

WorkingPaper

**ADAPT**  
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

# Una questione di “valore” Il *Jobs Act* alla prova di costituzionalità

**Adalberto Perulli**

*Professore ordinario di diritto del lavoro, Università Ca' Foscari di Venezia*

**Working Paper n. 15**

## ABSTRACT

Il saggio analizza alcuni aspetti dell'ordinanza del Tribunale di Roma che ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 7, lett. c, della l. n. 183/2014 e degli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23/2015. Vengono in particolare indicati i principali profili di possibile contrasto della disciplina del licenziamento illegittimo generati dalla previsione di un indennizzo che il Tribunale reputa insufficiente per garantire una tutela effettiva del lavoro, causando una ingiustificata disparità di trattamento tra i lavoratori assunti prima del *Jobs Act* e quelli assunti con contratto a tutele crescenti.

La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma impone una rivisitazione del risalente tema filosofico-giuridico relativo al rapporto tra diritto e valori, ponendo più di un interrogativo sul fondamento assiologico del diritto del lavoro. Ed infatti, occorrerà valutare se il “cambiamento di paradigma” attuato con il *Jobs Act* presupponga davvero una diversa connotazione dei valori fondanti il diritto del lavoro che, da una dimensione assiologicamente orientata al bilanciamento tra rispetto della dignità umana e iniziativa economica privata, sembrano slittare verso una concezione puramente economicistica del lavoro.

## I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- ❖ Il c.d. *Jobs Act* ha introdotto, soltanto per i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, un nuovo regime di tutela in caso di licenziamento illegittimo.
- ❖ In particolare, gli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23/2015 prevedono una limitata tutela reale (reintegrazione nel posto di lavoro) per i casi più gravi (licenziamento nullo, discriminatorio, inefficace o insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore), mentre in tutte le altre ipotesi di licenziamento illegittimo riconoscono soltanto un'indennità monetaria commisurata all'anzianità di servizio e predeterminata nel suo ammontare.
- ❖ Sono emersi, anche in dottrina, molteplici dubbi di legittimità costituzionale di tale disciplina. Tali dubbi sono stati in parte formalizzati con l'ordinanza del 26 luglio 2017 con cui il Tribunale di Roma ha rimesso la questione dinanzi alla Corte costituzionale

## IL MESSAGGIO

Con l'entrata in vigore del *Jobs Act*, il lavoratore che è stato assunto con contratto a tutele crescenti ed ha perso ingiustamente il posto di lavoro non ottiene, salvo nelle ipotesi più gravi, né un risarcimento in forma specifica né un risarcimento per equivalente, bensì un *tertium genus* di ristoro, deteriore rispetto ai principi civilistici generali, che ben può essere qualificato nei termini di una deroga *in peius* rispetto ai criteri rimediali comuni. Tutto ciò ad esclusivo vantaggio del datore di lavoro, il quale sembrerebbe addirittura sollecitato dal legislatore a porre in essere comportamenti opportunistici da free rider massimizzando e cumulando indebitamente diversi vantaggi economici e non (si pensi, ad es., agli sgravi contributivi previsti per le nuove assunzioni dalla l. n. 190/2014).

L'argomento principale del Tribunale di Roma in ordine al dubbio (condiviso dall'Autore) di illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui trattasi è quello secondo cui la riforma in questione avrebbe ridotto ad una questione meramente “quantitativa” il vincolo costituzionale di tutela del lavoro

## Indice

1. Una questione di “valore” .....	4
2. I profili di illegittimità costituzionale.....	7
2.1. Il contrasto con l’articolo 3 Cost.: analisi economica del diritto, razionalità dell’attore economico e finalità occupazionali del <i>Jobs Act</i> .....	8
2.2. Il contrasto con gli articoli 4 e 35 Cost. ....	13
2.3. Il contrasto con gli articoli 76 e 117 Cost. ....	14
3. Quello che l’ordinanza non dice.....	16

*Il diritto sarà così per ciascuno  
ciò che gli si può togliere senza diminuirlo,  
ma ciò a cui (nessuno) può rinunciare  
senza rinunciare a se stesso<sup>1</sup>*

## **1. Una questione di “valore”**

L’ordinanza 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma che ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 1, comma 7, lettera c, della legge n. 183/2014 e degli articoli 2, 3 e 4 del decreto legislativo n. 23/2015, porta al pettine una serie di interrogativi sorti in seguito alla riforma della disciplina del licenziamento illegittimo contenuta nel *Jobs Act*, con riferimento alla disparità di trattamento tra i lavoratori che sono stati assunti a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015 e quanti invece, per aver stipulato un contratto di lavoro a “tutele crescenti” dopo tale data, soffrono un evidente regresso delle tutele in una materia, quella riguardante la tutela del posto di lavoro, pregna di valori costituzionali “primari”<sup>(2)</sup>. Nel nuovo paradigma rimediale la tutela ripristinatoria è sostanzialmente azzerata, fatti salvi i casi del licenziamento discriminatorio o nullo per espressa previsione legislativa, a favore di una tutela indennitaria predeterminata e “crescente” in ragione dell’anzianità, di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità. Inoltre, grazie al nuovo istituto dell’offerta di conciliazione, il datore di lavoro è legittimato a proporre al lavoratore un importo di ammontare pari ad una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna di un assegno circolare. Si tratta di un vero e proprio rovesciamento dello schema rimediale offerto dalla tutela in forma specifica (articolo 18 Stat. lav. nella sua originaria versione), di cui la Cassazione a Sezioni Unite aveva più volte sottolineato la coerenza sistematica sia con i principi generali dell’ordinamento, sia con il diritto del prestatore al proprio posto di lavoro, protetto dagli articoli 1, 4 e 35 Cost; diritto che, venendo in rilievo situazioni soggettive a contenuto personale e non soltanto

---

<sup>(1)</sup> S. WEIL, *Un’antinomia del diritto*, in S. WEIL, *Primi scritti filosofici*, Marietti, 1999, 217.

<sup>(2)</sup> Cfr. G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 2, 77 ss.

patrimoniale <sup>(3)</sup>, «subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma» <sup>(4)</sup>.

Al di là delle molteplici questioni tecnico-giuridiche che il disposto propone all'interprete, non v'è dubbio che la tematica suggerisce una rivisitazione, in un'ottica moderna e costituzionalistica, del risalente tema filosofico-giuridico relativo al rapporto tra diritto e valori, ponendo più di un interrogativo sul *fondamento assiologico* del diritto del lavoro, di cui, non a caso, si sottolinea sempre più spesso la «relatività storica» <sup>(5)</sup>. Bisognerà analizzare e discutere più a fondo se il «cambiamento di paradigma» attuato con il *Jobs Act* <sup>(6)</sup> presuppone davvero una diversa connotazione dei valori fondanti il diritto del lavoro, che da una dimensione assiologicamente orientata al bilanciamento tra rispetto della dignità umana e iniziativa economica privata sembrano slittare verso una concezione puramente economicistica del lavoro, il quale assume nuovamente il valore del “lavoro nudo”, quello dell'*animal laborans* contrapposto all'*homo faber* <sup>(7)</sup>; una fase in cui il lavoro sembra riassumere una forma reificata <sup>(8)</sup>, depositaria non solo di un valore di scambio (oltre che di uso) ma anche di un valore, calcolabile *ex ante*, associabile ad un atto di “separazione” connotato da disvalore giuridico, qual è il licenziamento illegittimo. Certo è che nel nuovo politeismo dei valori postfordista e postmoderno il principio di tutela del lavoro come bene primario della persona e della sua dignità si offusca sempre più, e la disciplina del licenziamento diventa icona della nuova considerazione valoriale del lavoro reificato, quale pura trasposizione monetaria di un bene in realtà difficilmente riducibile ad una valorizzazione economica “standard”, in quanto diretta espressione della persona umana e delle sue prerogative di rango costituzionale. È come se in questa materia – così centrale nella regolazione sociale e giuridica del lavoro – si stesse perdendo quel nesso tra valore e dignità, espresso nella lingua tedesca dal neologismo ottocentesco “*Menschenwürde*” (dignità umana) che rinvia con *Würde* alla radice etimologica di valore (*Wirda, Wert*); è come se il lavoro, colto nell'atto della sua disponibilità a basso costo nel paradigma economicistico dell'impresa e del mercato, avesse smarrito il proprio *suum* di “bene finale”, che chiede di realizzarsi attraverso un'azione weberianamente intesa non già come strumentale alla sua valorizzazione capitalistica ma come razionale rispetto al valore, ossia attraverso attività «teleologicamente orientate» <sup>(9)</sup>.

In questo problematico scenario, su cui si innestano prospettive nuove e rinnovate strategie di politica del diritto per lo sviluppo della «buona occupazione» <sup>(10)</sup>, proprio la Costituzione sembra costituire, in uno con le disposizioni sovranazionali ed

---

<sup>(3)</sup> Cfr. M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015, 110, con riferimento alla lezione di Proto Pisani.

<sup>(4)</sup> Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141.

<sup>(5)</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, “*Jobs Act*” e cultura giuslavoristica, in *DLM*, 2016, n. 1, 7.

<sup>(6)</sup> Cfr. A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015, 3 ss.

<sup>(7)</sup> H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, 1989 (ma 1958).

<sup>(8)</sup> Parla decisamente di rimercificazione del lavoro U. ROMAGNOLI, *Controcorrente*, in *LD*, 2015, n. 1, 5.

<sup>(9)</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, 2009, 92.

<sup>(10)</sup> Cfr. T. TREU, *Flexicurity e oltre*, Working Paper “Massimo D'Antona” – INT, 2017, n. 135.

internazionali (Carta dei diritti fondamentali UE, Carta sociale europea) <sup>(11)</sup> l'estrema funzione di un "Terzo" (*à la* Kojeve) <sup>(12)</sup> capace di garantire i valori che la reciprocità del consenso contrattuale assume nel diritto del lavoro, in una temperie in cui quella reciprocità di affidamento sempre più facilmente può essere violata dalla parte forte del rapporto; un Terzo garante di principi irriducibili che il legislatore (che pure dovrebbe essere "Terzo"! ) ha vulnerato introducendo una logica di pura valorizzazione economica del bene/lavoro decostruendone i contenuti assiologici: tutto ciò per aver riconosciuto al lavoratore licenziato il diritto ad un ristoro assai modesto, irriducibile alla tutela per equivalente, oltre ad aver perseguito la marginalizzazione dell'attività giudiziale tanto nella scelta dei rimedi applicabili quanto nella quantificazione del danno.

Partiamo da quest'ultimo punto. È evidente che un siffatto congegno rimediale non è riconducibile alla categoria civilistica della tutela per equivalente monetario, ed appare addirittura recessivo rispetto a quanto predicato dalla *Law & Economics* sulla cd. "rottura efficiente del contratto", posto che la dottrina gius-economica postula un assetto risarcitorio tale da soddisfare pienamente la parte che subisce la violazione <sup>(13)</sup>. Torneremo su questa lettura di analisi economica del diritto nel § 2.1. Per ora valga rammentare che la preferenza generalmente accordata dalla dottrina civilistica al risarcimento per equivalente rispetto alla tutela in forma specifica si fonda sulla maggiore idoneità di tale tipologia di ristoro a riparare integralmente il danno, atteso che laddove il responsabile venga condannato al ripristino della situazione *quo ante*, tale soluzione non elimina l'intera perdita di utilità subita dalla vittima nel lasso temporale fra l'evento di danno e la riparazione, onde tale perdita non può essere ristorata se non per equivalente: attraverso, dunque, una monetizzazione del pregiudizio subito dal duplice punto di vista del danno emergente e del lucro cessante. In tal prospettiva «il risarcimento per equivalente, anziché presentarsi come un *minus*, come un sostitutivo legale, come rimedio sussidiario della reintegrazione in forma specifica, è in realtà il modello funzionalmente più adatto ad eliminare gli effetti dell'evento dannoso» <sup>(14)</sup>. Ne consegue quindi che non può qualificarsi come tutela per equivalente (ove l'equivalenza deve riguardare una somma congruente a risarcire l'ingiusta perdita del bene/posto di lavoro) l'indennità prevista dall'articolo 3, comma 1, la cui misura è parsa inadeguata allo stesso Parlamento, il quale, nel parere approvato dalla Commissione lavoro, chiedeva al Governo di provvedere a «incrementare la misura minima e massima delle indennità dovute in caso di licenziamento per giustificato motivo o giusta causa». Ed invero appare innegabile che, così come congegnata, la tutela indennitaria prevista per il

---

<sup>(11)</sup> In generale, su questi testi, si veda M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle Carte internazionali*, Vita e Pensiero, 2016; sulla specifica rilevanza delle norme europee in materia di licenziamento si veda G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 619 ss.

<sup>(12)</sup> A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Jaca Book, 1990.

<sup>(13)</sup> Cfr. S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press, 2004, 312 (trad. it.: *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Giappichelli, 2005, 292). Si vedano, sul punto, ma con riferimento alla legge Fornero, le considerazioni di F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, Giuffrè, 2014, 287, secondo la quale il diritto a non essere licenziato senza giustificazione non trova sufficiente contrappeso nell'indennizzo compreso fra le 12 e le 24 mensilità.

<sup>(14)</sup> M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, Zanichelli, 1993, 1118-1119; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, 1979, vol. II, 328 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, 1983, secondo cui il risarcimento per equivalente costituisce la regola in materia di riparazione del danno.

licenziamento illegittimo nell'ambito del contratto a tutele crescenti offra una tutela assai peggiore rispetto a quella garantita dal diritto privato in caso di recesso da *locationes operis* al fine di ristorare, per esempio, il mandatario in caso di revoca senza giusta causa del mandato oneroso (articolo 1723, secondo comma, c.c.), o il prestatore d'opera che subisca il libero recesso del committente (articolo 2227 c.c.). Mentre questi ultimi potranno percepire integralmente il guadagno che dal contratto si erano ripromessi di trarre, ottenendo così il ristoro completo del danno subito, il lavoratore subordinato che perde ingiustamente il posto di lavoro non ottiene né un risarcimento in forma specifica né un risarcimento per equivalente, bensì un *tertium genus* di ristoro, peggiore rispetto ai principi civilistici generali, che ben può essere qualificato nei termini di una deroga *in peius* rispetto ai criteri rimediali comuni, a favore del datore di lavoro.

## 2. I profili di illegittimità costituzionale

Sappiamo bene che la Corte costituzionale ha affermato che la tutela reintegratoria non rappresenta l'unico possibile paradigma attuativo dei principi di garanzia del diritto al lavoro previsto dagli articoli 4 e 35 Cost. <sup>(15)</sup>. Alla luce di questi elementi ben si comprende perché il principale profilo di illegittimità costituzionale sollevato dall'ordinanza del Tribunale di Roma non riguarda l'avvenuta marginalizzazione estrema della tutela reintegratoria e dunque l'integrale monetizzazione della perdita del posto di lavoro, bensì la *consistenza e adeguatezza* della posta economica destinata a surrogare il risarcimento del danno in forma specifica, divenuto tutela residuale da applicare in rari casi di eccezionale gravità; posta economica che, a parere del Tribunale capitolino, «avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata», come richiesto dalla Corte costituzionale <sup>(16)</sup> richiamata dall'ordinanza. La linearità del discorso condotto nell'ordinanza ha quindi il pregio di semplificare la ridda di questioni, pur sollevate nella motivazione a supporto dell'argomento principale, in merito al sospetto di incostituzionalità delle norme, riducendo ad una questione meramente «quantitativa» il vincolo costituzionale di tutela del lavoro cui lo stesso legislatore ordinario è astretto per vincere la propria «miopia o la propria *akrasia*» <sup>(17)</sup>. Il sospetto di incostituzionalità ruota attorno a tre parametri di giudizio: l'articolo 3 Cost., con riferimento all'importo dell'indennità risarcitoria, che non riveste carattere compensativo né dissuasivo e oblitera la discrezionalità valutativa del giudice finendo per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro; gli articoli 4 e 35 Cost., in quanto al diritto del lavoro viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso; gli articoli 117 e 76 Cost., in quanto la sanzione per il licenziamento appare inadeguata rispetto a quanto previsto dalle fonti sovranazionali quali la Carta di Nizza e la Carta sociale europea, con violazione dei criteri di delega che predicavano il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni sovranazionali.

---

<sup>(15)</sup> C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

<sup>(16)</sup> C. cost. 26 maggio 2005, n. 199, e 22 novembre 1991, n. 420.

<sup>(17)</sup> Sui vincoli costituzionali come strategie dell'obbligarsi preventivamente per vincere la propria miopia o la debolezza della volontà, cfr. J. ELSTER, *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, 2004, 129 ss.

Secondo il giudice rimettente la previsione di un'indennità modesta, fissa e crescente solo in ragione dell'indennità di servizio non solo non ha carattere realmente compensativo, ma viola il principio di eguaglianza fra vecchi e nuovi assunti, obliterando il necessario bilanciamento di interessi imposto dal giudizio di ragionevolezza. La previsione indennitaria, inoltre, in quanto misura anche sanzionatoria (oltre che compensativo-riparatoria) non avrebbe una consistenza tale da renderla dissuasiva, anzi solleciterebbe un comportamento opportunistico del datore di lavoro/*free-rider* che, come attore "razionale", massimizza, cumulandoli indebitamente, i vantaggi economici derivanti dagli incentivi pubblici alle assunzioni (lo sgravio decontributivo per 36 mesi previsto dalla legge n. 190/2014) e quelli derivanti dalla "licenza" legislativa di recedere a costi assai modesti.

## **2.1. Il contrasto con l'articolo 3 Cost.: analisi economica del diritto, razionalità dell'attore economico e finalità occupazionali del *Jobs Act***

Secondo il Tribunale la previsione dell'indennità in esame «non costituisce adeguato ristoro per i lavoratori assunti dopo il 7.3.2015 e ingiustamente licenziati e viola il principio di uguaglianza». A supporto di un tale assunto il giudicante invoca il test di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco imposto dal principio di ragionevolezza. La motivazione si arricchisce di una pluralità di argomenti, al centro dei quali campeggia la suggestiva immagine di un legislatore il quale, invece di costringere l'impresa ad un comportamento virtuoso e socialmente responsabile, incoraggia prassi sleali di *dumping sociale* e di *free-riding*, offrendo al datore di lavoro una disciplina del licenziamento illegittimo che si traduce in un "affare" (*sic!*) piuttosto che uno schema normativo connotato dai necessari elementi di dissuasione; senza i quali, ricorrendo alla metafora di Ulisse, l'attore razionale "liberato" da vincoli di sanzioni efficaci – il "farsi legare" secondo i principi della Costituzione, in ipotesi violata – non potrebbe che cedere al canto ammaliante delle sirene. Il paradosso delle tutele crescenti sta infatti in ciò, che il licenziamento, a prescindere dalla perdurante sua valutazione alla luce dei criteri di giustificazione imposti dall'articolo 3 della legge n. 604/1966, si risolve comunque in un eccessivo vantaggio per l'impresa e in un altrettanto eccessivo svantaggio per il prestatore, laddove, al contrario, una disciplina realmente frutto di un equo temperamento degli interessi e rispettosa del principio di proporzionalità dovrebbe indurre il datore ad un comportamento di prudente apprezzamento della sussistenza di effettive ragioni, in assenza delle quali il recesso ingiustificato, lungi dal rappresentare un "affare", espone l'impresa ad una sanzione il cui peso soddisfa quel test di ragionevolezza giustamente invocato dal Tribunale. Utilizzando la teoria dei giochi si potrebbe dire che il meccanismo rimediale in esame non solo non vincola l'imprenditore a compiere una scelta dettata da preferenze "moralì", ma al contrario suggerisce una strategia razionale di "abuso di autorità" (guidato dal comportamento opportunistico dell'*homo oeconomicus*) che si realizzerà tutte le volte in cui il valore atteso dell'investimento in capitale umano del lavoratore sarà superiore al risarcimento



massimo <sup>(18)</sup>. Un tale modello di comportamento, si dice da parte di chi difende la riforma con argomenti equilibrati, ma non del tutto convincenti, può giustificarsi in ragione della necessaria apertura di credito che il legislatore sta progressivamente concedendo al sistema delle imprese, alle quali spetta il compito di accogliere con moderazione e responsabilità le nuove opportunità che la flessibilità in uscita ha loro concesso <sup>(19)</sup>. In realtà una tale spiegazione, o giustificazione “morale”, della riforma ha basi troppo incerte, che non siano quelle di un generico “affidamento” alla buona volontà di chi, in nome del profitto, crea anche posti di lavoro; onde, secondo una visione che risale ad Adam Smith, il compito della società (e della legge) è il bene aggregato dell’intera società a partire da comportamenti egoistici individuali. Solo in questa prospettiva utilitaristica si può giustificare, in generale, che alcuni soggetti siano privati di un qualsiasi vantaggio nel corso della loro esistenza nell’esclusivo interesse altrui, così come accade, potremmo dire, per i lavoratori assunti con un contratto a tutele crescenti e quindi obbligati a rinunciare a dei vantaggi (*rectius*, diritti) senza ricevere nulla in cambio, in nome di un ipotetico interesse della società nel suo complesso. Se si intende imboccare questa strada è inevitabile abbracciare la tesi proposta da Hayek sull’ordine generato dagli aggiustamenti reciproci delle economie individuali sul mercato, con conseguente illusione della giustizia sociale <sup>(20)</sup>, con tutte le conseguenze in termini di verifica della “tenuta costituzionale” del *décalage* normativo che tale percorso sottende, e di cui il caso che ci occupa è un esempio paradigmatico.

Ma se si accede, invece, ad una visione della società come sistema di cooperazione i congegni regolativi non possono basarsi sulla “buona volontà” degli agenti; è necessario invece garantire una certa quantità di beni primari, che non sono *capacitazioni* ma *diritti* per i soggetti: seguendo Rawls «diritti e libertà, poteri e opportunità, ricchezza e reddito», onde dietro il velo di ignoranza ciò che rileva non è la distribuzione delle utilità individuali ma la distribuzione dei beni sociali primari e la loro “quantità” <sup>(21)</sup>. Non che manchino datori di lavoro illuminati e sensibili alla dimensione etica dell’agire economico, su cui il legislatore può fare affidamento per la crescita dell’occupazione e il benessere sociale. Il problema non è questo. Se è ben vero, come insegna la teoria della scelta razionale, che gli agenti possono avere preferenze etiche che giustificano comportamenti altrimenti economicamente irrazionali, è altrettanto vero che l’ordinamento di preferenze che determina la scelta dell’attore economico è *di norma* quella tipica dell’agente massimizzatore di utilità, sempre a caccia dell’offerta migliore: lo “sciocco razionale” ben descritto da Sen nella sua critica all’utilitarismo. Di conseguenza l’argomento dell’apertura di credito del legislatore all’impresa (*sub specie* di riduzione delle rigidità normative in materia di licenziamenti) al fine di promuovere un mercato del lavoro più inclusivo non ha solide basi e fondamento razionale. Perché dovrebbe averne da un punto di vista giuridico? Anzi, la traduzione normativa dell’azzardo morale denunciata dal Tribunale di Roma *sub specie* di incentivo al comportamento da *free-rider* da parte del datore di lavoro consente di legittimare non solo socialmente o filosoficamente, ma *giuridicamente* una razionalità dell’impresa caratterizzata da ottimalità paretiana in cui il licenziamento è un gioco a somma zero

---

<sup>(18)</sup> Cfr. L. SACCONI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act: (non)equità e (in)efficienza dell’impresa*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 321.

<sup>(19)</sup> Cfr. L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 103 ss.

<sup>(20)</sup> F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty. Volume 2. The Mirage of Social Justice*, Routledge, 1976.

<sup>(21)</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1971, 67.

che non lasci aperte strategie alternative (e socialmente più appetibili) di “equilibrio” (à la Nash) <sup>(22)</sup>.

Peraltro, come sembra aver ben compreso il Tribunale, tale visione non trova giustificazione neppure adottando la logica gius-economica della rottura efficiente del contratto. Infatti, non solo il principio di proporzionalità ma anche la dottrina *Law & Economics* di matrice anglosassone impone una più adeguata considerazione dell’interesse pretermesso con l’*efficient breach of contract*: questo schema se da un lato postula la possibilità di violare la norma dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e/o *specific performance* (esecuzione in forma specifica), dall’altro prevede a ristoro del danno patito una somma quantificata in misura almeno pari all’*expectation damage* (danno da aspettativa) in capo alla parte che subisce il recesso <sup>(23)</sup>, peraltro in consimili casi difficilmente stimabile (perché nel caso del licenziamento è in gioco il bene/posto di lavoro). Le considerazioni svolte valgono, ad esempio, per il sistema rimediale del Regno Unito, laddove, attraverso gli strumenti azionabili avanti le Corti ordinarie, il lavoratore illegittimamente licenziato può aspirare al *compensatory award*, nella misura in cui il pregiudizio risarcito sia attribuibile al comportamento del datore di lavoro, sulla base di un parametro di “giustizia ed equità”. Di conseguenza, pur nel quadro di una tutela per equivalente e non in forma specifica, si realizza uno schema rimediale che – in termini di analisi economica del diritto – impiega una pena pecuniaria *dissuasiva* per spingere all’adempimento, laddove la stessa tutela in forma specifica si atteggia come equivalente ad una quantificazione elevata del danno. Nel nostro caso, invece, i dettami della *Law&Economics* vengono disattesi: la somma dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato risulta certamente inferiore all’*expectation damage* della parte *non-breaching*, senza che possa esercitarsi in via equitativa la discrezionalità valutativa del giudice, ancora garantita dopo la riforma Fornero, ma qui annullata per quanto attiene sia alla scelta del tipo di tutela (reintegrazione o indennizzo) sia al *quantum* di monetizzazione del recesso ingiustificato, rigorosamente definito a priori dallo stesso legislatore. Il che dimostra come il dubbio di costituzionalità sollevato dal Tribunale di Roma, lungi dal porsi in una prospettiva sorda ai dettami della *Law & Economics* suggerisce un’interrogazione valutativa sulla coerenza della nuova disciplina non solo con i parametri dell’argomentazione razionale secondo le regole del discorso pratico relativo alla “legittimazione sociale della legge”, ma pure con riguardo alla fondabilità del *Jobs Act* nel sistema del diritto positivo (e segnatamente costituzionale) secondo le regole del discorso dogmatico, anche adottando una postura interpretativa di *Law & Economics* <sup>(24)</sup>. E il giudizio finale non può che essere negativo, come argomenta il Tribunale che ben conosce anche la lettura in termini di contenuto “assicurativo” del rapporto di lavoro cui corrisponde la “soglia” al di sotto della quale la perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto «rientra nel rischio posto a carico dell’impresa». Rischio che viene talmente ridotto, a vantaggio dell’impresa, al punto da mettere in questione

---

<sup>(22)</sup> L’equilibrio di Nash è un insieme di strategie tale che, dato il comportamento degli avversari, nessun giocatore può migliorare la propria situazione adottando una strategia alternativa; cfr. AA.VV., *La teoria della scelta. Una guida critica*, Laterza, 1996, cap. VI, *Teoria dei giochi*, 135 ss.

<sup>(23)</sup> «Expectation damages are the standard measure of damages of promissory liability both from actions based on the bargaining theory and those based on promissory estoppel. They put the promisee in as good position as he would have been in had the contract been performed», *Damages for Breach of Contract*, NYU School of Law, in [www.law.nyu.edu](http://www.law.nyu.edu).

<sup>(24)</sup> Per questa prospettiva di metodo, cfr. L. MENGONI, *Relazione al convegno su Il metodo della ricerca civilistica*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1990, 7, 22.

l'effettiva utilità euristica non solo dello schema assicurativo per spiegare la natura del rapporto di lavoro, ma dello stesso contratto di lavoro come dispositivo capace di realizzare in termini *ragionevoli* e socialmente adeguati lo scambio tra sicurezza e subordinazione che ha caratterizzato la storia del diritto del lavoro <sup>(25)</sup>: crisi, o addirittura “collasso del contratto” aggredito da «forze di mercato anomiche e non normative» che ne hanno depredata in radice la natura assicurativa <sup>(26)</sup>, e di cui, *bon gré, mal gré* il *Jobs Act* si è fatto interprete.

Le conseguenze del nuovo assetto normativo, sulla cui eventuale giustificazione finalistica (in termini di crescita occupazionale) l'ordinanza del Tribunale di Roma spende qualche sferzante riga che introduce nel discorso giudiziario elementi di valutazione statistica sulle dinamiche del mercato del lavoro da tempo riecheggianti nello stesso dibattito scientifico <sup>(27)</sup>, non possono che essere – seguendo il filo logico del giudice – «discriminatorie in pregiudizio dei neossunti», per i quali il risarcimento minimo si riduce a *un terzo* di quello vigente per i lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo <sup>(28)</sup>. Ma per sostenere convincentemente questa tesi, il giudizio sull'ingiustificata disparità di trattamento introdotta dal *Jobs Act* deve confrontarsi con la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui «non contrasta di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi del tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche» <sup>(29)</sup>. Su questo presupposto del “fluire del tempo”, invero, una parte della dottrina aveva sostenuto la legittimità costituzionale della riforma, mentre altra parte ha espresso un diverso avviso, nella misura in cui la differente disciplina nel tempo presuppone comunque una diversificata situazione oggettiva, non riscontrabile nel caso di specie stante l'identica situazione di fatto in cui versano vecchi e nuovi assunti alle dipendenze del medesimo datore di lavoro <sup>(30)</sup>; ed è quest'ultima opzione che viene correttamente sposata dal giudice rimettente. Ma il Tribunale di Roma utilizza anche un altro decisivo argomento per superare l'obiezione del “fluire del tempo”, consistente nell'evidente coesistenza temporale, realizzata dal *Jobs Act*, di discipline diverse benché riferite soggettivamente a situazioni non solo del tutto identiche, ma sincroniche: come altra acuta dottrina ha rilevato, siamo quindi «al di fuori di una normale successione nel tempo di leggi che regolano la medesima fattispecie, dove la posteriore abroga quella precedente, ma si è in presenza della contemporanea esistenza di norme relative a casi uguali» <sup>(31)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, 247 ss.

<sup>(26)</sup> A. PERULLI, *Postfazione* a G. DE ANGELIS, M. MARRONE, *Voucherizzati! Il lavoro al di là del contratto. Un'indagine sul lavoro accessorio in Italia e in Emilia-Romagna*, Editrice Socialmente, 2017.

<sup>(27)</sup> Il Tribunale parla di un esaurimento della «spinta occupazionale che si intendeva incentivare con dette norme e che è oggi nuovamente affidata, di fatto, alle fattispecie che la delega legislativa intendeva rendere meno convenienti per le imprese, vale a dire ai rapporti a termine ed in regime di somministrazione (cfr. rapporto ISTAT sul I trimestre 2017, in atti)». Sull'uso della statistica nel diritto del lavoro, e sui suoi limiti, cfr. A. LYON-CAEN, A. PERULLI (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, 2010.

<sup>(28)</sup> M. BARBIERI, *op. cit.*, 115.

<sup>(29)</sup> C. cost. 13 novembre 2014, n. 254

<sup>(30)</sup> Cfr. G. FONTANA, *op. cit.*, 115; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, Working Paper CSDL “Massimo D'Antona” – IT, 2015, n. 246, 21; M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 2015, n. 1, 39 ss.

<sup>(31)</sup> V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in corso di pubblicazione in *RGL*, 2017, e già V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra*

Neppure l'argomento teleologico invocato da una parte della dottrina per giustificare la razionalità/costituzionalità della riforma supera, agli occhi del Tribunale un test di ragionevolezza<sup>(32)</sup>; e su ciò non si può che convenire, non solo in base alla succitata critica, condotta sul filo di pur incerte e discutibili fonti statistiche, circa l'effettività di una normativa che, lungi dal produrre incrementi occupazionali stabili, sembra piuttosto ripercorrere i più retri percorsi di una flessibilità numerica incondizionata; non solo per l'insostenibile riproposizione di una frusta equazione, smentita dai fatti e dalla stessa analisi "scientifica" che ne aveva sventolato impropriamente le presunte virtù, tra riduzione della *job employment protection* e l'incremento dell'occupazione; ma anche, e soprattutto, perché un simile argomento era stato già impiegato e speso dal legislatore della riforma Fornero, il quale, all'articolo 1, indicava le medesime finalità di «creazione di occupazione, in quantità e qualità» e di «riduzione permanente del tasso di disoccupazione» che il *Jobs Act* ha fedelmente riproposto. Orbene, se già il legislatore del 2012 aveva giustificato un intervento parzialmente demolitorio dell'articolo 18 Stat. lav. invocando motivazioni di ordine sociale legate alla crescita dell'occupazione, realizzando in materia di licenziamento illegittimo un punto di equilibrio tra le ragioni dell'impresa e la tutela del lavoro assai più avanzato rispetto a quello decretato dal *Jobs Act*, quale ragionevole giustificazione occupazionale può accampare il legislatore del 2015 per modificare quell'assetto, derogandolo vistosamente *in peius* a detrimento dei lavoratori? È ragionevole sostenere che una nuova "riforma" si giustifichi in virtù degli stessi argomenti palesemente spuntati ed inefficaci che la precedente riforma ha già brandito senza successo?<sup>(33)</sup> Non si apre in questo modo la strada verso una inevitabile *race to the bottom* (de)regolativa che in nome di un illusorio "diritto al lavoro" produce di fatto lo smantellamento progressivo e sistematico delle tutele in materia di licenziamenti? Se questa è la "cultura" che informa ormai un legislatore sempre più disponibile a porre condizioni normative per «un futuro iniquo ed inefficiente» del sistema imprenditoriale italiano<sup>(34)</sup>, è bene ricordare, con le parole di un costituzionalista americano, che «la funzione delle norme costituzionali dovrebbe essere quella di contrastare gli aspetti della cultura e della tradizione che

---

*law and economics e vincoli costituzionali*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 259.

<sup>(32)</sup> Si esprimono in tal senso G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 71, e C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, ivi, 21 ss.

<sup>(33)</sup> Cade in questo errore di prospettiva M. LEONARDI, *Linee generali e problemi aperti del Jobs Act*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 271, che si appella ai dati statistici sull'occupazione post riforma Fornero per "giustificare" il *Jobs Act*: «infatti a seguito della riforma (Fornero) i dati statistici confermano che non sono aumentate né le assunzioni a tempo indeterminato né le trasformazioni dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato». Considerato che, secondo i dati Istat, nel corso del 2017 su 10 contratti di lavoro stipulati 8 sono a termine, seguendo questa logica il decisore politico dovrebbe mettere mano al *Jobs Act*, per introdurre una disciplina in materia di licenziamenti ancor più liberistica, continuando a seguire il miraggio che una riduzione dell'*employment protection legislation* produca effetti benefici sull'occupazione. Diversa la spiegazione che, partendo dal medesimo problema, fornisce A. TURSI, *Dalla riforma dell'art. 18 al Jobs Act. Riproposizione o ricomposizione della frattura tra il legislatore e i suoi interpreti?*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, XXVI, secondo il quale il *Jobs Act* è stato prodotto da un disallineamento tra il legislatore (Fornero) e i suoi interpreti, che avrebbero posto tali e tanti limiti all'operatività della riforma del 2012 da indurre il legislatore del 2015 ad «una reazione forte, a tratti scomposta».

<sup>(34)</sup> È il lapidario giudizio di un economista non standard, L. SACCONI, *op. cit.*, 280.

hanno più probabilità di produrre conseguenze dannose attraverso il processo politico ordinario di quello stesso paese»<sup>(35)</sup>.

## 2.2. Il contrasto con gli articoli 4 e 35 Cost.

Secondo il tribunale di Roma sono le norme costituzionali di tutela del lavoro, in cui questo viene “valutato” quale strumento di realizzazione della persona e di emancipazione sociale ed economica, ad ulteriormente frapporsi alla costituzionalità di una normativa, come il *Jobs Act*, che, lo abbiamo detto, riduce il valore del lavoro ad un montante economico predeterminato e di modesta entità, tale da produrre l’effetto di un «quasi [...] ripristino di fatto della libertà assoluta di licenziamento». Qui emerge prepotentemente, fra le righe della motivazione, una visione schiettamente antropologica del diritto del lavoro, che senza dubbio è matrice del “discorso” costituzionale sul lavoro e che è figlia di una visione novecentesca dell’agire, in cui la dignità della persona che lavora è misura – à la Marshall – della sua *Social Citizenship*, e attraverso la quale i grandi ideali della giustizia sociale veicolati dalle costituzioni europee del dopoguerra hanno potuto inverarsi nei sistemi giuridici occidentali, completando un percorso di affermazione dei diritti fondamentali espressi dallo Stato liberale e segnando il passaggio epocale dallo Stato di diritto verso il *Welfare State*. Si tratta di una visione in cui il diritto del lavoro partecipa direttamente, e a pieno titolo, della nuova democrazia costituzionale che suggerisce l’immagine del soggetto assai distante dall’individualismo liberale, opponendo la solidarietà all’egoismo e i diritti sociali alla mera libertà negativa<sup>(36)</sup>. È vero che quei valori, e quegli stessi diritti, sono oggi – e da tempo – sottoposti ad un processo di rivisitazione critica, mobilitata dalle frange più potenti di quel motore del cambiamento anche valoriale che prende il nome di globalizzazione economica, e dal conseguente predominio di una logica di “mercato globale” che Alain Supiot identifica con il principale ostacolo all’affermarsi dei principi di giustizia sociale inaugurati su scala mondiale con la Dichiarazione di Filadelfia. Eppure, il substrato costituzionale che quei valori sottende, e sostiene, non è mutato; casomai sono mutate le condizioni fattuali/materiali in cui quei valori, divenuti operativi mediante norme di legge, si traducono in strumenti regolativi del rapporto, e in questa dimensione vengono ridefiniti e, talvolta, traditi. Non a caso, anche nel nostro Paese, si è proposto di modificare la Costituzione, per farne non già (come deve essere) la cornice regolativa dell’azione politica, ma un suo strumento. Eppure, a conferma del substrato assiologico in cui il diritto del lavoro è cresciuto e con cui tuttora convive, alle costituzioni degli Stati nazionali si sono aggiunte le Carte sovranazionali ed internazionali, le quali ripropongono, su scala meta-costituzionale, lo schema di una società che – continuando la metafora di Ulisse – «si “fa legare” nei momenti di assennatezza per evitare di morire di mano propria nei momenti di follia»<sup>(37)</sup>. E in questo legarsi della società ad un diritto in cui le modalità giustificative istituzionalizzate nelle procedure giuridiche «rimangono “aperte” nei confronti dei

---

<sup>(35)</sup> C.R. SUNSTEIN, *Constitutionalism, prosperity, democracy: Transition in Eastern Europe*, in *Constitutional Political Economy*, 1991, vol. 2, n. 3, 385.

<sup>(36)</sup> P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, 2002, 152-153.

<sup>(37)</sup> La citazione, di John Potter Stockton, è in J. ELSTER, *op. cit.*, 130.

discorsi morali», trovano fondamento le argomentazioni del Tribunale sia con riferimento agli articoli 4 e 35 Cost., sia ai rilevanti principi metodologici (*in primis* quello di proporzionalità) che impongono, nello scontro tra scelte di valore, un bilanciamento tale per cui il diritto/interesse più sopraffattorio non finisca per sopprimere il diritto/interesse recessivo. È ciò che si traduce nel principio secondo il quale la compressione di un diritto o interesse costituzionalmente garantito non sia eccessiva rispetto alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile, e comunque tale da annullarne il contenuto essenziale. Come dire che l'esiguità della indennità prevista dall'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo n. 23/2015 è il frutto di una scelta legislativa manifestamente inidonea alla tutela del bene/lavoro, che non ha operato un corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti dell'impresa e del lavoro, realizzando di fatto una compressione irragionevole di quest'ultimo termine a favore del primo. Ma c'è di più.

Il vincolo della tutela del bene/lavoro, che sui valori costituzionali si fonda, non può essere sciolto da una previsione normativa che, riducendo a tal punto le tutele del licenziamento illegittimo nel punto focale della disciplina del rapporto, produce inevitabilmente a cascata, sul piano sistematico, la messa in discussione dei valori di fondo che informano la nostra "civiltà del lavoro", vale a dire, nelle parole del Tribunale, «le libertà fondamentali di lavoratrici e lavoratori, nei luoghi di lavoro: la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc.». Come dire che l'irragionevolezza del legislatore, *sub specie* di mancata adozione delle precauzioni regolative imposte dalla caratura costituzionale del bene/lavoro in questione e dal mancato rispetto del principio di proporzionalità non affligge solo la materia del licenziamento ma si rifrange, come in un gioco di specchi, lungo tutta la disciplina del rapporto, vulnerando non tanto un asserito "principio lavoristico" – sulla cui portata ampia è la discussione in sede teorica (<sup>38</sup>) – quanto la concreta effettività dei diritti del lavoro sanciti dal legislatore costituzionale ed ordinario.

### **2.3. Il contrasto con gli articoli 76 e 117 Cost.**

Il Tribunale di Roma ha sollevato la questione di legittimità costituzionale anche con riguardo al diritto sovranazionale e internazionale, sulla base di quanto statuito dall'articolo 117 Cost. che vincola il legislatore al rispetto dell'ordinamento comunitario e dei trattati internazionali che assumono il ruolo di norme interposte; in relazione al principio di cui all'articolo 76 Cost. in base al quale l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegata al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi per tempo limitato e per oggetti definiti (il riferimento è all'articolo 1, comma 7, della legge delega n. 183/2014 che indica quale criterio generale la «coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni

---

<sup>(38)</sup> Cfr. di recente V. SPEZIALE, *op. cit.*, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, cit., che aderisce al pensiero di Costantino Mortati; ma per una lettura diversa e più articolata, sotto il profilo costituzionale, cfr. ad es. G. DI GASPARE, *Il principio lavoristico nella Costituzione della Repubblica*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2 settembre 2009, che mette in evidenza l'impostazione "classista" di Mortati e asserisce la visione condizionata ideologicamente dell'esegesi tradizionale.

internazionali»); nonché con riferimento all'articolo 35, terzo comma, Cost., ai sensi del quale la Repubblica promuove gli accordi internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro. Non è certo questo il “cuore” dell'ordinanza, la quale infatti considera tale profilo di violazione di principi sovranazionali ed internazionali come elemento che vale a “supportare” la valutazione di contrasto della normativa all'esame con gli articoli 3, 4 e 35 Cost.; tuttavia, merita la dovuta attenzione il tentativo di radicare il dubbio di costituzionalità su norme e principi derivanti da ordinamenti altri rispetto a quello nazionale, in una visione per così dire “multilivello” delle tutele lavoristiche.

Le questioni sollevate riguardano, in particolare, l'adeguatezza del rimedio indennitario previsto dal legislatore italiano rispetto a quanto statuito dall'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 24 della Carta sociale europea. La prima norma stabilisce il diritto di ogni lavoratore «alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». È vero che l'articolo 30 in esame non fa riferimento ad una “adeguata” tutela, come invece è scritto nell'ordinanza; ed è altresì vero che l'enunciato normativo è assai generico, onde sembrerebbe difficile un giudizio di adeguatezza dell'indennità rispetto all'atto di licenziamento ingiustificato; infine l'articolo 30 non prevede sanzioni/conseguenze per il caso di licenziamento ingiustificato, affermando genericamente il diritto del lavoratore alla tutela contro il licenziamento<sup>(39)</sup>. Tuttavia è anche vero che la norma deve leggersi in combinato disposto con l'articolo 52 della Carta di Nizza, ai sensi del quale «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà» (corsivo dell'A., *ndr*). Di conseguenza, da un lato una sanzione inadeguata in caso di licenziamento illegittimo appare incoerente con il vincolo “forte” dell'articolo 30 consistente nella giustificazione sostanziale del licenziamento<sup>(40)</sup>, dall'altro quel modesto indennizzo non sembra rispettoso del “contenuto essenziale” del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato: diritto che, se facilmente vulnerabile dietro pagamento di una piccola cifra di denaro, non può certo dirsi tutelato nel suo nucleo irriducibile e intangibile.

Ma non basta, perché altro canone normativo alla luce del quale deve essere valutata la legittimità delle previsioni di cui al decreto legislativo n. 23/2015 in materia di tutela indennitaria è offerto dall'articolo 24 della Carta sociale europea. Vale anzitutto rilevare la diversa efficacia da attribuire all'articolo 24 della Carta sociale europea, attesa la sua natura di atto di diritto internazionale<sup>(41)</sup>. La Carta, così come revisionata nel 1998, è stata ratificata dall'Italia il 5 luglio 1999 ed è entrata in vigore il 1° settembre 1999, con il valore di norma pattizia. Alla luce delle modifiche introdotte dall'articolo 117 Cost., le norme internazionali assumono la qualifica di norme interposte in un giudizio di

---

<sup>(39)</sup> Per una lettura articolata dell'art. 30 e per una attenta analisi dei profili dell'efficacia orizzontale della norma cfr. A. ALES, *La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – INT, 2016, n. 129; sui limiti del diritto europeo a causa dei noti limiti applicativi della Carta, cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, 22.

<sup>(40)</sup> Cfr. D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Jovene, 2003, 96-97; R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *DRI*, 2001, 340.

<sup>(41)</sup> In tema, cfr. A. GUAZZAROTTI, *La Corte EDU come contrappeso: alla ricerca di sinergie tra Convenzione, Carta Sociale Europea e OIL*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene, 2012, 127 ss.; più di recente, con spunti di interesse nella materia in esame, G. FONTANA, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – INT, 2016, n. 132.

legittimità costituzionale della norma interna antinamica, ponendosi in una posizione intermedia fra la norma costituzionale e la legge ordinaria di recepimento/ratifica. Come dire che le norme interne contrastanti con le disposizioni della Carta sociale europea, le quali sono norme pattizie recepite, devono considerarsi illegittime per violazione della Costituzione, secondo il modello delle norme interposte. In tale prospettiva l'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 potrebbe essere giudicato come una norma antinamica rispetto all'articolo 24 della Carta sociale e, di conseguenza, illegittima ai sensi degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost. Infatti, l'articolo 24 della Carta stabilisce il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo a ricevere «un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione». Sotteso a tale previsione è il principio di *effectiveness* della tutela, secondo il quale la sanzione per l'ingiusta perdita del diritto al posto di lavoro dev'essere adeguata, dispiegare efficacia dissuasiva, ed offrire altresì un ristoro integrale per il lavoratore. Lo stesso Comitato OIL, nel *Protection against unjustified dismissal*, interpretando l'articolo 10 della convenzione n. 158/1982, afferma che laddove il preferibile rimedio della reintegrazione sia sostituito da forme di *compensation* queste devono essere “adequate”.

Orbene, la limitata tutela indennitaria contro il licenziamento ingiustificato prevista dal *Jobs Act* è comunque tale da garantire il “contenuto essenziale” del diritto ad una protezione contro il licenziamento ingiustificato? Quell'indennizzo, nella misura ridotta e ritenuta insufficiente dal Tribunale di Roma a tutela del valore del bene/lavoro, offre una compensazione adeguata al lavoratore ingiustamente licenziato? La domanda è tanto più legittima considerando che la norma sospettata di incostituzionalità, escludendo ai fini della irrogazione della sanzione di reintegrazione ogni valutazione discrezionale circa la sproporzione del licenziamento, conculca del tutto il potere discrezionale del giudice in merito alla modulazione dell'indennizzo in ragione del caso concreto, e delle diverse *rationes agendi* del datore di lavoro, realizzandosi un omologante schema indennitario che prescinde da una valutazione in concreto del pregiudizio sofferto, della gravità del vizio riscontrato, «giungendo ad apprestare identica tutela a situazioni molto dissimili nella sostanza».

### 3. Quello che l'ordinanza non dice

In un passaggio dell'ordinanza si legge che «l'indennità che il datore di lavoro dovrà pagare all'esito del giudizio è fissa, predeterminata e prescinde dalla gravità dell'illegittimità». Il giudice, tuttavia, non sembra interessato a tematizzare questo aspetto per ricavarne alcuni possibili ulteriori profili di irrazionalità della normativa in oggetto. Infatti, secondo quanto disposto dal legislatore, nell'apprezzamento giudiziale del fatto non potrà più essere svolta una valutazione di proporzionalità *ex* articolo 2106 c.c. <sup>(42)</sup>. Se ne deve dedurre, *prima facie*, che qualunque tipo di comportamento rilevante sotto il profilo disciplinare e imputato al lavoratore può essere causa del suo licenziamento, che, ove si accerti sia inidoneo a configurarne gli estremi, non potrà dare ingresso alla tutela reale, ma solo alla tutela indennitaria. In tal modo, l'inadempimento

---

<sup>(42)</sup> Sulla violazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza e sulla loro violazione da parte della disciplina in esame cfr. L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *LD*, 2015, n. 1, 21.



di lieve o lievissima entità (si pensi ad un ritardo di pochi minuti) può essere sempre causa di licenziamento, con applicazione della tutela indennitaria, in quanto quel comportamento consiste in un fatto materialmente sussistente (il ritardo, non importa di quale entità). Appare evidente come tale soluzione legislativa si connoti per un elevato tasso di irrazionalità e possa integrare, di tal guisa, una violazione del principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 Cost. per le conseguenze inique alle quali conduce.

Da un lato il disposto opera una netta separazione tra rimedi in fattispecie fattualmente differenziate ma del tutto assimilabili sul piano funzionale (nessun ritardo; ritardo di pochi minuti) e quindi omogenee nei termini di un giudizio di analogia o di eguaglianza<sup>(43)</sup>: se un prestatore viene licenziato per grave insubordinazione, mentre in realtà si tratta di futili motivi, ciò non basterà ad assicurargli la tutela reintegratoria nella misura in cui il fatto contestato materialmente sussiste. È cruciale notare come sia proprio il rilievo attribuito al “fatto materiale” lo strumento attraverso il quale si realizza la violazione del principio di eguaglianza. Invero, se il fatto disciplinarmente rilevante fosse valutabile nella sua qualificazione giuridica – e non quale mero “dato” fenomenologico – la sua insussistenza comporterebbe la reintegrazione in entrambi i casi considerati (nessun ritardo, ritardo di pochi minuti).

Dall'altro lato la norma equipara, *quoad effectum*, e senza alcuna possibilità di graduazione dei rimedi, un provvedimento espulsivo per un fatto di effimero valore (il ritardo di pochi minuti) ed un licenziamento che, pur non integrando gli estremi della giusta causa, è invece portatore di una ben più grave antigiuridicità (ad esempio un'assenza ingiustificata di tre giorni) contemplata dal CCNL. In entrambi i casi scatterà la medesima sanzione indennitaria, senza alcuna possibilità giudiziale di modulazione del *quantum* in considerazione delle caratteristiche specifiche di ogni singola fattispecie concreta.

Ma non basta. La formulazione della norma si presta ad una ulteriore riflessione critica in termini di “razionalità intrinseca”, secondo i canoni ermeneutici connaturati a questo tipo di giudizio di legittimità costituzionale (congruità, proporzionalità, giustizia), a prescindere dall'impostazione di un giudizio comparativo tra fattispecie connesso al profilo dell'eguaglianza. Viene in rilievo un duplice profilo di irragionevolezza in senso proprio della legge: come eccesso di potere legislativo, ammesso dalla Corte ove «l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di “eccesso di potere” e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa»<sup>(44)</sup>; nonché come «non rispondente all'esigenza di conformità dell'ordinamento ai valori di giustizia ed equità connaturati al principio sancito dall'art. 3 della Costituzione»<sup>(45)</sup>. In tal prospettiva l'irragionevolezza intrinseca della norma si manifesta per l'indebita esclusione del giudizio di proporzionalità di cui all'articolo 2106 c.c. quale criterio preminente di controllo non solo circa la giustificazione del licenziamento (che pur rimane) ma anche quale criterio di selezione della misura rimediale applicabile. Per mantenersi aderente al criterio di ragionevolezza/proporzionalità il legislatore avrebbe

---

<sup>(43)</sup> Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, 1949, 76; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, 54.

<sup>(44)</sup> C. cost. 12 luglio 1995, n. 313.

<sup>(45)</sup> C. cost. 26 luglio 1995, n. 388.

dovuto scegliere tra l'opzione di eliminare la reintegrazione e modulare il *quantum* risarcitorio in ragione delle circostanze, ovvero consentire la reintegrazione fin tanto che il licenziamento appare del tutto sproporzionato. Al contrario, aver espunto dal meccanismo di modulazione della sanzione ogni riferimento proporzionalistico contraddice l'uso della proporzionalità quale elemento e parametro del controllo di ragionevolezza della legge, come dimostra, ad esempio, il rapporto reato/sanzione nel diritto penale, laddove è indirizzo giurisprudenziale costante che la configurazione dei reati e la previsione della quantità e qualità delle sanzioni penali sono sindacabili per ipotesi di manifesta irragionevolezza, sul principio che «la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali»<sup>(46)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> C. cost. 18 luglio 1989, n. 409.