

Note Critiche all'ordinanza interlocutoria del 20 dicembre 2010, con la quale la Corte di Cassazione ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 commi 5 e 6 della legge 183 del 4 novembre 2010

La Corte di Cassazione, con ordinanza del 20 dicembre 2010, pur sollevando eccezione di costituzionalità della norma, ha formulato alcune premesse, con le quali ha di fatto risolto alcune questioni di fondo, che avevano dato corso ad un primo dibattito dottrinale e all'emissione dei primi provvedimenti giudiziari.

La Corte ha infatti, preliminarmente chiarito:

- che, per giudizi pendenti, devono intendersi tutti i giudizi che non siano passati in giudicato e, quindi, anche quelli per i quali sia pendente il termine per il ricorso per cassazione ovvero per i quali sia stato introdotto giudizio di legittimità.
- che, diversamente ragionando, si opererebbe una inammissibile discriminazione (diversa graduazione dei criteri di risarcimento) tra situazioni identiche, sol per trovarsi le stesse in diversi fasi del giudizio.
- che, in ipotesi di termine dichiarato illegittimo, le conseguenze sono sempre di valenza risarcitoria, di talché il risarcimento del danno previsto dall'art. 32, sub. 5, essendo "omnicomprensivo", non può, né potrebbe, considerarsi "aggiuntivo" al pagamento delle retribuzioni medio tempore maturate, che non risultano comunque non dovute, non essendo ciò previsto da alcuna norma specifica, come avviene, viceversa, in caso di licenziamento.
- che i commi 5 e 6 escludono ogni tutela reale.

L'ordinanza, esaminata nel suo complesso, pur pregevole nelle premesse, manifesta alcune contraddizioni, fa sorgere non poche perplessità e impone le seguenti considerazioni laddove ritiene di identificare, nella norma esaminata, alcuni rilievi di costituzionalità.

- Si sostiene nell'ordinanza, invero semplicisticamente, che, in caso di termine illegittimamente apposto, non essendo prevista una sanzione reintegratoria ex lege (come avviene per la previsione dell'art. 18 S.d.L. con riferimento al licenziamento illegittimo), il lavoratore, stante la permanenza in vita del rapporto, avrebbe comunque diritto ad ottenere un risarcimento coincidente, pur a fronte della mancata prestazione, con le retribuzioni (quale naturale controprestazione economica del rapporto) e ciò quantomeno dalla data di offerta delle prestazioni lavorative.
- Secondo la cassazione, la determinazione di tale danno discenderebbe dall'applicazione dei criteri tipici per le ipotesi di inadempimento contrattuale, con quantificazione del danno dipendente da scelte discrezionali del giudice in applicazione degli artt. 1223, 1224, 1226 e 1227 c.c.
- Secondo la Corte di Cassazione sussisterebbe a questo punto un automatismo, nel senso che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., la determinazione del danno dovrebbe essere tout court definita nelle retribuzioni perdute, con sottrazione di quanto eventualmente percepito per aliunde perceptum, non potendo il legislatore intervenire per definire un diverso criterio risarcitorio.

L'ordinanza, sotto tale ultimo profilo, si manifesta giuridicamente discutibile.

Se è vero infatti che, nella valutazione discrezionale del danno per inadempimento contrattuale, il codice civile appresta le regole sancite negli articoli surriportati e che la determinazione discrezionale del danno stesso può (ma non necessariamente deve) essere definita nello schema correlato alle retribuzioni non percepite, è anche vero che lo stesso legislatore ben può intervenire

(nessuna norma anche di rango superiore può impedirglielo) nella definizione normativa di un “range”, cui il giudice (che, ripristinando un rapporto cessato, già interviene nell’organizzazione d’impresa, toccando, ex. 2° comma, un diritto tutelato costituzionalmente dall’art. 41 1° comma Cost.) deve attenersi nella quantificazione del danno aggiuntivo.

Ciò può e deve avvenire, nella fattispecie, in ragione

- della specificità del precetto inadempito (il D.Lvo 368/2001 pur non premiando forme assuntive nello schema contrattuale del contratto a termine, non lo considera un istituto da demonizzare e da utilizzare “a rischio assoluto”, con il “terrore” sanzionatorio imposto dalla diversa interpretazione);
- della circostanza che, nell’economia della disciplina costruita dall’art. 32 della legge 183/2010 (improntato ad un ritorno ai tempi celeri ipotizzati dalla legge 533/73, per la definizione giudiziale dei contrasti), gran parte del danno è eziologicamente conseguente non al desiderio del datore di perdere tempo, ma ai lunghi tempi che la giustizia impiega per accertare le eventuali responsabilità;
- della difficoltà e imponderabilità che spesso sottende all’accertamento concreto dell’inadempimento, rimesso a valutazioni spesso soggettive del magistrato e con riferimento a clausole generali;
- delle conseguenze diametrali che la legge conferisce alla decisione del giudice, che è tenuto a penalizzare fortemente ora l’una (il datore di lavoro che, ove il giudice ritenga, anche per poco, la giustificazione inidonea a sorreggere il termine contrattuale, è costretto ad utilizzare la mannaia della ricostruzione d’autorità del rapporto lavorativo e risarcire il danno) ora l’altra (il lavoratore che, ove il giudice ritenga, anche per poco, idonea la giustificazione del termine, vede sacrificata la sua lunga battaglia per il posto, il risarcimento e le spese);
- del mancato conferimento di un potere, al giudice, di identificare, in casi dubbi, delle soluzioni intermedie di giustizia, atte a penalizzare le parti in modo equilibrato in ragione della fattispecie;
- dell’indiscriminata applicabilità delle conseguenze sanzionatorie del un riconoscimento di nullità del termine a tutti i datori di lavoro, anche con pochi dipendenti ed anche per realtà non economicamente in grado, in caso di soccombenza, a sostenere le spesso abnormi conseguenze risarcitorie di integrale valenza retributiva.
- della già più che favorevole interpretazione (ripristino del rapporto) conferita dalla giurisprudenza alle conseguenze dell’accertamento dell’inadempimento connesso all’illegittima apposizione del termine, posto che, trattandosi comunque di rapporto intuitu personae e di collaborazione reciproca e stante la problematica applicabilità alla fattispecie, quantomeno in via esecutiva, della reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 c.c., l’avvenuto scioglimento del rapporto ben potrebbe essere sanzionato con esclusiva applicazione di un risarcimento economico, senza una ricostituzione reale del rapporto, secondo le regole codicistiche (art. 1453, 1° comma c.c.).
- della conseguente più che discutibile valutazione della posizione di lavoratore precario (sociologicamente ritenuto in costituzionalmente penalizzato, in quanto parte debole, dalla realizzata nuova forma di tutela), tenendosi conto che lo stesso, che già viene a fruire di un favorevolissimo rimedio riparatorio tanto originale quanto atipico rispetto alle ordinarie previsioni del codice (trasformazione ex lege del contratto somministratorio da temporaneo a indeterminato non più risolvibile ad nutum), non può pretendere il doppio vantaggio di un risarcimento teoricamente ancorato all’ipotesi della norma ordinaria del codice civile, senza che per esse abbia effetto la prevalente norma speciale, ancorché di nuovo comio.
- dell’onere della prova sul danno aggiuntivo che, sempre secondo le regole civilistiche, spetta a chi richieda l’adempimento (tale dovrebbe configurarsi la richiesta di ripristino del rapporto di lavoro), tenuto conto che non sempre e non automaticamente la “vacatio contrattuale” (per tale intendendosi il mancato assolvimento delle corrispettive controprestazioni) successivo allo spirare di un termine, costituisce danno, non potendosi sempre “presumere” che il

lavoratore illegittimamente estromesso subisca, sempre e comunque, per tale evento, un danno “in re ipsa”.

- dell’inapplicabilità alla fattispecie delle conseguenze previste dall’art. 18 S.d.L. con riferimento all’ipotesi di licenziamento, per il quale l’obbligo di pagamento di tutte le retribuzioni intermedie non discende da una interpretazione del contratto secondo gli schemi del codice, ma costituisce una previsione di legge, non prevista dal D. Lvo 368/2001.
- della riconosciuta costituzionalità e non discriminatorietà (riaffermata dalla Corte Costituzionale, con sentenza n.36 del 07.02.2000), della differenziazione compiuta dal legislatore (ex lege 108/1990) tra diverse categorie di cittadini lavoratori (teoricamente titolari degli stessi diritti fondamentali) per il solo fatto di intrattenere rapporto di lavoro con aziende di diversa consistenza di organico (tutela reale e tutela obbligatoria) e, parimenti, della riconosciuta legittimità costituzionale dell’estendibilità a tutti i datori di lavoro delle conseguenze sanzionatorie dell’accertamento di un contratto a termine illegittimo.
- della più volte riconosciuta conformità ai parametri costituzionali di cui al secondo comma dell’art. 36 d. lgs 165/2001 (vedasi Corte costituzionale sentenza 13 marzo 2003 n. 89) del mancato generico obbligo di conversione a tempo indeterminato di lavoratori assunti illegittimamente a termine presso pubbliche amministrazioni e quindi della riconosciuta potestà del legislatore di intervenire al riguardo, non potendo costituire, sotto il profilo costituzionale, fonte di legittima discriminazione tra cittadini lavoratori la circostanza dell’obbligo della P.A. di assumere dipendenti a t.i. tramite concorsi ex art. 97, 3° comma Cost. t. in materia di pubblico impiego, tenuto anche conto del frequenti, contraddittorie ed ingiuste forme di “sanatoria” attuate in palese contrasto con i richiamati principi costituzionali.
- della oggettiva utilità processuale di una forfetizzazione della penale di cui al 5° comma della legge 183/2010, non sempre a scapito del lavoratore, tenuto conto che, ove vi sia una liquidazione legale forfettaria del danno, non opera la compensatio lucri cum danno, essendo l’entità del pregiudizio stabilita dalla legge e prescindendo la stessa dalla sua effettiva realtà quantitativa, che può essere, a seconda dei casi, addirittura superiore.
- della praticità processuale della determinazione forfettaria per il lavoratore, il quale, secondo le regole sulla ripartizione dell’onere probatorio (collegato alla maggior vicinanza e miglior attitudine alla prova), non potendosi considerare sussistente un “danno in re ipsa” (il lavoratore ben potrebbe decidere di fruire esistenzialmente della propria vita in termini diversi dall’attuazione di vincolo contrattuale di tipo lavorativo, illegittimamente interrotto, ed in particolare quello riconducibile all’art. 2094 c.c., non sempre ritenuto così gratificante, non solo dedicandosi ad altre attività produttive, ma anche alla famiglia, alla filosofia, alla politica, al volontariato, o alla propria formazione tecnica, professionale o spirituale, apparendo oltremodo riduttivo e non consono ai principi sanciti dagli artt. 3, 4, 7,9,23, 29,30,31,32, 33, 34,35, 39, 41,49, della costituzione ritenere che, a seguito della cessazione del contratto a termine, poi ritenuto illegittimo, il lavoratore, senza assumere alcuna specifica obbligazione di impegno o autolimitazione di vita, con la mera - e spesso farisaicamente rituale - comunicazione di disponibilità lavorativa, possa ottenere un cumulo di vantaggi a lui non riconoscibili), non potendosi applicare l’art. 18 Statuto dei Lavoratori, in presenza comunque dell’adempimento (ripristino del rapporto), sarebbe comunque onerato della prova degli effetti pregiudizievoli del ritardo, non potendo questo essere identificato, nemmeno presuntivamente, nelle retribuzioni spettanti.
- della circostanza che, stanti gli strumenti processuali del lavoro (che, dopo il deposito del ricorso, prevedono la fissazione di udienza a 60 giorni - art. 415 c.p.c.- , nonché la decisione della causa all’udienza stessa – art. 420 c.p.c. -) il datore di lavoro ha motivo di ritenere “prevedibile” un danno (ex art. 1225 c.c.) non superiore alle retribuzioni di qualche mese, di talchè il lavoratore, percependo un risarcimento sino a 12 mesi, potrebbe ottenere un vantaggio addirittura superiore;

- della circostanza che, ove la pronunzia ripristinatoria sia successiva ai dodici mesi dall'offerta, il danno eventuale, stante la discrezionalità del giudice nella valutazione della clausola generale (con conseguente non attribuibilità di un "dolo" del datore di lavoro che, in buona fede, ha interpretato la norma secondo una lettura "possibile" e comunque, non ha stipulato o eseguito il contratto nel presupposto di "non adempiere") e comunque stanti i penalizzanti tempi della giustizia e, spesso, stante il deposito "tardivo" del ricorso stesso, (rilevante ex art. 1227 c.c.), non sarebbe comunque addebitabile ex art. 1225 c.c. al datore stesso.

Ma l'ordinanza, pur dando atto che la liquidazione del danno, ritenuto sussistente in una dimensione ipotetica, può esser compiuta solo con una valutazione equitativa, sorprendentemente si contraddice e facendo cattivo uso dell'art. 1223 c.c. (che ritiene, semplicisticamente, fonte di un "diritto ex se a percepire tutte le retribuzioni medio tempore maturate") e manifesta un orientamento interpretativo più che discutibile, soprattutto quando mostra di voler intervenire "sociologicamente", valutando la fattispecie, non nella sua stretta valenza di monade contrattuale, ma nella sua dimensione "politica", riferita e riferibile prevalentemente a "grandi imprese" con organici rilevanti, ed in particolare ad ipotesi relative ad aziende (come le Poste Italiane) tenute a centinaia di risarcimenti.

La Corte avrebbe invece dovuto analizzare la questione con riferimento (o anche con riferimento) all'esito infausto di simile vertenza a danno di un piccolo datore di lavoro con uno o due dipendenti, che, letto il D. Leg.vo 368/2001, abbia in buona fede utilizzato lo strumento del contratto a termine, in quanto, valutata positivamente la clausola generale, stanti credibili esigenze di temporaneità assuntive conformi alla sua situazione aziendale o di mercato, non abbia inteso, per assoluta lealtà contrattuale, "illudere" un prestatore di lavoro circa la continuità del rapporto ovvero per evitare di dover sopportare, alla cessazione dello stesso, gli oneri del preavviso.

Ebbene, sotto tale profilo (certamente rilevante costituzionalmente e, in termini di numeri, non certo sottovalutabile) l'ordinanza della Corte è particolarmente carente, così come lo è per i profili per i quali ha ritenuto di esprimersi per una non manifesta infondatezza dell'eccezione di costituzionalità. La Corte esordisce ritenendo che la normativa in parola potrebbe considerarsi in contrasto con il secondo comma dell'art. 3 e dell'art. 4 della Costituzione in quanto, stante la media lunghezza dei processi, il danno che subirebbe il lavoratore sarebbe maggiore della previsione di legge, con ciò limitandosi di fatto la libertà e l'uguaglianza tra cittadini, integrandosi un "ostacolo di ordine economico e sociale" e maturandosi una "lesione del diritto al lavoro".

Una siffatta semplicistica lettura del richiamato precetto costituzionale, che, notoriamente, ha un contenuto più di valenza programmatica che direttamente precettiva, appare oggettivamente affrettata e non rispettosa della funzione "politica" che la costituzione conferisce al Legislatore il quale è chiamato, quale espressione della maggioranza del popolo italiano ed assumendosene tutte le conseguenze e responsabilità (appunto "politiche") in ordine ai risultati, a compiere fondamentali scelte di indirizzo.

Notoriamente, non sempre le scelte politiche devono essere compiute con un bilancino millimetrico e senza il dovuto ponderato "bilanciamento degli interessi", ben potendo e dovendo il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione essere interpretato secondo i canoni della "ragionevolezza", posto che, secondo giurisprudenza costante, la discrezionalità del legislatore non può essere censurata sotto il profilo dell'eguaglianza se non nei casi in cui travalichi nell'irragionevolezza (Corte Cost. sentenze 72/80; n.47/80; n. 73/79; n. 100/1977; n.264/76; n.104/76), di fatto compiendo veri e propri abusi di potere (C. Cost. 38/1965).

Tali scelte, stanti le varieguate scuole e culture politiche, economiche e sociali, possono essere indubbiamente discutibili e/o di diversa "presa" ideologica o di diversa convenienza politica, possono, a seconda delle circostanze, essere più o meno mirate all'efficienza di sistema, possono privilegiare una categoria più che un'altra, ritenuta di minor considerazione, possono avere effetti immediati a discapito del futuro, possono imporre sacrifici nel presente, per garantire una migliore benessere alle generazioni a venire, possono attenuare posizioni di privilegio a vantaggio di

categorie meno fortunate.

La valutazione di tali scelte, ove rimanga nell'ambito di un perimetro di credibilità costituzionale, rimane tipicamente politica ed è rimessa al Parlamento il quale, senza con ciò forzare la costituzione, può valutare le singole convenienze.

La legge non può, conseguentemente, di per sé, essere ritenuta contraria alla Suprema Carta, nel presupposto che la stessa "non condivida" una linea di pensiero "politica" o per l'adesione ad una determinata e diversa scuola economica non "tipizzata", né espressamente privilegiata nel testo costituzionale. Ciò ancor meno da chi, arrogarsi funzioni o valutazioni rimesse al solo legislatore, ritenga addirittura illegittima una norma, per il sol fatto di non aderire, in linea di merito "politico" alla linea espressa dal parlamento.

Ciò ancor più se la particolare visione delle tutele si riferisca alla delicatissima valutazione di opportunità nell'imposizione di particolari schemi contrattuali o, ancor più, alla determinazione forfettaria di parametri risarcitori aggiuntivi ad ipotesi di adempimento tardivo in forma specifica compiuto su intervento del Giudice.

Né a dirsi¹, che la determinazione forfettaria del danno, assumendo una funzione "sostitutiva" del diritto alle retribuzione, sarebbe contraria all'art. 36 della Costituzione. A fronte infatti di un non lavoro, non potrebbe parlarsi di diritto alla retribuzione, ma solo di risarcimento.

Non può quindi sostenersi che il legislatore, compiendo una ponderata valutazione delle esigenze delle parti e delle situazioni verificabili in caso di riconosciuta illegittimità del termine, abbia operato "ultra vires"

E' parimenti, ed a maggior ragione, discutibile un intervento sostitutivo del legislatore in nome di una ritenuta lesione del precetto costituzionale di eguaglianza ove un simile intervento non costituisca la riparazione di una "ingiustizia" insita nella norma, ma tenda, viceversa, a privilegiare senza un congruo bilanciamento di interessi, una parte negoziale, e soprattutto se comprima il principio (costituzionalmente garantito) di libertà ed autonomia dei cittadini di regolare contrattualmente i loro interessi meritevoli di tutela ex art. 1322 c.c., tenuto conto che detta libertà soggiace semmai solo al secondo comma a dell'art. 41 Cost. sulla utilità sociale, sulla sicurezza, sulla libertà e sulla dignità umana.

Né un tale intervento potrebbe essere considerarsi giustificato, come pretende la Corte, da una pretesa lesione dell'art. 4 Costituzione e cioè dall'intento di garantire il "diritto al lavoro" e di "promuovere le condizioni che rendano effettivo questo diritto".

Come è noto, l'art. 4 della Costituzione italiana, se costituisce una fondamentale guida programmatica per il Legislatore, non lo condiziona certo nelle scelte "tecniche" e strettamente "politiche" finalizzate a ricercare specifiche vie per lo sviluppo, a garantire e migliorare il lavoro (autonomo, subordinato, d'impresa) dei cittadini, lavoro per il quale la carta fondamentale non compie differenziazioni o scelte particolari.

Le occasioni di lavoro non sono un dato esogeno, se non in un momento dato, ma nel tempo dipendono dalla convenienza da parte delle imprese a crearli, tenuto conto delle aspettative che si formano sui costi e i ricavi.

Nè il numero delle imprese, nè la loro dimensione nè la loro dinamica nel tempo costituiscono un dato a priori.

In tale contesto, la "scelta" politica di utilizzare criteri contrattuali non vincolati e/o non particolarmente penalizzanti in uscita, anziché riduttiva della forza lavoro, non sempre si manifesta come "vincente" in termini occupazionali, anzi spesso costituisce fonte di crisi.

E' stato verificato che, se nel breve periodo economico, la previsione di forti tutele attribuisce immediati diritti ai lavoratori, anche introducendo nel sistema un positivo flusso di liquidità, nel medio e lungo periodo, se non accompagnato da una veemente crescita di sistema che lo sorregge, tende a logorare e sfilacciare inevitabilmente il tessuto produttivo che, senza un "appeal" di

¹ Come osservato in dottrina: PANICI P.L. e GUGLIELMI C., *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione*, relazione al convegno *Il collegato lavoro*, organizzato da Magistratura democratica in Roma il 16.12.2010

remunerazione del capitale, si riduce e si ridimensiona, con conseguenze diametralmente opposte ai principi programmatici della Costituzione.

Le potenziali azioni di politica economica sono diverse (alcune di matrice socialista, molte di matrice liberale, molte di natura intermedia, riformista, corporativista ecc.) tendenti a formulare variegate iniziative per sviluppare le assunzioni e la qualità del lavoro, ma nessuna “scuola” ha storicamente ed in assoluto, dimostrato di essere la “migliore” o di fornire risultati più aderenti in assoluto ai fondamentali diritti dell’uomo.

Sul punto, la Costituzione non formula, saggiamente, una scelta di campo, consapevole che qualsiasi intervento politico deve infatti “fare i conti” con i fondamentali modelli economici considerati “assiomatici” (propri delle categorie umane e non modificabili con atti d’imperio) e non può pretendere di regolare l’economia con i miti, le utopie ed i sogni.

E’ ormai ritenuto acquisito da tutti che, ove, operando nel libero mercato, uno stato non intenda, né possa (per motivi di budget e di deficit) risolvere il problema occupazionale sviluppando debito pubblico e/o privilegiando a dismisura le assunzioni nel pubblico impiego (ne costituisce esempio quanto recentemente avvenuto in Grecia), deve necessariamente utilizzare la carta dello sviluppo del sistema di imprese private, grandi e piccole, allocate in tutto il territorio, formate da persone fisiche o giuridiche ed anche sotto forma cooperativa..

Par attuare una simile politica, lo stato, sempre condizionato da modelli economici non modificabili, deve emanare una normativa che favorisca l’iniziativa privata e, con ciò, aumenti lo sviluppo, creando risorse e costituendo posti di lavoro.

Per raggiungere un simile intento (ed a tal riguardo basta seguire gli studi compiuti dalla società McKinsey²), nei paesi del mondo occidentale ed in quelli non orientati ad economie collettivistiche, una lotta alla disoccupazione rispondente ai dettati della nostra Costituzione va attuata da un cocktail di interventi, primo fra tutti un aumento della produttività di sistema, non dovuta, più di tanto, a carenze tecnologiche, a difetti di marketing o ad errate scelte produttive delle aziende, quanto a difetti strutturali della nostra economia (burocrazia, carenza di servizi, eccessiva tassazione, eccessivo costo relativo del lavoro relativo, corruzione, mancanza di concorrenza ecc.) superabili non con un aumento delle tutele dei lavoratori (che costituiscono delle oggettive conquiste di civiltà), ma con il raggiungimento di un ciclo virtuoso di concorrenza – liberalizzazioni – aumento della produttività del lavoro – formazione e ricerca – riduzione delle tasse e dei prezzi — consumerizzazione – lotta alla evasione fiscale, e non certo attraverso la ricerca di soluzioni “al ribasso” magari attuate con forme di decentramento “pirata” rese possibili dall’imperante globalizzazione ed amplificabili a dismisura con il cosiddetto “Effetto Wal-Mart”.

Ciò non toglie tuttavia che i risultati di welfare acquisiti da un paese, non possano non essere “ridiscussi” in nome del principio di una progressiva costituzionalizzazione delle conquiste sociali dovendo comunque essere garantita la tradizionale contrapposizione tra diritti fondamentali, consacrati in costituzione, quali i diritti di libertà e i cosiddetti “diritti a prestazioni”, che devono essere modulati a seconda delle potenzialità del sistema a garantire il livello delle prestazioni stesse.

3)

Orbene, posto che per “produttività”, anche ragionando in termini Keynesiani, si intende un efficiente rapporto tra remunerazione del lavoro e risultati che con esso si ottengono⁴, ai fini della rispondenza costituzionale di una norma del tipo di quella in esame, si tratta di verificare se

² Schematicamente sintetizzati nell’articolo pubblicato su internet da Vittorio Terzi, managing director della società, in: http://www.google.it/search?sourceid=navclient&hl=it&ie=UTF-8&rlz=1T4SKPB_itIT364IT364&q=mckinsey+occupazione+2011

³ “Quando eccede una certa misura, travalicando in forme di tutela non rispondenti a situazioni di bisogno (in atto o potenziali) (...) lo Stato sociale non solo diventa un peso insopportabile per l’economia di libero mercato, ma si rovescia in nuove forme di dipendenza che diseducano i singoli all’esercizio della libertà (...), ne ottundono lo spirito di iniziativa e il senso di responsabilità, scatenando per contrappasso un crescendo di pretese di maggiori prestazioni” (Mengoni 1998, I diritti sociali, in ADL, 1, p. 13)

⁴ La produttività è genericamente definita come il rapporto tra una misura del volume di output realizzato e una misura del volume di uno o più input impiegati nel processo produttivo.

l'intervento si manifesti opportuno nel quadro economico ovvero pur valutando ponderatamente i diversi interessi, contrasti comunque con la nostra Carta Fondamentale.

A tal riguardo deve considerarsi che le politiche economiche di un singolo Stato non possono comunque sfuggire alle ferree regole economiche che impongono una "compatibilità" delle tutele del lavoro con l'economicità di sistema e che determinano una automatica riduzione o fuga delle imprese ove i costi di sistema e del fattore lavoro (per retribuzioni, maggiori diritti e tutele, più ampie garanzie normative, rigidità in uscita dei contratti di lavoro) impediscano una idonea remunerazione al capitale a rischio, con conseguenze disaffezione delle risorse finanziarie ad allocarsi nella produzione di beni e servizi del contesto nazionale e conseguente minor sviluppo, con inevitabile accrescimento della disoccupazione.

E' infatti accertato che il numero di posti di lavoro non costituisce una "costante fissa" di un sistema economico, ma è la conseguenza della tasso di "attrazione" delle risorse finanziarie internazionali, unito alle capacità produttive culturali, sindacali, formative e normative che un contesto sociale riesce ad esprimere nel realizzare il delicato equilibrio del sistema d'impresa. In tale contesto, la "scelta" politica di utilizzare criteri contrattuali non vincolati e/o non particolarmente penalizzanti in uscita, anziché riduttiva della forza lavoro, è paradossalmente risultata "vincente" in termini occupazionali, essendo stato verificato che, se nel breve periodo, la previsione di forti tutele attribuisce immediati diritti ai lavoratori, nel medio e lungo periodo logora e sfilaccia inevitabilmente un tessuto produttivo che, senza un "appeal" di remunerazione del capitale, si riduce o sfugge, con conseguenze diametralmente opposte ai principi programmatici della Costituzione.

La nostra Costituzione peraltro, non fornisce un unico modello contrattuale di attività lavorativa. Quando parla di Lavoro si riferisce a tutte le categorie impegnate per far crescere la società e, in primis, a coloro che il lavoro lo creano, cioè le aziende, soprattutto quelle piccole, nuove e di nicchia, di giovani, fatte di idee e non di strutture, quelle che, per crescere, non possono non avvalersi di forze dinamiche ed elastiche e che devono essere considerate come le crisalidi dello sviluppo, da premiare e non da criminalizzare.

Ebbene, sono proprio queste realtà, foriere di nuovo moderno sviluppo e nuova occupazione che spesso, per evitare di aggravarsi di un organico pesante, si avvalgono di forme elastiche nell'utilizzazione di collaboratori, fruendo, in linea con le previsioni normative del D.L.vo 368/2001, di contratti a termine.

Ebbene sono proprio queste aziende (e non le Poste Italiane, prese in esame nella pronunzia), che in un tessuto produttivo minimale come spesso è quello italiano, costituiscono la principale forma di sviluppo del "lavoro" (e che contribuiscono in gran parte a realizzare il precetto di cui all'art. 4 e 41 della Costituzione), a subire i maggiori pregiudizi dall'ordinanza della Corte di Cassazione del 20.1.2011, non potendo le stesse sopportare le conseguenze finanziarie che la stessa imporrebbe loro e non potendo fruire della "boccata d'ossigeno" loro assicurata dal comma 5 art. 32 della legge 4.11.2010 n. 183.

Ciò si traduce nell'impossibilità, nei piani di impresa, di programmare nel tempo i la forza lavoro e soprattutto negli "start up", di elaborare dei credibili progetti di investimento.

La sussistenza dei conseguenti rischi rende incerte le iniziative, che vengono abbandonate, non coltivate, ridimensionate o, peggio ancora, decentralizzate all'estero.

L'Ordinanza della Corte di Cassazione, ponendosi in contrasto con questa visione positiva, sposa una linea politico economica del tutto diversa, interpretando l'art. 4 della Costituzione nella logica dell'esistente, ispirata più ad imporre alle aziende la conservazione dei precedenti standard di manodopera (magari inutile e non più fruibile), con ingiustificato intento di accentuare al massimo e ferocemente le conseguenze sanzionatorie per ogni forma di recesso, soprattutto se non riferite ad ipotesi di rapporto a tempo indeterminato, con ciò sposando una visione di politica economica ormai superata, non più voluta da moltissimi cittadini, che invece preferiscono un rinnovamento, un cambiamento e un definitivo adeguamento del nostro stanco sistema alle regole del mercato internazionale, soprattutto se globale.

Porsi contro tale tipo di attività in termini contrattuali, risarcitori, processuali, invocando solo alcuni articoli costituzionali a discapito di altri, non solo evidenzia una scelta che non può non definirsi ideologica e non aderente ad una visione certamente “aperta” della nostra Carta Costituzionale, ma si pone proprio contro l’intento di un coerente sviluppo programmatico e di quantità lavorativa sancito dagli artt. 4 e 41 della Costituzione (non certo prevedenti una divaricazione di interessi collettivi dei cittadini, a seconda della posizione contrattuale che rivestano), certamente più vitali di una mal interpretata “effettività del sistema giurisdizionale”.

In tale ottica la pretesa di considerare costituzionalmente illegittima una politica di lungo respiro coerente con i tempi economici ed adeguata ai tempi, ma giustificata solo da una “conservazione di rapporti esistenti” appare non solo datata, ma addirittura autolesionistica e non può essere certo condivisa, al pari di quella, addirittura incredibile, di considerare gli imprenditori responsabili dei danni causati da una macchina della giustizia vecchia, burocratica, costosa e per tali motivi, inadeguata ed ingiusta. .

Non può essere al riguardo sottaciuto il danno enorme che la ricostituzione dei rapporti lavorativi dopo anni, ed i conseguenti costi economici ed organizzativi, crea alle imprese e a tutto il sistema economico (che è la principale vittima dell’inaffidabilità del Servizio giustizia), tanto da costituire, in una con la critica ad un sistema legittimante l’endemico mancato tempestivo rispetto di obblighi contrattuali e con la pesantezza della burocrazia, uno dei principali motivi per i quali le imprese internazionali non ritengono remunerante investire nel nostro paese.

Appare quindi del tutto commendevole, ed addirittura premiante, proprio sotto il profilo di un adeguamento ai principi di cui all’art. 24 Costituzione, lo sforzo del legislatore di non ingigantire, a danno di una sola parte, spesso non meritevole né economicamente onerabile di simili gravi sanzioni, le conseguenze della lunghezza della giustizia, con la determinazione di una forma risarcitoria forfetizzata.

E’ noto che l’Italia è stata reiteratamente condannata dalla Corte dei diritti dell’Uomo per l’assurda lunghezza della giustizia, con tempistica inaccettabile, in particolare, per situazioni nelle quali, in spregio alla tempistica prevista dalla legge 533/73, si richieda la ricostituzione di rapporti di lavoro illegittimamente interrotti e per le quali, nell’interesse di tutte le parti e del sistema economico in generale, sarebbero essenziali procedure velocissime.

Diviene quindi addirittura ingiusto il richiamo, compiuto dalla Corte, all’art. 6 della Convenzione dei diritti dell’uomo, richiamo che, per come espresso e da chi espresso, costituisce il drammatico indice della totale “scollatura” tra una visione utopica dei principi compiuta da un “potere dello Stato” (e probabilmente, anche per i suoi silenzi, corresponsabile delle carenze della macchina giudiziaria) ed i ritenuti destinatari della lesione, qualificati “colpevoli” di danni all’umanità solo per essere “datori di lavoro privati” (lo stato si guarda bene dall’addossare alla P.A. simili responsabilità connesse ad illegittimi contratti a termine) e di aver “creduto” in previsioni normative accattivanti, intrappolanti e controproducenti, come l’ambiguo e plurinterpretabile testo ammissivo dei contratti a termine.

E’ paradossale quindi che la Corte, da un lato chiuda gli occhi di fronte a simili carenze, tempistiche e lungaggini, certamente lesive dei principi costituzionali, e delle quali prende passivamente atto, anche a difesa di uno stato inerte e forse anche di proprie responsabilità, quasi che si trattasse di un assioma scientifico o di una calamità naturale, e dall’altro non esita a rispolverare teorie di sofisticata e bizantina tutela giurisdizionale e alti principi processuali di risarcimento dal danno per addossare al datore di lavoro privato conseguenze economiche connesse alla farraginosità del sistema, non dipendenti, più di tanto, dalla volontà della parte contraente penalizzata, con la conseguenza, inevitabile, di ridurre ancor più lo spirito d’impresa già così poco considerato dalla legislazione ed eccettuare così la minimizzazione dell’offerta di lavoro.

E’ peraltro paradossale che un datore di lavoro possa da un lato ottenere il risarcimento del danno subito per la lentezza della giustizia ex lege n. 89 del 24 marzo 2001, e dall’altro essere condannato al risarcimento del danno, sempre in ragione del medesimo ritardo. Non solo, posto che la “legge Pinto” non attribuisce al soggetto leso un risarcimento “a piè di lista”, ma prevede una

“forfetizzazione” dello stesso, sarebbe certamente incostituzionale sancire da un lato la irrisarcibilità integrale del datore di lavoro da parte dello stesso e nel contempo compensarlo in modo minimale per le conseguenze patrimoniali subite a colpa del “sistema giustizia”.

In tal senso il geloso richiamo alla autonomia dell’amministrazione della Giustizia contenuta nella ordinanza non può qualificarsi una corretta forma di denuncia od un grido per l’attentato alle prerogative della magistratura, ma, per converso, è indice della sostanziale pretesa della stessa di condizionare il Legislatore in scelte politico economiche che non le competono più di tanto, delle quali non è la principale detentrica e per le quali non assume nessuna responsabilità.

Neanche il richiamo alla pretesa lesione di diritti fondamentali connessi al divieto di normare retroattivamente su processi in corso appare accettabile avendo in numerose occasioni il Parlamento compiuto interventi in tal senso, ed in molte occasioni a vantaggio dei lavoratori o di altre categorie, senza che la Corte Costituzionale, pur sollecitata, abbia ritenuto di intervenire a difesa della parte penalizzata.

Una tale facoltà è stata peraltro considerata costituzionalmente legittima dalla sentenza n. 419 del 2000, con la quale la Corte Costituzionale ha precisato che il divieto di retroattività della legge - pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell’ordinamento, cui il legislatore deve, in linea di principio, attenersi - non è elevato e dignità costituzionale, salva la previsione dell’art. 25 Cost. relativo alla materia penale.

Sussisterebbero comunque sia motivazioni di economia globale, già di per sé idonee a giustificare il tipo di intervento, sia motivazioni di rettifica delle conseguenze perverse di una precedente disposizione (per alcuni aspetti aberrante), tenuto anche conto che la stessa magistratura, in diverse occasioni, trovandosi di fronte a schemi risarcitori di rilevante portata, ha ritenuto di adottare forme di attenuazione e di “*reductio ad aequitatem*” del danno.

Priva di pregio risulta inoltre l’argomentazione della Cassazione sotto il profilo del contrasto con l’accordo quadro e la Direttiva comunitaria del 1999.

Partendo dal presupposto del tutto errato della sproporzione tra la ritenuta “tenuità” dell’indennità prevista al 5° comma dell’art. 32 ed il danno ipoteticamente subito dal lavoratore, la Corte ritiene che le misure ex-novo introdotte dal legislatore contrastino con le finalità stesse dell’Accordo quadro ed in particolare la prevenzione “*dell’utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*”.

Nel riportare estratti delle note sentenze della Corte di Giustizia “Adelener” e “Angelidaki”, la Cassazione ritiene, invero indirettamente ed in modo del tutto atecnico, nonché senza il necessario e dovuto approfondimento, che le misure sanzionatorie previste dallo schema legale introdotto non siano in grado di sopperire sufficientemente ed effettivamente alle esigenze di tutela dei lavoratori a termine senza adeguate sanzioni ad un potenziale abuso, posto che, secondo la normativa comunitaria, pur ritenendosi preferibili le forme di contratto di lavoro a tempo indeterminato, in caso di irregolarità del contratto a termine, non viene affatto previsto un obbligo degli stati membri di predisporre forme sanzionatorie che sanciscano la conversione *jussu judicis*, ben potendo tale ipotesi ricostruttiva costituire, di per sé una valida ed efficace forma di ristoro.

Sono in realtà le stesse sentenze della Corte di Giustizia citate che convincono in ordine all’insussistenza, nell’ipotesi in esame, della pretesa lesione e della sussistenza del ritenuto contrasto con la Direttiva comunitaria 1999/70 e con l’Accordo 18.3.1999, tenuto presente che, seppur nel rispetto di un generale principio di effettività “*l’accordo quadro de quo non prevede sanzioni specifiche per il caso in cui siano stati accertati abusi, e , in particolare, non stabilisce un obbligo generale degli stati membri di prevedere la conversione in contratti di lavoro a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato.. lasciando quindi agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia..*” (punto 145, Angelidaki).

La stessa decisione ritiene inoltre ben sufficiente una generica e non specificata sanzione (purché efficace), contro l’utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato, anche solo economica priva della conversione del contratto. (punto 189).

Inoltre gli Stati membri sono tenuti, nell’ambito della libertà che viene loro lasciata dall’art. 249,

terzo comma, CE, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive (v. sentenze 8 aprile 1976, causa 48/75, Royer, Racc. pag. 497, punto 75, e 12 settembre 1996, cause riunite C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95).

Non si può quindi non rimarcare come, nel nostro ordinamento, già siano presenti elementi sanzionatori non solo più frustranti di quelli adottati da altri stati membri, ma ben al di sopra di quelli richiesti dalla normativa dell'Unione, tali da scoraggiare fortemente un abuso di tale forma contrattuale che, giova ricordarlo, non può dal 2007, eccedere il lasso temporale dei 36 mesi, nel pieno rispetto della Direttiva e della giurisprudenza europea in materia.

Non ultimo si deve precisare come la Direttiva del 99, come più volte confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, abbia come obiettivo non la prevenzione dell'abuso del contratto a termine sic et simpliciter, bensì "l'abuso dell'utilizzo dei contratti a tempo determinato successivi", rimanendo fuori dallo schema della direttiva e dalla sua conseguente applicazione il singolo e unico contratto a termine regolato, nei suoi requisiti formali e sostanziali e nelle sue violazioni, dalla normativa nazionale.

Appare infine più che significativo l'*obiter dictum* formulato "ad colorandum" dalla Corte, laddove, senza essere sollecitata sul punto, critica l'insufficienza dell'art. 614 bis c.p.c. che esclude i rapporti di lavoro da forme risarcitorie per ritardi nell'esecuzione di provvedimenti giudiziari.

L'argomentazione, in assoluto inapplicabile nel caso di determinazione del danno ex art. 32, 5° comma L. 183/2010 (che si riferisce al risarcimento del danno subito sino alla data della pronuncia e non successivo alla pronuncia) appare sintomatico del desiderio della Corte di criticare comunque il comma in esame, ma giungendo, per esaltarne la assunta ingiustizia, ad una conclusione inattesa, quella di ritenere che i commi 5 e 6 della legge escludano ogni tutela reale, con ciò conferendo alla disposizione il contenuto interpretativo disatteso da gran parte degli interpreti, quello di ritenere il danno compensativo (in quanto omnicomprendivo) anche del materiale ripristino del rapporto di lavoro.

Tale conclusione impone di riconsiderare l'intero impianto delle critiche rivolte dalla Corte alla legge 183/2010, in quanto, a fronte della diversa e ben più efficace previsione sanzionatoria della ricostituzione del rapporto, verrebbero meno gran parte delle lamentate inadeguatezze costituzionali.

Si ha quindi motivo di ritenere che la Corte Costituzionale ben possa ritenere legittima la norma e, ove anche si pronunziasse per l'incostituzionalità della stessa, ben potrebbe emettere una pronuncia "condizionata" ad una sua radicale lettura e ritenerla legittima ove interpretata nel senso di far salvo, comunque, il ripristino "reale" del rapporto.

Riccardo Chilosi
Avvocato del Foro di Roma