

Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti.

di O. Mazzotta - 1 dicembre 2018

1. Licenziamento ingiustificato e disvalore giuridico.

Con il deposito della sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018 è stato possibile sciogliere i dubbi interpretativi innescati dal comunicato-stampa di fine settembre circa la portata della pronuncia.

Come è noto la decisione si occupa del sospetto di costituzionalità che appuntava la propria critica fondamentale (a) sulla «modestia» dell'indennità con cui il d.lgs. n. 23 del 2015 sanziona il licenziamento illegittimo e (b) sulla esclusione di qualsivoglia discrezionalità giudiziale nello scrutinio del grado di illegittimità del recesso datoriale. I parametri costituzionali che si assumevano violati erano gli artt. 3, 4, primo comma, 76 e 117, primo comma Cost.

La Corte si sbarazza subito dell'obiezione relativa alla disparità indotta da un trattamento differenziato dei lavoratori, posti nelle medesime condizioni occupazionali, assunti *prima* e *dopo* il 7 marzo 2015. Come preconizzato dalla gran parte dei commentatori si tratta di una *disparità diacronica*, che, sulla base di una giurisprudenza costituzionale ampiamente consolidata, non ferisce di per sé né la ragionevolezza né il principio di parità. E ciò perché «il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche» (così ad es.: Corte cost. n. 254 del 2014, richiamata in sentenza), in considerazione del fatto che rientra nella discrezionalità legislativa costruire l'ambito (anche) temporale entro cui dare applicazione alle norme.

Del resto – pensa e dice la Corte – a rafforzare la ragionevolezza della scelta vale il fine perseguito dal legislatore che è quello di promuovere le opportunità di accesso al mondo del lavoro. Si tratta di una presa di posizione che ovviamente prescinde dall'effettivo raggiungimento dello scopo, sul quale i giudici della Consulta, forse con una punta di sotterranea ironia, dichiarano di non potersi addentrare per rispetto istituzionale.

La Corte invece accoglie il sospetto di costituzionalità relativo alla scarsa deterrenza della sanzione economica e, soprattutto, alla rigidità (e sostanziale irragionevolezza) di una sanzione calibrata esclusivamente sul decorso del tempo.

Il cuore della decisione sta nella parte in cui la Corte affronta il tema del modello di tutela approntato contro i licenziamenti ingiustificati dal d.lgs. n. 23 del 2015, che, secondo il rimettente, è «rigida e inadeguata» a fronte del principio di ragionevolezza (3, 1° co. Cost.) e di quello del diritto al lavoro (4, 1° co. Cost.).

Per verificare la fondatezza del sospetto di costituzionalità è necessario che lo sguardo si volga a ritroso a ricordare, sia pure per sommari cenni, il cammino percorso dalla legislazione nella materia dei licenziamenti.

Il lascito che lo Stato liberale ha consegnato al legislatore fascista e questo al codice civile del '42 è chiaro: il recesso, in un ambito scandito dalla piena libertà negoziale, non è suscettibile di limiti che non siano quello meramente obbligatorio del preavviso. Ce lo ricordano con lucidità i pionieri tardo-ottocenteschi del diritto del lavoro (per tutti: Barassi e Redenti).

Di più. C'è chi, più realista del re, teorizza che il recesso dal rapporto di lavoro sia da annoverare fra i cosiddetti negozi astratti. Come dire che allo stesso legislatore sarebbe stato inibito di introdurre limiti al potere di recesso datoriale.

L'entrata in vigore della Costituzione scompagina lo *status quo*, fino al punto che qualcuno ipotizza, con una evidente fuga in avanti, il superamento *illico et immediate* della libera recondibilità.

Come è ben noto prevale l'idea che, al più, possa ragionarsi di un conflitto insanabile, in chiave di costituzionalità, fra l'art. 2118 cod. civ. e l'art. 4 Cost.

Ed è da questo punto che il racconto si interseca con il pensiero della Corte costituzionale che, a partire dalla storica sentenza n. 45 del 1965, oltre ad invitare il legislatore a por mano ad una riforma della materia, coglie il sotterraneo rapporto fra giustificazione del recesso datoriale e diritto al lavoro, se pure nella più limitata versione di diritto del lavoratore a non subire arbitrarie applicazioni del potere unilaterale del datore.

Il legislatore del 1966, è altrettanto noto, raccoglie tali indicazioni e considera la giustificazione come il miglior antidoto contro un uso distorto (o abuso) del potere datoriale.

La questione della inerenza dell'intervento legislativo in materia di recesso del datore al principio del diritto al lavoro è efficacemente riepilogata dalla Corte costituzionale, nella sentenza qui oggetto di commento, che ricostruisce la trama dei propri numerosi precedenti, con il corollario – nemmeno tanto ovvio – che spetta comunque al legislatore, alla stregua di una insindacabile discrezionalità, il compito di graduare i margini protettivi.

Dunque, all'esito della verifica del *continuum* che va dalla giurisprudenza costituzionale al legislatore e vi ritorna, il dato ordinamentale da considerare pacificamente acquisito è che il licenziamento ingiustificato *costituisce un disvalore* cui l'ordinamento reagisce (o, meglio, deve reagire) costruendo un apparato sanzionatorio. Come dire che il punto di non ritorno è che *la giustificazione del licenziamento accede alla protezione del diritto al lavoro e ne costituisce una logica inferenza*.

2. La misura del disvalore.

A questo punto il problema è quello di chiedersi quale debba o possa essere *la misura di tale disvalore*.

Sappiamo che il legislatore ha fornito, nel tempo, risposte variegate.

La prima risposta in ordine di tempo ce la fornisce l'art. 8 della l. 604/66. Il disvalore in cui si sostanzia il licenziamento privo di giustificazione è monetizzabile sulla base di criteri che lasciano al giudice un certo margine di discrezionalità, se pure entro limiti angusti: l'indennità, come è noto, può variare entro un minimo ed un massimo, avendo riguardo «al

numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti».

In sostanza già la legge del '66 è ben consapevole che i licenziamenti ingiustificati non sono tutti uguali, e che, dal punto di vista del soggetto che ne è il destinatario, la gravità della punizione, *se ridotta alla sola dimensione economica*, può spaziare entro una gamma di graduazione non appiattita su un solo parametro. È insomma pienamente consapevole della dimensione endo-contrattuale della (in)giustificatezza e dei suoi rimedi, con uno sguardo assai più rispettoso dell'equilibrio negoziale rispetto a quello esibito dal legislatore del 2015.

L'entrata in vigore dell'art. 18 dello statuto, con l'unificazione delle conseguenze del licenziamento illegittimo nell'unico rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro (terribile diritto), sposta il *focus* della discussione ancora più in avanti; da questo momento in poi la questione della tutela contro i licenziamenti si polarizzerà intorno alla dicotomia fra proprietà del posto di lavoro e rimedi puramente economici.

Saranno proprio le storture innescate dalla durata dei processi, con esiti alterni fino al giudizio di legittimità, che, in una con il mutato quadro economico e l'irruzione dell'economia globalizzata, condurranno alla riforma montiana. Il *proprium* di quest'ultima sta per l'appunto nel relegare entro spazi sempre più ristretti la reintegrazione, per ampliare l'ambito coperto dalla tutela economica.

Con la riforma del 2012 (ed ancor più con quella successiva del 2015) esce definitivamente dal quadro ordinamentale la "proprietà del posto di lavoro" (proprietà cui allude la stessa espressione utilizzata: reintegrazione) e tale nuovo orizzonte valutativo costituisce una sorta di patrimonio acquisito, anche alla stregua delle indicazioni che ci vengono da oltre confine (sia nel diritto comparato che in quello dell'UE).

Il problema è però che – a partire dalla legge n. 92 del 2012 – il mezzo utilizzato non è del tutto confacente al fine perseguito: l'idea che sia sufficiente riferirsi a concetti labili se non inconsistenti, come "fatto materiale" o "manifesta insussistenza", per fugare ogni dubbio sull'applicazione di una tutela solo economica si rivela fallace al vaglio dell'analisi giurisprudenziale. Così come sembra altrettanto illusorio, più in generale, che sia agevole graduare la reazione sanzionatoria in applicazione di dati quantitativi più che di valutazioni qualitative.

Non può quindi apparire del tutto inattesa la reazione giurisprudenziale sugli aspetti maggiormente controversi della riforma del 2012, sia in relazione alla giustificazione soggettiva (illeciti disciplinari bagatellari, immediatezza della reazione datoriale, etc.) che a quella oggettiva. Una reazione che ha richiesto corposi aggiustamenti, condotti alla luce della razionalità complessiva del sistema, in un cantiere che è tuttora aperto.

3. Una sanzione a misura di contratto.

Ed è qui che si innesta la riforma renziana. L'obiettivo dichiarato del d.lgs. n. 23/2015 è proprio quello di andare ancora oltre la legge del 2012, rendendo assolutamente *certi i costi del licenziamento*: la determinazione dell'entità dell'indennità risarcitoria entro un minimo ed un

massimo che crescono esclusivamente in funzione dell'anzianità è di sicuro idonea ad assicurare questa certezza.

Non è però altrettanto certo che la scelta del legislatore possa essere gabellata come il risultato di un'opera di bilanciamento tra i valori e gli interessi in gioco, come si legge nella letteratura favorevole alla riforma. Piuttosto è vero che la legge prende in considerazione, nel sanzionare i licenziamenti illegittimi, il solo punto di vista dell'impresa e dei relativi costi, rendendo il licenziamento un'entità "calcolabile", alla stregua di quella linea di pensiero che ritiene che i diritti possano essere oggetto di valutazione in termini economici.

Fin qui quanto traspare nell'immediato da uno sguardo anche superficiale sulla riforma.

Senonché ad una riflessione più attenta ci si rende ben conto che l'incertezza che la legge intende esorcizzare non è tanto relativa all'entità della sanzione quanto piuttosto quella in ordine al *controllo sulla giustificazione*.

Ed in effetti è fin troppo ovvio che un datore di lavoro probo e rispettoso dei parametri che l'ordinamento costruisce per poter definire giustificato un licenziamento non dovrebbe avere nulla da temere dall'entità di una sanzione economica, posto che il costo di un licenziamento giustificato è pari a zero.

Si tratterebbe però di una constatazione che ovviamente pecca di ingenuità; fra il dire ed il fare ci sono di mezzo le variabili interpretative connesse con la valutazione *giudiziale* delle ragioni del recesso. Non è un caso che i più fieri sostenitori della riforma renziana colleghino chiaramente le storture dell'assetto sanzionatorio "variabile" con le incertezze interpretative in materia di giustificato motivo oggettivo; anzi, secondo la loro prospettiva, con le vere e proprie invasioni di campo dei giudici del lavoro rispetto alla libertà economica. Il pensiero va all'evoluzione della giurisprudenza di legittimità intorno ai temi del controllo sulle scelte imprenditoriali in termini di "ragionevolezza" o, ancora, sulla legittimità di scelte legate ad una amplificazione del profitto piuttosto che dirette a ridurre i costi in un contesto di difficoltà economica.

In sostanza si assume, nemmeno tanto velatamente, che anziché affidarsi ad una valutazione giudiziale che non è in grado di cogliere le esigenze di una libera economia di mercato, è preferibile, come male minore, che il datore conosca *ex ante* il costo di una *condanna* che, in questa prospettiva, appare *quasi certa*.

Si tratta però di una posizione che presta il fianco a non poche obiezioni.

Innanzitutto essa appare metodologicamente scorretta perché, con una discutibile eterogeneità dei fini, propone uno scambio fra poteri valutativi del giudice intorno alla giustificazione ed apparato sanzionatorio standardizzato, cercando di disinnescare i primi attraverso il secondo, con il presumibile e paradossale effetto di fornire alla giurisprudenza un incentivo (o un alibi) alla deresponsabilizzazione.

Senza dire poi che resta francamente poco comprensibile l'idea che per l'impresa – strutturalmente esposta alla competizione economica di mercato – sia ineludibile la pianificazione dei soli *costi del licenziamento*, a fronte delle indiscutibili variabili economiche che presentano tutti i rapporti che le fanno capo. In sostanza non è dato comprendere la ragione per cui

il solo costo del licenziamento dovrebbe essere rigidamente prevedibile e calcolabile *a priori* in misura millimetrica e non, ad es., quelli relativi ai rapporti negoziali funzionali all'acquisizione delle materie prime o alle forniture, notoriamente connotati da altrettanto rischio economico.

Infine, e soprattutto, chi plaude alla *ratio* della riforma ignora che, alla stregua dell'art. 3, primo comma del d.lgs. n. 23/2015, alla sanzione forfetizzata nei confronti dei licenziamenti ingiustificati soggiacciono sia le *giustificazioni soggettive che quelle oggettive*. Tale semplice rilievo non solo vale a scardinare una critica che appare pressoché esclusivamente rivolta nei confronti del controllo sulle scelte imprenditoriali, ma soprattutto a ricondurre la questione nel suo giusto alveo, che è, e non può non essere, la *dimensione negoziale* dell'esercizio del potere unilaterale di recesso.

Per quanti distinguo si vogliono operare dal punto di vista dell'interesse economico imprenditoriale, è indiscutibile che – come scrive giustamente la Corte costituzionale nella sentenza in commento – il licenziamento costituisce «una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro» ed è di questa realtà, per così dire, “personalizzata”, che non può non tener conto l'interprete, quale che sia il presupposto, oggettivo o soggettivo, della giustificazione del recesso.

E per converso, continuano convincentemente i giudici della Consulta, «la previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse». In sostanza la personalizzazione del danno rispetto alla specifica vicenda che è all'attenzione del giudice del lavoro, costituisce un'ineliminabile esigenza imposta dal rispetto del principio di eguaglianza, in un contesto in cui il giudice ha il compito di riequilibrare la rottura dell'assetto contrattuale, sia pure dovendo tener conto dei limiti (minimi e massimi) segnati dal legislatore.

Come dire che sanzione e giustificazione si pongono in corrispondenza biunivoca, così che l'ordinamento deve poter assicurare una congrua risposta giuridica alla “giustizia” della rottura dell'equilibrio negoziale.

Ne deriva che, così operando, il tema della deterrenza o della dissuasività della sanzione esce fuori dal limbo dell'indistinto, in cui lo confinava una valutazione astratta sulla base di parametri univoci e immodificabili, per assumere una dimensione più legata alla specificità del caso.

Ed è qui che il discorso della Corte si apre alla sua *pars costruens*. Una volta negato il sostegno costituzionale alla scelta di commisurare l'indennità risarcitoria al solo parametro dell'anzianità di servizio, si pone il problema di individuare ulteriori parametri di riferimento.

Non vi è dubbio che, ove i giudici della Consulta, avessero introdotto criteri sostitutivi di quelli adottati dal legislatore, introducendoli *ex novo*, si sarebbe potuto di certo menare scandalo di un atteggiamento viziato da una inammissibile creatività.

Sennonché così non è stato, dal momento che il vuoto lasciato dalla eliminazione del criterio (unico) dell'anzianità di servizio non è stato colmato né con l'introduzione di criteri, più o meno arbitrari, né con un rinvio alla mera discrezionalità del giudice o, peggio, ad una sorta di giudizio equitativo. La Corte ha correttamente ancorato la valutazione ai criteri (ulteriori rispetto a quello dell'anzianità), «*desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti* (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».

I giudici costituzionali ci offrono così, se ci è consentito, il volto più apprezzabile del c.d. «costituzionalismo», che, genericamente inteso, rischia di apparire un richiamo di stile, privo di conseguenze. Per evitare questo rischio la scelta interpretativa deve mettersi in comunicazione con il sistema giuridico, al cui interno deve essere necessariamente integrata. È questa la più credibile funzione dei principi costituzionali che hanno proprio, sul piano interpretativo, il ruolo di colmare le lacune regolative, aprendo ad una moderna idea di sistema che integra dinamicamente principi costituzionali (nel caso quello del diritto al lavoro) e diritto positivo.

Così facendo la Consulta, lungi dallo sconfinare in una intollerabile creatività, è riuscita condivisibilmente a mediare metodo problematico e metodo sistematico, sfuggendo, come ho scritto altrove, «al duplice rischio, per il primo, di assecondare decisioni estemporanee, come, per il secondo, di alimentare una creatività ancora più spinta, sotto le mentite spoglie di un meta-principio di coerenza dell'ordinamento».

Nella inevitabile necessità della scelta fra più opzioni interpretative la Corte ha optato per quella maggiormente in armonia con il sistema complessivo.

Il che, di questi tempi, non è poco.

Oronzo Mazzotta, professore ordinario nell'Università di Pisa

Visualizza il documento: [C. cost., 8 novembre 2018, n. 194](#)