura effettivamente procedimentale dei vizi consistenti nella mera violazione dei termini fissati dal contratto collettivo per la contestazione<sup>59</sup> ed anche per l'intimazione del recesso<sup>60</sup>, ovviamente – come sembra inevitabile – a condizione che non ricorra anche un ritardo notevole e ingiustificato, tale da pregiudicare la difesa del dipendente e perpetuare l'incertezza sulla sorte del rapporto.

Un legislatore accorto dovrebbe almeno codificare questi esiti, o definirli diversamente nei limiti del rispetto delle garanzie costituzionali. Neppure sarebbe inutile una comparazione col modello del pubblico impiego, che peraltro – seppur con rigore draconiano – dimostra la possibilità di tipizzare per via legale anche molte condotte rilevanti ai fini del giudizio di sproporzione (benché, va precisato, in forza di sanzioni conservative di lunga durata che non sembrano praticabili nell'impiego privato).

Il grande problema riguarda, però, la violazione del «requisito di motivazione» previsto dal novellato art. 2, co. 2, l. n. 606/66, che inevitabilmente interessa il motivo oggettivo, in quanto non preceduto dalla contestazione dell'addebito.

Sarebbe intanto opportuno che una comunicazione non contestuale a quella del recesso venisse espressamente qualificata come vizio procedimentale. D'altra parte, qui non si pone un problema di tempestività rispetto all'estinzione (di fatto) del rapporto, che è già stata comunicata, quanto piuttosto di diritto all'azione giudiziale.

Poiché, allo stato, la decadenza dall'impugnazione stragiudiziale decorre dalla comunicazione dei motivi, ove non contestuale (art. 6, co. 1, l. n. 604/66), potrebbe ad esempio specificarsi che, in difetto di tale comunicazione entro il termine di sessanta giorni dalla sola comunicazione del licenziamento, di per sé già impugnabile, la tutela applicabile è quella prevista per la assoluta mancanza di giustificazione.

L'alternativa sarebbe l'introduzione, per il *Jobs Act* ed in sostituzione dell'offerta conciliativa, della preventiva procedura dell'art. 7, l. n. 604/66, da avviare con comunicazione, a carico dell'impresa, che è

<sup>59</sup> Cass. n. 23 giugno 2023, n. 18070.

<sup>60</sup> Cass. 21 aprile 2023, n. 10802; conforme Cass. 16 agosto 2016, n. 17113. *Contra* Cass. 3 settembre 2018, n. 21569.

necessariamente comprensiva della indicazione dei motivi per cui si 'intende' licenziare per g.m.o. E andrebbe quindi precisato che, in assenza di tale requisito, la Direzione territoriale competente non può dare corso alla procedura.

I problemi non finiscono qui, perché è tuttora incerto il grado di specificazione che deve essere assolto con la comunicazione dei motivi. Per quello oggettivo, è stato affermato che le ragioni di inutilizzabilità *aliunde* sarebbero un elemento implicito, da provare direttamente in giudizio<sup>61</sup>. Ma almeno per una pseudo-motivazione, che ricalchi la formula di legge, o per una motivazione che risulti già palesemente insufficiente, precludendo un'istruttoria su fatti neppure ricavabili dall'atto di recesso, dovrebbe applicarsi la tutela propria dell'insussistenza del «fatto materiale». Del resto, si tratterebbe di ipotesi che, secondo la originaria formulazione della legge Fornero, avrebbero integrato la nozione di «manifesta» insussistenza.

## 8. *Il toro di Creta*

Nell'ambito dei licenziamenti *lato sensu* economici, la peculiarità di quelli collettivi dipende (anche storicamente) dalla loro originaria esclusione dalla legge n. 604/66, e poi dalla sopravvenuta regolazione sovranazionale che, perseguendo finalità anticoncorrenziali e di competitività delle imprese, ha finito per distinguerli nettamente da quelli individuali anche se plurimi.

L'accentuazione del profilo procedimentale in luogo di quello sostanziale (cioè delle ragioni della riduzione collettiva del personale, pur indicate nella legge n. 223/91) ha indotto a concentrare l'attenzione, oltre che sulla violazione delle procedure di informazione e consultazione – ben distinta dai vizi procedimentali dei licenziamenti individuali, ed infatti ricondotta alla tutela sostanziale da ingiustificatezza, peraltro col dubbio della completa omissione di tali obblighi<sup>62</sup> – anche e soprattutto sulla violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da li-

<sup>61</sup> Cass. 7 marzo 2019, n. 6678; Cass. 6 agosto 2020, n. 16795.

<sup>62</sup> Trib. Roma, 12 ottobre 2021, in *RGL Newsletter*, 2022, 3.

enziare. Infatti, è tale patologia che è sanzionata diversamente (cioè, non solo con diverse soglie edittali) dalle due riforme.

In proposito, la questione della parità di trattamento tra coloro che godono della tutela reintegratoria dell'art. 18, co. 4, stat. lav. (art. 5, co. 3, l. 223/91) e coloro (neo-assunti) che godono solo della tutela indennitaria da 6 a 36 mensilità (art. 10, d.lgs. 23/15) era stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale<sup>63</sup>, a seguito di precedente pronuncia della Corte di giustizia che, dal canto suo, ha escluso che i criteri di selezione e le conseguenti tutele rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva<sup>64</sup>. Non a torto, la statuizione è apparsa un retaggio della originaria logica 'liberista' che permeava la disciplina europea, ed è stata criticata perché svuota di effettività gli obiettivi di politica sociale, che andrebbero declinati anche attraverso le soluzioni adottate con la trasposizione nei singoli ordinamenti statali.

La questione interna non poteva comunque considerarsi chiusa e veniva rapidamente riproposta, seppur con questioni parzialmente divergenti. Tuttavia, la Consulta la ha ritenuta infondata<sup>65</sup>, ribadendo – peraltro, ed a proposito di tempistiche sovrapposte, prima dell'intervento sul regime delle nullità – che la tutela indennitaria dei neo-assunti rientra nel concetto di «complessiva adeguatezza», compatibile anche con la previsione dell'art. 24 della Carta sociale europea, rispetto al quale il divergente parere reso dal Comitato europeo dei diritti sociali ha valore meramente propositivo e sollecitatorio. Il che già appariva inevitabile, nonostante numerose opinioni contrarie.

Queste conclusioni – supportate dall'argomento per cui al momento delle intimazioni i singoli licenziamenti acquisirebbero «rilievo autonomo», tanto da ritenere che lo scopo di favorire l'ingresso nel mondo del lavoro di nuovi assunti renderebbe «indifferente [...] che il recesso sia individuale o collettivo» – lasciava presumere che la stessa tutela meramente economica sarebbe stata confermata per le imminenti questioni sui licenziamenti individuali.

<sup>63</sup> Corte cost. n. 254/20, cit.

<sup>64</sup> Corte giust. UE, 4 giugno 2020, ord., C- 32/20, *Balga*; conforme Corte giust. UE, 17 marzo 2021, C- 652/19, *Consulmarketing*.

<sup>65</sup> Corte cost. n. 7/22, cit.

Poiché le soluzioni delle sentenze nn. 128 e 129 del luglio 2024 sono in parte diverse, riproponendo la distribuzione delle tutele in base alla gravità del vizio, anche rispetto a quelle conclusioni emergono perplessità. È vero che per i licenziamenti individuali il ragionamento distintivo si fonda su uno schema causale, invece escluso per quelli collettivi. È però altrettanto vero che, nella logica procedimentale di questi ultimi, i criteri di selezione si collocano al centro della disciplina, a maggior ragione qualora costituiscano espressione di un accordo collettivo, la cui violazione non è affatto dissimile da (ed anzi appare almeno grave quanto) quella che ha condotto alla pronuncia interpretativa di rigetto sui licenziamenti disciplinari.

A meno che non si voglia sostenere che il rimedio reintegratorio, ancora previsto per i vecchi assunti in caso di violazione dei criteri di selezione, dipenda soltanto dalla facoltà datoriale di realizzare comunque la scelta riduttiva, licenziando un equivalente numero di lavoratori senza l'esperimento di una nuova procedura, ai sensi dell'art. 17, l. n. 223/91. Se così fosse, si ripresenterebbe in tutta la sua evidenza il problema della durata del processo, giacché quella disposizione è risultata di fatto inapplicabile anche nella vigenza del rito Fornero.

Il legislatore dovrebbe prendere "il toro per le corna", riconoscendo che nel bilanciamento costituzionale l'interesse alla conservazione del rapporto, contrapposto sul piano delle tutele (non all'interesse dell'impresa ma) a quello occupazionale, non può rilevare diversamente a seconda della tipologia di licenziamento, tanto meno quando la patologia dell'atto consiste nella violazione, in fase applicativa e unilaterale, del prodotto dell'intervento sindacale.

Oppure si dovrebbe affermare chiaramente che l'esclusione della reintegra per le riduzioni collettive di personale è finalizzata all'utilità sociale, secondo un rivoluzionario modello di bilanciamento che passa attraverso lo stravolgimento della lettura dell'art. 41, co. 2, Cost.

### *9. I pomi delle Esperidi*

La diversificazione delle tutele, oramai propria di entrambe le riforme, ha introdotto nell'ambito delle imprese di maggiori dimensioni, cioè munite dei requisiti regolati dell'art. 18, co. 8 e 9, Stat. lav. (e per

rinvio dall'art. 9, co. 1, d.lgs. 23/15), quella relazione tra tutela reale e obbligatoria che prima demarcava il confine con le piccole imprese.

Queste ultime, peraltro, sono state contestualmente assoggettate alla tutela reintegratoria 'piena' anche per i vizi di nullità del recesso diversi da quello discriminatorio, fino ad allora ricondotti alla tutela conformativa di diritto comune e, quindi, sprovvisti della garanzia dell'opzione sostitutiva della reintegrazione. Ne è derivata la amplificazione dell'interesse a coltivare controversie a tale scopo, con ulteriore vanificazione dei propositi deflattivi del contenzioso e di riduzione della durata dei processi.

Nel mentre, l'accostamento di due regimi indennitari per la ingiustificatezza del licenziamento ha generato il monito costituzionale sulla inadeguatezza del sistema vigente per le imprese di minori dimensioni, basato sul solo criterio del numero degli occupati che è apparso «sprovvisto di per sé di una significativa valenza» in quanto «non rispecchia di per sé l'effettiva forza economica del datore di lavoro» ed anzi accomuna tra loro attività eterogenee<sup>66</sup>.

Dopo due anni, questo monito non ha avuto riscontri. Ed è sorprendente che le riflessioni su questa sorta di valle dell'Eden – caratterizzata da una tutela solo indennitaria ed economicamente modesta (da 2,5 a 6 mensilità *ex art. 8, l. 604/66*, salvo la maggiorazione per elevate anzianità di servizio in imprese con più di quindici dipendenti, ovvero fino a 6 mensilità *ex art. 9, d.lgs. 23/15*) – impegnino molto poco il dibattito teorico aperto dalle recenti riforme, nonostante questa sanzione d'area incida in modo indiscutibile sul tessuto imprenditoriale nazionale e perfino sulla (dis)articolazione delle singole imprese.

Non sono comunque mancati problemi di coordinamento normativo, a partire dal dubbio su quale tutela applicare per l'ipotesi di violazione dell'art. 2, co. 2, l. n. 604/66, rispetto a un licenziamento intimato da piccola impresa ad un dipendente assunto prima del marzo 2015. Dopo alcuni tentennamenti, la giurisprudenza di legittimità ha scelto, in virtù di una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, la tutela dell'art. 8, l. 604/66<sup>67</sup>. Il che appare ragionevole nel coordinamento con l'art. 9 del *Jobs Act* ma, in assenza di una indica-

<sup>66</sup> Corte cost. n. 183/22, cit.

<sup>67</sup> Cass. 15 luglio 2022, n. 19323.

zione di diritto positivo, porta alla aberrante conseguenza di ritenere efficace ciò che la legge espressamente qualifica come inefficace (art. 2, co. 3, l. ult. cit).

Oltretutto, inserendosi in un altro vuoto legislativo, la Cassazione ha ragionato diversamente, stabilendo che per le piccole imprese – nonostante il tenore letterale dell'art. 18, co. 8, Stat. lav. – la nullità del licenziamento per superamento del comportamento non segue il regime di tutela di diritto comune<sup>68</sup>, bensì è attratto, per una sorta di nuova *vis expansiva*, dal quarto comma dello stesso art. 18<sup>69</sup>, con conclusioni evidentemente estendibili, data la disciplina del settimo comma, all'ulteriore ipotesi della disabilità. Il che significa, tra l'altro, che per la riforma del 2015 la tutela dovrebbe essere quella reintegratoria 'piena'.

In questo complessivo contesto, una riforma legislativa è imprescindibile. Il quesito referendario in materia, finalizzato a rimuovere la sola soglia massima delle 6 mensilità dell'art. 8, l. n. 604/66 (in uno all'eventuale effetto del primo quesito, peraltro non inscindibile, relativo all'abrogazione dell'intero *Jobs Act* e quindi del suo art. 9) vorrebbe affidare al giudice, secondo un noto modello di giustizia, la personalizzazione dell'indennizzo, vincolandone la discrezionalità ai criteri legali ma senza la fissazione di un massimale.

Si tratta di una soluzione mutuata dalla posizione espressa dal Comitato europeo dei diritti sociali, ma proprio per questo già implicitamente ritenuta irragionevole dalla Consulta, oltre che nefasta rispetto ad elementari esigenze di certezza, indispensabili anche nella prospettiva occupazionale che impregna questa fase del bilanciamento costituzionale.

D'altra parte, i dati numerici comprovano che quasi l'80 per cento delle imprese italiane sono micro, almeno nell'accezione euro-unitaria che, ad altri fini, così definisce le imprese con un organico non superiore ai dieci dipendenti.

In un progetto di riforma, questa soglia potrebbe anche essere ridotta e combinata con parametri economici, secondo le indicazioni che provengono dalla Corte, elevando il tetto massimo dell'indennizzo

<sup>68</sup> Cass. 22 luglio 2019, n. 19661.

<sup>69</sup> Cass. 16 settembre 2022, n. 17334.

e differenziandolo tra imprese piccole e imprese di dimensioni (numeriche e finanziarie) ancora più ridotte. Il tutto, senza dimenticare che in altri ordinamenti queste ultime imprese sono perfino sottratte alla regola di giustificazione del recesso, con buona pace dei principi sovranazionali.

Sempre nella logica del beneficio rappresentato dai ‘pomi d’oro’ e sotto il profilo della parità di trattamento, va inoltre risolto il *rebus* delle organizzazioni di tendenza, ai cui licenziamenti soggetti al regime temporale del *Jobs Act* si applica senza deroghe «la disciplina del presente decreto». Mentre per i licenziamenti che ricadono nell’art. 18 Stat. lav. sopravvive la deroga prevista dall’art. 4, l. 108/90, che fa salvo solo il diritto anti-discriminatorio.

#### 10. *La cintura di Ippolita*

Le disciplina previdenziale dei licenziamenti illegittimi è stata gestita da entrambe le riforme come conseguenza necessitata del tipo di tutela applicabile, quindi nella logica del ‘tutto o nulla’ derivante dalla persistenza giuridica o al contrario dalla estinzione del rapporto, emblematicamente espressa dalla precisazione, presente nell’art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/15, secondo cui l’indennità ivi regolata non è «assoggettata a contribuzione previdenziale».

Anche per la distinzione tra tutela reintegratoria ‘piena’ ed ‘attenuata’ le Sezioni Unite si sono limitate a confermare quanto già previsto dal legislatore, cioè l’esclusione delle sanzioni civili nel secondo caso, non sussistendo una omissione contributiva rispetto ad una pronuncia costitutiva di annullamento<sup>70</sup>.

È evidente, pertanto, che la reintegra continua a ‘cingere’ l’interesse del lavoratore con benefici ulteriori alla conservazione del rapporto e del reddito.

Il problema della perdita dell’accredito contributivo in caso di estinzione del rapporto – che ovviamente non ha nulla a vedere col diritto alla integrità della posizione contributiva<sup>71</sup>, essendo il rapporto

<sup>70</sup> Cass. SU, 18 settembre 2014, n. 19665.

<sup>71</sup> Su cui, ancora da ultimo, Cass. 2 maggio 2024, n. 11730.

cessato – era stato sollevato da due delle ordinanze di rimessione alla Consulta, non a caso nei diversi termini di un danno alla posizione previdenziale, che però sarebbe generato non da una omissione contributiva (come detto neanche ipotizzabile), bensì dalla stessa disciplina legale, per questo ritenuta irragionevole.

Tuttavia, il problema è stato ignorato dalle sentenze della Corte, e sarebbe plausibilmente risultato infondato, considerando la lettura in senso minimalista del diritto alla futura prestazione previdenziale, la logica di solidarietà intergenerazionale connessa all'occupabilità e, non da ultimo, il regime delle piccole imprese, altrimenti da sempre incostituzionale.

Ciò non toglie che un legislatore coraggioso – sovvertendo schemi consolidati – potrebbe rivedere l'intero impianto della attuale disciplina, che peraltro ha ricadute modeste sul complessivo gettito contributivo.

Infatti, non è scontato che, quantomeno dal recesso all'ordine di reintegra e rispetto alla reintegrazione 'attenuata', debba imporsi una integrale obbligazione contributiva, nonostante un tetto indennitario che non corrisponde (o potrebbe non corrispondere, sempre per la durata dei giudizi) alle retribuzioni astrattamente dovute. Così come non pare necessitata la sottrazione all'imposizione contributiva dell'indennità dovuta per la cessazione del rapporto, che è comunque avvinta da sicuro nesso di relazione col rapporto medesimo, semmai occorrendo un coordinamento con la percezione dell'indennità di disoccupazione.

Non serve neppure troppo coraggio per estendere ad ogni regime reintegratorio (a cominciare dall'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/15) quanto attualmente previsto dal solo art. 18, co. 4, Stat. lav., cioè la condanna al pagamento di un importo pari al solo «differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative».

D'altra parte, l'*aliunde perceptum* (retributivo) è detraibile anche nel caso di reintegra 'piena', mentre neppure per i vizi di nullità è preclusa l'introduzione di un tetto di indennizzo *medio tempore*, come dimostra la disciplina del pubblico impiego (benché con la conferma dell'integrale versamento dei contributi, che però qui si applica ad

ogni possibile patologia del recesso, generando altre tensioni col principio di uguaglianza).

Per altro verso, non può ignorarsi che, a seguito dell'attuale distribuzione dei rimedi, conseguente alle ultime pronunce costituzionali, il rischio del versamento contributivo, e quindi del relativo costo, adesso rileva indistintamente per le due riforme in termini di incertezza delle imprese, combinandosi con la durata dei processi e riflettendosi negativamente proprio sulle finalità occupazionali.

L'unica eccezione è costituita dai licenziamenti collettivi del *Jobs Act*, per i quali una novella dovrebbe comunque considerare che all'effetto moltiplicatore degli indennizzi, coltivato in dottrina quale argomento a sostegno della legittimità del solo rimedio economico, corrisponde proprio una riduzione, assai consistente per l'impresa, del versamento contributivo.

### 11. *La cattura di Cerbero*

Le tre teste di Cerbero rappresentano il passato, il presente e l'avvenire, sicché ai nostri fini esprimono il legame circolare tra la protezione nel rapporto, gli ammortizzatori sociali e le politiche attive del lavoro.

Il tema è usualmente indagato nella prospettiva della *flexicurity*, con le varie implicazioni che promanano dalle impostazioni teoriche (lavoro senza aggettivi, codificazione di un *tertium genus*, derogabilità assistita, cerchi concentrici, statuto dei lavori, geografia normativa a matrice) per riflettersi sulla disciplina del mercato.

Del resto, preso atto che dopo un ventennio di battaglie la flessibilità tipologica si è oramai infiltrata in pianta 'stabile' nella gestione dei rapporti, entrambe le riforme, nella loro più ampia struttura normativa, avevano cercato di modulare la flessibilità numerica, cioè 'in uscita', sulle rinnovate politiche per l'impiego.

Secondo l'opinione più diffusa, a cui va prestata adesione, questo tentativo non è riuscito, perché le politiche passive avrebbero, ancora una volta, surclassato quelle attive, sprovviste di un'adeguata spesa pubblica che resta innanzitutto contratta per equilibri finanziari. Neppure sorprende che, già all'indomani del *Jobs Act*, si sia proposta una

repentina rivisitazione della disciplina del mercato del lavoro in chiave di mercati transizionali.

In questa sede, ci si può interrogare sul modo in cui il modello triangolare (su cui adesso influisce perfino il fenomeno delle cosiddette dimissioni di massa) incida o dovrebbe incidere, anche nella valutazione costituzionale, sulla ragionevolezza del sistema protettivo contro i licenziamenti. In particolare, occorre chiedersi se le tre dimensioni del diritto del lavoro, dal lavoro ed al lavoro consentano ancora – in una logica di sviluppo economico che condiziona l'incremento occupazionale e quindi pure il finanziamento del sistema previdenziale – di 'scaricare' sulle imprese, secondo una visione di stampo strettamente contrattualistico, l'intero costo della transizione, innanzitutto di fatto e solo eventualmente di diritto, dal rapporto al mercato.

In effetti, nella valutazione tra la «curvatura occupazionale del danno» del lavoratore e quella «gestionale del costo del licenziamento» intervengono altri fattori, che non risultano valorizzati dalle pronunce del giudice delle leggi.

Nella preferenza da accordare ad una soluzione monetaria piuttosto che ripristinatoria, non sembra possibile ignorare l'impatto che esercitano, seppur a determinate condizioni, la tutela per la perdita dell'occupazione e gli interventi di formazione e ricollocazione professionale. Oltre al problematico rapporto tra il licenziamento e l'indennità di disoccupazione – con il suo discusso regime di ripetibilità, che veniva esclusa, ma solo per via giurisprudenziale, pure in caso di reintegra quando non effettiva<sup>72</sup> – in questa prospettiva si colloca perfino l'evoluzione della normativa assistenziale, adesso segnata dal passaggio al reddito di inclusione, mentre quello di cittadinanza subisce l'immane condanna europea per il requisito della residenza<sup>73</sup>.

D'altra parte, nell'ambito dei licenziamenti economici la differenza di disciplina include anche il possibile (ed usuale) godimento dell'ammortizzatore sociale in corso di rapporto, che a sua volta contribuisce a delineare una profonda diversificazione all'interno dell'apparato produttivo nazionale, relegando di fatto il licenziamento

<sup>72</sup> Cass. 15 settembre 2021, n. 24950; Cass. 26 agosto 2020, n. 17993. Ma ora, per la rimessione della questione alle Sezioni Unite, cfr. Cass. 23 settembre 2024, n. 25399.

<sup>73</sup> Corte giust. UE, 29 luglio 2024, C-112/22 e 223/22, *CU e ND*.

per motivo oggettivo alle realtà imprenditoriali medio-piccole, con nuovi pericoli di sbilanciamento tra fattispecie giustificative.

Per altro verso, dal governo delle dinamiche del mercato dipende il tempestivo reperimento di un'altra occupazione, che incide dall'interno sulla disciplina di tutela contro i licenziamenti per la detrazione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum*.

Anche qui il legislatore è stato timido, preoccupandosi di regolare, nel solo art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23715, la detrazione di quanto il lavoratore reintegrato «avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro», secondo il meccanismo della condizionalità. Per ogni altra ipotesi di guadagno realizzato o realizzabile lavorando altrove «nel periodo di estromissione», tutto è rimesso a formule mutuata dalla precedente giurisprudenza, senza alcuna accortezza nel definire, soprattutto sul piano processuale, gli strumenti per accertare tale situazione, compresa quella del lavoro in nero. Ed anzi per i licenziamenti nulli è prevista solo la detrazione di quanto (risulti) effettivamente percepito e fermo l'impermeabile obbligo contributivo, secondo una linea di pensiero dichiaratamente punitiva, giustificabile solo per un processo di durata breve o contenuta.

Questo lassismo normativo è irragionevole e, assieme all'ampliamento dell'esposizione risarcitoria per il rifiuto di reintegrare *medio tempore*<sup>74</sup>, aumenta a dismisura lo *spread* con la tutela meramente indennitaria, la quale, al contrario, viene personalizzata anche in base allo stato del mercato del lavoro territoriale e ad una eventuale rapida ricollocazione.

È chiaro che non è possibile addebitare al giudice costituzionale la mancata considerazione di questi fattori. Tuttavia anch'essi concorrono – sebbene su un piano distinto da quello di mera «razionalità interna» che, secondo le opinioni critiche, avrebbe caratterizzato la pronuncia n. 194/18 – ad alimentare il dubbio che il giudizio di ragionevolezza possa fondarsi solo sulla preservazione della finalità genericamente occupazionale propugnata dalle riforme.

<sup>74</sup> Da ultimo Cass. 23 ottobre 2023, n. 29335.

## 12. *Le stalle d'Augia*

Il sistema normativo non si è ancora definitivamente assestato nell'ambito dell'interpretazione giurisprudenziale ed anzi, mentre si fa sempre più pressante l'invito della Consulta ad una complessiva rivisitazione della materia, le ultime due sentenze costituzionali richiederebbero (o richiederebbero) un ulteriore maneggiamento.

Un intervento legislativo dovrebbe comunque tenere conto delle reciproche posizioni di affidamento che si sono radicate sul vigente e duplice spaccettamento delle tutele, anche se le correzioni di origine giudiziale restituiscono un quadro molto diverso da quello iniziale, fioriero di incertezze perfino maggiori di quelle che si imputavano al testo statutario, pure nella versione del 1990.

Sarebbe intanto più che opportuno eliminare la coesistenza dei due regimi, quale conseguenza che deriverebbe automaticamente dall'esito positivo del primo quesito referendario ma che, in realtà, anche il decisore politico potrebbe realizzare, qualora confermasse le linee di fondo della legge Fornero (o meglio, della sua attuale interpretazione) sui licenziamenti ingiustificati.

In effetti, tra tutte le perplessità generate dalle riforme e ferma la imponderabile durata dei processi, la tutela che ha mostrato un elevato grado di resistenza in chiave di legittimità costituzionale è proprio quella della reintegrazione 'attenuata', anche perché replica scelte legislative giudicate legittime dalla Consulta su altri istituti<sup>75</sup>, inverando pure il principio solidaristico che permea il dovere 'di lavorare' (peraltro ora con nuovi dubbi, sollevati dalla prova del maggior danno prevista dall'art. 11, d.l. n. 131/24, che si legano sempre alla eccessiva durata del processo<sup>76</sup>).

Si dovrebbe, allora, intervenire sugli altri profili esaminati, delineando un quadro meno equivoco per i vizi di nullità e quelli procedurali, fissando regole certe per il licenziamento per superamento del comportamento, aggiornando i requisiti e le soglie di indennizzo applicabili alle piccole imprese, regolando direttamente il regime prescri-

<sup>75</sup> Corte cost. n. 303/11, cit.

<sup>76</sup> Cfr. ad es. Trib. Siena, 1° gennaio 2024, con ordinanza di rimessione dichiarata inammissibile da Corte cost. 30 luglio 2024, n. 155, ord.

zionale dei crediti retributivi, normando le regole processuali sul guadagno *aliunde* e, non da ultimo, confermando o istituendo un efficace meccanismo deflattivo pre-giudiziale.

Rispetto alla reintegrazione, una riflessione ulteriore meriterebbe l'opzione per l'indennità sostitutiva, sulla cui attuale funzione – ferma la esplicita previsione della cessazione del rapporto col suo esercizio, confermata con clamoroso ritardo e *overruling* dalla Cassazione<sup>77</sup> – pesa comunque l'impossibilità di stabilire quale sia l'effettivo interesse alla ripresa del lavoro, quando l'ordine sopraggiunge a distanza di troppo tempo.

Al riguardo, non sarebbe ad esempio irragionevole escludere l'esercizio dell'opzione dopo un congruo periodo dal licenziamento, non necessariamente di fonte legale ed anche modulabile, con la sola conferma del diritto al ripristino del rapporto a garanzia della sua stabilità, salvo che l'opzione non sia esercitata subito con l'introduzione del giudizio, oppure entro quella scadenza.

Un sistema incentrato sulla tutela reale con diritto alla ripresa del lavoro ma senza l'opzione sembra, peraltro, praticabile anche per le imprese di piccole dimensioni, ad eccezione di quelle micro in cui l'incidenza del costo del licenziamento illegittimo, perlomeno di carattere organizzativo, sarebbe compatibile con una tutela conformativa solo a fronte di una durata brevissima del processo, ad oggi insostenibile.

In una simile prospettiva, i problemi atterrebbero agli equilibri tra il licenziamento individuale ingiustificato e quello collettivo. Per quest'ultimo, infatti, si tratterebbe di un ritorno al passato, dal momento che la Consulta ha ritenuto di salvaguardare la logica economica del *Jobs Act* soltanto per tale 'fattispecie'.

L'abrogazione referendaria spazzerebbe via questa soluzione, come fece Ercole deviando il fiume e inondando le stalle, ma in caso contrario il legislatore si troverebbe a compiere una scelta molto difficile.

Ed invero, la conferma della tutela meramente indennitaria per le riduzioni collettive di personale si rifletterebbe pure sul licenziamento per motivo oggettivo, che nella interpretazione consolidata della legge Fornero è tuttora soggetto a reintegrazione anche per la sola violazione

<sup>77</sup> Cass. SU, 27 agosto 2014, n. 18353.

del ripescaggio. Il che genererebbe un divario, soprattutto in relazione ai licenziamenti plurimi per g.m.o., molto più ampio di quello che le sentenze nn. 7/24 e 128/24 hanno prospettato nella logica della «complessiva adeguatezza» del rimedio indennitario, confermato pure per questo recesso individuale ad eccezione del «fatto materiale» insussistente.

D'altro canto, se dall'interpretazione dell'art. 18, co. 7, Stat. lav., si espungesse il *repêchage* per l'applicazione della tutela reintegratoria, come pure non sembra potersi escludere, non solo si tornerebbe alla soluzione attualmente in vigore per la riforma del 2015, ma occorrerebbe nuovamente equilibrare la disciplina del licenziamento disciplinare. Per quest'ultima, però, la soluzione della sentenza n. 129/24, incentrata sulla rilevanza delle sole infrazioni tipizzate, è in diretto contrasto, se non con la lettera dell'art. 18, co. 4, Stat. lav., certamente con le motivazioni espresse dal giudice di legittimità e volte a premiare l'interpretazione delle clausole elastiche.

Ove poi, con scelta divergente, si volesse riconfermare il ruolo preponderante della tutela indennitaria, si dovrebbe stabilire se coordinarlo con le variabili economiche già indicate, e quindi se sia possibile ricorrere ad una formula algebrica che, per ogni grado di giudizio e in relazione al suo esito, combini l'indennità risarcitoria dovuta dall'impresa inadempiente, il guadagno del lavoratore realizzato *aliunde* o per ripristino anche temporaneo del rapporto, l'importo e la durata di un ammortizzatore sociale quando cumulabile e i benefici delle politiche attive goduti in relazione all'offerta formativa, a cui rapportare anche un eventuale depauperamento della professionalità.

Senza trascendere in forme di giustizia predittiva, si tratterebbe comunque di una formula antitetica al *cocktail* di criteri di cui si predica l'utilizzo per la personalizzazione giudiziale del danno.

Infine, un'ulteriore soluzione, di carattere mediano, potrebbe consistere in una nuova modulazione delle tutele che si basi sui requisiti dimensionali (numerici ed economici) delle imprese anche rispetto a quelle già classificabili come «maggiori».

Al pari di quanto osservato per le piccole imprese, anche in questo caso esistono indicazioni di diritto positivo, proprie del diritto del lavoro o ricavabili da altri settori, che consentirebbero di giustificare l'applicazione della tutela reintegratoria, anche per ogni vizio dell'atto

diverso da quello strettamente procedimentale, ai datori di lavoro che eccedessero i parametri distintivi della c.d. media impresa. Il che permetterebbe pure di riallineare la disciplina legale alle diverse dimensioni degli interessi collettivi, come attualmente emergono dalle relazioni industriali.

## LICENZIAMENTI DISCIPLINARI ED EFFETTIVITÀ DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Matilde D'Ottavio

SOMMARIO: 1. Oggetto e scopo della ricerca. – 2. I risultati della ricerca: a) grado di analiticità dell'intervento sindacale in materia disciplinare; b) grado di analiticità del principio di proporzionalità tra infrazioni e sanzioni; c) grado di capacità di tipizzazione delle infrazioni disciplinari; d) grado di capacità di adattamento ai mutamenti legislativi. – 3. La rilevanza delle previsioni dei contratti collettivi nella riforma Fornero e nel *Jobs Act*. – 4. Le implicazioni dei risultati della ricerca sull'interpretazione delle riforme.

### *1. Oggetto e scopo della ricerca*

La presente ricerca si propone di analizzare la regolamentazione della materia disciplinare da parte dei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi, pur nella consapevolezza dell'attuale ed anzi crescente difficoltà di incentrare una disamina su tale criterio di misurazione dell'azione negoziale collettiva.

In particolare, lo studio si colloca nella tematica sottesa alle più recenti evoluzioni giurisprudenziali relative al rapporto tra la regolazione collettiva delle sanzioni e la tutela legale contro i licenziamenti illegittimi, con l'obiettivo di valutare in che modo tali interpretazioni trovino un riscontro, o almeno possano essere coordinate, con quanto emerge sul piano dell'effettività dalla gestione sindacale della materia.

L'indagine si è concentrata, pertanto, sulla capacità delle parti sociali di intercettare le specificità proprie di ogni categoria e tipizzare le condotte illecite addebitabili al lavoratore, soprattutto rispetto all'adozione di sanzioni disciplinari di carattere conservativo.

Il metodo di indagine è quindi empirico-induttivo, ed è stato supportato da un sistema di mappatura che ha coinvolto una vasta

gamma di contratti collettivi, provenienti dai diversi settori produttivi e stipulati sia antecedentemente che successivamente alle due principali riforme in materia di tutela contro i licenziamenti illegittimi<sup>1</sup>.

## 2. I risultati della ricerca

### *a) grado di analiticità dell'intervento sindacale in materia disciplinare*

Nel corso della ricerca sono stati esaminati circa 100 contratti collettivi di rilevanza nazionale, selezionati tra quelli maggiormente rappresentativi. La maggior parte di tali contratti prevede una disciplina, più o meno dettagliata come ancora si vedrà, delle inadempienze imputabili ai lavoratori e sanzionabili con misure di tipo conservativo od espulsivo.

È emerso, tuttavia, che 23 di essi (dunque circa un quarto) non introducono ulteriori disposizioni in materia di provvedimenti di carattere conservativo, né sotto forma di tipizzazioni né mediante clausole generali ed elastiche, limitandosi a richiamare i presupposti sostanziali e/o le modalità procedurali con cui lo Statuto dei lavoratori regola l'esercizio del potere disciplinare<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> I contratti collettivi in esame sono stati reperiti sul sito istituzionale del CNEL ([www.cnel.it](http://www.cnel.it)). I settori produttivi coinvolti nella ricerca sono: agricoltura, alimentari-agroindustriale, aziende di servizi, chimici, credito-assicurazioni, commercio, edilizia, enti e istituzioni private, meccanici, poligrafici e spettacolo, tessili, trasporti, oltre a quello che include i contratti collettivi privi di collocazione in altre classificazioni settoriali.

<sup>2</sup> Tra questi vi rientrano: Ccnl Dipendenti Consorzi Agrari (2009); Ccnl Quadri e Impiegati agricoli (2017); Ccnl Addetti imbarcati su natanti esercenti la pesca marittima (2019); Ccnl Dipendenti delle imprese artigiane esercenti servizi di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione (2014); Ccnl Servizi ambientali (2018); Ccnl Rapporti tra imprese di assicurazione e personale dipendente non dirigente (2007); Ccnl Impiegati amministrativi agenzie generali di Generali Italia S.p.a. (2018); Ccnl Dipendenti delle agenzie di assicurazione in gestione libera (2017); Ccnl Dipendenti delle società di assicurazione assistenza e le aziende di servizi intrinseca-

In circa la metà di tali contratti esistono, però, riferimenti specifici all'istituto della recidiva, anche ai fini della determinazione della sanzione conservativa irrogabile<sup>3</sup>. Sono inoltre quasi sempre previste specifiche disposizioni procedurali relative alle tempistiche dell'esercizio del diritto di difesa ed all'irrogazione della sanzione.

mente ordinate e funzionali alle stesse (2012); Ccnl Quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali (2019); Ccnl Quadri direttivi e per il personale delle aree professionali (dalla 1<sup>a</sup> alla 3<sup>a</sup>) dipendente dalle aziende concessionarie del servizio di riscossione dei tributi (2005); Ccnl Personale amministrativo e produttivo delle agenzie di assicurazione in gestione libera aderenti all'associazione nazionale agenzie societarie Unipol e alla lega nazionale cooperative e mutue (1999); Ccnl Personale artistico scritturato a tempo determinato dai pubblici esercizi con attività di intrattenimento e spettacolo (2005); Ccnl Personale artistico e tecnico scritturato dai teatri stabiliti e dalle compagnie professionali di prosa (2008); Ccnl Settore doppiaggio (2008); Ccnl Dipendenti delle Fondazioni Lirico Sinfoniche (2014); Ccnl Personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori (2019); Ccnl Personale dipendente da imprese esercenti attività di pompe e trasporto funebre (2006); Ccnl Lavoratori delle cooperative esercenti attività nel settore Taxi radio e settori strumentali e collaterali al trasporto pubblico locale non di linea (2016); Ccnl Dipendenti da imprese esercenti il noleggio autobus con conducente e le relative attività correlate (2018); Ccnl Dipendenti delle aziende operanti nel settore della comunicazione e dei servizi innovativi per le imprese (2021); Ccnl Agenzie di Somministrazione di lavoro (2019); Ccnl Rider (2020); Ccnl Personale Civile non Statunitense delle Forze Armate U.S.A. in Italia (2013).

<sup>3</sup> Ccnl Dipendenti delle imprese artigiane esercenti servizi di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione (2014); Ccnl Servizi ambientali (2018); Ccnl Dipendenti delle agenzie di assicurazione in gestione libera (2017); Ccnl Dipendenti delle società di assicurazione assistenza e le aziende di servizi intrinsecamente ordinate e funzionali alle stesse (2012); Ccnl Personale amministrativo e produttivo delle agenzie di assicurazione in gestione libera aderenti all'associazione nazionale agenzie societarie Unipol e alla lega nazionale cooperative e mutue (1999); Ccnl personale dipendente da imprese esercenti attività di pompe e trasporto funebre (2006); Ccnl Lavoratori delle cooperative esercenti attività nel settore Taxi radio e settori strumentali e collaterali al trasporto pubblico locale non di linea (2016); Ccnl Dipendenti da imprese esercenti il noleggio autobus con conducente e le relative attività correlate (2018); Ccnl Dipendenti delle aziende operanti nel settore della comunicazione e dei servizi innovativi per le imprese (2021).

Al contrario, in materia di provvedimenti espulsivi (licenziamento per giusta causa e/o per giustificato motivo soggettivo), alcuni di quei contratti risultano maggiormente dettagliati.

Infatti, 8 tra i 23 contratti in esame, pur non contenendo alcuna regolamentazione delle sanzioni conservative, introducono precise ipotesi di tipizzazione delle condotte punibili col licenziamento disciplinare<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Si fa riferimento a: Ccnl Dipendenti delle imprese artigiane esercenti servizi di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione (2014) che prevede per il solo licenziamento con preavviso l'ipotesi tipizzata delle «gravi inosservanze delle disposizioni antinfortunistiche, ovvero il caso in cui il dipendente sia incorso per almeno 3 volte nel corso di 2 anni per la stessa mancanza o per mancanze analoghe in sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per un totale di 10 giorni o, nello stesso periodo di tempo, abbia subito almeno 4 sospensioni per 18 giorni complessivamente»; Ccnl Servizi ambientali (2018) che prevede che «il provvedimento del licenziamento senza preavviso si applica nei confronti del personale colpevole di mancanze relative a doveri, anche non espressamente richiamati nel presente contratto, le quali siano di tale entità da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto di lavoro, come ad esempio: insubordinazione seguita da vie di fatto; furto e/o appropriazione nel luogo di lavoro di beni aziendali o di terzi; condanne per reati riferiti a comportamenti contrari all'etica e al vivere comune, quali i reati associativi, i delitti aggravati dalla finalità mafiosa o terroristica ed i reati per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore a 5 anni; danneggiamento volontario di beni aziendali o di terzi»; Ccnl Personale artistico scritturato a tempo determinato dai pubblici esercizi con attività di intrattenimento e spettacolo (2005) che richiama per la risoluzione anticipata della scrittura «l'inosservanza del lavoratore dei doveri richiamati (e non) nel contratto collettivo»; Ccnl personale artistico e tecnico scritturato dai teatri stabiliti e dalle compagnie professionali di prosa (2008) che prevede la risoluzione di diritto della scrittura «quando, senza giustificato motivo, lo scritturato ritardi, in sera di recite, il suo arrivo in teatro fino a rendere necessaria la sospensione dello spettacolo»; «quando commetta mancanze, previste dal regolamento di palcoscenico, tali da arrecare danno grave all'impresa o alla agibilità della compagnia»; «quando lo scritturato si dichiari ammalato e la malattia risulti inesistente a seguito del controllo dell'assenza effettuato dall'impresa ai sensi dell'art. 5 della l. 300/70»; «quando in genere commetta mancanze tali da non consentire, neanche provvisoriamente, la prosecuzione della scrittura»; Ccnl Personale dipendente da imprese esercenti attività di pompe e trasporto funebre (2006) che dispone che il licenziamento senza preavviso possa essere adottato nei confronti del lavoratore «colpevole di mancanze relative a doveri anche non particolarmente richiamati nel presente contratto le quali siano così gravi da non

*b) grado di analiticità del principio di proporzionalità tra infrazioni e sanzioni*

Fatte salve le eccezioni sopra menzionate, in cui l'autonomia collettiva si limita a riproporre, in linea di massima, quanto già stabilito dalla normativa legale, gli altri contratti collettivi, pari a circa il 75% di quelli esaminati, presentano un apposito apparato regolativo anche per le sanzioni conservative.

Queste ultime, pur potendo variare nella terminologia utilizzata (come «ammonizione» o «biasimo» invece di «richiamo», oppure «riduzione della retribuzione» invece di «multa»), si riferiscono sempre alle stesse tipologie di sanzioni, replicando quelle previste o ricavabili, anche in forza della giurisprudenza costituzionale, dall'art. 7, Stat. lav. (richiamo verbale, richiamo scritto, multa, sospensione dal lavoro e dalla retribuzione).

Solo tre dei contratti collettivi esaminati prevedono una modulazione della misura della sospensione disciplinare, delimitandola, pur all'interno di questa massima sanzione conservativa e rispetto al potere datoriale, in ragione della differente gravità della condotta contestata<sup>5</sup>. Un solo contratto collettivo prevede (ancora) tra le tipologie di sanzioni disciplinari irrogabili anche quella del «trasferimento»<sup>6</sup>.

Una significativa parte dei contratti collettivi (circa il 20-30%) non fissa in modo preciso la corrispondenza tra ogni infrazione e la relativa

consentire la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro»; Ccnl Dipendenti delle aziende operanti nel settore della comunicazione e dei servizi innovativi per le imprese (2021) che dispone che il licenziamento senza preavviso può essere adottato nei confronti del lavoratore «colpevole di mancanze relative a doveri anche non particolarmente richiamati nel presente contratto le quali siano così gravi da non consentire la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro»; Ccnl Rider (2020) prevede l'irrogazione della sanzione del licenziamento per giusta causa nel caso di «una violazione per colpa grave o dolo, oggettivamente riscontrabile, delle pattuizioni contrattuali di cui al contratto di lavoro autonomo».

<sup>5</sup> Ccnl Dipendenti dei consorzi di bonifica e miglioramento fondiario (2016); Ccnl Pubblicità (2005); Ccnl Dipendenti e soci lavoratori delle associazioni (2012).

<sup>6</sup> Ccnl Lavoratori addetti al servizio elettrico (2022).

sanzione conservativa<sup>7</sup>. Questi contratti si limitano, infatti, a predisporre un elenco generale di sanzioni conservative e un elenco separato di condotte a cui quelle sanzioni potrebbero essere applicate, rimettendone la individuazione all'esercizio in concreto del potere datoriale.

In tutti questi casi, spesso attraverso formule elastiche («nei casi più gravi», «nei casi di ulteriore mancanza già punita», «per mancanze che rivestano carattere di maggiore gravità»), è generalmente richiamato il principio di gradualità e proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta contestata, in conformità a quanto stabilito dall'art. 2106 c.c. Inoltre, la recidiva è sempre considerata quale crite-

<sup>7</sup> Tra questi vi rientrano: Ccnl Dipendenti di cooperative e consorzi agricoli (2022); Ccnl Lavoratori dipendenti delle imprese che esercitano attività agromeccaniche (2021); Ccnl Lavoratori Industria Alimentare (2020); Ccnl Personale dipendente dalle aziende di pianificazione artigianali e industriali (2019); Ccnl Personale dipendente da residenze sanitarie assistenziali e centri di riabilitazione (2012); Ccnl Aziende industriali che producono e trasformano articoli di vetro, comprese le Aziende che producono lampade e display, e per i lavoratori da esse dipendenti (2020); Ccnl Lavoratori e lavoratrici dipendenti dalle strutture associative aderenti alla rete Anfass Onlus (2014); Ccnl Dipendenti delle imprese di acconciatura, estetica, tricologia non curativa, tatuaggio, piercing e centri benessere (2011); Ccnl Dipendenti da aziende dei settori di pubblici esercizi, ristorazione collettiva e commerciale e turismo (2018); Ccnl Area Legno Lapidei (2004); Ccnl Aziende esercenti l'industria della carta e del cartone, della cellulosa, della pasta legno, fibra vulcanizzata e presfibra e per le aziende cartotecniche e trasformatrici della carta e del cartone (2016); Ccnl Lavoratori della piccola e media industria del legno, del sughero, del mobile, dell'arredamento e per le industrie boschive e forestali (2017); Ccnl Legno – Mobili – Arredamento – Sughero – Forestale (2004); Ccnl Addetti all'industria delle piastrelle di ceramica, dei materiali refrattari, ceramica sanitaria, di porcellana e ceramica per uso domestico e ornamentale, di ceramica tecnica, di tubi in gres (2014); Ccnl Astral S.p.a. funzione pubblica (2019); Ccnl Formez PA (2022); Ccnl Dipendenti delle aziende grafiche ed affini e delle aziende editoriali anche multimediali (2008); Ccnl Dipendenti del Fotolaboratori conto terzi (2013); Ccnl Personale non dirigente della SIAE (2012); Ccnl Addetti alle aziende conciarie (2019); Ccnl Lavoratori dipendenti dalle aziende che producono addobbi e ornamenti natalizi, giocattoli, giochi modellismo, articoli di puericoltura (2010); Ccnl Area Comunicazione (2018); Ccnl Ormeggiatori e barcaioi dei porti italiani (2016); Ccnl Lavoratori dei poti (2016); Ccnl Trasporto aereo – Parte specifica catering aereo (2022); Ccnl Trasporto Aereo – Sezione Handlers (2015); Ccnl Area Tessile – Moda – Chimica – Ceramica (2017).

rio rilevante ai fini della determinazione del provvedimento da adottare.

È interessante osservare che, tra tutti i contratti collettivi esaminati, soltanto uno prevede l'irrogazione tanto di sanzioni conservative quanto di sanzioni espulsive rispetto a un medesimo elenco di infrazioni. E non pare casuale che si tratti del Ccnl Agenzia Somministrazione e Lavoro (15 ottobre 2019), la cui disciplina si riferisce ai soli «lavoratori in disponibilità» e non anche a quelli «in somministrazione»<sup>8</sup>.

Occorre infine rilevare che, in molti casi, l'elenco delle condotte illecite si riferisce unicamente alle due sanzioni conservative più gravi, ovvero la multa e la sospensione<sup>9</sup>. Tutte le condotte che potrebbero

<sup>8</sup> L'art. 34 Ccnl cit. tipizza così i provvedimenti disciplinari applicabili ai lavoratori in disponibilità: a) rifiuto non giustificato alla convocazione in filiale ovvero del colloquio di lavoro presso la filiale o l'utilizzatore, anche per irreperibilità, che risulti da comunicazioni tracciabili con gli strumenti che il lavoratore ha comunicato all'atto di assunzione: passibile di ammonizione scritta, sospensione della indennità fino a un massimo di 3 giorni nel caso di seconda comunicazione e risoluzione del rapporto in caso di ulteriore reiterazione del rifiuto non giustificato o irreperibilità; b) rifiuto non giustificato del percorso formativo anche per irreperibilità: passibile di sospensione della indennità fino a un massimo di 3 giorni nel caso di prima comunicazione e risoluzione del rapporto in caso di reiterazione del rifiuto non giustificato o irreperibilità; c) rifiuto non giustificato della proposta lavorativa congrua ai sensi del presente Ccnl anche per irreperibilità: risoluzione del rapporto in caso di reiterazione del rifiuto non giustificato o irreperibilità.

<sup>9</sup> Ccnl Dipendenti delle aziende di lavorazione della foglia di tabacco secco allo stato sciolto (2017); Ccnl Imprese esercenti servizi postali in appalto (2012); Ccnl Lavoratori addetti al servizio elettrico (2022); Ccnl Attività minerarie (2004); Ccnl Dipendenti farmacia privata (2009); Ccnl Dipendenti dagli Esercizi cinematografici e cinema-teatrali (2016); Ccnl Dipendenti del Fotolaboratori contro terzi (2013); Ccnl Lavoratori dipendenti dalle aziende che producono addobbi e ornamenti natalizi, giocattoli, giochi modellismo, articoli di puericultura (2010); Ccnl Area Comunicazione (2018); Ccnl Trasporto aereo – parte specifica catering aereo (2022); Ccnl Trasporto Aereo – Sezione Handlers (2015); Ccnl addetti delle piccole e medie industrie edili e affini (2008); Ccnl Lavoratori dipendenti da aziende esercenti l'attività di escavazione e lavorazione dei materiali lapidei, ghiaia, sabbia, inerti (2013); Ccnl Aziende esercenti l'industria della carta e del cartone, della cellulosa, della pasta legno, fibra vulcanizzata e presfibra e per le aziende cartotecniche e trasformatrici della carta e del cartone (2016); Ccnl Lavoratori della piccola e media industria del legno, del sughero, del mo-

giustificare l'irrogazione di sanzioni conservative meno gravi, come il richiamo verbale, il richiamo scritto e la stessa multa, non sono oggetto di analitica disciplina. Nel settore dell'edilizia tale prassi è prevalente, coinvolgendo la quasi totalità dei contratti collettivi di settore esaminati.

Sempre in questa prospettiva, è infine opportuno evidenziare come specifici contratti collettivi rinviano, per la definizione delle infrazioni disciplinari, alla contrattazione territoriale. Un esempio significativo è il Ccnl Operai Agricoli e Florovivaisti, che si limita a individuare le infrazioni sanzionabili con la multa («assenza ingiustificata, ritardo, sospensione o abbandono del posto di lavoro») mentre per ogni altra ipotesi, e la relativa misura delle sanzioni, rimanda ai contratti provinciali di lavoro.

*c) grado di capacità di tipizzazione delle infrazioni disciplinari*

Circa il 70% dei contratti collettivi, tra quelli muniti di apposita disciplina, include invece, per ciascuna sanzione disciplinare, un elenco di condotte ad essa riconducibili.

Tuttavia, l'analisi ha evidenziato che spesso tali classificazioni risultano alquanto approssimative. Le infrazioni attribuibili, infatti, tendono ad essere descritte o mediante «clausole di chiusura», inserite dopo la esemplificazione di alcune fattispecie specifiche e costitutive di un giudizio di equivalenza («nel caso in cui si commettano infrazioni di analoga gravità...»); oppure attraverso clausole generali ed elastiche, che fanno prevalentemente riferimento a concetti come la «insubordinazione» o la «negligenza» del lavoratore, quindi potenzialmente inclusive di qualsiasi violazione dell'obbligo di diligenza e del dovere di obbedienza.

Inoltre, tali ultime clausole vengono frequentemente impiegate per giustificare l'applicazione sia di sanzioni conservative che di sanzioni espulsive, differenziate unicamente attraverso aggettivi che ne modulano la gravità. Ad esempio, il licenziamento per giusta causa è sovente

bile, dell'arredamento e per le industrie boschive e forestali (2017); Ccnl legno – mobili – arredamento – sughero – forestale (2004).

motivato da una «grave insubordinazione nei confronti dei superiori o del datore di lavoro» o da una «grave negligenza», mentre le infrazioni sanzionabili con misure conservative sono descritte in termini di «lieve insubordinazione» o «mancanza».

Fatto salvo l'intenso utilizzo delle clausole generali ed elastiche, le condotte davvero specifiche e nominate, quando suscettibili di sanzioni conservative, sono uniformi e riprodotte acriticamente nei contratti collettivi dei diversi settori produttivi, senza esprimere o tenere conto delle peculiarità e specificità che caratterizzano ciascuno di essi<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> La quasi totalità dei contratti collettivi esaminati standardizza queste tipologie di infrazioni, associandole sistematicamente alle stesse sanzioni conservative: assenza senza giustificazione; abbandono del posto di lavoro; ritardo nell'inizio del lavoro; sospensione del lavoro; anticipo della cessazione del lavoro; mancato rispetto delle istruzioni ricevute; esecuzione negligente del lavoro affidato; esecuzione con voluta lentezza del lavoro affidato; lieve insubordinazione; insubordinazione; negligenza; stato di addormentamento; stato di ubriachezza; istituzione di diverbio litigioso, ma non di rissa; trasgressione delle disposizioni del Ccnl o del regolamento interno dell'azienda; commissione di qualunque atto che porti pregiudizio alla morale, all'igiene, alla disciplina, sempreché gli atti relativi non debbano essere puniti con punizione più grave in relazione all'entità o alla gravità o alla abituale recidività dell'infrazione; ripetute violazioni delle disposizioni relative all'uso dei mezzi di protezione antinfortunistica; provocazione, per disattenzione, di danni alle macchine, anche lievi, agli impianti o ai materiali di lavorazione; violazione del divieto di fumare; introduzione di bevande alcoliche in azienda; omissione di avvertimento tempestivo del superiore diretto di eventuali guasti al macchinario in genere o della evidente irregolarità dell'andamento del macchinario stesso. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: Ccnl Dipendenti di cooperative e consorzi agricoli (2022); Ccnl Lavoratori dipendenti delle imprese che esercitano attività agro-meccaniche (2021); Ccnl Lavoratori dell'industria alimentare (2020); Ccnl Personale dipendente dalle aziende di pianificazione artigianali e industriali (2019); Ccnl Imprese esercenti servizi postali in appalto (2012); Ccnl Imprese esercenti servizi postali in appalto (2011); Ccnl Lavoratori addetti al servizio elettrico (2022); Ccnl lavoratori dipendenti dalle aziende termali (2004); Ccnl Personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi (2011); Ccnl Personale non dirigente di Poste Italiane (2017); Ccnl Personale dipendente da residenze sanitarie assistenziali e centri di riabilitazione (2012); Ccnl Personale dipendente da imprese esercenti servizi di telecomunicazione (2013); Ccnl Industria chimica (2006); Ccnl Energia e Petrolio (2021); Ccnl Aziende industriali che producono e trasformano articoli di vetro, comprese le Aziende che producono lampade e display, e per i lavoratori da esse dipendenti (2020); Ccnl piccola e media industria chimica, materie plastiche e gomma, abrasivi, ceramica, vetro e prodotti affini (2009); Ccnl attività minerarie (2004); Ccnl Dipendenti dalle imprese ed enti di gestione di

Va dunque evidenziato che i contratti collettivi che prevedono, oltre a clausole elastiche o standardizzate per infrazioni comuni, anche

impianti sportivi (2009); Ccnl Dipendenti delle imprese di acconciatura, estetica, tricologia non curativa, tatuaggio, piercing e centri benessere (2011); Ccnl Acqua e Gas (2017); Ccnl Dipendenti da agenti immobiliari professionali e mandatari a titolo oneroso (2021); Ccnl Lavoratori dipendenti dalle industrie di lavanderia e di sterilizzazione tessile e strumentario chirurgico (2007); Ccnl Dipendenti da aziende dei settori di pubblici esercizi, ristorazione collettiva e commerciale e turismo (2018); Ccnl Area legno lapidei (2004); Ccnl Addetti delle piccole e medie industrie edili e affini (2008); Ccnl Lavoratori dipendenti da aziende esercenti l'attività di escavazione e lavorazione dei materiali lapidei, ghiaia, sabbia, inerti (2013); Ccnl Aziende esercenti l'industria della carta e del cartone, della cellulosa, della pasta legno, fibra vulcanizzata e presfibra e per le aziende cartotecniche e trasformatrici della carta e del cartone (2016); Ccnl Lavoratori della piccola e media industria del legno, del sughero, del mobile, dell'arredamento e per le industrie boschive e forestali (2017); Ccnl Legno – Mobili – Arredamento – Sughero – Forestale (2004); Ccnl Addetti all'industria delle piastrelle di ceramica, dei materiali refrattari, ceramica sanitaria, di porcellana e ceramica per uso domestico e ornamentale, di ceramica tecnica, di tubi in gres (2014); Ccnl Lavoratori e lavoratrici dipendenti dalle strutture associative aderenti alla rete Anfass Onlus (2019); Ccnl Lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti (2008); Ccnl Addetti del settore orafo, argentiero e della gioielleria (2017); Ccnl Addetti alle aziende cooperative metalmeccaniche (2008); Ccnl Addetti alle troupes (tecnici e maestranze) per la produzione di filmati dipendenti da case di produzione cine-audiovisive (1999); Ccnl Dipendenti degli Esercizi cinematografici e cinema-teatrali (2016); Ccnl Impiegati e tecnici dipendenti dai Teatri (2018); Ccnl Generici dipendenti operanti sul set di ripresa teleaudiovisiva (2022); Ccnl Dipendenti dei Fotolaboratori contro terzi (2013); Ccnl Dipendenti delle aziende grafiche ed affini e delle aziende editoriali anche multimediali (2008); Ccnl Dipendenti di imprese radiotelevisive, multimediali e multiplatforma (2017); Ccnl Dipendenti dei Fotolaboratori conto terzi (2013); Ccnl Addetti alle aziende conciarie (2019); Ccnl Aziende che producono, in prevalenza, occhiali od articoli inerenti all'occhialeria (montature, lenti di qualsiasi materiale, astucci, galvanica, minuterie, ecc.) e per i lavoratori di esse dipendenti (2021); Ccnl Lavoratori dipendenti dalle aziende che producono addobbi e ornamenti natalizi, giocattoli, giochi modellismo, articoli di puericoltura (2010); Ccnl Lavoratori addetti all'industria delle calzature (2013); Ccnl Area Comunicazione (2018); Ccnl Addetti alle piccole e medie industrie del settore tessile-abbigliamento-moda, calzature pelli e cuoio, penne spazzole e pennelli, occhiali, giocattoli (2013); Ccnl Trasporto aereo – servizi ATM diretti e complementari (2014); Ccnl Lavoratori dei porti (2016); Ccnl Ormeggiatori e barcaioli dei porti italiani (2016); Ccnl Pubblicità (2005); Ccnl Istituto centrale per il Sostentamento del Clero (2022); Ccnl Area Tessile – Moda – Chimica – Ceramica (2017).

una qualche tipizzazione “specialistica”, cioè propria di uno specifico settore, sono assai pochi (circa il 10% di tutti i contratti analizzati)<sup>11</sup>.

Al contrario, è decisivo constatare che tutti i contratti collettivi esaminati offrono una classificazione molto più dettagliata delle condotte che possono giustificare il licenziamento disciplinare<sup>12</sup>. Come anticipato, anche quei contratti che non producono regole per l'applicazione delle sanzioni conservative, sviluppano invece un elenco preciso di tipizzazioni che possono giustificare l'irrogazione delle sanzioni espulsive<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Tra questi è possibile citare, con inevitabile differente grado di specificazione: Ccnl Lavoratori dipendenti delle imprese che esercitano attività agro-meccaniche (2021) per lo «occultamento di materiale o di scarti di lavorazione»; Ccnl Lavoratori industria-alimentare (2020) e Ccnl Personale dipendente dalle aziende di pianificazione artigianali e industriali (2019) per lo «occultamento di materiale o di scarti di lavorazione, il consumo abusivo di generi alimentari prodotti o di pertinenza dell'azienda»; Ccnl imprese esercenti servizi postali in appalto (2012) e Ccnl Imprese private operanti nel settore della distribuzione, del recapito e dei servizi postali (2011) per «guasto per incuria del materiale e tutto ciò che viene trasportato o consegnato»; Ccnl Industria chimica (2006) per «utilizzo improprio degli strumenti di lavoro aziendali (accesso a reti e sistemi di comunicazione, strumenti di duplicazione); non disponibilità a frequentare attività formativa in materia di sicurezza»; Ccnl Dipendenti dai consorzi di bonifica e di miglioramento fondiario (2016) per «inosservanza del segreto d'ufficio che non abbia prodotto conseguenze dannose al Consorzio»; Ccnl Lavoratori e lavoratrici dipendenti dalle strutture associative aderenti alla rete Anfass Onlus (2019) per «violazione del segreto professionale e di ufficio; compimento di atti che possano arrecare pregiudizio all'economia, ordine e immagine della struttura associativa anche in forma allusiva e mediante social»; Ccnl Trasporto Aereo – Sezione Handlers (2015) per «promozione o effettuazione nelle sedi di lavoro di collette, vendita di biglietti o oggetti, esazioni di rate, senza autorizzazione della direzione».

<sup>12</sup> Infatti, solo 3 dei contratti collettivi esaminati – Ccnl Guardie ai fuochi (2020); Ccnl Dipendenti degli Esercizi cinematografici e cinema-teatrali (2016) e Ccnl Ormeggiatori e barcaioli dei porti italiani (2016) – non tipizzano le condotte riconducibili alla sanzione del licenziamento. Il Ccnl Rapporti tra imprese di assicurazione e personale dipendente non dirigente (2007) fa invece generico rinvio all'art. 2119 c.c.

<sup>13</sup> Ccnl Dipendenti consorzi agrari (2009); Ccnl Quadri e impiegati agricoli (2017); Ccnl Addetti imbarcati su natanti esercenti la pesca marittima (2019); Ccnl Dipendenti Farmacia Privata (2009); Ccnl Dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi (2019).

Peraltro, diversamente da quanto avviene per le sanzioni conservative, nell'ambito della disciplina dei licenziamenti si constata un adattamento più significativo delle tipizzazioni alle particolarità del settore di riferimento<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Ad esempio, il Ccnl per Quadri e Impiegati Agricoli (2017) pur non prevedendo alcuna tipizzazione ai fini dell'irrogazione di sanzioni conservative, individua come comportamenti gravi, tali da giustificare il licenziamento per giusta causa, il «danneggiamento di beni o colture dell'azienda dovuto a o colpa grave» e la «esecuzione, senza autorizzazione, di lavori per conto proprio o di terzi all'interno dolo dell'azienda utilizzando materiali aziendali». Lo stesso vale per il Ccnl Dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi (2019) in cui, anche se difettano tipizzazioni per le sanzioni conservative, sono individuate come condotte suscettibili di licenziamento disciplinare «l'abuso di ufficio, la concorrenza, la violazione del segreto di ufficio». Ancora, circa 29 tra i contratti collettivi raccolti prevedono per l'irrogazione del licenziamento disciplinare comportamenti quali il «trafugamento di schede di disegni di macchine, di utensili o comunque di materiale illustrativo di brevetti o di procedimenti di lavorazione...»; la «costruzione, entro le officine dell'impresa, di oggetti per uso proprio o per conto di terzi, con danno dell'impresa stessa...»; la «violazione della segretezza sugli interessi e sulla attività della azienda»; la «creazione di profitto da quanto è nella conoscenza del lavoratore»; l'«abuso della propria posizione aziendale, ovvero per attività contraria agli interessi aziendali» (Ccnl per Industria chimica (2006); Ccnl Energia e Petrolio (2021); Ccnl Dipendenti di cooperative e consorzi agricoli (2022); Ccnl lavoratori industria alimentare (2011); Ccnl Personale dipendente dalle aziende di pianificazione artigianali e industriali (2019); Ccnl Lavoratori addetti al servizio elettrico (2022); Ccnl Lavoratori dipendenti dalle aziende termali (2004); Ccnl Personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi (2011); Ccnl Piccola e media industria chimica, materie plastiche e gomma, abrasivi, ceramica, vetro e prodotti affini (2009); Ccnl Attività minerarie (2004); Ccnl Dipendenti delle imprese di acconciatura, estetica, tricologia non curativa, tatuaggio, piercing e centri benessere (2011); Ccnl Lavoratori dipendenti dalle industrie di lavanderia e di sterilizzazione tessile e strumentario chirurgico (2007); Ccnl Area legno lapidei (2004); Ccnl Lavoratori dipendenti da aziende esercenti l'attività di escavazione e lavorazione dei materiali lapidei, ghiaia, sabbia, inerti (2013); Ccnl Aziende esercenti l'industria della carta e del cartone, della cellulosa, della pasta legno, fibra vulcanizzata e presfibra e per le aziende cartotecniche e trasformatrici della carta e del cartone (2016); Ccnl Lavoratori della piccola e media industria del legno, del sughero, del mobile, dell'arredamento e per le industrie sughero e forestali (2017); Ccnl Legno – Mobili – Arredamento – Sughero – Forestale (2004); Ccnl Addetti all'industria delle piastrelle di ceramica, dei materiali refrattari, ceramica sanitaria, di porcellana e ceramica per uso domestico e ornamentale, di ceramica tecnica, di tubi in

*d) grado di capacità di adattamento ai mutamenti legislativi*

La ricerca ha avuto ad oggetto anche il confronto – effettuato attraverso un metodo “a campione” – tra i contratti collettivi stipulati prima e dopo le fondamentali riforme del 2012 e del 2015, con l’obiettivo di valutare l’effettiva capacità delle parti sociali di adattarsi alle evoluzioni del contesto legislativo in cui operano.

I risultati, tuttavia, mostrano che la contrattazione collettiva non ha introdotto significativi mutamenti. Pure in tale prospettiva temporale,

gres (2014); Ccnl Lavoratori addetti all’industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti (2008); Ccnl Addetti del settore orafo, argentiero e della gioielleria (2017); Ccnl Addetti alle aziende cooperative metalmeccaniche (2008); Ccnl Addetti alle troupes (tecnici e maestranze) per la produzione di filmati dipendenti da case di produzione cine audiovisive (1999); Ccnl Dipendenti del Fotolaboratori conto terzi (2013); Ccnl Addetti alle aziende conciarie (2019); Ccnl Aziende che producono, in prevalenza, occhiali od articoli inerenti all’occhialeria (montature, lenti di qualsiasi materiale, astucci, galvanica, minuterie, ecc.) e per i lavoratori da esse dipendenti (2021); Ccnl Lavoratori dipendenti dalle aziende che producono addobbi e ornamenti natalizi, giocattoli, giochi modellismo, articoli di puericoltura (2010); Ccnl Lavoratori addetti all’industria delle calzature (2013); Ccnl Area Comunicazione (2018); Ccnl Addetti alle piccole e medie industrie del settore tessile-abbigliamento-moda, calzature pelli e cuoio, penne spazzole e pennelli, occhiali, giocattoli (2013); Ccnl Lavoratori dei porti (2016)). Il Ccnl del personale delle carriere operative, dei servizi generali e di sicurezza della Banca d’Italia (1996) risulta essere invece, probabilmente anche in ragione del suo valore ‘istituzionale’, quello maggiormente specifico. Infatti l’irrogazione del licenziamento è prevista per la «mancata ottemperanza, entro il termine di 15 giorni, alla diffida dell’Amministrazione a far cessare le situazioni di incompatibilità disciplinate dallo Statuto e cioè accettare cariche o incarichi di carattere continuativo - fatti salvi quelli per i quali si prescinde per legge dall’assenso del datore di lavoro - e di iniziare attività inerenti ad occupazioni diverse da quelle previste dallo Statuto, sia pure a titolo gratuito, senza darne preventiva segnalazione all’Amministrazione», oppure «per gravi casi di distrazione o di arbitrario uso, a fini di lucro o di vantaggio proprio o altrui, di somme, valori o cose di proprietà della Banca o da questa detenuti o ad essa destinati, ovvero per connivente tolleranza di tali abusi commessi dai dipendenti» o ancora «per richiesta o accettazione di compensi o benefici in relazione a lavori eseguiti o da eseguire o ad affari trattati per ragioni di ufficio, o nei quali il dipendente abbia potuto intromettersi valendosi della propria condizione, ovvero della Banca o da questa detenuti o ad essa destinati, ovvero per connivente tolleranza di tali abusi commessi da dipendenti».

le disposizioni relative ai provvedimenti disciplinari vengono spesso riprodotte senza una reale revisione critica, ed anzi seguendo un approccio di “copia e incolla” ad ogni rinnovo contrattuale.

Anche in questo caso, fa eccezione una maggiore attenzione alla definizione delle infrazioni giustificative di sanzioni espulsive, peraltro riscontrabile in pochissimi contratti<sup>15</sup>.

### *3. La rilevanza delle previsioni dei contratti collettivi nella riforma Fornero e nel Jobs Act*

È noto che il rinvio legale alle previsioni dei contratti collettivi, ai sensi dell'art. 18, co. 4, Stat. lav., ha prodotto interpretazioni divergenti, che hanno oscillato tra soluzioni restrittive, cioè ammissive di un'applicazione integrativa o al limite analogica delle clausole contrattuali, e soluzioni estensive, incentrate soprattutto sull'esigenza di garantire il rispetto del principio di proporzionalità. Il risultato è ovviamente quello di ridurre o ampliare il campo di operatività della tutela reintegratoria.

In particolare, la Corte di cassazione ha cercato di dirimere i dilemmi collegati alla classificazione collettiva delle infrazioni soggette a sanzioni conservative, emettendo, nel corso di pochi anni, pronunce contrastanti, sebbene formalmente motivate da intenti chiarificatori.

Inizialmente, il giudice di legittimità ha avallato un'interpretazione restrittiva dell'art. 18, co. 4, sostenendo che la valutazione delle previsioni contrattuali dovesse essere condotta con rigore, non potendosi estendere la tutela reintegratoria a comportamenti non espressamente

<sup>15</sup> Uno dei rari casi riguarda il Ccnl per gli Addetti delle piccole e medie industrie edili e affini, che nei rinnovi contrattuali dal 2008 al 2021 ha definito con maggiore precisione le infrazioni che possono comportare sanzioni espulsive. Tra queste, ad esempio, sono state aggiunte condotte come il «furto, frode, danneggiamento volontario o altri reati che, per la loro natura, rendono incompatibile la prosecuzione, anche temporanea, del rapporto di lavoro», oltre alla «riproduzione o sottrazione di schizzi, disegni, macchinari, utensili o altri oggetti o documenti di proprietà dell'azienda e/o del committente».

menzionati dalle parti sociali, e quindi rifiutando letture basate su una equivalenza disciplinare<sup>16</sup>.

Successivamente, la stessa Corte ha radicalmente invertito questa prospettiva, ritenendo consentita, sempre ai fini del giudizio di grave sproporzione regolato da quella disposizione statutaria, l'interpretazione delle clausole generali ed elastiche, inclusiva di tutte le condotte di (minore o) pari gravità, seppur non espressamente nominate nei testi negoziali. Questo intervento giudiziale – sempre secondo la Corte – non trasmoderebbe comunque in un «autonomo giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato», perché quella specifica valutazione sarebbe già stata eseguita dalle parti sociali<sup>17</sup>. E questo è l'attuale diritto vivente per la legge Fornero.

I dubbi interpretativi emersi con la riforma del 2012 sembravano dissipati dal legislatore del *Jobs Act*. In tale riforma, infatti, l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria attenuata era stato ristretto ai soli casi di «insussistenza del fatto materiale contestato», escludendosi espressamente le ipotesi in cui l'illegittimità del licenziamento derivasse dalla sproporzione tra la misura espulsiva adottata dal datore di lavoro e la gravità della condotta del dipendente, pure se esistente e disciplinarmente rilevante (art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015).

Quella riforma non conteneva alcun rinvio ai contratti collettivi, sicché non sembrava riproporsi alcuna questione sul grado di specificità delle clausole disciplinari. Naturalmente, nonostante il dettato normativo («... resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»), era escluso che il *Jobs Act* impedisse al giudice la verifica della eventuale sproporzione tra la condotta contestata e la sanzione inflitta. Si osservava, infatti, che tale esito riguardava il giudizio sull'illegittimità del recesso, senza però incidere sulla tutela legale applicabile.

Anche la sentenza costituzionale n. 129/2024 ha confermato questa impostazione. Tuttavia la Corte, pur dichiarando infondata la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione, mediante un'interpretazione di rigetto ha ritenuto imprescindibile, alla luce della *ratio legis*, valoriz-

<sup>16</sup> Da Cass. 12 ottobre 2018, n. 25534.

<sup>17</sup> Da Cass. 11 aprile 2022, n. 11665.

zare il ruolo “essenziale” dell'autonomia collettiva anche in riferimento alla disciplina del *Jobs Act*.

Si è così stabilito che l'applicazione del regime indennitario, previsto dall'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015, debba intendersi riferito alle sole ipotesi in cui la contrattazione collettiva preveda clausole generali ed elastiche. Mentre quelle in cui le inadempienze del lavoratore sono specificamente nominate andrebbero ricondotte alla tutela reintegratoria attenuata del secondo comma della disposizione, potendo essere equiparate, in un'implicita logica di gravità della sproporzione, alla situazione in cui il fatto contestato non sussiste.

#### 4. *Le implicazioni dei risultati della ricerca sull'interpretazione delle riforme*

I risultati dello studio evidenziano inevitabilmente le criticità sottese tanto alla tecnica di rinvio, adottata dal legislatore o introdotta dal giudice costituzionale, quanto alla effettività riscontrabile sul piano contrattuale, in corrispondenza alle interpretazioni giurisprudenziali agganciate a quel rinvio.

Tralasciando le generali implicazioni in termini di certezza del diritto – derivanti dal primo *revirement* del giudice di legittimità e dalla diversificazione *ratione temporis*, cioè in base alla data di assunzione, (re)introdotta dal giudice delle leggi in base alla specificità delle previsioni contrattuali – va innanzitutto osservato che entrambe le soluzioni (quella estensiva attualmente vigente per la riforma Fornero secondo il diritto vivente e, rispettivamente, quella comunque restrittiva introdotta dalla sentenza n. 129/24 come diritto positivo) si scontrano con la realtà di contratti collettivi caratterizzati da clausole obsolete o comunque inidonee a integrarsi con gli aggiornamenti normativi.

È infatti più che plausibile che i contratti collettivi continuino a riflettere il previgente assetto legislativo, fondato sull'unico rimedio reintegratorio, in cui l'assenza di una valida giustificazione era di per sé sufficiente a garantire al lavoratore, inadempiente ma illegittimamente licenziato, il ripristino del rapporto.

In quella logica, è sicuro che le previsioni della contrattazione collettiva vincolassero il giudice come clausole di miglior favore, ma al di

sotto della soglia del notevole inadempimento era ininfluenza tanto il grado di gravità (cioè, di sproporzione) dell'illecito, quanto la sua riconducibilità a clausole specifiche piuttosto che elastiche. Il che contribuisce pure a spiegare la maggiore attenzione invece rivolta alle tipizzazioni contrattuali dei licenziamenti, non vincolanti ma utili, in via presuntiva, sia a identificare elementi distintivi rispetto a tipizzazioni di minore gravità, sia a demarcare il limite della sussunzione giudiziale in clausole elastiche di carattere 'conservativo'.

In entrambi i casi, però, lo scopo era di impedire (o almeno circoscrivere) la valutazione giudiziale di sproporzione rispetto al notevole inadempimento, segnando il confine tra un recesso legittimo e uno sempre soggetto alla reintegrazione. Mentre adesso quelle stesse tipizzazioni di licenziamento, anche quando incrementate o perfezionate dall'autonomia collettiva, servono soltanto (a condizione che ricorra la piena sussunzione del caso concreto, e sempre in via presuntiva) a fissare il confine tra la legittimità del recesso e l'applicazione della sanzione indennitaria.

In questa prospettiva, la scelta legislativa di rinviare ai contratti collettivi, allo scopo diverso ed essenziale di individuare il confine tra la tutela indennitaria e quella reintegratoria, presupponeva (o meglio, scommetteva su) un rapidissimo aggiornamento ad opera dell'autonomia collettiva nel diverso ambito 'conservativo', già difficilmente ipotizzabile e comunque non realizzato. Sicché, a fronte di testi negoziali immutati, appare velleitaria pure la scelta, sul piano interpretativo del rinvio legale, di attribuire agli 'originari' firmatari dei contratti collettivi la volontà di risolvere problematiche sorte solo dopo l'entrata in vigore della legge n. 92/2012.

Ed invero, una tale intenzione dovrebbe emergere chiaramente almeno dalle successive tornate contrattuali, altrimenti legittimando la critica di chi osserva come, in forza dei criteri di interpretazione del contratto, una lettura conforme a buona fede dovrebbe rispettare la reale volontà delle parti contraenti, evitando di ricavare soluzioni che non riflettono le intese raggiunte in un preciso contesto storico e perfino sociale.

In un simile scenario, entrambe le soluzioni interpretative sopra ricordate sono praticabili, perché, in realtà, non dipendono affatto dalla intenzione espressa dall'autonomia collettiva, bensì dalla complessiva

*ratio legis*. Non a caso la tesi restrittiva, incentrata sul criterio di 'prevedibilità' datoriale, risultava percorribile fintantoché, nella legge Fornero, la corrispondente fattispecie del motivo oggettivo si fondava sul potere giudiziale di reintegra, sulla manifesta insussistenza del motivo e sulla espunzione del ripescaggio da quest'ultimo giudizio.

Semmai, è opinabile che la medesima *ratio* di prevedibilità, basata sulle infrazioni «specifiche e nominate», possa essere traslata sulla riforma del 2015, come ora sostiene la sentenza n. 129/24 per cercare di garantire la coesistenza delle due discipline, ma omettendo che nel giudizio di sproporzione il diritto vivente non era andato oltre la necessaria rilevanza disciplinare del «fatto materiale contestato».

Nondimeno, anche nell'attuale assetto interpretativo 'binario' persistono gravi dubbi sulla ragionevolezza di un sistema incentrato sulla tecnica del rinvio alle previsioni dei contratti collettivi.

Il primo e più eclatante deriva dalla constatazione per cui non tutti i contratti collettivi regolano la materia disciplinare, integrando quella legale, rispetto alle sanzioni conservative.

Pertanto, in tutti questi casi, che rappresentano un quarto dei testi esaminati, non c'è alcuna possibilità di applicare la tutela reintegratoria, né secondo il regime estensivo della legge Fornero, né in base a quello restrittivo del *Jobs Act*. In tali ipotesi, l'unico modo per invocare un giudizio di sproporzione qualificato, cioè fondato sulla disciplina negoziale, si potrebbe basare (almeno per la riforma del 2012) sulla contestazione di una recidiva, secondo le regole eventualmente predisposte al riguardo.

Le conseguenze che derivano da questi rilievi appaiono del tutto irragionevoli, inducendo ad interrogarsi sulla stessa legittimità costituzionale di un sistema che dovrebbe giustificare, alla stregua dell'art. 39, co. 1, Cost., un tale *vulnus* a basilari istanze di parità di trattamento.

Una seconda questione, più tecnica ma altrettanto rilevante, emerge dalla contrattazione di quei settori produttivi in cui la tipizzazione ai fini 'conservativi' interessa soltanto alcune e più gravi infrazioni. Ne risulta minata l'interpretazione restrittiva offerta dalla Consulta per il *Jobs Act*, poiché la reintegrazione potrebbe essere accordata solo per condotte gravi ma sproporzionate al recesso, mentre per quelle di di-

svalore inferiore, non essendo tipizzate, andrebbe applicata la sola tutela indennitaria.

Il che genera intollerabili disparità di trattamento perfino all'interno della stessa impresa, con l'unico parziale rimedio di assoggettare alla reintegra – secondo la regola per cui nel più sta il meno – le infrazioni comunque riconducibili, per difetto, alle tipizzazioni di condotte più gravi ma della stessa natura, in sostanza applicando all'inverso la tecnica della c.d. recidiva propria.

La terza e generale questione concerne la tendenza della maggior parte dei contratti collettivi a standardizzare le condotte sanzionabili attraverso clausole generali ed elastiche.

Qui il problema non riguarda l'attuale interpretazione estensiva ad oggi propria della legge Fornero, anche grazie alla separazione, come visto sempre esistente, tra la catalogazione 'ad elenco' delle infrazioni rimesse all'applicazione datoriale di sanzioni conservative e le distinte previsioni invece riferite alla sanzione espulsiva. Questa separazione è certamente opportuna e poco importa che sia storicamente dipesa dalla inclusione 'postuma' dei licenziamenti per colpa tra le sanzioni disciplinari.

Lo stesso non può dirsi per la riforma del 2015, che peraltro è quella destinata a rimanere in vigore, salvo difformi esiti referendari. Se dopo oltre un decennio dal ricorso legislativo alla tecnica del rinvio risulta evidente che le organizzazioni di rappresentanza non sono in grado di specificare, cioè di prevedere *ex ante*, tutte le possibili condotte passibili di sanzioni conservative, non sembra possibile insistere sulla prevedibilità quale criterio astrattamente funzionale al riconoscimento del ruolo essenziale assolto, in materia, dalla autonomia collettiva.

Non si tratta solo di osservare che la Corte costituzionale ha finito per applicare alla disciplina dei licenziamenti del 2015 l'impostazione originariamente prospettata per la riforma del 2012, quanto di evidenziare che la sua interpretazione di rigetto ripropone, a distanza di anni e nonostante i dati empirici, una soluzione restrittiva basata, paradossalmente, su parametri imprevedibili. Si è detto, infatti, che ad oggi una minima percentuale di contratti collettivi riesce a tipizzare infrazioni 'conservative', né è possibile stabilire se ed in quali altri settori si registrerà una simile evoluzione regolativa.

Tutto ciò si riflette comunque sulla generale parità di trattamento rispetto a tutele che restano di fonte legale, in un quadro normativo diverso da quello fondato sulla secca dicotomia legittimità del licenziamento /reintegrazione. Si rischia, così, di generare alterazioni del mercato, anche per le asimmetrie che potrebbero riemergere con la disciplina del licenziamento individuale economico, contestualmente assoggettato ad analoga interpretazione restrittiva ma in forza di criteri del tutto distinti, in cui la nozione (astrattamente comune) di «fatto materiale» non include le previsioni collettive, che infatti a tale “fatto” sono equiparate solo per il recesso disciplinare.

Sullo sfondo dell'analisi – ma sempre nella prospettiva della parità di trattamento – da un lato resta l'irrisolta questione della funzione assolta dal prodotto dell'autonomia collettiva per i licenziamenti delle piccole imprese, nonostante siano spesso accomunate a quelle di medie dimensioni dalla medesima disciplina collettiva; dall'altro, si pone l'esigenza di verificare, attraverso un'indagine che richiederebbe una più complessa opera di mappatura, l'articolazione delle relazioni industriali anche al livello aziendale e perfino territoriale, qualora si ammetta che gli accordi di prossimità possono regolare la materia 'in alternativa' alla predisposizione dei codici disciplinari. L'incidenza di questi ultimi, del resto, risulta completamente omessa nel ragionamento sviluppato dalla più recente giurisprudenza del giudice costituzionale.

## I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI NELLE PICCOLE IMPRESE E LA NECESSITÀ DI UN'EFFETTIVA TUTELA

Alessandro Giuliani

SOMMARIO: 1. Genesi e sviluppo della disciplina speciale contro i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese. – 2. La tutela prevista dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 nella giurisprudenza costituzionale. – 3. Inadeguatezza del sistema di tutela obbligatoria e prospettive di estensione del rimedio restitutorio.

### *1. Logica ed evoluzione della disciplina speciale contro i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese*

Il tema del licenziamento nelle piccole imprese è un argomento per niente residuale nella complessiva logica del diritto del lavoro, se solo si considera che come è dato leggere a pag. 72 del “Rapporto sulle imprese 2021” dell'Istat da un lato le piccole imprese, intese come quelle con un numero di addetti tra i 10 e i 49 sono piuttosto numerose, sfiorando quota 200.000 unità, per un totale di 3,6 milioni di addetti, mentre dall'altro lato il 95% del totale delle imprese è costituito da una vera e propria moltitudine di microimprese, intese come quelle che hanno alle proprie dipendenze un numero di lavoratori compreso tra 3 e 9.

Se questo è il quadro per così dire empirico che emerge dall'analisi dei dati statistici, il dato normativo con il quale ci confrontiamo in materia è, come noto, quello che discende dalla disciplina dettata dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 e dall'art. 9 comma 1 d.lgs. n. 23 del 2015, sulla cui scelta poco ragionevole per non dire arbitraria, in quanto legata al mero fattore temporale di instaurazione del rapporto di lavoro, di prevedere un regime di tutele diverso per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015<sup>1</sup>, si è condivisibilmente argomentato<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Peraltro, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 44 del 2024, ha ritenuto sintonica con la legge delega n. 183 del 2014 la previsione dell'art. 1, comma 3, del d.lgs.

In realtà, in tali fonti normative la definizione di piccole imprese viene obliterata e la si ricava per esclusione, trattandosi in entrambi i casi di ambiti che vengono individuati come residuali rispetto all'impresa assoggettata al regime di cui all'art. 18 Stat. lav. e *ratione temporis* al contratto a tutele crescenti di cui al d.lgs. n. 23 del 2015.

È possibile evidenziare una prima criticità di quest'ultima normativa che, pur non introducendo un vero e proprio tipo contrattuale, ma prevedendo, sotto il profilo del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, l'introduzione di un "contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti", ne disciplina a ben vedere due, uno stabilito in via generale per il datore di lavoro imprenditore che raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, della legge n. 300 del 1970<sup>3</sup> e uno, regolato dall'art. 9 comma 1 del d.lgs. n. 23 del 2015, per l'impresa datrice di lavoro che viceversa non li superi.

In tema di definizione del campo di applicazione della tutela (*rectius* delle tutele) contro i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese, il riferimento normativo è costituito dall'art. 18, commi 8 e 9, che come noto stabilisce il limite quantitativo nella circostanza che ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento il datore di lavoro occupi più di quindici la-

n. 23 del 2015 per la quale la disciplina introdotta dal predetto decreto si applica anche ai lavoratori già in servizio al 7 marzo 2015, ma che a quella data non beneficiavano della tutela reintegratoria per via dell'assenza del requisito occupazionale previsto dall'ottavo e nono comma dell'art. 18. A tale approdo la Corte è giunta ritenendo che il legislatore delegato poteva regolare anche la posizione dei dipendenti di piccole aziende privi della tutela reintegratoria, in considerazione dello «scopo» della delega e della previsione, da parte dell'art. 1, comma 7, lett. c) della legge delega, della non regressione della tutela reintegratoria di chi, già in servizio, l'avesse alla data dell'entrata in vigore della nuova disciplina, con un'opzione interpretativa che appare in realtà confliggere con il dato normativo anzidetto. Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Il conflitto sociale tra diritti fondamentali e ri-materializzazione della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2024, 1.

<sup>2</sup> V. per tutti O. MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro. Artt. 2118-2119 e 2121*, in P. Schlesinger (fondato e già diretto da), F. D. Busnelli, G. Ponzanelli (continuato da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2023, 229.

<sup>3</sup> Sul quale v. *funditus* P. ALLEVA, *Il campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1980. Più recentemente cfr. F. DI NOIA, *Sul campo di applicazione dello Statuto: nello specchio di Dorian Grey*, in *Lav. dir.*, n. 4, 2020, 697 ss.

voratori ovvero più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, ovvero che nell'ambito dello stesso comune occupi più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva<sup>4</sup>, singolarmente considerata, non raggiunga tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupi più di sessanta dipendenti<sup>5</sup>.

Questo è oggi il perimetro della piccola impresa ai fini dell'applicazione della disciplina contro i licenziamenti illegittimi<sup>6</sup>, sebbene il limite numerico fosse originariamente diverso, dal momento che la legge n. 604 del 1966 lo individuava nei 35 dipendenti complessivi ai fini dell'applicazione della tutela obbligatoria ivi prevista e per

<sup>4</sup> Tema sul quale non mancano criticità applicative, proprio in relazione ai riflessi di tale nozione sul rapporto di lavoro. Cfr., tra gli altri, C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Padova, 1983; M.G. GAROFALO, *Sulla nozione di unità produttiva nello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 609 ss.; A. TURSI, *Unità produttiva*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XVI, Torino, 1999, 294 ss.; F.V. PONTE, *Brevi riflessioni intorno alla nozione di unità produttiva, tra la distribuzione delle tutele e il limite all'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, n. 6, 2015, 1401 ss.; A. DONINI, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, in *Labour & Law Issues*, vol. 5, 2019, 99 ss. In particolare, evidenzia la necessità di sottoporre la nozione statutaria di unità produttiva ad una revisione che tenga conto del mutato assetto tecnologico e produttivo M. FAIOLI, *Unità produttiva digitale. Perché riformare lo Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Eur.*, n. 3, 2021, 3 ss.

<sup>5</sup> Il rapporto tra organizzazione produttiva e normativa sui licenziamenti individuali è indagato da C. DE MARTINO, *La dimensione dell'impresa nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 653 ss.; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *Var. temi. dir. lav.*, n. 3, 2016, 426 ss.

<sup>6</sup> Con riferimento ad altri ambiti dell'ordinamento, il Decreto ministeriale del 18 aprile 2005 "Adeguamento alla disciplina comunitaria dei criteri di individuazione di piccole e medie imprese" ha individuato varie tipologie di impresa e la definizione delle relative specifiche caratteristiche come segue: micro impresa: meno di 10 occupanti e fatturato o bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro; piccola impresa: da 10 a 49 occupanti e fatturato o bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; media impresa: da 50 a 249, occupanti e fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro e un bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; grande impresa: oltre 249 occupanti e fatturato annuo e superiore a 50 milioni di euro, bilancio annuo superiore a 43 milioni di euro.

demarcare la linea di confine tra essa e l'ambito dei rapporti di lavoro per i quali allora ancora era prevista la recedibilità *ad nutum*. Peraltro, tale disciplina è stata modificata inizialmente con l'entrata in vigore dell'art. 18 Stat. Lav. e la conseguente divaricazione del sistema tra tutela obbligatoria e reale<sup>7</sup>, con quest'ultima che introduce un regime sanzionatorio innovativo, sebbene circoscritto alle imprese medio-grandi.

Rimanevano così sottoposti al regime del recesso *ad nutum* i lavoratori dipendenti di datori di lavoro (imprese o non imprese) con meno di 35 dipendenti ovvero adibiti a unità produttive con meno di 15 dipendenti. Successivamente, come noto, con l'estensione a tutti i datori di lavoro, a prescindere dal requisito dimensionale, dell'obbligo di motivazione del licenziamento, è sostanzialmente venuto meno il recesso *ad nutum*, tranne che in casi residuali, per effetto della legge n. 108 del 1990.

Il criterio soglia dei 35 dipendenti, come emerge dalla lettura degli atti della Camera dei Deputati del 12 maggio 1966, relativi all'approvazione della legge 604, veniva adottato sulla base di una rilevazione statistica delle aziende italiane ma aveva suscitato dure critiche già in sede di discussione parlamentare sia per il suo carattere sostanzialmente arbitrario, sia perché veniva rilevato che la fiduciarità del rapporto di lavoro nella piccola impresa in realtà già allora era da considerarsi superato<sup>8</sup>, essendo in atto una «tendenza attuale ... nel senso della spersonalizzazione della prestazione lavorativa nella grande e nella piccola azienda, e soprattutto nel settore commerciale le attività aziendali sono oggi ridotte a strumenti di distribuzione di prodotti di grosse imprese»<sup>9</sup>.

Per altro verso, veniva altresì rilevato che la previsione della soglia

<sup>7</sup> G.F. MANCINI, *Il nuovo regime del licenziamento*, in G. Pera (cur.), *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, 199 ss.

<sup>8</sup> Evidenza peraltro, dal punto di vista sistematico, un'originaria anomia dell'istituto della colpa nel diritto del lavoro, L. ZAPPALÀ, *La colpa del lavoratore*, Torino, 2020, 42 ss. Valorizza i profili più soggettivistici dell'inadempimento legittimante l'esercizio del potere di recesso datoriale C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004, 85 ss.

<sup>9</sup> Così è dato leggere negli Atti parlamentari Camera dei Deputati, IV legislatura – discussioni – seduta del 12 maggio 1966, 23099.

numerica quale criterio di selezione tra i diversi regimi di tutela rischiava di diventare «in definitiva un incentivo per l'imprenditore ad eludere la legge, la finestra aperta per non rispettare le norme finora sancite»<sup>10</sup>.

Tale scelta in realtà non era nuova nel nostro ordinamento, ma era già stata fatta propria da Confindustria, Intersind, Asap, Cgil, Cisl e Uil con gli accordi interconfederali del 18 ottobre 1950<sup>11</sup> e, successivamente, del 29 aprile 1965, che oltre a introdurre la nozione di giustificato motivo di recesso datoriale, avevano diversificato le procedure e i regimi di tutela contro i licenziamenti illegittimi regolati pattizamente a seconda del numero di lavoratori addetti all'azienda, con un ruolo centrale riconosciuto al Collegio di conciliazione e arbitrato ivi previsto<sup>12</sup>.

D'altra parte, che si tratti di una scelta di origine interna al nostro ordinamento lo si ricava anche dalla lettura delle fonti internazionali in tema di tutela, più in generale, contro i licenziamenti: l'art. 24 della Carta sociale europea nella versione aggiornata del 1996 sancisce l'obbligo per i Paesi contraenti di prevedere un principio di giustificazione del recesso datoriale e, in caso di assenza di un «valido motivo di licenziamento», di riconoscere un «congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» in favore del lavoratore licenziato illegittimamente, oltre alla possibilità di azionare un ricorso davanti ad un organo imparziale, senza però prevedere una differenziazione delle tutele sulla base delle caratteristiche del datore di lavoro.

Nemmeno la Convenzione n. 158 del 1982 dell'Organizzazione internazionale del lavoro «sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro» dice alcunché con riferimento alla necessità di diversificare il regime di tutela contro il licenziamento illegit-

<sup>10</sup> Così è dato leggere negli Atti parlamentari Camera dei Deputati, IV legislatura – discussioni – seduta del 12 maggio 1966, 23099.

<sup>11</sup> Cfr. G. GRASSETTI, *Accordo 18 ottobre 1950 e agitazioni dei lavoratori – Parere*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1955, 269 ss.

<sup>12</sup> Cfr. M. BIAGI (di), M. TIRABOSCHI (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2012, 506.

timo in considerazione delle caratteristiche dimensionali del datore di lavoro<sup>13</sup>.

Tanto meno della specialità del regime di tutela contro l'illegittimità dei licenziamenti dei lavoratori delle piccole imprese fa alcuna esplicita menzione la Carta costituzionale, se non nel richiamo peraltro circoscritto, da parte dell'art. 44, comma 1, Cost., al sostegno da parte della legge alla "piccola e media proprietà" (terriera), da leggere in coordinamento con l'impegno della Repubblica a favorire «l'accesso del risparmio popolare... alla proprietà diretta coltivatrice» come previsto dall'art. 47, comma 2, Cost., ed infine all'art. 45 con riferimento alla «tutela e allo sviluppo dell'artigianato».

## *2. La ragionevolezza della tutela prevista dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 nella giurisprudenza costituzionale.*

La scelta del legislatore di confermare una normativa speciale in materia di licenziamenti illegittimi irrogati dalle piccole imprese è stata comunque sempre ritenuta ragionevole dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (si vedano, tra le altre, le sentenze nn. 152 e 189 del 1975<sup>14</sup>), in particolare sulla base di tre criteri che sono stati considerati come idonei a legittimare una disciplina diversificata e meno onerosa rispetto a quella prevista per i datori di lavoro assoggettati al regime di stabilità reale di cui all'art. 18 Stat. lav.

Nello specifico, il primo criterio, che peraltro emerge già negli atti

<sup>13</sup> Indaga le ricadute sistematiche sulla disciplina nazionale in materia di licenziamento e rapporto di lavoro a tempo determinato da parte del sistema giuridico delineato dall'OIL, A. SITZIA, *Italia e OIL: "ragioni oggettive", "job security" e libertà di impresa tra licenziamento e contratto a termine*, in L. Mechi A. Sitzia (cur.), *Cento anni nell'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Prospettive storiche e giuridiche sulla partecipazione italiana*, Padova, 2023, 221 ss.

<sup>14</sup> Sulle quali v., tra gli altri, P. ALLEVA, *L'ambito di applicabilità della tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati e il dissenso tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Riv. Giur. lav.*, 1976, I, 77 ss.; G. MAZZONI, *Il campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori ex art. 35 legge 1970, n. 300*, in *Mass. Giur. lav.*, 1975, 725 ss.; D. BORGHESI, *Brevi note in tema di art. 35 dello Statuto dei lavoratori e di enti non produttori*, in *Riv. Giur. lav.*, 1976, I, 111 ss.

parlamentari preparatori della legge n. 604 del 1966, è quello della fiduciarietà, al quale si accennava sopra, sulla cui attualità tuttavia venivano avanzate perplessità sin dalla discussione alla Camera dei deputati. Ed infatti, tale elemento, oltre a non essere sempre (e lo sarebbe divenuto progressivamente meno) rinvenibile nella piccola impresa, sconta non poche criticità a fronte di attività produttive sempre più caratterizzate da spersonalizzazione della prestazione lavorativa, nonché dall'utilizzo di tecnologie che divaricano progressivamente lo spazio tra lavoratore e impresa, fino ad arrivare alle varie forme di lavoro a distanza e in modalità agile.

Per altro verso, si ritiene che tale elemento più che avere ripercussioni sul regime di sanzione del licenziamento illegittimo, dovrebbe piuttosto orientare l'attività interpretativa del giudice nel caso di licenziamento fondato su ragioni soggettive, per la definizione del precetto che il datore di lavoro deve rispettare ai fini dell'irrogazione di un licenziamento legittimo. Oltretutto, un'eccessiva dilatazione dello spazio della fiduciarietà rischierebbe di esporre maggiormente le vicende relative al rapporto di lavoro alla possibilità che insorgano questioni ad esso estranee (*in primis*, meramente personali) che vadano a minarne la conservazione.

La necessità di fornire tutela alla fiduciarietà appare invece obliata dall'ordinamento nel caso di trasformazione in rapporti a tempo indeterminato del contratto a tempo determinato ovvero del lavoro in somministrazione illegittimi, dal momento che in tal caso la sanzione è sempre la stessa, di natura reale (*sub specie* di trasformazione per ordine giudiziale in rapporto di lavoro privo di termine) a prescindere dalle dimensioni datoriali<sup>15</sup>, peraltro con una cornice sanzionatoria che limita l'indennizzo per il danno cagionato dalla cessazione alla riam-

<sup>15</sup> Tema indagato peraltro da tempi risalenti dalla dottrina insieme alla nozione stessa di datore di lavoro imprenditore e non imprenditore, v. M. BIAGI, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Milano, 1978; L. RIVA SANSEVERINO, *Sulla rilevanza dell'impresa nel diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1975, 519 ss.; A. VALLEBONA, *Statuto dei lavoratori e datori di lavoro non imprenditori*, in *Mass. Giur. lav.*, 1976, 4 ss.; P. ZANELLI, *Sul campo di applicazione dello Statuto dei lavoratori (datori di lavoro non imprenditori ed organizzazioni di tendenza)*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1818 ss.

missione in servizio e senza il riconoscimento della facoltà di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro.

L'altro elemento ritenuto idoneo dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a fondare il regime di tutela, economica e ridotta, per i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese, è quello dell'«opportunità di non gravare di oneri eccessivi le imprese di modeste dimensioni»<sup>16</sup>, che nel caso di tutela ripristinatoria del rapporto di lavoro<sup>17</sup> verrebbe altrimenti condannato, oltre alla prosecuzione del rapporto di lavoro, a corrispondere somme ingenti a titolo retributivo e contributivo, secondo il meccanismo della *mora credendi*<sup>18</sup>.

Anche tale profilo invero non appare del tutto convincente innanzitutto perché in realtà nel caso di declaratoria di nullità del licenziamento (e come noto in tale categoria è stato recentemente ricondotto dalla giurisprudenza di legittimità sin dalla sentenza delle Sezioni Unite del 22 maggio 2018, n. 12568<sup>19</sup>, anche il licenziamento per supera-

<sup>16</sup> Così C. cost., 6 giugno 1975, n. 152.

<sup>17</sup> Sebbene alla tesi, fondata sul presupposto della nullità del licenziamento, della continuità giuridica del rapporto mai interrotto (tra gli altri, cfr. U. ROMAGNOLI, sub art. 18, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II edizione, 1981, 79 ss.), si sono contrapposti gli orientamenti di chi affermava comunque l'idoneità del licenziamento illegittimo a interrompere il rapporto di lavoro (cfr., tra tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del risarcimento del danno nel disposto dell'art. 18 della legge n. 300/1970 (a proposito di due recenti pronunzie della Cassazione a sezioni unite)*, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, 341 ss.) e di chi argomentava, a partire dallo schema dell'annullabilità, la produzione di effetti da parte del recesso datoriale viziato da illegittimità fino al provvedimento giudiziale dichiarativo dell'annullamento (in tal senso, v. M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 19 ss.).

<sup>18</sup> Già sistematicamente presente nell'ordinamento lavorista anche prima dell'introduzione della c.d. tutela reale contro i licenziamenti illegittimi, v. G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.

<sup>19</sup> Reperibile in *Dir. rel. ind.*, 2018, 4, 1218 ss., con nota di E. PASQUALETTO, *Il licenziamento per preteso (ma non realizzato) superamento del periodo di comporto: il duplice paradosso di una sentenza a sezioni unite... non troppo utile*, nonché in *Lav. giur.*, n. 1, 2019, 43 ss., con nota di M. NICOLOSI, *Licenziamento e comporto non scaduto*, la quale condivisibilmente evidenzia che in realtà la sentenza in discorso riduce la tutela rispetto al regime della nullità di diritto comune nel sistema anteriore alla legge n. 92 del 2012 e al d.lgs. n. 23 del 2015, senza risolvere le molteplici contraddizioni segnalate dalla dottrina all'esito della parcellizzazione della tutela reale.

mento del periodo di comporto qualora intimato per il perdurare delle assenze per malattia del lavoratore, ma prima del superamento del periodo di comporto) è comunque previsto il rimedio della tutela ripristinatoria del rapporto di lavoro.

Dunque, appare opinabile, a partire da un'analisi che voglia muoversi sul piano della valutazione di opportunità, la scelta legislativa per la quale ciò che può valere nel caso del licenziamento nullo non dovrebbe valere per quello soltanto illegittimo. In altre parole, ciò significherebbe che anche tale elemento della onerosità verrebbe obliterato semplicemente per il fatto che il licenziamento è affetto da una grave illegittimità (la nullità appunto)<sup>20</sup>, così che si finirebbe per modificare il tipo di tutela in funzione del vizio. È noto invero che si tratta di un'opzione già praticata dalla legge n. 92 del 2012 e dal d.lgs. n. 23 del 2015, che collegano l'accesso alla tutela reale ovvero a quella indennitaria in relazione alla declaratoria rispettivamente della nullità<sup>21</sup> o dell'annullamento per ingiustificatezza del recesso datoriale.

Ciò però sovrappone i piani della giustificazione del licenziamento e della dissuasività del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, che a ben vedere sono collocati su livelli diversi, tanto che pur a fronte di una disciplina sulle causali di licenziamento omogenea per

<sup>20</sup> Per una ricostruzione delle ragioni alla base della previsione della sanzione della nullità del licenziamento in ipotesi di violazione della norma imperativa, si rimanda *funditus* a V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *Variazioni temi dir. lav.*, n. 3, 2016, 443 ss.

<sup>21</sup> Sul tema è quindi intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 22 del 22 febbraio 2024, dichiarando l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 76 Cost., dell'art. 2, comma 1, del D. Lgs. n. 23/2015, per difformità rispetto al criterio di delega dettato dall'art. 1, comma 7, lett. c), della L. n. 183/2014, nella parte in cui, ai fini dell'individuazione del regime sanzionatorio per i licenziamenti nulli, la tutela reintegratoria viene limitata ai casi di nullità "espressamente previsti dalla legge". Secondo il ragionamento seguito dalla Corte, l'avverbio "espressamente" avrebbe infatti svolto una funzione selettiva di limitazione alle nullità testuali, con esclusione di quelle virtuali, non prevista dalla legge delega. Cfr. G. GIAMPÀ, *Criteri di delega e diversificazione delle tutele contro i licenziamenti nulli. La Corte costituzionale "congeda" la distinzione tra nullità testuali e virtuali ai fini dell'applicazione della reintegrazione*, in *Dir. Comp.*, 3 aprile 2024; C. COLOSIMO, *Licenziamenti e Jobs Act, l'intervento della Corte Costituzionale sui casi di nullità. Riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale 22 febbraio 2024, n. 22*, in *Giustizia Insieme*, 4 giugno 2024.

tutte le imprese, è soltanto il regime di tutela contro l'illegittimità dei licenziamenti che varia in relazione alle caratteristiche del datore di lavoro, con l'ulteriore variabile legata alla data di costituzione del rapporto di lavoro, come previsto dal d.lgs. n. 23 del 2015.

La precarietà del fondamento dei due regimi di tutela obbligatoria, di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966 nonché di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 23 del 2015, emerge con ancora più forza a fronte della tendenza espansiva della categoria della discriminatorietà, che è, in base ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, in grado di neutralizzare anche l'eventuale sussistenza di un legittimo motivo di licenziamento<sup>22</sup>, con conseguente applicazione del regime di tutela reale c.d. piena. Tale categoria, peraltro, a fronte di un utilizzo sempre più diffuso di algoritmi basati su semplificazioni statistiche e tassonomiche nello svolgimento dell'attività di impresa, potrebbe finire per caratterizzare una parte vieppiù consistente di fattispecie, per le quali si andrebbe ad applicare il rimedio reintegratorio anche nel caso della piccola impresa, così che l'asserita necessità di prevedere in via generale la tutela obbligatoria appare anche sotto tale profilo priva di un decisivo fondamento teorico di natura sistematica. Ed infatti, la possibilità che anche nel lavoro alle dipendenze delle piccole imprese il licenziamento venga sanzionato con la tutela reale costituisce un argomento che semmai dimostra la piena compatibilità, già verificabile a legislazione invariata, tra ambito di applicazione della reintegra e perimetro della piccola impresa.

<sup>22</sup> Lo stesso non può dirsi invece per quanto riguarda il licenziamento ritorsivo, per la cui declaratoria di nullità, come noto, occorre che non sussista alcun ulteriore motivo idoneo a giustificare il recesso datoriale: ciò evidentemente priva il lavoratore della piccola impresa di un rimedio veramente cruciale allorquando il datore di lavoro possa coprire con una causa legittima un licenziamento già programmato per motivi di ritorsione, ma per ipotesi viziato soltanto sotto un profilo formale ovvero caratterizzato da una sussistenza del fatto addotto soltanto parziale. Sotto tale profilo emergerebbe dunque, in particolare a seguito della modifica dell'art. 18 Stat. lav. ad opera della legge n. 92 del 2012, una netta distinzione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento nullo per motivo illecito determinante. Cfr., tra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, 231 ss.; M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2016, II, 721 ss.

Sotto diverso aspetto è dato misurare allora, ancora una volta, la debolezza della scelta operata in favore della tutela obbligatoria, giacché l'eventuale scudo protettivo del lavoratore che voglia rivendicare un diritto nei confronti della piccola impresa non sarebbe davvero idoneo a tutelarne la posizione nella dialettica con il datore di lavoro, se non nei casi limite nei quali il recesso datoriale sia con tutta evidenza pretestuoso e privo di qualsivoglia legittimo fondamento.

La base del criterio dell'opportunità di non sottoporre l'impresa a oneri eccessivi, per altro verso, appare incompatibile con la sospensione della prescrizione dei crediti (almeno) retributivi durante il rapporto di lavoro<sup>23</sup>, dal momento che ciò espone con tutta evidenza il datore di lavoro a potenziali rischi di contenziosi notevolmente onerosi, mentre un regime di stabilità reale, come quello originariamente delineato dall'art. 18 Stat. lav., metterebbe invece l'impresa al riparo da tali gravose evenienze<sup>24</sup>.

Vi è poi un doppio profilo di natura sistematica che renderebbe la tutela obbligatoria non idonea al compito affidatele, così da configurarsi un evidente *vulnus* dal punto di vista funzionale, sia rispetto alla finalità risarcitoria che a quella sanzionatoria.

Da un lato, infatti, per espressa previsione normativa, la riassunzione può essere sostituita dal datore di lavoro con il risarcimento del danno<sup>25</sup>, la cui concreta quantificazione da parte del giudice dipende non già dall'effettiva portata del danno da risarcire, bensì dalla circostanza che il datore di lavoro occupi un numero di dipendenti inferiore

<sup>23</sup> A fronte delle modifiche in senso marcatamente indennitario dei sistemi di tutela contro i licenziamenti illegittimi, operate prima dalla legge n. 92 del 2012, quindi dal d.lgs. n. 23 del 2015, la giurisprudenza di legittimità appare orientata per la sospensione generalizzata del decorso della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. Cfr. da ultimo Cass. civ., sez. lav., 6 settembre 2022, n. 26246, con note di L. FOGGLIA, *La Cassazione "de-stabilizza" il rapporto di lavoro sul dies a quo in tema di prescrizione*, nonché di F. M. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c'era una volta la stabilità*, in *Lav. giur.*, 2022, rispettivamente 1148 ss. e 1153 ss.

<sup>24</sup> Per un esame diacronico della linea evolutiva dell'ordinamento in materia di decorso della prescrizione durante il rapporto di lavoro, cfr. E.C. SCHIAVONE, *Il "metus" e gli ultimi 60 anni di evoluzione del diritto del lavoro*, in *Lav. giur.*, n. 1, 2023, 50 ss.

<sup>25</sup> Per tutti, cfr. F. MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, 491 ss.

alla soglia di legge e, in seconda battuta, dall'anzianità di servizio del lavoratore.

Parimenti, nella tutela prevista dall'art. 9 del d.lgs. n. 23 del 2015, esclusa a priori l'alternativa della riassunzione, la modalità di determinazione dell'indennità è legata ancora una volta alle dimensioni dell'impresa, nonché all'anzianità di servizio e agli altri criteri evidenziati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 194 del 2018<sup>26</sup> e n. 150 del 2020<sup>27</sup>.

Si ritiene che tali previsioni scontino un difficile coordinamento con il principio generale in materia di risarcimento delineato all'art. 2058 c.c.<sup>28</sup>, non solo e non tanto con riferimento alla preferenza accordata dall'ordinamento al risarcimento in forma specifica, ma anche con riguardo alla necessità che il risarcimento in forma generica dovrebbe comunque avvenire per equivalente, e dunque per equivalente di un rapporto di lavoro cessato illegittimamente<sup>29</sup>, mentre gli importi delle discipline in discorso sarebbero del tutto inadeguate a monetizzare il posto di lavoro (si pensi alla quantificazione del valore economico del rapporto di lavoro operato dalla legge 108 del 1990 in quindici mensilità di retribuzione globale di fatto con l'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegra, con un importo dunque molto lontano da quelli individuati nelle normative in discorso).

Peraltro, sempre nell'ottica del coordinamento tra le discipline in materia di tutela contro i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese e la norma di cui all'art. 2058 c.c., la circostanza che il comma 2 di

<sup>26</sup> P. PASSALACQUA, *La tutela contro il licenziamento nelle piccole imprese dopo Corte cost. n. 194/2018 tra ius conditum e ius condendum*, in *Mass. Giur. lav.*, n. 4, 2019, 861 ss.

<sup>27</sup> C. CESTER, *Una pronuncia scontata: vizi formali e procedurali del licenziamento e inadeguatezza delle sanzioni*, in *Lav. giur.*, n. 10, 2020, 964 ss.

<sup>28</sup> Considera applicabile tale disposizione anche all'illecito contrattuale Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Lav. giur.*, n. 3, 2006, 265 ss., con nota di A. PICCINI.

<sup>29</sup> D'altra parte, la questione si è posta, pur con diverse implicazioni, anche con riferimento al regime di tutela previsto dall'art. 18, comma 7, Stat. Lav., fino alla declaratoria di illegittimità costituzionale sancita dalla sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021. Cfr. E. GHERA, A. GARILLI, D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2023, 302 ss.

questo articolo preveda il risarcimento per equivalente «se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore»<sup>30</sup> induce a ritenere che quest'ultima previsione non sia concretamente applicabile nei casi nei quali l'impresa, piccola dal punto di vista del numero dei dipendenti, registri però elevati livelli di volume d'affari e fatturato. Ciò, peraltro, è stato puntualmente evidenziato dalla Corte costituzionale con la sentenza “monitoria” n. 183 del 2022<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Seppur nell'ambito del sistema dell'art. 18 Stat. lav., tale eccezione al principio della tutela risarcitoria in forma specifica è stata invocata dalla giurisprudenza di legittimità (cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. lav., 2 maggio 2018, n. 10435, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, 888 ss., con nota di L. ANGELETTI) che, facendo leva sul concetto di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo e sulla facoltà riconosciuta dall'art. 18, comma 7, Stat. lav., escludeva la tutela reintegratoria qualora in concreto ritenuta eccessivamente gravosa per il datore di lavoro. Quindi, a seguito delle declaratorie di incostituzionalità del predetto comma ad opera delle sentenze della Corte costituzionale n. 59 del 2021 e 125 del 2022, la giurisprudenza di legittimità appare invece assestata su una lettura espansiva dell'ambito oggettivo della tutela reale, pur attenuata, nei confronti del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarato illegittimo (cfr. Cass. civ., sez. lav., 2 dicembre 2022, n. 35496). Analizza, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, il nuovo contesto giuridico di tutela in caso di licenziamento per giustificato motivo illegittimo, V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di illegittimità costituzionale*, in *Lav. dir. eu.*, n. 2, 2023, 1 ss. Da ultimo, anche le sentenze nn. 128 e 129 del 2024 della Corte costituzionale hanno ulteriormente ampliato lo spazio della tutela reale (attenuata) con riferimento alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 23 del 2015, rispettivamente con riferimento all'ipotesi dell'insussistenza del fatto materiale posto alla base del giustificato motivo oggettivo di licenziamento e a quella del licenziamento disciplinare nei casi di comportamento sanzionato con il provvedimento espulsivo per fattispecie per le quali la contrattazione collettiva prevede una sanzione conservativa. Ciò, al netto del fatto che la stessa Corte, con argomenti distonici rispetto al complessivo sistema normativo, abbia optato per una ricostruzione delle due fattispecie che, in controtendenza con l'orientamento maggioritario della giurisprudenza della Cassazione, non include nel vaglio di legittimità ai fini dell'applicazione del rimedio reintegratorio l'adempimento all'obbligo di repêchage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo e il rispetto del criterio di proporzionalità in quello per giusta causa ovvero per giustificato motivo soggettivo.

<sup>31</sup> M. DELFINO, *La Corte costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese: una bussola per il legislatore? Nota a C. cost. sent. n. 183/2022*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2023, 178 ss.; R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, n. 3, 2022; A. CAMAIANI, *Il valzer fabiano della Corte costi-*

relativa allo scrutinio di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, tanto da affermare che «...in un quadro dominato dall'incessante evoluzione della tecnologia e dalla trasformazione dei processi produttivi, al contenuto numero di occupati possono fare riscontro cospicui investimenti in capitali e un consistente volume di affari, il criterio incentrato sul solo numero degli occupati non risponde, dunque, all'esigenza di non gravare di costi sproporzionati realtà produttive e organizzative che siano effettivamente inidonee a sostenerli...»<sup>32</sup>.

Se dunque il carattere risarcitorio dell'indennità viene frustrato dall'esiguità dell'importo concretamente liquidabile nell'ambito della forbice legalmente determinata, non meno critico è l'apparato della tutela obbligatoria sotto il profilo della concreta dissuasività della funzione sanzionatoria, che ne esce massimamente ridimensionata per effetto dei modesti importi al cui pagamento la piccola impresa potrebbe concretamente essere condannata.

D'altra parte, la possibilità per il datore di lavoro di rivedere la decisione di recedere dal rapporto di lavoro è ormai codificata quale vero e proprio diritto potestativo alla revoca del licenziamento, purché esercitato entro il termine di 15 giorni dall'impugnazione stragiudiziale da parte del lavoratore. Né si rinvergono validi argomenti per sostenere l'inapplicabilità di detta facoltà nell'ambito delle cc.dd. piccole imprese, come puntualmente argomentato dalla giurisprudenza di merito<sup>33</sup>, così che il datore di lavoro può ridurre gli effetti pregiudizievoli della condanna giudiziale<sup>34</sup>. Una volta riconosciuta anche alla piccola

*tuzionale in assenza delle rime obbligate. Illegittimo il tetto alle indennità per licenziamento non conforme alla legge, ma tocca (ancora!) al legislatore*, in *Consulta Online*, n. 3, 2022.

<sup>32</sup> Come è stato poi recentemente rilevato anche da G. FRANZA, *Le cosiddette "piccole imprese", il monito costituzionale e il cubo di Rubik*, in *Mass. Giur. lav.*, n. 4, 2022, 823 ss. il mero criterio del numero di dipendenti appare invero poco idoneo a rappresentare l'effettiva forza economica dell'impresa, per la quale sarebbe invece forse più corretto far riferimento a criteri ad esempio di fatturato, sebbene anche questi non siano del tutto esenti da possibili travisamenti applicativi e criticità interpretative.

<sup>33</sup> Cfr. Corte app. Ancona, sent. 22 marzo 2017, n. 114, a quanto consta inedita.

<sup>34</sup> È stata altresì prospettata una soluzione calibrata di volta in volta sul regime sanzionatorio applicabile in concreto. Cfr. I. CORSO, *La revoca del licenziamento*, in C.

impresa la facoltà di revocare il licenziamento a seguito dell'impugnazione stragiudiziale da parte del lavoratore, così da evitare l'esposizione del datore di lavoro ad un'eventuale condanna al ripristino del rapporto di lavoro, l'argomento dell'eccessività dei costi collegati alla tutela reale per la piccola impresa appare ancora una volta poco convincente.

Il terzo criterio utilizzato nell'attività interpretativa dalla Corte costituzionale per salvare il regime di tutela obbligatoria di cui all'art. 8 legge n. 604 del 1966 è, infine, quello di «salvaguardare le funzionalità delle unità produttiva»<sup>35</sup>, che invero sembra costituire un duplicato o comunque un corollario dell'elemento già visto della fiduciarità. Peraltro, si tratta in entrambi i casi di profili che appaiono già opportunamente tutelati sul piano della disciplina sulla necessaria giustificazione del licenziamento, sia sotto il profilo dei motivi di natura soggettiva (la fiduciarità), sia sotto quello di natura oggettiva (la funzionalità dell'unità produttiva). La possibilità che il lavoratore licenziato illegittimamente possa essere reintegrato nell'ambito di una piccola impresa non impedisce *a priori* la funzionalità dell'unità produttiva di adibizione, dal momento che, qualora il prestatore di lavoro tenga comportamenti disciplinarmente rilevanti tali da poter essere sanzionati con il recesso datoriale, la funzionalità aziendale sarà tutelata attraverso l'esercizio del potere di adottare tale provvedimento. Per altro verso, qualora la problematica attenga piuttosto a «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», la salvaguardia della predetta funzionalità potrebbe essere attuata mediante l'adozione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Peraltro, la debolezza di tale argomentazione sembra definitivamente svelata dalla circostanza per la quale l'illegittimità di un licenziamento intimato nell'ambito della medesima impresa, ma in unità produttive diverse (la cui articolazione, peraltro, come anche lo stesso numero dei dipendenti, è rimessa al datore di lavoro), darebbe luogo a

Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 310 ss.; L. TORSSELLO, *La revoca del licenziamento: ratio e criticità di un istituto*, in *Variazioni Temi dir. lav.*, 2018, 1369 ss.

<sup>35</sup> Così C. cost., 6 giugno 1975, n. 152.

conseguenze sideralmente diverse a seconda del superamento o meno del requisito dimensionale dei 15 dipendenti. Per effetto dei diversi regimi di tutela applicati ai lavoratori addetti a ciascuna unità, del tutto paradossalmente, sarebbe ammissibile che per lo stesso datore di lavoro fiduciarità e funzionalità si atteggiino diversamente a seconda di tale variabile, così di fatto indebolendo l'idoneità di tali elementi a legittimare un regime speciale di tutela contro i licenziamenti ingiustificati legato al criterio del numero dei dipendenti dell'unità produttiva. Sotto tale profilo, si corre inoltre il rischio di obliterare il principio di uguaglianza sostanziale, che "è il principio che guida ed al contempo limita l'azione del legislatore nel momento in cui incarna il senso dello Stato sociale" e che "si traduce in criteri per la verifica di conformità delle scelte legislative al modello costituzionale che impone quell'azione"<sup>36</sup>.

### *3. Ragioni, prospettive e nuove possibili fortune di un sistema di tutela fondato sul rimedio restitutorio.*

Dall'esame della giurisprudenza costituzionale emerge in alcuni arresti (in particolare nelle sentenze nn. 45 del 1965<sup>37</sup> e 81 del 1969<sup>38</sup>) che, sebbene alla luce dell'art. 4 Cost. non possa farsi discendere «la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che 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

<sup>36</sup> Così, condivisibilmente, G. FRANZA, *Licenziamenti ingiustificati e principio di uguaglianza*, Torino, 2024, 2.

<sup>37</sup> V. ANDRIOLI, *La Corte costituzionale e l'art. 2118 cod. civ.*, in *Dir. lav.*, 1965, II, 171 ss.; V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*, in *Giur. cost.*, 1965, 661 ss.; U. PROSPERETTI, *A proposito della disciplina del processo volontario del datore di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1965, 212 ss.; A. SERMONTI, *L'art. 2118 cod. civ. di fronte dal "Diritto al lavoro"*, in *Mass. Giur. lav.*, 1965, 121 ss.

<sup>38</sup> Sulla quale v. G. TAVASSI, *Dimensione organizzativa dell'azienda e legittimità costituzionale della disciplina dei licenziamenti*, in *Giur. cost.*, 1969, I, 1153 ss.

del lavoro»<sup>39</sup>. Quest'ultima, nell'ambito del mercato del lavoro, verrebbe garantita da politiche di intervento finalizzate a garantire proposte di occupazione, mentre nel rapporto di lavoro sembra implicare che la tutela dovrebbe avere semmai un effetto restitutorio, essendo la continuità del rapporto esclusa dal semplice pagamento dell'indennità. Altro ovviamente è il diritto alla permanente conservazione del rapporto di lavoro, che non è compatibile con la possibilità che l'impresa eserciti legittimamente il potere di recesso, vuoi in ipotesi di licenziamento per motivi soggettivi, vuoi in fattispecie di licenziamento per motivi di natura oggettiva.

Tornando ancora all'appassionata discussione alla Camera dei deputati che ha preceduto l'approvazione della legge n. 604 del 1966, ivi si fa spesso riferimento alla necessità di evitare il licenziamento arbitrario e di fornire copertura legale al diritto al lavoro nella declinazione del bene giuridico consistente nel posto di lavoro sulla scorta dell'elaborazione teorica di Costantino Mortati<sup>40</sup>. In particolare, come viene puntualmente rilevato durante la discussione della legge n. 604 del 1966: «Quando il licenziamento arbitrario offende un bene costituzionalmente garantito come la libertà e la dignità umana, è evidente che la soluzione non può essere configurabile nella misura che viene indicata [nella misura compresa tra 5 e 12 mensilità; ndr]<sup>41</sup>».

Dunque, già in quella sede si ragiona proprio sul fatto che con la previsione del mero e modesto indennizzo economico a fronte dell'irrogazione di un licenziamento arbitrario ci si trova in ultima analisi davanti ad una «situazione potestativa per il datore di lavoro»<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Così C. Cost., sentenza 9 giugno 1965, n. 45, in *Dir. lav.*, 1965, 171 ss., con nota di V. ANDRIOLI, *La Corte costituzionale e l'art. 2118 cod. civ.*; in *Giur. Cost.*, 1965, 661 ss., con nota di V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*; in *Mass. Giur. lav.*, 1965, 212 ss., con note di U. PROSPERETTI, *A proposito della disciplina del processo volontario del datore di lavoro*, nonché di A. SERMONTI, *L'art. 2118 cod. civ. di fronte al "Diritto al lavoro"*, 121 ss.

<sup>40</sup> Cfr., in particolare, C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 157 ss.

<sup>41</sup> Così è dato leggere in Atti parlamentari Camera dei Deputati, IV legislatura – discussioni – seduta del 12 maggio 1966, 23088.

<sup>42</sup> Così è dato leggere in Atti parlamentari Camera dei Deputati, IV legislatura – discussioni – seduta del 12 maggio 1966, 23088.

Da più parti, per risolvere tale problema, si propone durante la discussione una serie di soluzioni, tra le quali la previsione «di una declaratoria di nullità del licenziamento non avvenuto per giusta causa o giustificato motivo...[che] debba portare alla reintegrazione nel posto di lavoro dello stesso lavoratore...[nonché] il diritto del prestatore d'opera ad esercitare l'opzione fra la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno, che in questo caso può essere determinato forfettariamente»<sup>43</sup>.

Sebbene, dunque, fossero chiare sin da allora alcune significative criticità del sistema di tutela obbligatoria dei licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese, che rischiano di minarne coerenza e fondamento<sup>44</sup>, la scelta di una tutela diversificata in ragione della consistenza numerica del datore di lavoro non solo viene fatta propria dal legislatore del 1966, ma viene anche confermata da quello del 1970 e del 1990, resistendo peraltro alle questioni di legittimità costituzionale via via sollevate in particolare in relazione all'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

Senonché, il sostanziale *vulnus* di tutela, legato ad un criterio divenuto ormai scarsamente significativo della consistenza aziendale, quale il numero dei dipendenti, riemerge nella lettura interpretativa data dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 183 del 2022<sup>45</sup> al regime sanzionatorio previsto dall'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015. La Corte non ha infatti potuto esimersi dal rilevare che «L'assetto delineato dal d.lgs. n. 23 del 2015 è profondamente mutato rispetto a quello analizzato dalle più risalenti pronunce di questa Cor-

<sup>43</sup> V. Atti parlamentari Camera dei Deputati, IV legislatura – discussioni – seduta del 12 maggio 1966, 23088. Nella suddetta proposta di inserimento del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro si prevede non solo “la *corresponsione al lavoratore dei diritti economici*” ma anche “il *pagamento di una penale aggiuntiva nella misura della metà delle retribuzioni dovute al lavoratore stesso*”.

<sup>44</sup> G. ARMONE, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. lav.*, n. 3, 2022, 411 ss.; G. BOLEGO, *Licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese: la Corte costituzionale censura, non decide e sollecita l'intervento del Legislatore*, in *Arg. Dir. lav.*, n. 6, 2022, 1255 ss.

<sup>45</sup> Reperibile in *Foro it.*, 2022, 10, I, c. 2877, nonché annotata tra gli altri da C. ZOLI, *La Corte costituzionale prosegue la “controriforma”: i licenziamenti nelle piccole imprese*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4, 2022, 1135 ss.

te. La reintegrazione è stata circoscritta entro ipotesi tassative per tutti i datori di lavoro e le dimensioni dell'impresa non assurgono a criterio discrezionale tra l'applicazione della più incisiva tutela reale e la concessione del solo ristoro pecuniario. In un sistema imperniato sulla portata tendenzialmente generale della tutela monetaria, la specificità delle piccole realtà organizzative, che pure permane nell'attuale sistema economico, non può giustificare un sacrificio sproporzionato del diritto del lavoratore di conseguire un congruo ristoro del pregiudizio sofferto»<sup>46</sup>.

Prosegue la Corte affermando che «un sistema siffatto non attua quell'equilibrato componimento tra i contrapposti interessi, che rappresenta la funzione primaria di un'efficace tutela indennitaria contro i licenziamenti illegittimi. Si deve riconoscere, pertanto, l'effettiva sussistenza del vulnus denunciato dal rimettente [nel caso di specie i rimettenti hanno chiesto di ridefinire «*in melius* per il lavoratore illegittimamente licenziato...la stessa soglia massima dell'indennità»; ndr] e si deve affermare la necessità che l'ordinamento si doti di rimedi adeguati per i licenziamenti illegittimi intimati dai datori di lavoro che hanno in comune il dato numerico dei dipendenti»<sup>47</sup>.

Dunque, l'inadeguatezza del regime sanzionatorio indennitario in relazione agli artt. 1, 4 e 35 Cost., nonché all'art. 24 della Carta sociale europea sarebbe duplice, investendo sia la quantificazione del danno (rigidamente e strettamente compresa tra 3 e 6 mensilità), sia la previ-

<sup>46</sup> Tale giudizio di inidoneità dell'importo massimo peraltro è in linea con quanto stabilito nella decisione del Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa dell'11 ottobre 2019, pubblicata l'11 febbraio 2020 sul reclamo della Cgil e che ha ritenuto inadeguato il tetto delle sei mensilità previsto dall'art. 9 comma 1 del d.lgs. n. 23 del 2015.

<sup>47</sup> Su tale arresto, e in generale sulla più recente giurisprudenza costituzionale, si esprime criticamente M. MARAZZA, *Diritti sociali, libertà economiche e prevedibilità (rileggere la giurisprudenza della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio dei licenziamenti ingiustificati dopo le sentenze n. 125 e 183 del 2022)*, in *Giust. civ.*, n. 10, 2022, 3 ss., che ne mette in luce una tendenza ad obliterare la polarità relativa alle libertà economiche.

sione della misurazione della forza dell'impresa fondato esclusivamente sul dato occupazionale<sup>48</sup>.

La soluzione di fonte legislativa, alla quale compete la scelta dei mezzi più idonei a conseguire un «fine costituzionalmente necessario», per far fronte all'inadeguatezza del sistema di tutela, passerebbe secondo la Corte attraverso la previsione di «criteri distintivi più duttili e complessi, che non si appiattiscano sul requisito del numero degli occupati e si raccordino alle differenze tra le varie realtà organizzative e ai contesti economici diversificati in cui essi operano...le soglie dell'indennità dovuta potranno essere rimodulate secondo una pluralità di criteri».

Senonché la Corte, nel segnalare nuovamente, sul solco della sentenza n. 150 del 2020, la necessità di un intervento normativo «in termini complessivi» della disciplina e dichiarando l'inammissibilità delle questioni poste dai giudici rimettenti, dà un vero e proprio *ultimatum* sul punto al legislatore, anticipando che «un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente».

A tali profili di criticità sostanziale della disciplina sottoposta allo scrutinio di legittimità costituzionale della Corte si deve aggiungere un ulteriore rilievo. La disciplina delineata dall'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sarebbe affetta anche da un vizio per così dire genetico, dal momento che dalla lettura della legge delega n. 183 del 2014 non solo non è dato individuare alcun specifico principio o criterio direttivo in materia di regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese, ma non è proprio prevista alcuna delega sul punto, giacché l'art. 1, comma 7, lett. c) fa riferimento in generale alla «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio», senza dire alcunché con riferimento al regime di tutela ridotta nel caso del licenziamento di lavoratori addetti a piccole imprese.

<sup>48</sup> Peraltro, la stessa criticità rilevata dalla Corte con riferimento all'art. 9 del d.lgs. n. 23 del 2015 è individuabile all'art. 8 della legge n. 604 del 1966, come evidenziato da A. PRETEROTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)*, in *Lav. dir. eu.*, n. 3, 2022, 12.

Dunque, potrebbe prospettarsi una violazione da parte dell'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, dell'art. 76 Cost., sia per difetto di principi e criteri direttivi, sia per mancata definizione dell'oggetto.

Per altro verso, una declaratoria di illegittimità costituzionale aprirebbe ulteriori profili problematici con riferimento all'applicazione a tutti i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 della disciplina prevista in via generale per il contratto a tutele crescenti, come modificata ad opera del d.l. n. 87 del 2018, conv. in legge n. 96 del 2018 e in parte dichiarata costituzionalmente illegittima dalle sentenze della Corte costituzionale n. 194 del 2018<sup>49</sup> e 150 del 2020<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> È vasta la riflessione dottrina relativa a tale arresto, cfr. P. ALBI, *Giudici, legislatori e piccole imprese dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2019, 2, 171 ss.; M. BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte cost. 194/2018*, in *Arg. Dir. lav.*, n. 4, 2019, 753 ss.; M. V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lav. dir.*, n. 2, 2019, 243 ss.; A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse l'assestamento?*, in *Dir. rel. ind.*, n. 1, 2019, 214 ss.; M. T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel 'Job Act': una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2018, 4, 1059 ss.; S. GIUBBONI, *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2019, 1, 92 ss.; M. MAGNANI, *Il "jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2, 2019, 612 ss.; A. 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 *Dir. rel. ind.*, n. 1, 2019, 228 ss.; L. MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, n. 2, 2019, 235 ss.; M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del 'jobs act'*, in *Arg. Dir. lav.*, 2018, 6, 1518 ss.; M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, 2, 285 ss.; C. ROMEO, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per il licenziamento illegittimo*, in *Giur. it.*, n. 12, 2018, 2710 ss.; V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Riv. Giur. lav.*, n. 1, 2019, 3 ss.; P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo "dopo"*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1, 244 ss.; A. TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in *Dir. rel. ind.*, n. 1, 2019, 256 ss.; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *Dir. rel. ind.*, n. 1, 2019, 277 ss.

Ed infatti, dall'eventuale declaratoria di incostituzionalità di tale disposizione emergerebbe la necessità di un coordinamento con la disciplina dettata al secondo comma dell'art. 9, che invece rimanda *tout court* alla normativa contenuta nel d.lgs. n. 23 del 2015, nonché con l'art. 18, comma 8, della legge n. 300 del 1970. Un'applicazione generalizzata del d.lgs. n. 23 del 2015 a tutti gli assunti a partire dal 7 marzo 2015, a prescindere dai requisiti dimensionali del datore di lavoro, condurrebbe peraltro ad un sistema tendenzialmente fondato sull'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, dunque peggiorativo sotto il profilo qualitativo e quantitativo della tutela rispetto all'art. 18, comma 4, della legge n. 300 del 1970, ma sostanzialmente ben più favorevole rispetto a quello previsto dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

Da un punto di vista sistematico, la proposta di un sistema unificato di tutela contro i licenziamenti illegittimi, senza distinzioni tra piccole e grandi imprese, sarebbe innanzitutto idoneo a risolvere a monte una frammentazione delle tutele ormai priva di un principio ordinatore a seguito delle ripetute declaratorie di incostituzionalità di parte delle discipline contenute all'art. 18 Stat. lav., come riscritto dalla legge n. 92 del 2012, e agli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015.

Peraltro, la proposta non sarebbe nuova nel nostro ordinamento, come emerge non solo dalla richiamata discussione relativa all'approvazione della legge n. 604 del 1966, ma anche dalla proposta di *referendum* abrogativo di alcune parti dell'art. 18 commi 1, 2, 3 della legge n. 300 del 1970 nonché di altre disposizioni collegate, rivolta

<sup>50</sup> Cfr. M. PALLINI, *Illegittimità costituzionale dei criteri di quantificazione della tutela indennitaria introdotta dal 'Jobs Act' avverso i vizi procedurali del licenziamento*, in *Riv. Giur. lav.*, n. 1, 2021; C. PISANI, *La sanzione per i vizi formali e procedurali del licenziamento secondo la Consulta: 'l'ars distinguendi' dimenticata*, in *Riv. It. Dir. lav.*, n. 4, 2020, 497 ss.; V. SPEZIALE, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Riv. Giur. lav.*, n. 4, 2020, 733 ss.; G. ZAMPINI, *Licenziamento illegittimo per vizi formali e procedurali ed adeguatezza costituzionale dell'indennità risarcitoria*, in *Arg. Dir. lav.*, n. 1, 2021, 191 ss.; A. TOPO, *La funzione dell'indennità per il licenziamento illegittimo e i suoi limiti: Corte costituzionale italiana e Comitato europeo dei diritti sociali a confronto sul 'Jobs Act'*, in *Riv. It. Dir. lav.*, n. 4, 2020, 725 ss.; S. GIUBBONI, *La nuova sentenza della Corte costituzionale sul contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Foro it.*, n. 10, 2020, 2990 ss.; R. FABOZZI, *Vizi formali del licenziamento: la Consulta boccia ancora le c.d. tutele crescenti*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2020, 1711 ss.

all'estensione della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi a tutti i datori di lavoro, sia piccole imprese che organizzazioni di tendenza.

Ferme le specificità di queste ultime, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 41 del 2003<sup>51</sup>, ritenendo ammissibile il quesito referendario<sup>52</sup>, ha già avuto modo di vagliare gli effetti di un sistema unificato di tutela contro i licenziamenti illegittimi, ritenendolo pur indirettamente rispettoso della nostra Carta costituzionale.

Potrebbero essere allora maturi i tempi per una disciplina unitaria in materia, che sia effettivamente dotata di quei caratteri di adeguatezza e dissuasività<sup>53</sup> necessari a dare al lavoro, *sub specie* di posto di lavoro, una tutela effettiva rispetto a decisioni datoriali arbitrarie così da consentire di riflesso il pieno esercizio di tutti gli altri diritti previsti

<sup>51</sup> Per un'analisi di tale sentenza v. M. BELLETTI, *La Corte rimane fedele ai suoi precedenti e dichiara ammissibile il referendum volto ad estendere la «tutela reale» nel caso di licenziamento ingiustificato*, in *Giur. it.*, 2003, 2228 ss.; P. CARNEVALE, *Referendum, tutela dei lavoratori nelle piccole imprese e Corte costituzionale: un altro episodio di una "never-ending story"*, in *Mass. Giur. lav.*, n. 3, 2003, 164 ss.; N. GHIRARDI, *Il referendum per l'estensione della tutela reale contro il licenziamento alle piccole imprese è ammissibile*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2003, 224 ss.; G. GRAMICCIA, *L'arrivo di un sistema sanzionatorio più rigido rischia di penalizzare i piccoli imprenditori*, in *Dir. trasporti*, n. 7, 2003, 51 ss.; V. MAIO, *Ammissibilità del referendum in tema di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2003, 276 ss.; A. MORRONE, *Un istituto referendario che non c'è*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2003, 384 ss.; R. PINARDI, *La «completezza» delle richieste referendarie*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2003, 382 ss.; G. RIGANÒ, *Come cambierà il mondo del lavoro se passa il referendum sull'art. 18. Tutela reale estesa a tre milioni di dipendenti*, in *Dir. giust.*, n. 8, 2003, 18 ss.

<sup>52</sup> Tale consultazione referendaria, tenutasi il 25 giugno 2003, come noto, non ha raggiunto il *quorum*, fermandosi l'affluenza al 25,73%, pur raggiungendo il Sì l'86,74% delle preferenze espresse.

<sup>53</sup> In tal senso si segnala l'iniziativa referendaria promossa dalla Cgil che, pur non implicando un'estensione generalizzata della tutela reale come invece accaduto con il citato referendum del 2003, contiene anche un quesito diretto ad ottenere l'abrogazione dell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966, limitatamente alle parole "compreso tra un", alle parole "ed un massimo di 6" e alle parole "La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro.", così sostanzialmente rimuovendo qualsivoglia limite massimo all'indennizzo.

dall'ordinamento lavorista. Il maggiore – virtuale onere – per i datori di lavoro, anche di piccole dimensioni, sarebbe per altro verso compensato dal decorso, durante il rapporto di lavoro anche dei termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti retributivi, ora escluso dalla giurisprudenza di legittimità sopra richiamata per effetto della presenza di un sistema tendenzialmente improntato alla tutela indennitaria<sup>54</sup>.

Ed infatti, come ricordato anche recentemente da autorevole dottrina, il licenziamento ingiustificato e in genere illegittimo «non deve essere considerato come un illecito contrattuale ma anche e soprattutto quale lesione della dignità della persona del lavoratore e quindi come illecito sociale...la riaffermazione della natura rigorosamente personalistica del diritto del lavoro...è il diritto alla c.d. stabilità del rapporto di lavoro. Una stabilità da garantire attraverso la tutela reintegratoria»<sup>55</sup>.

In tale prospettiva, potrebbe allora avanzarsi la proposta di un regime tendenzialmente reintegratorio per tutti i lavoratori, in quanto maggiormente idoneo a fornire effettiva tutela alla privazione arbitraria del posto di lavoro, che con tutta evidenza rappresenta un gravissimo pregiudizio per ciascun lavoratore determinato da un atto di volontà (dunque, pienamente consapevole) del datore di lavoro, a prescindere dalle dimensioni dell'azienda<sup>56</sup>.

D'altra parte, un sistema principalmente indennitario, come quello delineato dalla legge n. 92 del 2012 e, con profili ancora più marcati, dal d.lgs. n. 23 del 2015, le cui discipline sono con tutta evidenza ampiamente influenzate da discutibili teorie economicistiche<sup>57</sup>, parrebbe

<sup>54</sup> Sul tema, in particolare alla luce della dialettica interpretativa tra attività della Corte costituzionale e principi contenuti nella Carta sociale europea, v. *funditus* G. FRANZA, *La tutela indennitaria dei licenziamenti illegittimi tra giurisprudenza costituzionale e Carta sociale europea*, in *Variazioni temi dir. lav.*, n. 3, 2020, 767 ss.

<sup>55</sup> E. GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, I, 25 ss.

<sup>56</sup> M. BARBIERI, *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione*, in *Riv. Giur. lav.*, n. 1, 2020, 85 ss.

<sup>57</sup> M. CORTI, *Diritto del lavoro e scienza economica. Un dialogo impossibile?*, in *Arg. Dir. lav.*, n. 1, 2023, 20 ss.

invece aprire più problemi che soluzioni<sup>58</sup>, come peraltro testimoniato dalle ripetute declaratorie di illegittimità costituzionale che si sono susseguite in questi anni<sup>59</sup>.

Prevedere sistemi diversificati di tutela a seconda delle dimensioni del datore di lavoro nonché del vizio di illegittimità significa altresì ammettere la possibilità che vi siano situazioni trattate diversamente. Si pensi al caso del licenziamento adottato in violazione del requisito di motivazione, che viene contraddittoriamente sanzionato dall'art. 18, comma 6, Stat. lav. con l'inefficacia, pur riconoscendo l'effetto estintivo sul rapporto di lavoro attraverso il diritto del lavoratore a percepire un'indennità compresa tra 6 e 12 mensilità. Ciò, nonostante il requisito della motivazione sia posto dall'art. 2 comma 2 legge n. 604 del 1966 come essenziale e pertanto la sua assenza dovrebbe determinare, oltre all'inefficacia, espressamente prevista, la nullità del recesso datoriale, che quindi porrebbe a carico del piccolo imprenditore, in assenza di una previsione speciale, un regime sanzionatorio ben più afflittivo di quanto non accada per le imprese di più grandi dimensioni<sup>60</sup>.

A ben vedere, il sistema di tutela reale non appare un rimedio eccessivo per sanzionare il licenziamento illegittimo nella piccola impresa, se solo si pensi al caso del licenziamento che, pur discriminatorio, sia però giustificato, cioè poggi su ragioni di natura soggettiva od oggettiva che il datore di lavoro riesca a dimostrare. Anche in tal caso, a prescindere dalle dimensioni aziendali, è prevista la tutela reale. Ed al-

<sup>58</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *L'evoluzione del diritto vivente e i problemi del "Jobs Act"*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4, 2022, 1073 ss. Si tratta peraltro di un ambito dove è dato cogliere un rapporto dialettico tra differenti opzioni del legislatore e riferimenti valoriali, cfr. D. GAROFALO, *I licenziamenti economici tra scelte legislative e incursioni ideologiche*, in *Arg. Dir. lav.*, n. 1, 2023, 1 ss.

<sup>59</sup> C. PISANI, *La Corte costituzionale elimina il regime di tutela indennitaria previsto dall'art. 18 Stat. Lav. per il motivo oggettivo di licenziamento da soppressione del posto*, in *Arg. Dir. lav.*, n. 4, 2022, 721 ss.; C. CESTER, *Ancora un intervento demolitorio della Corte costituzionale sul novellato art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Lav. giur.*, n. 8-9, 2022, 813 ss.

<sup>60</sup> Evidenza tale incongruenza, superabile attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata ovvero una declaratoria di illegittimità costituzionale, O. MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro. Artt. 2118-2119 e 2121*, in P. Schlesinger (fondato e già diretto da), F. D. Busnelli, G. Ponzanelli (continuato da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2023, 185.

lora, qualora il licenziamento sia ingiustificato, sebbene non discriminatorio, la tutela reintegratoria non apparirebbe sproporzionata, dal momento che se è ragionevole sanzionare con la tutela reale un licenziamento giustificato, a maggior ragione lo è prevedere il medesimo regime reintegratorio per quello ingiustificato. A tale assunto si può obiettare che il maggior disvalore del licenziamento discriminatorio è idoneo a fondare un regime di tutela più forte rispetto a quello previsto per un recesso datoriale solo privo di giustificazione.

Una siffatta argomentazione, però, non convince, giacché l'assenza di giustificazione, intesa sia come mancata motivazione, sia come infondatezza di essa, non appare una fattispecie meno grave, dal momento che l'effetto è comunque la cessazione del rapporto di lavoro senza un valido motivo, in palese violazione del principio, di portata generale e sistematica, della giustificazione del licenziamento<sup>61</sup>.

D'altra parte, al fine di rendere tale regime ripristinatorio non eccessivamente oneroso e disfunzionale per il datore di lavoro, che peraltro così otterrebbe, come detto, una contropartita economica di non poco momento, neutralizzando la sospensione del decorso dei termini di prescrizione dei diritti connessi al rapporto di lavoro<sup>62</sup>, andrebbe certamente garantito un processo del lavoro all'altezza del compito affidato.

<sup>61</sup> Peraltro, una simile soluzione apparirebbe in linea anche con l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Occorre però considerare che la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 194/2018, ha escluso la diretta applicabilità della Carta, dal momento che l'Unione non avrebbe in concreto esercitato la competenza in materia di disciplina dei licenziamenti individuali. Diversamente, E. ALES, *La dimensione "costituzionale" del Modello sociale europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in WP CSDLE Massimo D'Antona.It, 2016, 14 ss., ha evidenziato che il diritto, sancito dal predetto articolo, alla tutela contro il licenziamento ingiustificato conformemente al diritto dell'Unione europea e alle legislazioni (nonché prassi) nazionali, sarebbe sufficientemente preciso e suscettibile di immediata applicabilità nell'ordinamento interno, proprio in forza della competenza riconosciuta in materia all'Unione. Sul tema, tra gli altri, v. M. PEDRAZZOLI, *Art. 30 – Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (cur.), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 578 ss.

<sup>62</sup> P. TOSI, E. PUCETTI, *Il fantasma della tutela reintegratoria "residuale" divora la prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Arg. Dir. lav.*, 2023, 1, 131 ss.

Si ritiene, infatti, che la rapida definizione del giudizio soddisfi a ben vedere un interesse di entrambe le parti del rapporto al fine di una chiara e definitiva chiusura del contenzioso pendente, nonché di una più nitida prevedibilità della posta economica in gioco, favorendo anche indirettamente il ricorso a modalità di definizione del contenzioso alternative al giudizio, secondo una linea evolutiva particolarmente valorizzata dal legislatore nei tempi recenti<sup>63</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. E. GRAGNOLI, I. BRESCIANI, *Le prospettive della riforma del processo civile*, in E. Gragnoli, I. Bresciani (cur.), *Considerazioni preliminari alla riforma del processo civile in materia di lavoro*, Torino, 2023, 12.



## LE CONSEGUENZE PREVIDENZIALI DELLA REINTEGRA

Pietro Pozzaglia

SOMMARIO: Premessa. – 1. Corte costituzionale e licenziamento. Il sistema perduto. – 2. Licenziamento e rapporto giuridico previdenziale nella vigenza dell'originario testo dell'art. 18 Stat. lav. – 3. L'*aliunde perceptum* contributivo nella riforma Fornero. – 4. Le conseguenze previdenziali della reintegra nel *Jobs Act*. Un passo indietro. – 5. Le interferenze tra sanzione conformativa e istituti a tutela del reddito. – 6. Le conseguenze previdenziali della tutela indennitaria.

### *Premessa*

La ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro conseguente a reintegrazione, soprattutto a seguito della scomposizione della tutela reale in più regimi differenziati, implica una serie di ricadute sul piano previdenziale non facilmente riconducibili ad un coerente quadro sistematico. Da un lato, infatti, i medesimi principi<sup>1</sup> che presidiano la ricostituzione della posizione contributiva del lavoratore reintegrato, se non applicati con i doverosi accorgimenti, rischiano di interferire in maniera poco coerente con gli istituti a garanzia del reddito fruiti dal lavoratore in corso di licenziamento; dall'altro, l'assenza di una regolamentazione di raccordo tra apparato sanzionatorio previdenziale e giuslavoristico, rischia di far gravare sul datore di lavoro oneri economici non immediatamente riconducibili alla illegittimità del recesso comminato.

Anche la ormai imprevedibile perimetrazione delle tutele (reale e indennitaria) nell'ambito della medesima sanzione d'area, rischia di porre inedite questioni interpretative rispetto alla possibilità di accesso ai trattamenti pensionistici, fino a sollevare questioni sulla tenuta intergenerazionale del sistema previdenziale di potenziale rilievo costituzionale.

<sup>1</sup> V. *infra* par. 5.

In questo contesto, da sempre complesso, i principi enunciati dalla Corte costituzionale nel corso della recente «stagione riformista»<sup>2</sup>, si pongono quale ulteriore elemento di complicazione dell'instabile raccordo tra sfera negoziale e rapporto giuridico previdenziale, con il rischio di ulteriori questioni di legittimità costituzionale.

### 1. Corte costituzionale e licenziamento. Il sistema perduto

È dato incontrovertibile che la Corte costituzionale abbia costantemente contribuito alla formazione e al consolidamento delle regole sul licenziamento, nei fatti intervenendo su tutti i possibili profili di rilievo costituzionale della materia.

Con le pronunce più risalenti, occupandosi della collocazione sistematica della materia nell'ambito dei principi costituzionali, la Corte ha proceduto di pari passo con il legislatore nel processo di graduale enucleazione delle tutele giuslavoristiche dai relativi fondamenti costituzionali, misurando l'impatto dei propri interventi nel senso del tendenziale rispetto delle soluzioni opzionate in via legislativa.

In questo senso, può rammentarsi l'*iter* giurisprudenziale di graduale impulso alla adozione della regola di giustificazione necessaria, sino ad accordarle quella copertura costituzionale<sup>3</sup> invece negata alla reintegrazione<sup>4</sup>, coerentemente con il sistema delle sanzioni d'area.

<sup>2</sup> C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, Relazione al Convegno AIDLaSS, Torino, 2022, in *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Padova, 2023, 34 ss.

<sup>3</sup> Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1118, che riporta lo storico monito al legislatore di adeguare «la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e di circondare di doverose garanzie [...] e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti». Questo passo della Corte è ripreso nel celebre scritto di G.F. MANCINI, *Art. 4*, in G. Branca (cur.), *commentario della Costituzione, Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 199 ss., qui 240; M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione* in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n. 175, 20132 ss.

<sup>4</sup> Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55; Corte cost. 16 gennaio 1975, n. 152; Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46; Corte cost. 9 novembre 2011, n. 303; Corte cost. 26 novembre 2020, n. 254; Corte cost. 1° aprile 2021 n. 59; Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125. In

Con il medesimo approccio la Corte, a più riprese, è intervenuta sull'ambito oggettivo di applicazione delle tutele, avallando le scelte del legislatore nella distinzione tra sanzioni di area<sup>5</sup> e sull'ambito soggettivo delle tutele, legittimando, quando possibile<sup>6</sup>, le deroghe legali alla regola di giustificazione necessaria<sup>7</sup>.

Più recentemente, conclusa la stagione delle riforme della disciplina sui licenziamenti, l'approccio della giudice delle leggi sembra aver mutato tendenza. Con le ultime pronunce – anche su impulso di principi ribaditi a livello sovranazionale<sup>8</sup> – la Corte ha dato corpo a un sistema di regole e tutele che, nel loro complesso, risultano di ispirazio-

particolare, Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, per la quale il diritto alla stabilità del posto, «non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme» (punto 5 del Considerato in diritto). In dottrina, v. C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, cit., 27 ss. ed ivi ampi richiami di dottrina; A. TOPO, *Polifunzionalità della sanzione per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. rel. ind.*, 2019, 629. Sulla tutela reintegratoria come «archetipo iniziale» nella disciplina dei licenziamenti, si rinvia a V. AMOROSO, *Articolo 18 statuto dei lavoratori. Una storia lunga oltre cinquant'anni*, Bari, 2022.

<sup>5</sup> Corte cost. 6 marzo 1974 n. 55, che ha ritenuto legittimi i limiti dimensionali per l'applicazione della tutela reale, essendo le dimensioni dell'azienda «dato aderente alla realtà economica di comune esperienza», valutabile dal legislatore per modulare le tutele; Corte cost. 19 giugno 1975, n. 152, che ha ritenuto legittimo il differente limite dimensionale per le imprese agricole; Corte cost. 13 maggio 1993 n. 240, sulla legittimità della assenza di limiti dimensionali prevista dall'art. 2, co. 1, l. n. 108/1990.

<sup>6</sup> Corte cost. 3 aprile 1987, n. 96, ha ritenuto illegittima l'esclusione dalla giustificazione dei lavoratori marittimi e Corte cost. 31 gennaio 1991, n. 41, per il personale del volo.

<sup>7</sup> Corte cost. 1° febbraio 1983, n. 15 che ha ritenuto legittima l'esclusione degli ultra sessantacinquenni pensionabili di vecchiaia; Corte cost. 28 luglio 1976, n. 204 e Corte cost. 22 dicembre 1980, n. 189, per i lavoratori in prova; Corte cost. 13 febbraio 1974, n. 27, Corte cost. 15 gennaio 1976, n. 9, Corte cost. 15 marzo 1994, n. 86, Corte cost. 26 maggio 1995, n. 193, per le lavoratrici domestiche anche se madri o per ragioni di matrimonio; Corte cost. 6 luglio 1972, n. 121, Corte cost. 1° luglio 1992 n. 309, Corte cost. 26 ottobre 1992, n. 404, Corte cost. 8 giugno 1994, n. 325, per il caso dei dirigenti.

<sup>8</sup> Art. 30 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per cui «ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

ne divergente (se non diametralmente opposta) alla *ratio* sottesa ai più recenti interventi legislativi<sup>9</sup>.

La Corte ha infatti riscritto completamente il meccanismo di quantificazione delle tutele obbligatorie<sup>10</sup> previste all'art. 3, commi 1 e 4, d.lgs. n. 23/2015; ha riportato la tutela reintegratoria calmierata a rimedio generale per il caso di insussistenza del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo di recesso, sia per i vecchi<sup>11</sup> che per i nuovi assunti<sup>12</sup>; ha conformato la disciplina del licenziamento disciplinare per i nuovi assunti a quanto previsto dall'art. 18, comma 4, relativamente alle ipotesi di recesso per gli inadempimenti compresi tra

<sup>9</sup> Cfr. C. PISANI, *La controriforma della Corte costituzionale della disciplina rimediabile per il licenziamento ingiustificato: tra sconfinamenti e nuove disarmonie*, in *Dir. merc. lav.*, n. 2, 2023, 256, che parla di «contrapposizione frontale con la politica legislativa». Nello stesso senso, A. TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, II, 271; P. TOSI, *La sentenza n. 194/18 della Corte costituzionale e il suo dopo*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 244; A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (Alla ricerca di una norma che non c'è)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 228.

<sup>10</sup> Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, sulla quale si rinvia a C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 149, per il quale la pronuncia «è accentuatamente manipolativa in quanto la norma che residua dalla dichiarazione di incostituzionalità è molto diversa dalla sua versione originaria, come si vedrà»; Corte cost. 16 luglio 2020, n. 150 e Corte cost. 7 maggio 2021, n. 93.

<sup>11</sup> Con riferimento all'art. 18 Stat. lav., si rinvia a Corte cost. 1° aprile 2021, n. 59, che ha stabilito la obbligatorietà per il giudice di reintegrare il lavoratore nel caso di manifesta insussistenza delle ragioni fondanti il motivo oggettivo di recesso (principio subito applicato da Cass. 25 maggio 2022, n. 16975) e Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125, che ai fini dell'applicazione dell'apparato sanzionatorio ricostruito con la precedente sentenza, ha ritenuto sufficiente l'insussistenza delle ragioni fondanti il motivo oggettivo di recesso, eliminando la parola «manifesta».

<sup>12</sup> Corte cost. 16 luglio 2024, n. 128, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, nella parte in cui non prevede che la tutela reintegratoria attenuata si applichi anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta invece estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore (c.d. *repêchage*).

le sanzioni conservative<sup>13</sup>; ha esteso l'area di operatività della tutela reale "piena" del *Jobs Act* a qualsiasi ipotesi di licenziamento nullo<sup>14</sup>.

In questo più recente e complesso percorso interpretativo, la Corte non sembra però essere riuscita a ricondurre i principi di volta in volta attinti per la soluzione del quesito sottoposto ad un coerente sistema interpretativo<sup>15</sup>, dando anzi luogo a contraddizioni suscettibili di riverberarsi anche sull'interpretazione delle norme che compongono il complessivo quadro di regole sulle conseguenze previdenziali della reintegra.

Ed infatti, se da un lato, la Corte ha più volte enunciato la legittimità<sup>16</sup> del c.d. doppio binario delle tutele tra vecchi e nuovi assunti alla data del 7 marzo 2015; dall'altro, nelle pronunce estensive della reintegra, ha invece palesato la opposta esigenza di coordinare e, per quanto possibile, appianare le differenze tra le due discipline anche in vista,

<sup>13</sup> Corte cost. 16 luglio 2024, n. 129 che – pur rigettando le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui non prevede la reintegra calmierata nel caso di fatto contestato previsto come punibile dalla contrattazione collettiva con sanzione conservativa – ha comunque precisato che la disposizione deve essere letta nel senso che il riferimento alla proporzionalità del licenziamento ricomprende le ipotesi in cui la contrattazione collettiva vi faccia riferimento come clausola generale ed elastica; ma non ricomprende invece le ipotesi in cui il fatto contestato sia in radice inidoneo, per espressa pattuizione contrattuale, a giustificare il licenziamento, le quali vanno invece equiparate a quelle dell'insussistenza del fatto materiale. Prima della Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità (Cass. 10 aprile 2019, n. 12174) aveva già parificato l'ipotesi dell'insussistenza del fatto, cancellando – a livello interpretativo – la parola «materiale». In questo senso si v. C. PISANI, *Non tutti i licenziamenti illegittimi sono uguali: La verità disvelata da Corte cost., n. 7/2024 e le sue ricadute*, in *Arg. dir. lav.*, 2024, qui 448.

<sup>14</sup> Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 22.

<sup>15</sup> In questo senso, cfr. P. PASSALACQUA, *Il licenziamento nullo nel quadro delle tutele differenziate alla prova del diritto vivente*, in corso di pubbl. su *Variet. temi dir. lav.*, n. 3, 2024, 34 (del datt.), il quale considera con favore la proposta referendaria della Cgil di abrogazione del *Jobs Act* «non come soluzione per contrastare la precarietà, ma come soluzione quantomeno semplificativa del quadro generale o in funzione di stimolo al tanto auspicato intervento razionalizzante del legislatore».

<sup>16</sup> Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194; Corte cost. 22 gennaio 2024, n. 7; Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 44.

evidentemente, del graduale esaurirsi della regolamentazione statutaria.

Nello stesso senso, pur sembrando aver accordato dignità costituzionale al principio di necessaria graduazione delle tutele<sup>17</sup>, ha poi ricompattato l'intero sistema sanzionatorio intorno alla reintegra, limitando la misura indennitaria ai soli casi di violazione del *repechage*<sup>18</sup> (per i nuovi assunti) e dei canoni di buona fede (per entrambi i regimi) nel motivo oggettivo di recesso; al contempo, reintroducendo la tutela reale nel caso di licenziamento per fatto disciplinare sanzionato con misura conservativa dal contratto collettivo<sup>19</sup>. In questa prospettiva, può essere letta anche la condivisibile riconduzione alla medesima tipologia sanzionatoria di tutte le ipotesi di nullità del licenziamento<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> C. PISANI, *Non tutti i licenziamenti illegittimi sono uguali*, cit., qui 455.

<sup>18</sup> Nonostante il doppio intervento di Corte cost. 1° aprile 2021, n. 59 e Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125, prima di Corte cost. 16 luglio 2024, n. 128, la giurisprudenza di legittimità riteneva ancora sanzionabile con la reintegra la violazione del *repechage* in quanto elemento concorrente alla sussistenza del fatto posto a fondamento del recesso. In questo senso, Cass. 13 novembre 2023, n. 31451 e Cass. 28 dicembre 2022, n. 37949 che richiamano espressamente Cass. 2 maggio 2018, n. 10435. Prima di Corte cost. n. 128/2024, si erano espressi in termini di riconducibilità della violazione del *repechage* alla tutela indennitaria C. PISANI, *La violazione del repechage dopo le "riforme" della Corte costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, 98 ss.; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 17; P. TOSI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: un equilibrio fragile*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 760; A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento negli approdi nomofilattici della Cassazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 561; nello stesso senso, G. VIDIRI, *Il licenziamento per motivi economici ed il repêchage nel diritto del lavoro che cambia*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, 55 e G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo": la fattispecie*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 61 ss.

<sup>19</sup> La Corte ha tuttavia escluso dalla tutela reale l'ipotesi del licenziamento per fatto disciplinare sussumibile in clausola generale o elastica, in tal modo rimeditando l'orientamento pericolosamente assunto da Cass. 11 aprile 2022, n. 11665 e Cass. 2 maggio 2022, n. 13774. In argomento, si rinvia a C. PISANI, *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 applicative della reintegrazione: contenuti e criticità*, in *Lav. giur.*, 2024, 761 ss.

<sup>20</sup> Sul tema V. P. PASSALACQUA, *Il licenziamento nullo nel quadro delle tutele differenziate alla prova del diritto vivente*, cit. ed ivi ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

Ed ancora, se Corte cost. 194 del 2018 ha dichiarato incostituzionale il meccanismo di quantificazione dell'indennità risarcitoria delle tutele obbligatorie del *Jobs Act*, perché in contrasto con la discrezionalità del giudice (elevata, quest'ultima, a valore di rango costituzionale), Corte cost. 59 del 2021 ha invece censurato il potere di scelta di accordare o meno la reintegra nel motivo oggettivo di recesso<sup>21</sup>, in quanto disciplinato da una norma assunta come «disancorata da precisi punti di riferimento»<sup>22</sup>. Così come, Corte cost. 125 del 2022 ha eliminato dall'indagine sulla inesistenza del motivo oggettivo di recesso il profilo della sua eventuale natura «manifesta»<sup>23</sup> in quanto precetto a contenuto eccessivamente generico<sup>24</sup>.

Anche nell'interpretazione della legge delega<sup>25</sup>, la Corte non è riuscita a tenere insieme l'osservanza del dato testuale delle norme con la

<sup>21</sup> C. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, cit., 36, per il quale «il voler continuare a valutare la legittimità di tale nuovo assetto con lo sguardo nostalgico sempre rivolto all'indietro al precedente sistema, determina poi una invasione di campo restauratrice rispetto al potere legislativo, se è vero che dai principi costituzionali non può evincersi alcuna opzione vincolata per la reintegrazione».

<sup>22</sup> Si tratta della declaratoria di incostituzionalità della discrezionalità del giudice di accordare la reintegra calmierata prevista dall'art. 18, comma 7 Stat. lav.

<sup>23</sup> In argomento v. A. D'ORONZO, *Il licenziamento economico, dalla legge n. 604 del 1966 alle recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Lav. dir. Europa*, 2023, 2, 12, per la quale la Corte (nella specie Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125) ha compiuto una «operazione di ortopedia giuridica, forse non del tutto ortodossa sotto il profilo della giurisprudenza costituzionale».

<sup>24</sup> Corte cost. 16 luglio 2024, n. 129, punto 9.2.

<sup>25</sup> Su questo specifico profilo, si v. C. PISANI, *La Corte costituzionale elimina il regime di tutela indennitaria previsto dall'art. 18 Stat. lav. per il motivo oggettivo di licenziamento da soppressione del posto*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, 723 ss., spec. 725, dove l'autore evidenzia come «da questo punto di vista è evidente la diversità di orientamento con le precedenti due sentenze, la n. 194/2018 e la n. 150/2020: queste, infatti, correggono anche incisivamente le norme impugnate, ma senza uscire mai dall'impostazione seguita dal legislatore di sanzionare solo economicamente il datore di lavoro. Al contrario, nulla di tutto ciò si ritrova nelle sentenze n. 59 e n. 125, dove il modello adottato dal legislatore del 2012 viene radicalmente eliminato: tra indennità e reintegrazione non è data al giudice alcuna alternativa quando le ragioni giustificatrici risultano (neanche più manifestamente) insussistenti».

<sup>25</sup> Per alcune considerazioni sulle questioni interpretative sollevate dalla Corte costituzionale nella interpretazione della legge delega al *Jobs Act*, v. G. FONTANA, *La*

necessità di rispettare le finalità della delega nel suo complesso, come nel caso della assimilazione tra fatto contestato nel licenziamento disciplinare e fatto posto a fondamento del motivo oggettivo di recesso<sup>26</sup>. Soluzione che, oltre ad essere opinabile sotto il profilo ermeneutico, si risolve in un palese contrasto con la legge delega, che aveva invece demandato al Governo l'eliminazione della sanzione reale dalla disciplina del licenziamento per ragioni oggettive.

Anche sul connesso versante dell'attuazione dei principi costituzionali delle tutele previdenziali, le pronunce della Corte hanno seguito un percorso in parte simile, con l'ulteriore complicazione dovuta alla oggettiva complessità di operare un «continuo bilanciamento tra la difesa dei diritti costituzionali e l'esigenza di non invadere spazi riservati alla discrezionalità legislativa»<sup>27</sup>.

Pur ribadendo, anche in questo ambito, il principio per cui spetta al legislatore «la determinazione dei tempi, dei modi e della misura delle prestazioni sociali»<sup>28</sup>, in alcune più recenti pronunce, la Corte ha iniziato a mostrare un approccio potenzialmente interventista, come conferma l'ampio spazio di manovra che la Consulta ha inteso ricavarsi affermando che il margine interpretativo del legislatore ed il conseguente esercizio del sindacato di ragionevolezza della Corte, debba essere ricompreso tra il pareggio di bilancio ed il «contenuto minimo essenziale dei diritti sociali»<sup>29</sup>.

Non è un caso che, proprio in questo ambito, il principio di ragionevolezza, inteso nel senso di giudizio di coerenza della norma rispetto al contesto normativo di riferimento, sia venuto ad ampliarsi sino a so-

*Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, 2018, 382.

<sup>26</sup> Corte cost. 16 luglio 2024, n. 128, punto 15, dove l'assimilazione è fondata sulla scorta della opinabile considerazione per cui «il recesso datoriale offende la dignità del lavoratore per la perdita del posto di lavoro quando non sussiste il fatto materiale allegato dal datore di lavoro a suo fondamento, quale che sia la qualificazione che ne dia il datore di lavoro, sia quella di ragione d'impresa sia quella di addebito disciplinare».

<sup>27</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. Canavesi, E. Ales (cur.), *Mezzi adeguati alle esigenze di vita*, Napoli, 2023, 66.

<sup>28</sup> Corte Cost. 19 dicembre 2006, n. 426.

<sup>29</sup> Corte Cost. 30 aprile 2015, n. 70.

vrapporsi al controllo di razionalità e ragionevolezza<sup>30</sup> della norma nel suo potenziale impatto sui livelli di tutela delle generazioni a venire<sup>31</sup>.

In questo contesto di mutata sensibilità della Corte costituzionale e di tendenziale carenza di sistematicità e di conseguente incertezza normativa<sup>32</sup>, vengono ad inscrivere le problematiche, di potenziale rilievo costituzionale, sollevate dalle interferenze tra disciplina contrattuale sui licenziamenti e rapporto giuridico previdenziale.

## 2. Licenziamento e rapporto giuridico previdenziale nella vigenza dell'originario testo dell'art. 18 Stat. lav.

Quando si parla dei profili previdenziali del licenziamento, è inevitabile affrontare la questione del c.d. *aliunde* contributivo, con ciò intendendosi la possibilità – a fronte della ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro conseguente a reintegra – di tenere conto della contribuzione *medio tempore* eventualmente accreditata sulla posizione assicurativa del lavoratore; con l'effetto di limitare l'esposizione debitoria del datore ai soli vuoti contributivi presenti al momento della pronuncia conformativa.

Al tema dell'*aliunde* è intimamente connesso quello delle conseguenze sanzionatorie per il tardivo versamento della contribuzione

<sup>30</sup> G. LUDOVICO, *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 49, il quale evidenzia come la Corte, sovente, utilizzi in concorso termini come ragionevolezza, proporzionalità, razionalità ed eguaglianza, conferendogli, di fatto, un significato sovrapponibile.

<sup>31</sup> M. D'ONGHIA, *Retroattività e diritti previdenziali fra (presunta) intangibilità dei cd. diritti quesiti e solidarietà intergenerazionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 275 ss.

<sup>32</sup> Il titolo del paragrafo è volutamente ispirato a A. VALLEBONA, *Alla ricerca della certezza perduta*, in *Giur. it.*, n. 6, 2000, 1334 ss., nel quale l'Autore lamenta la profonda incertezza del sistema normativo anche a cagione dell'efficacia delle pronunce della Corte costituzionale, tali da determinare il «sacrificio della certezza sull'altare della garanzia dei diritti costituzionalmente garantiti». Del medesimo autore, sul tema della certezza del diritto, si rinvia anche a *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 30; *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 293; *Clausole generali e controllo della Cassazione*, in *Dir. lav.*, 2004, 19; *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 644.

previdenziale (naturale effetto della reintegrazione), nonché della opportunità di modulare l'applicazione delle sanzioni da omesso pagamento in ragione del diverso grado di illegittimità dell'atto di recesso.

Entrambi i profili sono stati oggetto di intenso dibattito<sup>33</sup> sin dalla originaria formulazione dell'art. 18 Stat. lav. che, come noto, nella versione antecedente alla riforma del 1990, non contemplava alcuna disposizione che imponesse un obbligo esplicito di versamento contributivo per il periodo intercorrente tra licenziamento e sentenza di reintegra. Ed infatti, sebbene questo obbligo fosse "intuitivamente" desumibile dagli effetti *ex tunc* della pronuncia di reintegra, vi era comunque l'ostacolo dell'art. 12, d.lgs. 153/69, che escludeva dalla base imponibile contributiva le somme pagate a titolo di risarcimento del danno quali, sebbene all'epoca non per giurisprudenza unanime<sup>34</sup>, quelle liquidate ai sensi dell'art. 18 Stat. lav.

La supplenza giurisprudenziale fu resa possibile da Corte Cost. n. 7 del 1986<sup>35</sup> che ricondusse l'origine dell'obbligazione contributiva,

<sup>33</sup> Ne tratta diffusamente già M. DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, 541. Sul periodo precedente alla riforma del 1990, v. anche F. LISO, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 169 ss.; C. GULLÌ, *Legge 108/1990: licenziamento illegittimo e rapporto assicurativo*, in *Dir. prat. lav.*, 1990, 2884 ss.

<sup>34</sup> La natura risarcitoria delle somme pagate per il periodo intercorrente tra la data del licenziamento a quella della pronuncia che dispone la reintegra è stata recentemente ribadita, anche con riferimento al testo novellato dell'art. 18 Stat. lav., da Corte cost. 21 marzo 2018, n. 86, in *Giur. cost.* 2018, 1474, con nota di R. FABOZZI. Per un ampio commento alla pronuncia, si rinvia a R. SANTUCCI, *La questione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: un ulteriore colpo per un'emarginazione discutibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 353 ss.; sull'argomento, v. anche G. MARINO, *Il datore non ottempera all'ordine di riassunzione? L'indennità ha natura risarcitoria, non retributiva*, in *Dir. Giustizia*, n. 75, 2018, 7.

<sup>35</sup> Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 7, in *Orient. giur. lav.*, 1986, 765 e in *Giur. it.*, n. 1, 1987, I, 800, per la quale «[...] siccome il licenziamento illegittimo non produce la cessazione del rapporto di lavoro e, quindi, del rapporto assicurativo-previdenziale ad esso collegato, e siccome anche per il periodo compreso tra il licenziamento ed il provvedimento di reintegrazione sono dovute le retribuzioni, sia pure comprese nel danno liquidato, e sussiste la possibilità che sia coperto tutto il periodo di sospensione della prestazione del lavoro avendo la norma di previsione determinato solo il minimo del danno risarcibile e non il massimo, non può assolutamente affermarsi che non sus-

non al pagamento delle somme corrisposte a seguito di reintegra ma alla inidoneità del licenziamento illegittimo, nelle aziende soggette a tutela reale, a interrompere il rapporto di lavoro<sup>36</sup>. Di talché, la soluzione al dilemma interpretativo sulla natura (risarcitoria o retributiva) dell'indennità corrisposta per il *medio tempore*, non era suscettibile di interferire con la misura della contribuzione previdenziale<sup>37</sup>.

Successivamente, finalizzando lo spunto interpretativo<sup>38</sup> della Corte costituzionale, la legge n. 108/90 introdusse nel testo dell'art. 18 Stat. lav. un obbligo esplicito di versamento contributivo per il *medio tempore*.

La disposizione, certamente opportuna, non affrontava però la questione della misura dell'obbligazione rispetto al possibile variare dell'indennità risarcitoria<sup>39</sup> suscettibile, per quanto parametrata alle retribuzioni perdute, di essere ridotta in caso di *aliunde perceptum* ov-

sista l'obbligo contributivo del datore di lavoro». Per un approfondito commento alla pronuncia, v. M. D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo, effetti retributivi della «crisi di funzionalità» del rapporto di lavoro e contribuzione previdenziale*, in *Foro it.*, 1986, I, 1785; G. DONDI, *Nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime note sui profili previdenziali*, in *Prev. soc.*, 1990, 1221, ss.; più recentemente A. VALLEBONA, *Le pronunzie della Corte costituzionale sulla disciplina dei licenziamenti*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, 703 ss.

<sup>36</sup> La tesi sostenuta da Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 7, appare contraddittoria laddove assume l'indifferenza della natura delle somme rispetto all'obbligazione contributiva in quanto «[...] anche nel periodo ricompreso sono dovute le retribuzioni, sia pure comprese nel danno liquidato». Questa ambiguità si rinviene nella successiva giurisprudenza di legittimità, in seno alla quale venne a consolidarsi un orientamento interpretativo che riconosceva alle somme pagate in occasione della reintegra «*natura, oltre che risarcitoria, anche retributiva*»; in questo ultimo senso Cass. sez. un. 24 ottobre 1991, n. 11327; Cass. 23 giugno 1989, n. 3013; Cass. 31 maggio 1986, n. 3688; Cass. 3 aprile 1986, n. 2296.

<sup>37</sup> Si v. in proposito le considerazioni di C.A. NICOLINI, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: profili previdenziali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 582.

<sup>38</sup> A. DI STASI, *Sulle sanzioni civili per omissione contributiva a seguito di reintegra per illegittimità del licenziamento*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 253.

<sup>39</sup> G. FERRARO, *Art. 1 – Reintegrazione*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla l. 11 maggio 1990, n. 108*, 1990, 63, per il quale se la misura del risarcimento da reintegra non può essere inferiore alle 5 mensilità, la contribuzione avrebbe dovuto essere comunque ridotta nel caso di interruzione del rapporto di durata inferiore.

vero di essere incrementata in caso di concorso con ulteriori danni risarcibili subiti dal lavoratore<sup>40</sup>.

L'inevitabile contrasto giurisprudenziale<sup>41</sup> venne risolto<sup>42</sup> nel senso della irrilevanza ai fini della determinazione dell'obbligazione contributiva dell'entità del risarcimento percepito dal lavoratore; ribadendosi l'opzione interpretativa<sup>43</sup> per cui la contribuzione dovuta dovesse restare in ogni caso parametrata alle retribuzioni teoriche perdute<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Il principio per il quale il risarcimento del *medio tempore*, sebbene parametrato alle retribuzioni, è suscettibile di diversa modulazione (anche in eccesso), si rinviene già in Cass. sez. un., 29 aprile 1985, n. 2762 per cui «[...] il risarcimento del danno per il periodo intercorrente tra il licenziamento e la sentenza di annullamento si identifica - quanto al danno eccedente le cinque mensilità dovute "ex lege" - nelle retribuzioni non percepite, salvo che il dipendente provi di aver subito un danno maggiore oppure che il datore di lavoro provi l'"aliunde perceptum" o la sussistenza di un fatto colposo del lavoratore in relazione al danno che il medesimo avrebbe potuto evitare usando la normale diligenza». Massima di recente confermata anche da Cass. 1° marzo 2017, n. 5281 e da Cass. 23 ottobre 2023, n. 29335, per cui «nel regime di tutela reale, antecedente la l. n. 92/2012, la predeterminazione legale del danno risarcibile in favore del lavoratore licenziato non esclude che lo stesso possa chiedere il risarcimento di un danno ulteriore, comunque derivato dal licenziamento, quale, ad esempio, il risarcimento per danno all'immagine o per danno morale».

<sup>41</sup> Cfr. Cass. 4 luglio 1996, n. 6095, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, 143, che quantifica la contribuzione in ragione della retribuzione teoricamente spettante al lavoratore reintegrato e Cass. 16 marzo 2002, n. 3905, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, 328, con nota di N. GHIRARDI, che, invece, ritiene l'obbligo contributivo parametrato al numero di mensilità effettivamente liquidate in sentenza.

<sup>42</sup> Cass. sez. un. 5 luglio 2007, n. 15143, in *Foro it.*, n. 4, 2008, I, 1204, con nota di R. MANCINO; in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 2, 496, con nota critica di V. FERRANTE, *Il risarcimento del danno contributivo in caso di aliunde perceptum*; in *Mass. giur. lav.*, 2007, 732, con nota di L. PERINA, *L'obbligo contributivo nel periodo intermedio tra il licenziamento e la sentenza di reintegra*.

<sup>43</sup> Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 7, cit.

<sup>44</sup> Secondo le Sezioni unite, infatti «[...] la posizione previdenziale del lavoratore costituisce oggetto di tutela differenziata rispetto a quella operante sul piano del rapporto di lavoro nel periodo compreso tra la data del licenziamento illegittimo e quello della data di reintegrazione». In senso conforme L. SINISCALCHI, *Reintegrazione nel posto di lavoro, risarcimento del danno, retribuzioni e obbligo contributivo*, in *Dir. lav.*, 1986, II, 298; M. D'ANTONA, *Licenziamento illegittimo, effetti retributivi della "crisi di funzionalità" del rapporto di lavoro e contribuzione previdenziale*, in *Foro it.*, 1986, I, 1785; G. FERRARO, *I licenziamenti individuali. Commentario alla legge 11 maggio 1990*

Per il medesimo effetto non si considerò ricavabile in via interpretativa<sup>45</sup> una regola di *aliunde perceptum* contributivo, mentre l'eventuale duplicazione della posizione assicurativa del lavoratore che avesse *medio tempore* prestato altra attività, si riteneva giustificata in un'ottica sanzionatoria del datore di lavoro<sup>46</sup> ovvero di finanziamento del sistema generale<sup>47</sup>.

Muovendo da queste medesime premesse, la giurisprudenza di legittimità, chiamata ad un nuovo intervento a sezioni unite sui profili sanzionatori connessi alla ricostituzione della posizione contributiva<sup>48</sup>,

*n. 108, Napoli, 12990, 63.* Si veda invece la condivisibile critica di C.A. NICOLINI, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: profili previdenziali*, cit., 585, per il quale l'art. 18 Stat. lav. «[...] riconosce al provvedimento che accoglie l'impugnazione del licenziamento due effetti distinti [...] esso determina la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito [...]; sull'autonomo piano dei rapporti contributivi, invece, essa impone il versamento dei contributi assistenziali e previdenziali [...]. Per questi ultimi, la deroga al principio generale consiste dunque nell'imporre la contribuzione in un periodo caratterizzato dall'assenza di obbligo retributivo».

<sup>45</sup> Isolata ma condivisibile, Cass. 11 dicembre 2001, n. 15621, che, in chiusura di motivazione, ha confermato la pronuncia del giudice di merito nella parte in cui questa aveva «disposto l'eventuale integrazione residuale della contribuzione a carico della società rispetto a quanto risultasse accreditato medio tempore a suo nome per effetto di altra attività soggetta a contribuzione».

<sup>46</sup> In questo senso S. EVANGELISTA, *Licenziamento illegittimo, reintegrazione nel posto di lavoro e contribuzione previdenziale nel periodo intermedio*, in *Inf. prev.*, 1986, 8 ss.; L. PERINA, *L'obbligo contributivo nel periodo intermedio tra il licenziamento e la sentenza di reintegra*, cit. 735; *contra*, condivisibilmente, R. VIANELLO, *Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. 23/2015, Bollettino Adapt*, 2015, 219 ss.

<sup>47</sup> In questo senso, S. IMBRIACI, in *Guida lav.*, 2007, 34, 54, in nota a Cass. sez. un. 5 luglio 2007.

<sup>48</sup> Cass. sez. un. 18 settembre 2014, n. 19665, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, 241, con nota di A. DI STASI, *Sulle sanzioni civili per omissione contributiva a seguito di reintegra per illegittimità del licenziamento*, cit. Il contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni unite può essere in questo modo riassunto. Secondo un primo (e più condivisibile) orientamento (Cass. 1 aprile 2009, n. 7934) in occasione di sentenza di reintegra, non troverebbero mai applicazione le sanzioni previste dall'art. 116 della L. 23 dicembre 2000, n. 388, né quello precedente, di cui all'art. 1, commi 217 e seguenti, della L. 23 dicembre 1996, n. 662. Ciò in quanto l'omissione e l'evasione contributiva presuppongono entrambe la persistenza di un dovere attuale di versare i contributi. Obbligo di

diede luogo alla nota distinzione tra sentenze dichiarative e costitutive della reintegra, con applicazione, nel primo caso, delle sanzioni da omissione e nel secondo, come per qualunque obbligazione pecuniaria, della sola maggiorazione per interessi<sup>49</sup>.

In altri termini, pur nel silenzio del legislatore e nonostante la unicità dell'apparato sanzionatorio consistente nella sola reintegra (diremmo oggi) piena, le due pronunce a Sezioni unite, da un lato hanno disallineato *aliunde* contrattuale e previdenziale; dall'altro hanno diversificato il trattamento sanzionatorio a carico del datore di lavoro in ragione della diversa gravità dell'inadempimento contrattuale.

Soluzione che, a livello sistematico, non palesa un buon governo dei rapporti tra contratto di lavoro e rapporto giuridico previdenziale, applicando, senza alcun meditato adattamento, le regole ordinarie anche in occasione di un non fisiologico svolgimento del rapporto di lavoro.

Ed infatti, la autonomia del rapporto giuridico previdenziale, più volte ribadita nella motivazione delle Sezioni unite, non necessariamente conduce ad imporre l'accredito contributivo anche quando il rapporto di lavoro si sia svolto in assenza di prestazione ma, allo stesso

versamento che, tra la data del licenziamento e quella di pronuncia dell'ordine di reintegrazione non sussiste, non essendo il lavoratore alle attuali dipendenze del datore e non potendo, quindi, l'Inps neppure pretendere il pagamento dei contributi. Secondo l'orientamento contrapposto, (Cass. 13 gennaio 2012, n. 402 e Cass. Cass. 11 ottobre 2013, n. 23181, in *Lav. giur.*, 2014, 347, con nota di A. DI FEO, *Licenziamento illegittimo ed obbligo contributivo prima e dopo la riforma Fornero: quale regime per le sanzioni?*), sarebbe irrilevante la circostanza che nel *medio tempore* il datore non sia tenuto a presentare le denunce obbligatorie e a versare i contributi. La sentenza che accerta l'illegittimità del licenziamento, avendo efficacia *ex tunc* ricostituisce retroattivamente sia il rapporto di lavoro, sia quello previdenziale, con conseguente applicazione delle sanzioni da omissione contributiva. Più recentemente, sempre con riferimento a fattispecie antecedente alla riforma Fornero, l'orientamento delle Sezioni unite è stato confermato da Cass. 24 gennaio 2019, n. 2019. In dottrina, in senso adesivo, v. M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in *CDSLE "Massimo D'Antona"*, n. 251, 2015, 30 ss.

<sup>49</sup> Per una condivisibile critica all'orientamento giurisprudenziale in questione, v. R. VIANELLO, *Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, cit., 227.

tempo, quelle medesime energie lavorative, rese libere dal licenziamento, siano state proficuamente utilizzate *aliunde*.

Allo stesso modo, l'applicazione delle sanzioni da omissione (sebbene nei soli casi di più grave illegittimità del recesso), si risolve in una non condivisibile interpretazione estensiva della disciplina sanzionatoria, qui riadattata a ipotesi in cui l'omesso versamento della contribuzione non deriva dallo spirare del termine previsto dalla legge, ma è un effetto necessario della ricostituzione del rapporto. Interpretazione ancora una volta viziata dalla semplicistica applicazione delle regole ordinarie che, nonostante il dogma dell'autonomia dei due rapporti, avrebbero invece richiesto un più meditato approccio.

### 3. L'*aliunde perceptum contributivo* nella riforma Fornero

Soltanto con la legge n. 92 del 2012 viene introdotta una regola legale di *aliunde* contributivo, prevedendosi all'art. 18, comma 4, la riduzione dell'esborso contributivo datoriale in misura pari ai «versamenti accreditati» nel *medio tempore* sulla posizione individuale del lavoratore e la contestuale esclusione della applicazione delle sanzioni da omissione<sup>50</sup>.

La norma prende in considerazione le sole ipotesi di ricostituzione della posizione contributiva del lavoratore a seguito di reintegra "calmierata", mentre nulla viene detto con riguardo alle ipotesi di reintegra piena. Di qui, l'ulteriore complicazione del quadro interpretativo formatosi a seguito degli adattamenti giurisprudenziali succedutesi nella vigenza della precedente formulazione dell'art. 18 Stat. lav.

A fronte di questa previsione, infatti, il primo comma dell'art. 18 Stat. lav., con formulazione sostanzialmente invariata, continua a prevedere che, nella ipotesi di reintegrazione ivi disciplinata, il datore di

<sup>50</sup> Si riporta per comodità il testo della disposizione, nella parte in cui è prevista la condanna del datore al versamento della contribuzione «[...] dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative».

lavoro sia tenuto «per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali». Oltre a non venir disciplinata l'ipotesi di possibili duplicazioni contributive, la norma nulla prevede in merito all'applicazione di eventuali sanzioni da omissione.

La scelta legislativa, nel confronto tra i due commi dell'art. 18 Stat. lav., impone di interpretare la previsione del primo comma secondo i principi enunciati dalle sezioni unite del 2007 e 2014 con riguardo al vecchio testo della norma<sup>51</sup>. Da un lato, escludendosi la configurabilità di un *aliunde* previdenziale nelle ipotesi di reintegrazione piena; dall'altro, assoggettando il datore di lavoro anche al pagamento delle sanzioni da omissione (invece espressamente escluse nei casi di reintegrazione ai sensi del quarto comma). Di talché, alle osservazioni critiche già mosse nella vigenza del precedente quadro normativo, si vengono ad aggiungere le ulteriori questioni poste dalla scelta di differenziare le ricadute previdenziali in ragione della diversa tipologia di sanzione reintegratoria.

Ed infatti, anche a fronte della più volte ribadita legittimità, sul piano del rapporto di lavoro, della graduazione delle sanzioni, oltre che in ragione della data di assunzione, anche della diversa intensità dei vizi del licenziamento<sup>52</sup>, resta comunque da verificare se questa soluzione possa essere validamente opzionata pure con riferimento alle conseguenze contributive del licenziamento illegittimo. E ciò, ancor più ove si prendano in considerazione ipotesi di illegittimità parimenti sanzionate con la reintegra (piena o calmierata).

Peraltro, nel caso della contribuzione versata a seguito di reintegra (sia piena che calmierata), il datore di lavoro è tenuto a farsi carico della quota di contribuzione che, ove il versamento fosse avvenuto nelle tempistiche di legge, sarebbe stata invece recuperata dalla retribuzione del lavoratore<sup>53</sup>. Sicché, a fronte di questo identico regime di non ope-

<sup>51</sup> P. CAPURSO, *Licenziamento illegittimo e contribuzione previdenziale nella riforma del mercato del lavoro del 2012*, in *lavoroprevidenza.com*, ottobre 2012.

<sup>52</sup> Corte cost., 26 settembre 2018, n. 194 e Corte cost., 22 gennaio 2024, n. 7.

<sup>53</sup> In questo senso, P. CAPURSO, *Licenziamento illegittimo e contribuzione previdenziale nella riforma del lavoro del 2012*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 55. In giurisprudenza, Cass. 11 ottobre 2013, n. 23181, cit.; Cass. 25 giugno 2020, n. 12708, a mente della quale «nel caso di annullamento del licenziamento, non essendosi interrotto il rapporto previdenziale, la parte datoriale non è esentata dall'obbligo di versare i contributi

rattività dell'istituto della rivalsa previdenziale – a parere di chi scrive, invece applicabile nel caso di tutela conformativa – la modulazione del regime contributivo e di quello sanzionatorio tra primo e quarto comma, appare ancor più privo di significative basi sistematiche. Di fatto risolvendosi in una strumentalizzazione a fini punitivi degli elementi costitutivi della posizione previdenziale del lavoratore.

La mancata previsione di un *aliunde* contributivo nei casi di reintegra piena è inoltre suscettibile di creare situazioni di ingiustificato arricchimento del lavoratore che, in attesa della pronuncia di reintegra, abbia rinvenuto una fonte di reddito nello svolgimento di una libera professione per la quale sia stato tenuto a contribuire ad una Cassa di previdenza la cui regolamentazione preveda ancora la possibilità di restituzione dei versamenti effettuati.

Come noto, dopo una prima fase in cui le normative (sia di fonte legale che regolamentare) delle gestioni libero professionali prevedevano una generalizzata regola di rimborsabilità della contribuzione previdenziale<sup>54</sup>, il numero delle Casse che, ancora oggi, consentono forme di restituzione, così come le relative condizioni di concessione del beneficio, sono venute progressivamente restringendosi<sup>55</sup>. Laddove

ed è tenuto anche al pagamento della quota a carico del lavoratore, ai sensi della L. n. 218 del 1952, art. 23, che, trasferendo, appunto, l'obbligo di pagare una parte dei contributi da un soggetto all'altro, introduce una pena privata, assumendo una valenza sanzionatoria, giustificata dall'intento del legislatore di rafforzare il vincolo obbligatorio attraverso la comminatoria, per il caso di inadempimento, del pagamento di un importo superiore all'ammontare del mero risarcimento del danno». Il principio è inoltre ritenuto di generale applicazione, con conseguente riferibilità anche al caso della contribuzione dovuta a seguito di condanna al pagamento di differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori: Cass. 2 novembre 2015, n. 22379; Cass. 18 agosto 2014, n. 18027 e Cass. 17 marzo 2009, n. 6448. *Contra* R. VIANELLO, *Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, cit., 225.

<sup>54</sup> Cfr. L. CARBONE, *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, Torino, 1998, 228 ss.; ID. *La rimborsabilità dei contributi nella previdenza dei liberi professionisti*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1603.

<sup>55</sup> Si vedano le forti restrizioni introdotte da: art. 15, legge 11 ottobre 1990, n. 290 (per INARCASSA); art. 21, legge 5 agosto 1991, n. 249 (per i consulenti del lavoro); art. 23, legge n. 30 dicembre 1991, n. 414 (per i ragionieri), che hanno fissato a 65 anni il limite anagrafico prima del quale non vi può essere restituzione dei contributi silenti. La Cassa Forense ha invece escluso ogni forma di restituzione della contribuzione pre-

questo diritto è ancora previsto<sup>56</sup>, potrebbe tuttavia porsi una questione di indebito arricchimento, essendo consentito al lavoratore reintegrato di recuperare gli accrediti presenti nella Cassa previdenziale di (temporanea) appartenenza e, al contempo beneficiare della completa ricostituzione della posizione assicurativa.

Si tratta all'evidenza di questioni sulle quali, in assenza di un intervento chiarificatore del legislatore, potrebbe essere nuovamente chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale, non apparendo corrispondente a ragionevolezza e razionalità codificare tecniche di ricostituzione della posizione previdenziale del lavoratore differenziate, sebbene a fronte di pronunce aventi identica efficacia *ex tunc* e di regimi previdenziali non completamente allineati.

Al netto delle questioni di rilievo sistematico appena evidenziate, la disposizione sull'*aliunde* pone anche diverse problematiche sotto il profilo più strettamente interpretativo della norma.

Ci si riferisce, in particolare, all'utilizzo del lemma «accreditati» – in luogo, ad esempio, di «versati» o «dovuti» – per individuare i con-

videnziale con delibera del 28 febbraio 2004, che ha in tal senso modificato l'art. 4 del proprio regolamento per le prestazioni previdenziali. Modifica considerata legittima da Cass. 16 novembre 2009, n. 24202, che ha riconosciuto il diritto delle Casse libero professionali di adottare provvedimenti regolamentari contrari a disposizioni di legge (qui l'art. 21, legge n. 576 del 1980), quando ciò sia funzionale alla salvaguardia del proprio equilibrio di bilancio di lunga durata. Anche la Cassa per i notai (art. 10 del relativo statuto) non prevede alcuna possibilità di restituzione.

<sup>56</sup> L'Enpam prevede il diritto alla restituzione nel caso di contribuzione inferiore a cinque anni di anzianità contributiva in costanza di contribuzione, oppure, nel caso di cancellazione dall'Ordine, meno di 15 anni. Per la Cassa Commercialisti (art. 12 del Regolamento Unitario) hanno diritto alla restituzione dei contributi quanti ne facciano richiesta entro 10 anni dalla ricezione della comunicazione di cancellazione a condizione che non vi sia stata maturazione del diritto a pensione. È invece esclusa la restituzione per i neoiscritti al 1° gennaio 2004 che si cancellino dalla Cassa avendo maturato 5 anni di anzianità assicurativa. L'Enpaf (art. 24 del regolamento di previdenza), prevede la restituzione dei contributi in favore degli iscritti che, compiuta l'età pensionabile, non siano in possesso di contribuzione sufficiente alla maturazione del relativo trattamento, limitatamente alla contribuzione accreditata sino all'anno 2003. L'Enpav (art. 17 del Regolamento attuativo dello Statuto), riconosce al veterinario cancellato dall'Ente che al compimento dei 68 anni di età abbia maturato, dal 1° gennaio 1991, un'anzianità di iscrizione e contribuzione inferiore a 5 anni, la possibilità di ottenere la restituzione dei contributi soggetti versati dal 1991.

tributi che il datore di lavoro non è tenuto a corrispondere in esito a reintegra. L'espressione dovrebbe infatti consentire al datore di lavoro di avvalersi anche della contribuzione dovuta e non versata dai soggetti a ciò obbligati (altro datore di lavoro o lo stesso lavoratore per eventuali contributi da lavoro autonomo); ponendo così il problema dell'eventuale intervenuta prescrizione di quella contribuzione<sup>57</sup>, che non consentirebbe più di definirla «accreditata» e della computabilità o meno della contribuzione figurativa accreditata durante la percezione del trattamento di disoccupazione, divenuto però indebito (e pertanto soggetto a restituzione) a seguito della ricostituzione del rapporto di lavoro (v. *infra*, par. 5).

#### 4. Le conseguenze previdenziali della reintegra nel Jobs Act. Un passo indietro

Oltre a rivedere la distribuzione delle tutele lavoristiche per il caso di licenziamento illegittimo, il *Jobs Act* interviene nuovamente anche sulle sorti della posizione contributiva del lavoratore reintegrato, ponendo questioni affini, sebbene non del tutto sovrapponibili a quelle scrutinate dalle pronunce<sup>58</sup> che hanno evidenziato la legittimità costituzionale del sistema del “doppio binario” delle tutele e della tecnica della graduazione<sup>59</sup> dei rimedi.

Nel d.lgs. n. 23/15 scompare qualsiasi riferimento all'*aliunde* previdenziale e, con riguardo a tutte le fattispecie di reintegra, è previsto il solo obbligo al versamento della contribuzione previdenziale per il

<sup>57</sup> C.A. NICOLINI, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: profili previdenziali*, cit., 599.

<sup>58</sup> Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194; Corte cost. 22 gennaio 2024, n. 7; Corte cost. 22 febbraio 2024, n. 44; a queste si aggiunge CGUE 17 marzo 2021, C-652/19 per cui non rientra nell'ambito coperto dalla direttiva 98/52/CE una normativa nazionale che, a fronte della medesima procedura di licenziamento collettivo, predisponga tutele differenziate per i lavoratori in ragione della diversa data di assunzione.

<sup>59</sup> Secondo C. PISANI, *Non tutti i licenziamenti sono uguali: la verità disvelata da Corte cost., n. 7/2024 e le sue ricadute*, cit. 3, 448, la sentenza n. 7/22 parrebbe aver sottinteso la natura costituzionalmente necessitata del principio di graduazione delle tutele.

*medio tempore*. Per le ipotesi di reintegra di cui all'art. 3, comma 2, è poi previsto che il pagamento possa avvenire «senza applicazione di sanzioni per omissione».

Viene in tal modo generalizzata la soluzione interpretativa elaborata dalle sezioni unite del 2007 con riferimento all'originario testo dell'art. 18 Stat. lav., come visto già riproposta dalla dottrina maggioritaria con riguardo al primo comma della medesima norma nella versione *post* Fornero. Non potendosi invece sostenere l'opposta soluzione interpretativa della generalizzazione dell'*aliunde* contributivo, a fronte di un dato testuale che volutamente non contempla più un istituto in precedenza espressamente normato al quarto comma dell'art. 18 Stat. lav.<sup>60</sup>.

La scelta del legislatore, se da un lato elimina un fattore potenzialmente foriero di irragionevoli disparità tra datori parimenti assoggettati a reintegra o, comunque, di irragionevole differenziazione tra tipologie di sanzioni reali su aspetti non rilevanti sotto il profilo negoziale; al contempo, incrementa le disparità tra vecchi e nuovi assunti, sollevando questioni di interesse costituzionale non risolvibili con le argomentazioni già spese dalla Corte con riguardo alla differenziazione temporale delle tutele<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> In questo senso, R. VIANELLO, *Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, cit., 225: «[...] o si ritiene che, in tutti i casi di ripristino del rapporto, debba valere sempre l'insegnamento delle Sezioni Unite e, dunque, l'onere contributivo debba essere sempre calcolato in maniera piena sulla retribuzione dovuta; oppure si abbraccia integralmente, e per qualunque ipotesi, la tesi opposta, e si valorizza sempre e comunque, anche sul piano contributivo, l'*aliunde perceptum* (e, là dove è previsto, l'*aliunde percipiendum*) retributivo. Ciò, però, con la consapevolezza di essere ormai sempre esposti al rischio dell'obiezione fondata sull'*ubi lex voluit, dixit...*, che agevolmente potrà essere sollevata semplicemente richiamando la regola espressamente introdotta nel novellato art. 18 Stat. lav. (e non riprodotta, invece, nel d.lgs. n. 23/2015)».

<sup>61</sup> Dovendosi però ribadire che, a parere di chi scrive (e nonostante i richiamati interventi della Corte costituzionale), nella più recente stagione di riforme in materia di licenziamento, l'elemento temporale non funge da spartiacque nell'avvicendamento di tutele diverse, in quanto «la distinzione in base alla data di assunzione consente la compresenza di discipline differenziate (anche con riguardo alle condizioni di legittimità del licenziamento) a fronte di atti datoriali adottati in pari data e, in ipotesi, di identico contenuto e scopo». In questo ultimo senso, sia consentito rinviare a P. POZ-

In quelle sentenze, la legittimità costituzionale dei trattamenti differenziati era stata infatti argomentata «alla luce della ragione giustificatrice [...] costituita dallo scopo, dichiaratamente perseguito dal legislatore, di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»<sup>62</sup>. Argomentazione forse sostenibile con riferimento «all'alleggerimento delle conseguenze del licenziamento illegittimo»<sup>63</sup>, ma non spendibile sul diverso piano dell'aggravamento delle conseguenze previdenziali. L'eliminazione dell'*aliunde* contributivo, infatti, da un lato non favorisce in alcun modo il lavoratore (salvo le ipotesi di arricchimento sopra ricordate), risolvendosi in una poco utile duplicazione di periodi contributivi<sup>64</sup>; dall'altro, implica un aumento dei costi per il datore, potenzialmente chiamato a pagare più per contribuzione arretrata che per indennità risarcitoria.

L'eliminazione dell'*aliunde* contributivo si presta anche a considerazioni in termini di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, non essendo questa modifica normativa teleologicamente<sup>65</sup> riconducibile ai principi fissati dalla legge n. 183/14, neppure nella ampia interpretazione datane dalle richiamate pronunce<sup>66</sup>. Non si vede infatti quale possa essere il nesso tra l'eliminazione di un istituto che, senza arrecare nocumento al lavoratore, poteva rappresentare una agevolazione

ZAGLIA, *Le tutele indennitarie per i licenziamenti illegittimi*, in G. FRANZA, P. POZZAGLIA, *Commento al decreto dignità. Le norme lavoristiche del c.d. decreto dignità del 2018*, Torino, 2018, 22.

<sup>62</sup> Corte cost. n. 194/18, cit.

<sup>63</sup> Corte cost. n. 194/18, cit.

<sup>64</sup> La contribuzione coincidente, infatti, non rileva ai fini del ricorso agli istituti della totalizzazione e del cumulo. Sia qui consentito rinviare a P. POZZAGLIA, *Il cumulo dei periodi contributivi nelle regolamentazioni dei liberi professionisti*, in G. CANAVESI (a cura di), *Frammentazione contributiva e diritto a pensione unica dei liberi professionisti: ricongiunzione, totalizzazione, cumulo*, Napoli, 2020, 125 ss.

<sup>65</sup> Sulla interpretazione teleologica della disciplina delegata, si rinvia, tra le molte, a Corte cost. 16 luglio 2024, n. 129 ed ivi, punto 7.2, ulteriori richiami giurisprudenziali.

<sup>66</sup> Corte cost. 19 marzo 2024, n. 44, punto n. 6 in diritto, per cui la legge delega si muoverebbe «nel contesto di un ampio intervento in materia di diritto del lavoro e del sistema di previdenza e assistenza sociale».

per il datore di lavoro, e la creazione di maggiore occupazione, scopo questo della legge delega.

Alcune perplessità si pongono anche con riferimento alla disciplina sanzionatoria, limitata all'inciso che esclude l'applicazione delle sanzioni da omissione ai casi disciplinati dall'art. 3, comma 2. Ed infatti, se la formula utilizzata conferma (come nel caso delle diverse ipotesi di reintegra dell'art. 18 Stat. lav.), l'intenzione del legislatore di sanzionare in termini di omissione le sole ipotesi previste all'art. 2, comma 1, la scomparsa del riferimento alle maggiorazioni da interessi legali non si presta ad altrettanto agevole interpretazione, considerato che questi costituiscono accessori del credito privi di natura sanzionatoria.

##### 5. Le interferenze tra sanzione conformativa e istituti a tutela del reddito

Un ulteriore versante di indagine è quello dei profili di potenziale rilevanza costituzionale delle interferenze tra tutele differenziate del posto di lavoro e trattamenti previdenziali a protezione del reddito (in particolare Naspi e trattamenti pensionistici di quiescenza).

La Cassazione, nella vigenza della originaria formulazione dell'art. 18 Stat. lav. (e, pertanto, della unicità della tutela reintegratoria), si è sempre espressa nel senso per cui l'effettivo ripristino del rapporto di lavoro conseguente a reintegrazione, implica che l'indennità di disoccupazione debba essere restituita all'istituto previdenziale, essendone venuti meno i presupposti, non potendo, per l'effetto, le relative somme costituire *aliunde perceptum*<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Fra le molte, Cass. 15 maggio 2000, n. 6265; Cass. n. 16 marzo 2002, n. 3904, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 124 ss., con nota di M. MOCELLA, *Sulla configurabilità dell'indennità di disoccupazione come aliud perceptum*; Cass. 17 aprile 2007, n. 9109; Cass. 20 aprile 2007, n. 9418. Nello stesso senso, Cass. 18 ottobre 2022, n. 30553 e Cass. 21 luglio 2022, n. 22850 che, conformandosi ai precedenti richiamati, precisa che «[...] se alla pronuncia non segue l'effettiva reintegra e senza che il lavoratore sia obbligato ad eseguire la sentenza favorevole, l'erogazione dell'indennità di disoccupazione non diviene indebita in quanto lo stato di disoccupazione è provocato, e giustificato, dall'atto datoriale di risoluzione, e non dalla mancata esecuzione del provvedimento giudiziale, e deve quindi ritenersi comunque involontario». In questo senso,

Nella vigenza dell'attuale assetto normativo, si pone la questione delle sorti dei trattamenti di disoccupazione nelle ipotesi di reintegra calmierata dove, a parere di chi scrive, una applicazione non meditata dei principi sopra richiamati rischia di dare vita a meccanismi restitutori eccessivamente penalizzanti per i lavoratori<sup>68</sup>, soprattutto ove si consideri che, a mente dell'art. 18, comma 4, l'indennità corrisposta al lavoratore è soggetta a riduzione anche da *aliunde percipiendum*<sup>69</sup>.

Le pronunce di merito intervenute sulla questione, pur con inevitabile semplificazione, possono dividersi in due contrapposti orientamenti. Quello che assume l'esistenza di un obbligo di restituzione dell'intero trattamento di disoccupazione a cagione della ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro<sup>70</sup> e quello che, al contrario, ritiene potersi invocare il principio della *compensatio lucri cum damno*, così da

anche. L. PELLICCIA, *La Corte di cassazione conferma il diritto alla Naspo anche nel caso in cui il licenziamento sia dichiarato illegittimo*, in *Labor*, 12 agosto 2022, 1.

<sup>68</sup> Lo rilevava già M. MISCIONE, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Milano, 2012, 36.

<sup>69</sup> Diversamente da quanto accade invece per le somme riconosciute ai sensi del secondo comma dell'art. 18 Stat. lav.: così Cass. 19 gennaio 2023, n. 1602. Sulle diverse interpretazioni susseguites in merito alle modalità di deduzione dell'*aliunde percipiendum* si rinvia a L. DI PAOLA, *Indennità risarcitoria da licenziamento illegittimo ex art. 18, comma 4, Stat. Lav. e "aliunde perceptum" (e "percipiendum")*, in *ilgiuslavorista.it*, 21 marzo 2022; E. GHERA, *Le tre sentenze della Corte Costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2022, 18; L. TAMBURRO, *La detrazione dell'aliunde perceptum o percipiendum nel regime sanzionatorio di cui all'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970 novellato: la Corte di cassazione consolida il suo più recente arresto*, in *Labor*, 16 agosto 2022.

<sup>70</sup> Trib. Roma, 14 dicembre 2022, n. 10636, Dott.ssa Pangia, per cui: «[...] operando la reintegrazione con effetto *ex tunc*, una volta dichiarato dal giudice l'annullamento del licenziamento con applicazione della tutela reale, sia pure nella forma c.d. attenuata, difetti, in capo alle odierne appellate, il requisito della disoccupazione che, ai sensi dell'art. 7 della L. n. 223 del 1991, rappresenta il presupposto imprescindibile per il diritto alla prestazione di sostegno de qua, sia principale che integrativa (come, peraltro, emerge dalla copertura assicurativa e previdenziale dal giorno del recesso a quello di effettiva reintegrazione garantita al lavoratore dallo stesso art. 18)». Nello stesso senso, App. Milano, 11 gennaio 2023, n. 1138 e App. Brescia, 25 settembre 2023, n. 223.

non porre il lavoratore in condizione di ricevere un nocumento economico dall'ordine di reintegra<sup>71</sup>.

Il secondo orientamento appare preferibile in quanto, sul piano pratico, presenta l'indubbio vantaggio di evitare un esborso economico da parte del lavoratore che, in alcuni casi, potrebbe essere di gran lunga maggiore di quanto accordato in sentenza<sup>72</sup>, mentre, sul piano giuridico, evita di valorizzare esclusivamente il profilo della ricostituzione del rapporto di lavoro, adattando lo scopo del trattamento di disoccupazione a quello di concorso nella reintegrazione, anche economica, del lavoratore.

Nell'ambito della tutela reale differenziata, sembrerebbe dunque porsi un possibile profilo di rilevanza costituzionale dell'art. 2033 c.c. ovvero, se ritenuti applicabili, degli artt. 55, l. n. 88/89 e 13, l. n. 412/91<sup>73</sup>, laddove intesi in termini di obbligo di restituzione totale an-

<sup>71</sup> Trib. Roma 18 gennaio 2022, n. 394, Dott.ssa Pucci, secondo la quale «[...] nel caso di specie le ricorrenti non sono state pienamente reintegrate sotto il profilo retributivo e, dunque, le stesse dovranno restituire i trattamenti percepiti nei soli limiti di quanto poi percepito dal datore di lavoro a seguito della pronuncia giudiziale di reintegra». Nello stesso senso, Trib. Roma, 31 gennaio 2023, n. 995, Dott.ssa Savignano; App. Catanzaro, 27 dicembre 2022, n. 1385. Particolarmente rilevante è anche Trib. Napoli, 8 marzo 2023, n. 1568, che correttamente ha anche precisato che in caso di mancato pagamento delle 12 mensilità accordate al lavoratore a seguito di reintegrazione (a cagione della liquidazione giudiziale del datore di lavoro), non è previsto alcun obbligo di restituzione; dovendosi ritenere elemento costitutivo dell'obbligo di restituzione (ancorché parziale) la «ricostituzione economica del rapporto».

<sup>72</sup> Si pensi al caso del trattamento di disoccupazione integrato da specifici fondi bilaterali (come avviene nel caso del fondo per il trasporto aereo), dove le maggiori somme percepite dal lavoratore, possono sovente implicare notevoli differenze con il risarcimento liquidato con la reintegra.

<sup>73</sup> L'applicabilità di queste norme deve ritenersi esclusa nel caso del trattamento di disoccupazione; trattandosi di norme speciali espressamente riferite ai trattamenti pensionistici, non sono infatti suscettibili di interpretazione estensiva. In questo senso (con riferimento alla Naspi) Cass. 30 aprile 2024, n. 11659 che, tuttavia, alla azione di ripetizione ritiene applicabile il *dictum* di Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8 di «evitare [...] che le modalità di ripetizione siano tali da compromettere le esigenze primarie dell'esistenza»; App. Torino, 15 luglio 2021, n. 126. Cfr. anche Cass. 19 aprile 2021, n. 10274, che ha enunciato il principio di non estensibilità delle norme in questione ai permessi retribuiti ex art. 33, legge n. 104 del 1992, nonché Cass. 2 dicembre 2019, n. 31373, relativamente alla indennità di mobilità.

che a fronte di un risarcimento di importo inferiore rispetto alla indennità percepita.

La questione, a seguito della recente estensione della sanzione reale calmierata<sup>74</sup>, è oggi destinata a riproporsi con ancora maggiore frequenza nelle aule giudiziali, dove la prassi forense, nell'assenza di una nozione unitaria di involontarietà della disoccupazione<sup>75</sup>, vede lavoratori sempre più spesso indotti a rinunciare agli effetti conformativi della sentenza di reintegra<sup>76</sup>, pur di non essere costretti a restituire un

<sup>74</sup> Corte cost. 16 luglio 2024, n. 128 e n. 129, cit.

<sup>75</sup> N. PACI, *Riflessioni in tema di indennità di disoccupazione e disoccupazione involontaria. In particolare, il caso delle dimissioni per giusta causa*, in *Lav. giur.*, 2002, 1139 ss.; I. MARIMPIETRI, *L'indennità di disoccupazione nel part-time di tipo verticale su base annua al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 206 ss.; A. PESSI, *Disoccupazione e part-time verticale* (nota a C. cost. n. 121/2006), in *Arg. dir. lav.*, n. 3, 2006, 817 ss. In giurisprudenza, v. Cass. 28 gennaio 2004, n. 1590, che ha riconosciuto il diritto alla percezione della indennità disoccupazione nel caso di risoluzione consensuale avvenuta per evitare il licenziamento in occasione di una procedura di ristrutturazione aziendale. Sulla questione della natura novativa o meno della transazione nel corso della quale il lavoratore ha accettato la cessazione del rapporto di lavoro, v. M. MONDELLI, *Licenziamento, transazione e indennità di disoccupazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 2, 603.

<sup>76</sup> Si tratta dell'articolato tema del comportamento del lavoratore nella pendenza del giudizio di reintegra e di quello successivo ad una pronuncia favorevole. Secondo Cass. 4 novembre 2019, n. 28295, e Cass. 26 agosto 2020, n. 17793, «[...] in tema di indennità di disoccupazione, la sentenza di conversione *ex tunc* del rapporto di lavoro e la successiva transazione tra le parti, avente ad oggetto la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, non sono elementi ostativi alla percezione dell'indennità di disoccupazione, che viene esclusa solo a seguito dell'effettiva ricostituzione del rapporto nei suoi aspetti giuridici ed economici». La medesima pronuncia ha altresì statuito la non rilevanza del comportamento inerte del lavoratore che, pur vittorioso, non abbia eseguito la pronuncia di reintegra, non essendo a ciò obbligato dall'ordinamento. In questo senso. Cfr. anche Cass. 11 giugno 1998, n. 5850, per cui il fatto costitutivo del diritto alla prestazione è lo stato di disoccupazione involontaria derivante dall'atto di recesso e non la contestazione in sede giudiziale della legittimità del licenziamento, né tantomeno la mancata esecuzione di un provvedimento giudiziale. Ancora nel senso della irrilevanza delle ragioni che hanno spinto il lavoratore a non dare esecuzione alla reintegra, v. Cass. 15 settembre 2021, n. 24950, per cui «[...] qui si discute del fatto genetico d'una prestazione assistenziale prevista per legge. Non vi è luogo, dunque, ad indagare (con tutte le difficoltà che ciò comporterebbe) circa le ragioni e l'imputabilità o meno di tale eventuale inerzia, collegate anche ad una sempre difficile prognosi circa

trattamento di disoccupazione interamente utilizzato per vivere in attesa della sentenza decisiva del giudizio.

Allo stesso modo, la giurisprudenza ritiene che gli effetti conformativi della reintegra implicino il venire meno (seppur retroattivamente) della “cessazione del rapporto di lavoro” quale requisito previsto dall’art. 1, comma 7, d.lgs. 503 del 1992 per il conseguimento della pensione di vecchiaia<sup>77</sup> e di anzianità<sup>78</sup> unitamente a quello anagrafico ed assicurativo.

Anche in questo caso appare evidente la illogicità di un sistema che imponga un obbligo di integrale restituzione dei ratei di trattamento percepiti soltanto a cagione della mancata adozione di ragionevoli adattamenti nell’applicazione dei principi che presiedono la sfera negoziale e quella previdenziale<sup>79</sup>. E ciò, a maggior ragione ove si consideri che, avendo maturato i requisiti anagrafici e contributivi per la pensione di vecchiaia, il lavoratore in questione non potrebbe neppure evitare un nuovo licenziamento legittimamente *ad nutum*<sup>80</sup>.

l'esito positivo delle necessarie iniziative, giudiziali e stragiudiziali». Di segno opposto Cass. 20 aprile 2007, n. 9418, che ha ritenuto sufficiente a fondare la pretesa restitutoria dell’Inps la concreta possibilità del lavoratore di realizzare gli effetti della sentenza favorevole, non potendo rilevare in senso opposto né l’inerzia del lavoratore, né «situazioni di impedimento [...] successivamente verificate». In dottrina, v. S. MAGAGNOLI, *Condanna alla restituzione dell’indennità di disoccupazione da parte dell’Inps: la verifica dell’involontarietà alla cessazione del rapporto*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 515 ss.

<sup>77</sup> Da ultimo, Cass 29 gennaio 2024, n. 2694, per cui «[...] la sopravvenuta declaratoria d’illegittimità del licenziamento travolge il diritto al pensionamento con la medesima efficacia “*ex tunc*”, esponendo l’interessato all’azione di ripetizione a titolo d’indebitto, da parte del soggetto erogatore della pensione, delle relative somme».

<sup>78</sup> Cass. 19 novembre 2018, n. 29781.

<sup>79</sup> C.A. NICOLINI, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: profili previdenziali*, cit., 603, stigmatizza come «drammaticamente sfavorevole» l’ipotesi di sentenza di reintegra giunta dopo 5 o 10 anni, nel corso dei quali il lavoratore si è pensionato di vecchiaia.

<sup>80</sup> In argomento, si segnala Cass. 27 aprile 2022, n. 13203, che ha ritenuto la percezione della pensione di vecchiaia fatto ulteriore idoneo a non consentire la reintegra del lavoratore; *contra*, ma con riferimento alla pensione di anzianità, Cass. 23 novembre 2023, n. 32522.

Impostazione giurisprudenziale, peraltro, ancor più criticabile, laddove si consideri il venir meno di ogni limite di cumulo tra reddito e trattamento pensionistico<sup>81</sup>.

#### 6. Le conseguenze previdenziali della tutela indennitaria

Per quanto i ripetuti interventi della Corte costituzionale sulla distribuzione delle tutele contrattuali abbiano notevolmente ristretto l'ambito di operatività della sanzione indennitaria, quest'ultima resta comunque la fattispecie di generale applicazione<sup>82</sup> per il caso di licen-

<sup>81</sup> Cfr., in senso contrario, Cass 27 maggio 2019, n. 14417, per cui la cessazione dell'attività lavorativa, quale requisito per accedere alla pensione di anzianità, deve essere effettiva e, pertanto, da escludersi nel caso del dipendente dimessosi e poi riassunto dallo stesso datore alle medesime condizioni, restando indifferente l'eliminazione dei limiti al cumulo con il reddito da lavoro dipendente. Nello stesso senso, Cass. 11 dicembre 2023, n. 34527.

<sup>82</sup> Per quanto l'economia del presente scritto non consenta di affrontare il tema della prescrizione dei crediti di lavoro, deve comunque sottolinearsi come i ripetuti interventi della Corte costituzionale dovrebbero portare a rimeditare la soluzione affermatasi in giurisprudenza (Cass. 5 maggio 2023, n. 11938; Cass. 6 settembre 2022, n. 26246; Cass. 20 ottobre 2022, n. 30957). Sull'argomento, in dottrina, si rinvia agli scritti di F. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c'era una volta la stabilità*, in *Labor*, 2023, I, 55 ss.; V. MAIO, *La questione della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi oggi. Se il metus del datore di lavoro non esclude il metus del lavoratore*, in *Labor*, 2023, I, 67; A. VALLEBONA, *La Prescrizione della retribuzione durante il rapporto*, in *Mass. giur. lav.*, 2022, 639 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, 153 ss.; G. PACCHIANA PARRAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 273 ss.; V. MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *Arg. dir. lav.*, n. 3, 2015, I, 554 ss.; F. SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, IV, 889 ss.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, 2013, Torino, 2013, 243 ss.; S. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *Giur. it.*, 2013, 884 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 415 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 61 ss.; C. CESTER, *Il progetto di riforma*

ziamento ingiustificato non caratterizzato dalle tassative ipotesi di gravità selezionate da legislatore e Corte.

La convivenza di sanzioni indennitarie e reali nell'ambito della medesima tutela d'area appare suscettibile di ingenerare, sul versante previdenziale, una serie di ricadute potenzialmente suscettibili di ulteriori questioni di legittimità costituzionale, non perfettamente sovrapponibili a quelle ripetutamente affrontate sul versante negoziale ma comunque interferenti con il complesso sistema di principi espressi dalla Corte.

Diversamente da quanto avviene nelle ipotesi sanzionate con reintegra, la tutela indennitaria non prevede la ricostituzione della posizione previdenziale del lavoratore, mentre la sola contribuzione accordata resta quella accreditata figurativamente in caso di percezione di Naspi.

L'effetto ultimo è quello del potenziale pregiudizio nell'accesso alla pensione anticipata (già pensione di anzianità), tanto nell'unica gestione di contribuzione<sup>83</sup> che – a maggior ragione – in regime di totalizzazione<sup>84</sup>. Limitazione che, più in generale, accomuna tutti gli altri

*della disciplina dei licenziamenti individuali: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 547 ss.; sia consentito infine rinviare anche a P. POZZAGLIA, *Il decorso della prescrizione dei crediti retributivi dopo la riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 755 ss.

<sup>83</sup> Per la maturazione del requisito massimo utile al conseguimento della pensione anticipata, la contribuzione figurativa non può superare una copertura pari a 5 annualità, essendo comunque necessario il raggiungimento di almeno 35 anni di contribuzione effettiva.

<sup>84</sup> In questo senso, Cass. 18 settembre 2019, n. 23293 e Cass. 13 ottobre 2022, n. 29968, per cui «in tema di pensione di anzianità [...] i contributi figurativi accreditati per il periodo in cui è stata corrisposta l'indennità di disoccupazione non si computano ai fini del perfezionamento del requisito dell'anzianità contributiva non inferiore a quaranta anni richiesto per l'accesso al trattamento in regime di totalizzazione, ai sensi del D.Lgs. n. 42 del 2006, art. 4, comma 1, in linea con il principio generale secondo cui i contributi validi ai fini del conseguimento della pensione sono solo quelli relativi all'effettivo rapporto di lavoro e non quelli figurativi, salvo espresse e specifiche eccezioni [cfr. art. 22, L. n. 153 del 1969 *n.d.r.*], fra le quali non rientra l'indennità di disoccupazione».

istituti di pensionamento anticipato negli anni previsti dal nostro ordinamento<sup>85</sup>.

Dovendosi ancora rilevare come la contribuzione figurativa, oltre che nel caso della indennità di disoccupazione, è prevista anche nel caso di messa in Cassa integrazione guadagni, di percezione della indennità di malattia senza integrazione, di infortunio sul lavoro e congedo per maternità<sup>86</sup>. Di talché, una non razionale distribuzione di tutela indennitaria e conformativa (come nel caso emblematico delle diverse conseguenze della violazione del *repêchage* tra vecchi e nuovi assunti), rischia di risolversi in una ingiustificata disparità di trattamento tra lavoratori, ancora una volta non superabile ricorrendo alle argomentazioni spese dalla Corte costituzionale<sup>87</sup>, trattandosi di lavoratori potenzialmente dipendenti della medesima azienda.

Il discorso, in un'ottica più ampia, appare suscettibile di rilevare anche sotto il profilo della sostenibilità del complessivo sistema previdenziale. Ed infatti, per quanto destinati ad alimentare la posizione contributiva del lavoratore, in un sistema di gestione del finanziamento basato sulla ripartizione, le conseguenze del minor gettito contributivo derivante dalla estensione della sanzione indennitaria, si riverberano – oltre che sul lavoratore reintegrato – anche sull'interesse generale alla sostenibilità del sistema previdenziale.

La sempre più mobile allocazione dei vizi del licenziamento tra sanzione reale e obbligatoria appare infine suscettibile di sollevare questioni di illegittimità costituzionale anche con riferimento alla differente dislocazione delle tutele previdenziali; e ciò proprio tenuto conto della più volte dichiarata autonomia del rapporto giuridico previdenziale da quello di lavoro.

<sup>85</sup> La contribuzione figurativa è pacificamente esclusa anche ai fini del raggiungimento del requisito minimo per il pensionamento nelle forme c.d. quota 100, 102, 103 o per la c.d. "opzione donna".

<sup>86</sup> Si tratta di ipotesi di accredito automatico della contribuzione figurativa. Esistono tuttavia ipotesi di accredito su domanda, come nel caso del servizio militare, delle aspettative per cariche pubbliche o sindacali.

<sup>87</sup> Il riferimento è a Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 2 e Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398, ed al rilievo discriminante accordato dalla pronuncia al diverso grado di fiducia tra datore di lavoro e prestatori nonché alla ritenuta diversa funzionalità della unità produttiva di minori dimensioni.

A mero titolo esemplificativo, si consideri che una condanna a tutela indennitaria non è considerata pregiudizievole al trattenimento della indennità di disoccupazione ovvero del trattamento pensionistico. Con disparità di trattamento che diverrebbe palese laddove, nei casi di liquidazione giudiziale contigua al massimo edittale, l'intera operazione si risolvesse in un vantaggio economico maggiore per il lavoratore destinatario di una tutela negoziale minore.

## ELENCO DEGLI AUTORI

Chiara Bergonzini – Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università di Macerata

Camilla Buzzacchi – Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Milano Bicocca

Matilde D'Ottavio – Dottoranda in Diritto del lavoro, Università Politecnica delle Marche

Gabriele Franza – Professore associato di Diritto del lavoro, Università di Macerata

Alessandro Giuliani – Ricercatore in Diritto del lavoro, Università Politecnica delle Marche

Giacomo Menegus – Ricercatore in Diritto costituzionale, Università di Macerata

Pietro Pozzaglia – Professore associato di Diritto del lavoro, Università di Roma Tor Vergata

Finito di stampare nel mese di novembre 2024

presso la *Grafica Elettronica* Napoli