

## Antonello Zoppoli

### Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti\*

**Sommario:** **1.** Intrinseco rilievo (non autoreferenzialità) del piano economico nel diritto del lavoro. **2.** Tutela del lavoro e tutela contro il licenziamento ingiustificato: un connubio di rilievo costituzionale. **3.** La tutela reale contro il licenziamento ingiustificato nella giurisprudenza costituzionale. **4.** (Segue) Bilanciamento e limiti alla discrezionalità legislativa: razionalità e temporaneità della compressione/eliminazione della tutela reale. **5.** La correlazione “riduzione della tutela contro il licenziamento–incremento dell’occupazione”: alcune considerazioni di metodo. **6.** (Segue) Il concreto bilanciamento e un’emblematica lettura di *law and economics* del contratto di lavoro a tutele crescenti. **7.** (Segue) In particolare, l’incremento qualitativo dell’occupazione: la fragile e temporanea legittimità del contratto di lavoro a tutele crescenti.

#### 1. *Intrinseco rilievo (non autoreferenzialità) del piano economico nel diritto del lavoro*

I più recenti provvedimenti legislativi sembrano aver impresso una vera svolta al diritto del lavoro italiano. Molti vi rinvengono un palese cedimento alle ragioni dell’impresa, secondo l’impostazione propria dell’analisi economica del diritto e a scapito dell’identità sociale, ossia di eguaglianza, indiscutibilmente costitutiva di questa branca dell’ordinamento giuridico. Emblematico del mutamento è il nuovo “contratto di lavoro a tutele crescenti” (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23<sup>1</sup>), che ha ridotto davvero al lumicino la norma sovente considerata l’icona degli sviluppi della disciplina della subordinazione del secolo scorso: l’art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Delle molteplici implicazioni della questione nelle pagine che seguono ci si soffermerà sulla forte

\* Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

<sup>1</sup> Da ora, per comodità d’esposizione, decreto 23.

compressione della “tutela reale” in passato prevista dalla norma statutaria per il licenziamento ingiustificato.

Avviando la riflessione, in via introduttiva è opportuno riprendere, anche al prezzo di qualche semplificazione, taluni tratti del DNA della materia che ne hanno accompagnato la storia, sia pur manifestandosi, nel tempo, in forme e modi diversi.

L’istanza sociale nelle attuali democrazie di mercato occidentali è – come risaputo – all’origine del diritto del lavoro. Nell’esperienza italiana – è parimenti noto – essa acquisterà poi un peso assiologico-sistematico decisamente cruciale all’interno dell’assetto costituzionale, fondato “sul lavoro”: in senso ampio inteso, nessuno oggi più ne dubita, ma, nondimeno, con un’inevitabile attenzione al lavoro caratterizzato da problemi di squilibrio tra chi lo offre e chi lo utilizza. Al contempo, tuttavia, nelle società in parola, il lavoro subordinato è proprio anzitutto “dell’impresa”: sarà così alla nascita e sarà così, per il nostro Paese, nel modello accolto dai Costituenti, incentrato su un’economia sociale di mercato. Modello, lentamente e faticosamente, ma pur sempre nitidamente, emerso più di recente anche nella normativa primaria dell’Unione Europea. Sicché, se il piano *sociale è costitutivo del diritto del lavoro*, il piano *economico* finisce per essere *intrinseco* alla materia: la naturale tensione tra l’uno e l’altro segna l’identità del diritto del lavoro e comporta un *bilanciamento* tra gli stessi due piani; *in una logica strutturalmente dinamica*, ma che, in ragione di tale tensione (oltre che del dato di partenza: la posizione di forza dell’impresa), non contempla l’autoreferenzialità del piano economico.

## 2. *Tutela del lavoro e tutela contro il licenziamento ingiustificato: un connubio di rilievo costituzionale*

Il contratto di lavoro a tutele crescenti<sup>2</sup> presenta, per tecnica normativa e contenuti, un’impostazione che rischia di intaccare l’identità del diritto del lavoro.

Come si sa, nonostante l’altisonante denominazione, esso non va oltre una nuova regolamentazione del licenziamento. E si sa pure che, sempre in

<sup>2</sup> Da ora, per comodità d’esposizione, *catuc*, acronimo con il quale il contratto a tutele crescenti viene di frequente indicato.

relazione a questa denominazione, il carattere *crecente* delle tutele può reputarsi tale, se non “solo con qual certo sfoggio di ironia”<sup>3</sup>, esclusivamente considerando la subordinazione all’indomani del decreto 23 e cancellando la storia del lavoro dipendente dell’ultimo mezzo secolo circa. Da questo punto di vista, il *catuc*, sebbene si riferisca unicamente all’istituto del licenziamento, si presenta davvero come un “nuovo” contratto di lavoro subordinato, diverso da quello a noi familiare.

Più precisamente il *catuc*, imboccando con decisione la strada aperta dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 (cd. riforma Fornero)<sup>4</sup>, limita ulteriormente il campo di applicazione della tutela reale, circoscritta ora al licenziamento discriminatorio e “agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge” (art. 2, co. 1, decreto 23). Per quanto riguarda invece il licenziamento ingiustificato, la disciplina è ormai dominata dalla tutela obbligatoria, essendo la tutela reale ridotta a una “eccezione al limite dell’impraticabile”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

<sup>4</sup> Come noto, la l. 92/2012 ha già notevolmente ridotto l’applicazione dell’art. 18 St. lav. per il licenziamento ingiustificato di lavoratori assunti prima dell’entrata in vigore del decreto 23. Ciononostante, in quel quadro normativo, non solo la norma statutaria ha di sicuro più spazio rispetto a quanto ne ha per i contratti stipulati dopo il decreto 23, ma i confini di questo spazio – oggetto di ampia attenzione da parte della dottrina – sono tuttora piuttosto incerti (al riguardo, v., per tutti e da ultimi, BARBIERI, DE SALVIA, DI MEO, *Il licenziamento individuale nella legge n. 92/2012 nelle prime pronunce di legittimità (e in quelle di merito)*, in *RGL*, 2015, II, p. 195; GHERA, *Sull’ingiustificatezza aggravata del licenziamento nel nuovo art. 18*, e DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, entrambi in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015, rispettivamente, p. 391 e 259). Per tali ragioni, le pagine che seguono sono dedicate unicamente alle novità introdotte dal decreto 23.

<sup>5</sup> CARINCI F., *op. cit.* Riprendendo la lettera del decreto (art. 3, co. 2, fatto salvo dal co. 1 dello stesso articolo), la tutela reale trova applicazione “esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” (oltre alla particolare ipotesi di cui all’art. 2, co. 4, in cui si applica la disciplina ivi prevista). In merito all’intenso dibattito sviluppatosi sulla nuova normativa, oltre a CARINCI F., *op. cit.*, v. almeno DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*; GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT-245/2015; GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT-246/2015; MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT-256/2015; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT-236/2015; NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, I,

Sottesa alla profonda novità si potrebbe leggere il favore per una netta distinzione, se si vuole gerarchia, delle situazioni suscettibili di essere pregiudicate dal licenziamento: schematizzando, il licenziamento discriminatorio violerebbe diritti fondamentali, ed è perciò sanzionato con la “tutela reale”; non così il licenziamento privo di giustificato motivo, per il quale si dispone essenzialmente la “tutela obbligatoria”. Segnatamente, a sostegno di quest’ultimo assunto si è rammentata la circoscritta applicazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori nel caso di licenziamento ingiustificato, da sempre esclusa per i rapporti di lavoro presso le organizzazioni di più piccole dimensioni<sup>6</sup>.

Invero questa impostazione non convince per molteplici ragioni.

Il licenziamento costituisce il più delicato profilo dell’intera disciplina del rapporto di lavoro subordinato in un’economia di mercato. Si tratta di un punto conosciuto e pacifico ma assolutamente centrale, sì da dover essere qui comunque rimarcato<sup>7</sup>. In particolare, la regolazione del licenziamento per giustificato motivo è, per intuibili ragioni, la chiave di volta dell’insieme delle tutele a favore di chi presta lavoro in regime di squilibrio contrattuale: la protezione di qualsivoglia aspetto del rapporto ha la consistenza della neve al sole se il lavoratore non gode di un’adeguata tutela per il licenziamento ingiustificato, giacché il timore di perdere il posto di lavoro costituisce “la ragione più vistosa e percepibile della disparità di potere” nei confronti della controparte<sup>8</sup>, una vera e propria spada di Damocle in capo a chi presta lavoro. Non a caso il licenziamento, in una delle più lucide analisi sull’argomento, è visto, non solo come atto negoziale, ma anche quale esercizio di potere privato, sì da rendere la reintegra “consapevole intervento riequilibratore dei rapporti d’impresa”<sup>9</sup>. Ed è in quest’ottica che la tutela contro il licenziamento occupa un posto di assoluto rilievo nello Statuto dei lavoratori, normativa rivolta non verso astratti contraenti, bensì verso soggetti di certo connotati sul piano socio-economico. Solo con lo Statuto l’insieme di tutele lavoristiche assumerà fisionomia tale da assicurare anche al lavoro prestato in condi-

507; SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT-252/2015.

<sup>6</sup> Cfr., in proposito, ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, FrancoAngeli, 2012, p. 804.

<sup>7</sup> Si sofferma da ultimo sul punto SCARPELLI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>8</sup> DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, p. 75.

<sup>9</sup> D’ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979, p. 67.

zioni di debolezza socio-economica e giuridica una duplice valenza, individuale (essenziale momento di espressione della persona) e interrelazionale (cardine di funzionamento della società): grazie alla quale anche il prestatore di lavoro subordinato può realmente “integrarsi come persona nella società e, quindi, [...] attivarsi come cittadino”<sup>10</sup>. Come dire, lo Statuto “rivela l’intima essenza del disegno costituzionale”<sup>11</sup>, dando per la prima volta concreta e piena realizzazione a valori e principi *fondanti* l’assetto delineato dai Costituenti, su un piano indiscutibilmente di rilievo “generale”<sup>12</sup>.

Sulla base di questa consapevolezza, e ritornando al catuc, è allora evidente come non sia realisticamente prospettabile una rigida distinzione del licenziamento a seconda dei motivi sottostanti: è soltanto astratto ritenere che il licenziamento ingiustificato, non dovuto a discriminazione, non intacchi diritti fondamentali.

Piuttosto, l’applicazione limitata della tutela reale nel caso di licenziamento ingiustificato presso le imprese di modeste dimensioni trova spiegazione in un’altra e diversa logica, quella del bilanciamento tra principi, “da sempre centrale nell’evoluzione della disciplina dei licenziamenti”<sup>13</sup>. Sostanzialmente, sulla base della tecnica del bilanciamento tra tutela del lavoro e libertà d’impresa, la Corte costituzionale ha ritenuto legittimi i differenti regimi sanzionatori per il licenziamento ingiustificato: a cominciare appunto (come si vedrà anche in seguito) dalla “tutela obbligatoria” di cui alla l. 15 luglio 1966 n. 604, considerata legittima, a fronte della tutela reale prevista dallo Statuto, in virtù del contrappeso tra i due suddetti piani di rilievo costituzionale e non per l’esclusione, in capo al prestatore di lavoro subordinato, di posizioni di eguale rilievo. D’altronde, riprendendo la correlazione tra protezione contro il licenziamento ed effettività delle tutele, non va dimenticato che la Corte, con un orientamento pluridecennale, alla negazione della tutela reale ha legato lo slittamento del *dies a quo* della prescrizione dei diritti del lavoratore<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> NOGLER, *Cosa significa che l’Italia è una Repubblica “fondata sul lavoro”?*, in *LD*, 2009, p. 437.

<sup>11</sup> RUSCIANO, *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 37.

<sup>12</sup> DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, cit., p. 48.

<sup>13</sup> CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 9. Diffusamente sul tema NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593.

<sup>14</sup> Di recente, sul punto, PONTARIO, SANLORENZO, *E lo chiamano lavoro...*, Edizioni GruppoAbele, 2015, p. 25.

Il rammentato significato costituzionale del “lavoro”, e quindi il pragmatismo della Consulta – discutibile ma indubbio –, se da un lato probabilmente non rafforzano le pur comprensibili tesi orientate a ricostruire solidamente la reintegra nell’ambito di concetti e regole del diritto comune dei contratti<sup>15</sup> – suffragate peraltro anche dalla giurisprudenza<sup>16</sup> –, dall’altro lato inducono, ancora oggi, a rinvenire nella reintegra la tutela più adeguata contro il licenziamento ingiustificato, altrimenti salvaguardato nell’effetto risolutivo al prezzo di un mero costo economico<sup>17</sup>. Posizione, questa, non priva di sostegno anche in riferimento al quadro sovranazionale, nonostante – come si sa – la tutela reale non sia imposta a livello né europeo né internazionale<sup>18</sup>.

E non ha torto chi sgombra il campo da un classico problema dei contratti di durata – la inconfigurabilità di vincoli negoziali perpetui in capo ai contraenti –<sup>19</sup>, giacché in questione è l’organizzazione del datore di lavoro non la sua persona, risolto tutt’altro che marginale. Al punto da orientare l’attenzione sulla situazione professionale di chi mette le proprie energie a disposizione dell’organizzazione e, quindi, nella stessa organizzazione ambisce a trovare il *fondamentale* lavoro, sin quando naturalmente rispetti l’impegno assunto e l’organizzazione operi.

Quest’aspetto ha strettamente a che vedere con un altro punto delicato e assai caro al dibattito: la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro. Posizione tradizionalmente “scomoda” anzitutto perché il mettersi a disposizione comporta, per il lavoratore, il tendenziale assorbimento nell’organizzazione da-

<sup>15</sup> Va detto che pure chi si preoccupa di ricondurre la reintegra del tutto all’interno del diritto delle obbligazioni assume il contratto quale strumento di rimozione delle disuguaglianze: v. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, FrancoAngeli, 1975, pp. 129 ss.. Più in generale, per una ricostruzione del dibattito, cfr. da ultimo ALBI, *Garanzia dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2013, pp. 176 e ss.

<sup>16</sup> V. Cass. Sez. Un. 10 gennaio 2006 n. 141, in *www.dejure.giuffrè.it*, e 18 giugno 2012 n. 9965, in *webgiuridico*.

<sup>17</sup> Cfr. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, 2012, I, p. 530 e ss. In passato, v. MANCINI, *Art. 18 (Reintegrazione nel posto di lavoro)*, in ROMAGNOLI, MONTUSCHI, GHEZZI, MANCINI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-II Foro italiano, 1972, p. 245; MENGONI, *La stabilità dell’impiego nel diritto italiano*, in AA.VV., *La stabilità dell’impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Servizio pubblicazioni delle Comunità europee, 1958, p. 273; PERSIANI, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in RIVA SANSEVERINO, MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, Cedam, 1971, p. 697.

<sup>18</sup> Cfr. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione europea*, in DLRI, 2012, p. 634.

<sup>19</sup> V. NOGLER, *La disciplina*, cit., p. 598.

toriale e, di riflesso, perpetua una sua almeno scarsa visibilità nel mercato del lavoro. Altro tema dalle molteplici implicazioni. Qui può essere sufficiente ribadire che l'idea, oggi da molti e in varie sedi sostenuta, di considerare in modo equivalente o comunque parallelo la riduzione di tutela *del rapporto* con il rafforzamento della posizione del lavoratore *nel mercato* a mio avviso si scontra in breve: a) con le numerose e complesse variabili che incidono sul secondo, sotto ogni profilo prioritario, a fronte dell'unico versante (quello normativo) dove si colloca la prima; b) con il fatto che il soggetto privo di lavoro, per quanto sostenuto non solo economicamente, è pur sempre un soggetto *assistito*, non in grado di camminare con le proprie gambe.

### 3. *La tutela reale contro il licenziamento ingiustificato nella giurisprudenza costituzionale*

A questo punto il lettore non tanto esperto della materia potrebbe essere indotto a ritenere che la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato costituisca oggetto di un diritto fondamentale. La risposta abitualmente fornita non è invece in tal senso: sia che si guardi al diritto sovranazionale, sia che si guardi al diritto interno.

Circa il primo, come accennato, è pressoché pacifico, nonostante le posizioni rammentate, che le fonti, tanto internazionali quanto europee, non vanno oltre la previsione di un diritto a non essere arbitrariamente licenziati, assistito da un rimedio anche solo di carattere monetario<sup>20</sup>.

Medesima risposta, solitamente, si dà per l'ordinamento interno, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, della quale si dirà tra breve<sup>21</sup>.

Ebbene, se per la soluzione fornita dal diritto sovranazionale c'è poco da dubitare, ben più articolato appare il discorso per il quadro normativo disegnato dal nostro Costituente.

<sup>20</sup> Cfr. l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, come si sa, allegata, con la ratifica del Trattato di Lisbona del 2007, al Trattato istitutivo, e, per il diritto internazionale, l'art. 24 della Carta sociale europea di Strasburgo, introdotto nel 1999: in dottrina, al riguardo, v. per tutti, ZOPPOLI L., *Il lavoro e i diritti fondamentali*, in ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, VISCOMI, ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Introduzione*, Giappichelli, 2013, p. III.

<sup>21</sup> V., tra gli altri, CESTER, *op. cit.*, p. 6; BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamento e dintorni (2007-2009)*, Giappichelli, 2009, p. 12 (già in *LD*, 2007, p. 389); NOGLER, *La disciplina*, cit., p. 671.

In via preliminare, per completezza, è opportuno ricordare che un'eventuale tutela interna "rafforzata" rispetto al divieto di licenziamento arbitrario e alla conseguente sanzione "monetaria" non presenta alcun problema in relazione al diritto né internazionale né europeo. Il primo pone evidentemente regole minimali<sup>22</sup>; il secondo salvaguarda comunque ed espressamente "legislazioni e prassi nazionali"<sup>23</sup>. Se così è, l'enfatizzazione del versante sovranazionale per confinare la tutela reale in un passato ormai remoto, da un lato, ha tanto il sapore di una posizione pregiudiziale, per questo o quel motivo sensibile al *mantra* economico dell'attuale fase storica; dall'altro lato, trascura la ricchezza e la centralità dei valori/principi che reggono la nostra Costituzione, dagli immediati e precisi riflessi sul piano delle tecniche normative, come ci si accinge a vedere. D'altronde quanto prima detto circa il troppo facile parallelo tra tutela *nel rapporto* e tutela *nel mercato* è in proposito eloquente.

E, sempre rivolgendo lo sguardo in via preliminare al di là del nostro ordinamento, ma ora in chiave comparata, vale la pena anche velocemente rammentare, in generale, alcune diffuse considerazioni: per un verso, quella secondo la quale il raffronto giuridico deve essere condotto più che mai con cautela quando sotto osservazione è la disciplina del licenziamento, che interessa una molteplicità di profili di ciascun contesto di riferimento, non solo giuridico naturalmente<sup>24</sup>; per altro verso, vale la pena rammentare sia la possibile applicazione della reintegra in più d'uno dei Paesi europei, sia la smentita da parte dell'OCSE della presunta "rigidità" del nostro diritto del lavoro<sup>25</sup>.

Sulla base di queste premesse, veniamo all'ordinamento interno.

V'è anzitutto da rilevare che il decreto 23 ha da subito sollevato più di

<sup>22</sup> L'art. 24 della Carta sociale europea, come noto, prevede "il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione".

<sup>23</sup> Così l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che nulla dice sul piano sanzionatorio.

<sup>24</sup> Tra i tanti, PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La "flessibilità" in uscita nei paesi europei e la recente riforma italiana*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizione confronti*, FrancoAngeli, 2014, pp. 288 e ss.; NOGLER, *La disciplina*, cit., p. 674. Da questo punto di vista non convince il richiamo alla contrapposizione tra *property rule* e *liability rule* in materia di licenziamento, propria dei sistemi di *common law*, sui cui taluni invece insistono in relazione al nostro ordinamento (cfr. ICHINO, *op. cit.*, p. 792).

<sup>25</sup> Su entrambi i profili cfr., per tutti, PONTERIO, SANLORENZO, *op. cit.*, p. 97; PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 319 e ss.; NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, p. 680; ID., *La disciplina*, cit., p. 674; ORLANDINI, *op. cit.*, p. 638.

un dubbio di legittimità costituzionale. Già la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 non aveva granché convinto, per la portata, assai ampia, e per la formulazione, in più di un passaggio generica. Il decreto 23 non si può dire sia da meno. Rammentando alcuni dei dubbi più rilevanti, lo si è criticato: 1) per eccesso di delega, dal punto di vista soggettivo (rapporti di lavoro coinvolti) e oggettivo (fattispecie di licenziamento considerate); 2) per violazione del principio di eguaglianza, in riferimento alla situazione di chi è già stato assunto con un contratto di lavoro subordinato e di coloro che saranno assunti con il *catuc*; 3) per irragionevolezza, in relazione alla coerenza interna e al merito di vari profili della nuova disciplina, dalla misura dell'indennità al piano probatorio e processuale<sup>26</sup>. In sintonia con l'abituale già ricordata opinione, nulla, a quanto consta, è stato invece obiettato per lo spazio assolutamente marginale lasciato alla tutela reale nella disciplina del licenziamento ingiustificato.

A ben vedere, però, questo silenzio è forse "eccessivo". È proprio la giurisprudenza costituzionale a essa sotteso a lasciarlo pensare. Benché ampiamente conosciuta, è il caso di riportarne più di un passaggio, prendendo le mosse dalla sentenza del 18 dicembre 1970 n. 194 – concernente la legittimità dell'art. 8, co. 1, della l. 604/1966 – tuttora snodo dell'elaborazione della Consulta<sup>27</sup>.

Nella pronuncia del '70 la Corte, dopo aver sottolineato come il percorso legislativo sia partito dall'art. 2118 cod. civ. per giungere all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, passando per l'art. 8 della l. 604/1966, così sviluppa il suo ragionamento: 1) ricorda anzitutto che nella sua precedente decisione del 26 maggio 1965 n. 45 ritenne costituzionalmente legittimo "l'art. 2118 c.c., pur affermando che i principi cui si ispira l'art. 4 della Costituzione esprimono l'esigenza di un contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro, e quindi dell'ampliamento della tutela del lavoratore, quanto alla conservazione del posto di lavoro"; 2) precisa poi che "l'attuazione di questi principi resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordi-

<sup>26</sup> Sulla misura dell'indennità – sia detto qui per inciso – rileva quanto si osserverà in seguito circa la correlazione "riduzione delle tutele contro il licenziamento ingiustificato-incremento quantitativo dell'occupazione". In merito ai suindicati dubbi di legittimità costituzionale cfr. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Judicium.it*, 7 aprile 2015, p. 2; GARILLI, *op. cit.*, p. 11; GIUBBONI, *op. cit.*, p. 16.

<sup>27</sup> In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (come tutte le pronunce della Corte costituzionale citate in seguito).

nario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale”; 3) afferma pertanto che la tutela obbligatoria di cui all’art. 8 della l. 604/1966 “non può non dirsi attuazione della norma costituzionale perché di tale attuazione è espressione iniziale e non completa. Il che [prosegue la Corte], stante la discrezionalità, come sopra da ammettersi per il legislatore, di dare applicazione a quei principi con gradualità, basta per escludere l’incostituzionalità di quella disposizione”<sup>28</sup>.

La sentenza del ‘70 sarà richiamata in successive pronunce concernenti sempre la legittimità dell’art. 8 della l. 604/1966. In particolare nella decisione dell’8 gennaio 1986 n. 2, in un’operazione di sostanziale bilanciamento, la Corte “salva” la tutela obbligatoria ritenendo che le ragioni a essa sottostanti, e “cioè l’elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nelle fabbriche, conservano tutt’oggi la loro rilevanza e la loro validità per cui il trattamento differenziato trova adeguata giustificazione e non sono irrazionali le norme che lo prevedono, dettate dal legislatore nell’esercizio della sua discrezionalità e della politica economico-sociale che attua”. E la sentenza sarà richiamata ancora nella pronuncia del 3 febbraio 2000 n. 46, che, proprio riprendendone il ragionamento, dichiarerà ammissibile il referendum per l’abrogazione dell’art. 18 St. lav.: considerato “manifestazione di quell’indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro prevista dagli artt. 4 e 35 Cost.”, ma “non l’unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi”, la cui realizzazione la Corte ribadisce essere invece rimessa alla discrezionalità del legislatore; laddove l’eventuale abrogazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori – precisa il Giudice delle leggi – non avrebbe eliminato ogni tutela per l’area interessata, sussistendo la tutela obbligatoria prevista dalla l. 604/66.

Per completare il quadro della giurisprudenza costituzionale qui rilevante va infine richiamato ancora un altro orientamento, prima soltanto accennato. Se nell’art. 4 Cost. la Corte ha sempre negato la possibilità di rinvenire un diritto all’assunzione o al mantenimento del posto di lavoro, dalla medesima norma, a mo’ di contrapposizione, ha via via dedotto un divieto di licenziamento arbitrario, secondo un percorso iniziato dalla menzionata sentenza del 1965 e negli anni saldamente affermatosi, in parallelo

<sup>28</sup> Sulla nozione di “discrezionalità” del legislatore e sull’art. 28 della l. 11 marzo 1983 n. 87, centro del relativo dibattito, v., per tutti, PIZZORUSSO, *Il controllo costituzionale sull’uso della discrezionalità legislativa*, in *RTDPC*, 1986, p. 797.

all'evoluzione dell'ordinamento sovranazionale e agli sviluppi interni della contrattazione collettiva. Così opinando, la Consulta ha fornito un classico esempio del circolo virtuoso norma di principio-evoluzione ordinamentale<sup>29</sup>.

4. *(Segue) Bilanciamento e limiti alla discrezionalità legislativa: razionalità e temporaneità della compressione/eliminazione della tutela reale*

Orbene, se questa è la complessiva elaborazione del giudice delle leggi, vediamo perché l'esclusione da qualsiasi copertura costituzionale della tutela reale contro il licenziamento ingiustificato non convince. La questione è ovviamente quella del rapporto tra legislatore e Consulta, ossia tra politica e giurisdizione: una "grande" questione, che tuttavia, nella vicenda in esame, si pone, forse, non nei suoi termini più problematici.

Dunque, la dottrina circoscrive la garanzia della Costituzione al solo diritto a non essere arbitrariamente licenziati. A ben guardare, però, la Consulta, sin dalla sentenza del '65, ha molto chiaramente desunto, dagli art. 4 e 35 Cost., una *più generale tutela della conservazione del posto di lavoro* e, specularmente, l'esigenza di delimitazione del potere di licenziamento del datore. L'accento sul diritto a non essere arbitrariamente licenziati è stato, sì, esplicito e specifico, ma – come prima notato – posto in contrapposizione alla negazione del "diritto al mantenimento del posto di lavoro"<sup>30</sup>: la Corte ha escluso questo ed affermato quello. Il diritto a non essere licenziato in modo arbitrario è, con ogni evidenza e comunque, cosa diversa dalla *più generale tutela della conservazione del posto di lavoro*, di cui è *uno* dei possibili contenuti, se si vuole il "contenuto essenziale"<sup>31</sup>, pur sempre però non l'unico. E – si badi – nell'ambito di siffatta più ampia tutela la Corte ha esplicitamente incluso anche la tutela reale; anzi, ha palesemente lasciato intendere, contrapponendola alla tutela obbligatoria di cui alla l. 604/1966, che *la tutela reale corrisponde all'attuazione piena delle indicazioni costituzionali, come tale gradualmente da realizzare ad opera del legislatore*, ancorché tenendo conto della situazione economica generale.

Ebbene, nella sostanza questa ha tutte le sembianze di una classica applicazione della fondamentale tecnica del bilanciamento tra principi: dalla metà degli anni '70 così denominata *expressis verbis* e via via meglio definita,

<sup>29</sup> V., tra le altre, C. Cost. sent. 4 dicembre 2000 n. 541 e ord. 10 febbraio 2006 n. 56.

<sup>30</sup> Riprendendo ancora l'espressione della Consulta.

<sup>31</sup> Sul punto si tornerà (v. nota 42).

ma sin dagli inizi presente nell'elaborazione della Consulta, avendo le sue origini nella dottrina dei limiti naturali ai diritti fondamentali<sup>32</sup>. Il licenziamento – lo si diceva in precedenza – ne è da sempre stato terreno fertile. Nell'evoluzione della sua disciplina la Corte in pratica ha fornito un chiaro esempio del carattere pluralista della nostra Costituzione e della relativa necessaria attuazione attraverso il contemperamento dei principi che la reggono.

Addentrandosi nell'esame dell'operazione di bilanciamento, la Consulta sembra aver sufficientemente definito quella che, nella letteratura in materia, è denominata “topografia del conflitto”, ossia l'individuazione degli elementi da contemperare<sup>33</sup>. La Corte afferma che la tutela reale, quale rimedio contro un licenziamento arbitrario, non solo fa parte a pieno titolo della Costituzione, ma è *il rimedio che corrisponde a una sua piena attuazione*. Sicché, pur non essendo l'unico rimedio, tuttavia è un rimedio *con cui evidentemente dover fare comunque i conti* perché nel progetto costituzionale esso costituisce il punto di approdo dell'ampliamento della tutela del lavoro per quanto concerne la conservazione del posto. In altri termini, nella Costituzione non c'è uno spazio vuoto o uno o più modi equivalenti per riempirne un contenuto; bensì c'è da dare attuazione piena a un principio con gradualità: la discrezionalità legislativa sussiste, ma è *nella scelta del tempo* dell'ampliamento della tutela del posto di lavoro *in relazione alla situazione economica generale*.

Riassumendo, se è rimesso al *self restraint* della Corte tracciare i confini dell'area costituzionalmente “libera” per il legislatore<sup>34</sup>, la tutela reale è situata, dalla Corte, al di là di questi confini: la tutela reale *va* realizzata, sebbene i tempi della realizzazione siano dettati dalla “concorrenza” con altre esigenze attinenti alla concreta situazione economica generale<sup>35</sup>. La tutela reale

<sup>32</sup> Cfr. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, p. 57.

<sup>33</sup> Ciò esime dall'aprire il piano (secondo alcuni diverso) dell'interpretazione in senso stretto (sia pure con le peculiarità proprie dell'interpretazione di un testo costituzionale), rivolto appunto all'individuazione degli elementi da contemperare. In proposito cfr., per tutti, BIN, *op. cit.*, pp. 60 e 143; MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *ED, Annali*, Giuffrè, 2008, II, p. 200.

<sup>34</sup> Al riguardo, v., tra gli altri, PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 807; FELICETTI, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *FI*, 1986, II, c. 22.

<sup>35</sup> Sottolinea il “doppio ruolo”, nell'operazione di bilanciamento, della “situazione concreta” – “condizione nella formula che esprime la prevalenza di un principio e [...] presupposto di fatto di una regola” – e quindi il rilievo del verificarsi delle conseguenze previste dal principio prevalente, BIN, *op. cit.*, p. 40.

è dunque posta su uno dei due piatti della bilancia, il punto di equilibrio va cercato in modo dinamico.

Non è inutile rammentare che, qualche anno dopo la sentenza del 1970, partendo proprio dall'“indirizzo politico di *progressiva* garanzia del diritto al lavoro” – rintracciato a ragion veduta già nella menzionata pronuncia n. 45/1965 –, autorevolmente si reputò “un cammino a ritroso” del legislatore “contestabile sul piano della correttezza costituzionale”<sup>36</sup>. E, nella stessa ottica, in tempi a noi molto più vicini, sempre autorevolmente, in riferimento proprio alla sentenza n. 194/1970 si è scritto: “l’attuazione legislativa può avvenire con gradualità: al legislatore è consentito solo di ‘andare avanti’ nell’attuazione del principio non di ‘tornare indietro’ (naturalmente, tenendo conto delle condizioni generali dell’economia)”<sup>37</sup>.

In quest’ultimo caso – è importante notarlo – condivisibilmente non si dà peso alla già menzionata pronuncia della Consulta n. 46/2000, di ammissione del referendum per l’abrogazione dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori: come ogni decisione su una richiesta referendaria, scaturita non da “un pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale” della “normativa di risulta”, ma piuttosto da una sua “mera valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali”<sup>38</sup>.

In effetti, posto il rilievo del graduale ampliamento della tutela della conservazione del posto di lavoro – indiscutibile nell’elaborazione della Corte sin dagli anni ‘60 –, una volta introdotta la tutela reale appare ancor più evidente la necessaria limitazione della discrezionalità legislativa. Non solo perché, da un punto di vista empirico, la decisione politica “regressiva” si presta a essere valutata sulla concreta esperienza della tutela reale, laddove più complesso appare sindacarne la mancata introduzione, suscettibile di giudizio solo in relazione a ipotetiche astratte conseguenze; ma anche in ragione del significato “principiante” concretamente e diacronicamente assunto dalla norma di principio (in questo caso l’art. 4 Cost.), che, delineando – come le compete – “giuridicamente il senso e il non-senso della vita sociale”, ha tracciato, nell’interazione con la realtà, l’evoluzione dell’ordinamento<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> MANCINI, *Principi fondamentali*. Art. 4, in *Comm. Branca*, 1975, pp. 240-241.

<sup>37</sup> ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, p. 227.

<sup>38</sup> Così, in riferimento in generale al giudizio di ammissibilità del referendum, C. Cost. 26 gennaio 2011 n. 24.

<sup>39</sup> Su questa funzione della norma di principio cfr. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *op. cit.*, pp. 226 e ss., da cui sono tratte le due citazioni.

Tuttavia, se questo è il quadro, ritenere che la limitazione della discrezionalità legislativa possa giungere sino al vincolo di “non regresso” nella tutela appare eccessivo: a tanto la Consulta non è mai arrivata. Per converso, non v’è motivo di escludere l’afferzata discrezionalità politica pure in sede di revisione delle scelte legislative adottate<sup>40</sup>. Che però, evidentemente, non può espandersi fino a svuotare di contenuto giuridico la *graduale completa attuazione del progetto costituzionale*; ritorna alla mente la segnalata “correttezza costituzionale”, che va probabilmente riempita di più precisa valenza giuridica.

Invero, la Corte non pare proprio voler togliere senso al progetto costituzionale. Al contrario, lo rafforza giuridicamente, delimitando, nei contenuti, la discrezionalità legislativa temporale in materia di tutela reale contro il licenziamento ingiustificato: ne sottolinea l’esercizio in correlazione con la *situazione economica generale*; la quale, in tal modo, non è collocata nell’indifferente giuridico, bensì assume tutto il rilievo che la Corte, in modo peraltro ovvio, a essa conferisce. E per situazione economica generale è da intendersi – v’è da pensare – la valutazione di qualsiasi altro piano che incida sul o risenta del contesto economico, purché riconducibile a principi quanto meno di rango costituzionale<sup>41</sup>.

Si profila dinanzi, a questo punto, uno scenario così schematicamente ricostruibile. 1) La tutela reale contro il licenziamento ingiustificato è parte della tutela della conservazione del posto di lavoro, espressione dell’art. 4 Cost. – norma-principio ove si afferma il diritto al lavoro –, pur non costituendone il “contenuto essenziale”, ovvero intangibile<sup>42</sup>. 2) Il legislatore, nell’espressione di un indiscutibile potere politico, può decidere di circoscrivere o finanche eliminare la tutela reale in parola, oltre che per la valutazione di determinati e prevalenti interessi dell’impresa (es: l. 604/1966), in generale

<sup>40</sup> Nello stesso senso MANCINI, *Principi fondamentali*, cit., p. 241.

<sup>41</sup> Accendendo alla tesi, decisamente prevalente, a favore dell’esclusione di una gerarchia assiologica all’interno della Costituzione, per la quale cfr. almeno ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *op. cit.*, p. 107; SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, 2009, p. 40; NOGLER, *La disciplina*, cit. p. 600; MENGONI, *L’argomentazione nel diritto costituzionale*, in MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996, p. 123; BIN, *op. cit.*, p. 34.

<sup>42</sup> Come si legge in C. Cost. 9 maggio 2013 n. 85, le Costituzioni pluraliste contemporanee richiedono “un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali [...]”. Il punto di equilibrio [...] deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza tali da *non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale*” (mio il corsivo). Il limite, come si sa, trova veste normativa nell’art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che ha recepito l’orientamento della giurisprudenza europea in materia.

nella scelta dei tempi e dei modi di attuazione della tutela della conservazione del posto di lavoro. 3) Così procedendo egli arreca però in ogni caso un pregiudizio al principio della tutela della conservazione del posto di lavoro, arrestando il processo di graduale realizzazione del disegno costituzionale. 4) In quanto tale, l'intervento legislativo è intrinsecamente limitato nel tempo e deve trovare necessariamente ragione nel bilanciamento con la tutela di altri principi riguardanti la situazione economica generale.

Se si condivide questa ricostruzione, la “discrezionalità” del legislatore, in relazione alla tutela reale come per altri profili di differenza delle regole del licenziamento, “non significa [...] insindacabilità delle sue scelte regolative”<sup>43</sup>. Al contrario, la tecnica del bilanciamento sottopone la medesima discrezionalità al controllo di ragionevolezza nella forma del test di proporzionalità: che attiene alla razionalità argomentativa, a cominciare dal “fondamento delle premesse” della decisione<sup>44</sup>. Il giudizio di proporzionalità, cifra del neocostituzionalismo contemporaneo e cardine anche della giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo, è – come noto e già accennato – da tempo ampiamente presente nell’esperienza della nostra Corte, ancorché non nella forma ben strutturata e articolata riconducibile alla classica elaborazione di Alexy<sup>45</sup>. Esso non può comunque prescindere dai criteri della *necessità* e dell’*adeguatezza*: il primo volto a verificare che l’obiettivo prefissato non sia raggiungibile con atti meno invasivi del principio da bilanciare; il secondo diretto a raffrontare vantaggi e svantaggi arrecati ai principi in contemperamento<sup>46</sup>.

In conclusione, al legislatore è senz’altro consentito, oggi, comprimere o eliminare la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato, ma in una logica di equilibrio tra valori/principi, tuttora snodo degli assetti costituzionali di carattere pluralistico e strumento imprescindibile di apertura e dinamicità dei relativi ordinamenti: come tale, bussola del giurista e del suo costante rapporto con la realtà, lontano tanto da cristallizzazioni storiche quanto da affrettati ra-

<sup>43</sup> NOGLER, *La disciplina*, cit., p. 671, in riferimento alla bipartizione (tutela obbligatoria-tutela reale) della disciplina del licenziamento.

<sup>44</sup> BIN, *op. cit.*, p. 143.

<sup>45</sup> Cfr. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 5. Di ALEXY v. il classico *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden, 1985; trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, 2012.

<sup>46</sup> Sull’argomento, cfr., per tutti, ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *op. cit.*, p. 109, NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in CORAZZA, ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, 2014, p. 109; CARTABIA, *op. cit.*, p. 5; MORONE, *op. cit.*, p. 196.

dicali mutamenti di scenario o da apriorismi ideologici. Questi ultimi due, oggi, sospinti in particolare dal vento neoliberalista, ancora forte.

5. *La correlazione “riduzione della tutela contro il licenziamento-incremento dell’occupazione”: alcune considerazioni di metodo*

Una domanda si pone allora inevitabilmente.

Anziché liquidare sbrigativamente la questione della legittimità costituzionale del catic per quanto concerne la forte compressione della tutela reale contro il licenziamento ingiustificato, ritenendola di sicuro al riparo da ogni possibile dubbio, c’è da chiedersi: la radicale novità supera il test di proporzionalità?

Dalla visuale sin qui illustrata non stupisce che, nel nostro caso, il “primo” bilanciamento non solo, come sempre accade, è compiuto dal legislatore, ma, dallo stesso legislatore, è anche espressamente definito. La topologia del conflitto risulta, così, ancor meglio delimitata.

Il “bene” che il catic intende bilanciare con la conservazione del posto di lavoro è, dichiaratamente, l’occupazione: come si legge nel preambolo del decreto 23, lo “scopo” per il quale l’art. 7, co. 1, della l. 183/2014 conferisce la delega al Governo è “rafforzare l’opportunità d’ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”. Viene quindi in rilievo la tanto discussa correlazione tra la riduzione delle tutele contro il licenziamento e l’incremento dell’occupazione; per la precisione, stando all’indicazione della delega, l’incremento “quantitativo” dell’occupazione. Se così è, il bilanciamento è da operare all’interno dell’unico principio di cui all’art. 4, co. 1, Cost., tra due sue espressioni: la tutela dell’occupazione e la tutela della conservazione del posto di lavoro. Il nesso tra la prima e la situazione economico generale non ha bisogno di alcuna delucidazione.

Prima di soffermarsi, sia pure brevemente, nel merito del possibile concreto bilanciamento, è opportuna qualche considerazione di metodo.

Comprensibilmente si è avanzato più di un dubbio sulla possibilità di dimostrare la correlazione in parola trattandosi di “situazioni a eziologia multifattoriale”<sup>47</sup>. Il rilievo, di sicuro pertinente, non può essere tuttavia decisivo per ragioni molteplici e di vario tipo.

<sup>47</sup> PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 285.

In prima battuta viene da osservare che è di quelli che prova troppo. Nel momento in cui la legge medesima pone espressamente la correlazione in questione alla sua base, o tale conclusione si assume come attendibile o a vacillare anzitutto è la stessa legge, a maggior ragione considerandone l'incidenza su diritti fondamentali. In altra ma analoga ottica, la mente va all'opinione secondo la quale chi “postula che la normativa sui licenziamenti [...] incida sui tassi di occupazione fornisca i necessari riscontri empirici”<sup>48</sup>. D'altro canto è anche superfluo rammentare le numerose e conosciute rilevazioni compiute al riguardo da organismi nazionali e internazionali. E in questo periodo, palesemente comunque prematuro<sup>49</sup>, com'è noto e si poteva immaginare, le indagini sono cresciute e molto diffuse finanche sulle pagine dei quotidiani. Gli stessi sostenitori della nuova disciplina, eloquentemente, se da un lato invitano a pazientare, dall'altro sin da ora s'intrattengono a delineare possibili ed affidabili percorsi di analisi<sup>50</sup>. V'è da ritenere, comunque, che potrà essere sufficiente la rilevazione di dati attendibilmente significativi, attestanti quanto meno un concorso causale della riduzione delle tutele ai fini dell'incremento occupazionale.

Addentrandosi nei risvolti metodologici, la questione in realtà è ben nota al ragionamento giuridico. La correlazione “regole sul licenziamento–effetti sull'occupazione” conduce, in sostanza, all'*argomento consequenzialista*, da tempo e sempre più utilizzato nella tecnica del bilanciamento. In proposito l'esigenza di “basi scientifiche più solide e controllabili” può considerarsi una classica compagna della valutazione incentrata sulle possibili conseguenze pratiche della legge<sup>51</sup>. E, a conferma di quanto prima si osservava, il legislatore sembra porsi proprio su questa lunghezza d'onda.

Come si sa, l'art. 1, co. 2, della l. 92/2012, al “fine di monitorare lo stato di attuazione degli interventi e delle misure della [stessa] legge e di valutarne gli effetti sull'efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini,

<sup>48</sup> NOGLER, *La nuova disciplina*, cit., p. 666.

<sup>49</sup> Non solo, ovviamente, per ragioni temporali, ma anche, e in questa fase soprattutto, in virtù degli sgravi contributivi previsti, per tre anni, a favore dei contratti a tempo indeterminato stipulati nel 2015 (art. 1, co. 118, l. 190/2014).

<sup>50</sup> V. ICHINO, *Gli errori da non compiere nella valutazione degli effetti del Jobs Act*, e, da ultimo, invero con minor cautela, *Il piccolo boom del lavoro in aprile*, rispettivamente in *il Foglio*, 23 marzo 2015 e *Pietro Ichino Newsletter*, n. 348, 8 giugno 2015.

<sup>51</sup> La citazione è tratta da MENGONI, *L'argomentazione*, cit., p. 138. Sul tema, più in generale, dello stesso autore v. *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 138.

sulle modalità di entrata e uscita nell'impiego", ha istituito, "presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in collaborazione con le altre istituzioni competenti, un sistema permanente di monitoraggio e valutazione basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale. Al sistema concorrono altresì le parti sociali attraverso la partecipazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori". Il sistema è espressamente richiamato anche dal decreto 23 ai fini dell'attuazione dell'art. 6, relativo all'"offerta di conciliazione". Bene, nella logica del bilanciamento, risulta difficile non riconoscere a siffatto sistema una funzione importante. Concentrando l'attenzione sui concreti accadimenti e nell'intento di escludere l'incertezza legata alla prognosi di conseguenze future, tipica difficoltà dell'argomento consequenzialista, a esso dovrebbe essere riconosciuto un ruolo di primo piano ai fini della "prova" del positivo superamento del test di proporzionalità dell'operazione legislativa di drastica riduzione della tutela reale contro il licenziamento ingiustificato<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> Merita di essere ricordata la recente rilevante sentenza della Corte 10 aprile 2015 n. 70, che si è pronunciata per l'illegittimità della reiterazione del blocco del meccanismo perequativo delle pensioni di cui al comma 25 dell'art. 24 del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201. La Corte censura la discrezionalità del legislatore sulla base del ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali – sia pure argomentando in questo caso anche dalle espresse previsioni degli artt. 36, co. 1, e 38, co. 2, Cost. – in quanto "il diritto a una prestazione previdenziale adeguata [...] risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio". Più precisamente, ad avviso della Consulta, la disposizione sottoposta al suo esame "si limita a richiamare genericamente la 'contingente situazione finanziaria', senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sul diritto oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si esercitano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede di conversione (legge 22 dicembre 2011 n. 214), non è dato riscontrare [prosegue la Corte] alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate, come previsto dall'art. 17, co. 3, della l. 31 dicembre 2009 n. 196". Sulla sentenza si è già sviluppato un ricco dibattito: cfr. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello* e CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazioni al Congresso Aidlass, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento multilivello*, Foggia 28-29-20 maggio 2015; BOZZAO, *L' "adeguatezza retributiva" delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spese nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2015; CINELLI, *Illegittima la reiterazione del blocco della perequazione delle pensioni: le ragioni*, in corso di pubblicazione in *RDSS*, 2015; GIUBBONI, *Le pensioni nello Stato costituzionale*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 23/2015; PROSPERETTI, *Alla ricerca di una ratio del sistema pensionistico italiano*, in corso di pubblicazione in *MGL*, 2015.

6. (Segue) *Il concreto bilanciamento e un'emblematica lettura di law and economics del contratto di lavoro a tutele crescenti*

Dopo queste brevi considerazioni metodologiche, veniamo, sia pur velocemente, al merito del possibile concreto bilanciamento.

Superfluo attardarsi su una questione da tempo dibattuta; mi limito a ricordare: per un verso, come sia folta la schiera di chi contesta la correlazione tra riduzione delle tutele contro il licenziamento e incremento quantitativo dell'occupazione, ricondotta all'ideologia economica più volte evocata<sup>53</sup>; per altro verso, ricordo una recente lettura del decreto 23 secondo un approccio di *law and economics*, molto apprezzata *in primis* da chi del nuovo intervento legislativo è convinto sostenitore<sup>54</sup>. Vale la pena soffermarsi direttamente su questa lettura: sia perché in più punti emblematica del modo di ragionare sotteso alle novità dinanzi a noi, sia perché – come subito si comprenderà – in grado di assorbire anche la prima considerazione.

L'autore non esita ad affermare che ai fini dei livelli di occupazione “il ruolo del mercato del lavoro è sostanzialmente *passivo*: i livelli dell'occupazione e della disoccupazione sono decisi altrove”<sup>55</sup>. Tuttavia, egli ritiene che, in condizioni di crescita lenta, una disciplina come quella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori possa scoraggiare le assunzioni in ragione del conseguente incremento del costo della cessazione del rapporto (cd. *firing cost*), determinato – si osserva segnatamente – “dalla durata e dall'esito del processo” in caso di impugnazione del licenziamento<sup>56</sup>. Ciò assume – prosegue l'autore – particolare rilievo a causa dell'informazione asimmetrica presente nel mercato del lavoro, che impedisce al datore di conoscere, al momento dell'assunzione, l'abilità del lavoratore (il livello della sua produttività marginale), la capacità di apprendimento, la disponibilità a impegnarsi: sicché, gli ostacoli a ritornare sui propri passi mediante il licenziamento ne disincentivano, in periodi di difficoltà, la scelta di assumere. Discorso esteso anche al licenzia-

<sup>53</sup> V., tra gli altri, GIUBBONI, *op. cit.*, p. 5; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, 2014, I, pp. 344 (parte prima) e 447 (parte seconda); NOGLER, *La nuova disciplina*, p. 666; DEL PUNTA, *Economic challenge to labour law*, in LYON-CAEN A., PERULLI (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro*. Evaluer le droit du travail. Evaluate labour law, Cedam, 2010, p. 87.

<sup>54</sup> RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in *Pietro Ichino Newsletter*, n. 344, 11 maggio 2015, dove anche gli apprezzamenti dello stesso Ichino.

<sup>55</sup> RODANO, *op. cit.*, p. 3.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 16.

mento per giustificato motivo oggettivo, in relazione al quale il datore non può comunque scegliere il rapporto da estinguere, laddove, potendolo, si rivolgerebbe, al lavoratore “incapace” o “sfaticato”<sup>57</sup>. Sulla base di questi motivi, l’autore spiega la diffusione dei ccdd. contratti atipici negli anni 2000–2008, che “accretiscono la flessibilità del lavoro perché privi di *firing cost*”<sup>58</sup>, con un dimezzamento dell’iniziale tasso di disoccupazione del periodo, a scapito – eloquentemente lo si precisa – della produttività media del lavoro<sup>59</sup>. Dopo aver osservato che negli anni successivi il tasso di disoccupazione riprenderà a salire, mentre il peso dei contratti diversi da quello standard a tempo indeterminato non solo non si ridurrà ma finanche aumenterà, l’autore, tirando le somme, esprime un giudizio positivo sul *Jobs Act*: nel quale rinviene l’obiettivo non di creare nuovi posti di lavoro, bensì di modificare l’occupazione a favore del contratto a tutele crescenti<sup>60</sup>: che da un lato libera il contratto a tempo indeterminato dall’eccesso di *firing cost*, dall’altro elimina la convenienza dei contratti atipici. E non dimentica di sottolineare come, per far fronte alla maggiore facilità di licenziamento, la riforma estenda e potenzi i sussidi di disoccupazione e rafforzi gli istituti di *matching*<sup>61</sup>.

Dunque, quest’analisi di *law and economics* ha il pregio, non certo della novità, ma di riassumere, efficacemente, il pensiero cui si ispira il contratto a tutele crescenti, anche per quei profili talvolta ricondotti al cd. buon senso. Accantonando l’ultima considerazione sullo spostamento della tutela *dal rapporto al mercato* – del quale si è detto in precedenza –, tre punti qui meritano attenzione: 1) la dichiarata irrilevanza del decreto 23 ai fini dell’incremento “quantitativo” dell’occupazione; 2) la sua incidenza sulla composizione dell’occupazione (definibile altresì, almeno in prima battuta, incremento “qualitativo”); 3) le ragioni di questa incidenza. Della prima non c’è che da prendere atto, rinsaldando il favore per l’opinione della folta schiera cui prima si faceva cenno. Sulla seconda ci si soffermerà appena più avanti. Della terza conviene dire subito, perché riguarda, comunque, anche l’ipotetico incremento quantitativo dell’occupazione.

In verità, se le ragioni dell’incidenza della nuova disciplina del licenziamento sull’incremento quanti-qualitativo dell’occupazione vanno indivi-

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 26.

duate nella riduzione del costo che il datore deve sostenere là dove voglia ritornare sulla sua scelta di assumere, c'è da dubitare, da subito, che il decreto possa superare il test di proporzionalità. Infatti, per ridurre l'eccesso del *firing cost*, attribuito da un lato alle asimmetrie informative e dall'altro alla durata e all'incertezza dell'esito del processo d'impugnazione del licenziamento, la forte compressione della tutela reale non sembra francamente una misura in grado di superare quanto meno il criterio della necessità. Se ad assumere rilievo sono capacità e disponibilità del prestatore di lavoro, anche a voler tacere le assai discutibili forzature in tale prospettiva arrecate alle regole sull'adempimento contrattuale, è sufficiente limitarsi a ricordare, in merito alle asimmetrie informative, non solo né tanto l'attuale patto di prova – suscettibile evidentemente anche di adeguamenti normativi, a cominciare dalla durata –, quanto le concrete proposte a favore di un contratto di lavoro caratterizzato, sì, da una riduzione delle tutele contro i licenziamenti, ma in via temporanea (benché nient'affatto breve: tre anni), con la successiva acquisizione della tutela reale<sup>62</sup>. Circa la durata e l'esito del processo, v'è invece da considerare che il decreto 23 ha del tutto abbandonato per il catus la novità introdotta dalla legge Fornero, ossia lo speciale procedimento per l'impugnazione del licenziamento (art. 1, co. 47-48, l. 92/2012). Ora, se è vero che questo rito “è una costruzione barocca”, molto criticato e di cui difficilmente si avrà nostalgia, la scelta ricorda tanto il famoso inutile sacrificio del bambino a causa dell'acqua sporca: non si vede perché gli errori commessi nel 2012 dovrebbero impedire a un legislatore tecnicamente più attento di creare, per le cause aventi ad oggetto la reintegra, una “corsia preferenziale all'interno del rito ordinario del lavoro. Cosa questa che si può ottenere senza neppure toccare le norme di procedura o sfiorandole appena”<sup>63</sup>. E ancora, volendo tener presente un altro frequente argomento non considerato nel saggio richiamato ma pure sovente indicato a sostegno delle ragioni dell'impresa, e cioè l'incerto limite – al di là delle dichiarazioni di principio – del sindacato giudiziale sulla sussistenza del giustificato motivo oggettivo, la drastica riduzione della tutela reale aveva più d'una alternativa anche in questo caso. Ad esempio, si poteva riprendere la soluzione seguita, tutto sommato positivamente, per i licenziamenti collettivi dalla l. 23 luglio 1991 n. 223, in virtù della quale,

<sup>62</sup> V. la proposta di legge MADIA, MIGLIOLI, GATTI, n. 2630/2009 Camera dei deputati, e il disegno di legge NEROZZI (modellato sul progetto BOERI, GARIBALDI), Senato n. 2000/2010.

<sup>63</sup> Questa e la precedente citazione sono di BORGHESI, *op. cit.*, p. 5.

secondo ormai l'opinione prevalente, l'esito positivo della preventiva procedura collettivo-sindacale esclude il sindacato sulla fondatezza del recesso. Soluzione, anche in questo caso, adattabile e migliorabile sotto vari aspetti – a cominciare dal profilo procedurale o dalla legittimazione delle parti sociali – e alla quale si potevano inoltre affiancare altre misure nell'ipotesi di esito negativo del negoziato, come l'intervento “certificatorio” di un organo amministrativo, sulla falsariga di modelli, pure in questo caso, non nuovi<sup>64</sup>.

7. *(Segue) In particolare, l'incremento qualitativo dell'occupazione: la fragile e temporanea legittimità del contratto di lavoro a tutele crescenti*

Facciamo ora un passo indietro, per occuparci, nonostante quanto appena detto, del possibile incremento “qualitativo” dell'occupazione.

Conviene anzitutto capire se e in che termini esso possa realmente costituire uno degli elementi del bilanciamento operato dal legislatore.

Sempre ragionando sul preambolo del decreto 23, qualche dubbio sorge già sul piano squisitamente tecnico-giuridico. Infatti, nel preambolo, accanto al menzionato rafforzamento delle “opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro [nda: si noti] che sono in cerca di occupazione”, si menziona l'altro obiettivo: “riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva”. Entrambi gli scopi sono indicati nell'art. 1, co. 7, della l.d. 183/2014, dove, a essi, seguono i relativi “principi e criteri direttivi”. Di questi ultimi, però, il decreto 23 richiama espressamente solo quello contemplato dalla lett. c) del medesimo comma, ossia la “previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti”, mentre non considera affatto la promozione del “contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro”, contenuto nella lett. b) sempre del co. 7. Insomma, ragionando su questi dati, l'intento del decreto sembra rivolto all'incremento più quantitativo che qualitativo dell'occupazione. Il dubbio in qualche misura si alimenta anche su altri piani: si pensi alla forte apertura al contratto a termine “a-causale” di cui al d.l. 20 marzo 2014 n. 34 (cd. decreto Poletti), pure indicata

<sup>64</sup> È la soluzione suggerita, tempo fa, da ZOPPOLI L., *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *DLM*, 2000, p. 435.

come temporanea proprio “nelle more dell’adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente” (art. 1, l. 16 maggio 2014 n. 78 di conversione del d.l. n. 34/2014) e che invece è sopravvissuta non solo al catic ma anche al riordino della tipologia contrattuale<sup>65</sup>. Come pure si pensi alla possibile rivitalizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative, da parte sempre del decreto legislativo concernente il suindicato riordino della tipologia contrattuale<sup>66</sup>.

Ad ogni buon conto, vediamo in concreto in che termini sia possibile parlare di incremento qualitativo dell’occupazione.

La prima considerazione è di carattere generale e attiene al passato, recente e meno recente.

L’esigenza di cambiare la composizione tipologica dei rapporti di lavoro degli occupati è sorta in seguito alle tendenze segnate – come ben si sa ed efficacemente ribadito nello scritto prima considerato – per un verso da un deciso aumento della disoccupazione, per altro verso da un marcato incremento percentuale, rispetto al contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, dell’insieme dei rapporti di lavoro sia subordinato non standard (soprattutto contratto a termine, ma anche in somministrazione, part-time) sia di lavoro autonomo riconducibile nell’area non solo della parasubordinazione (collaborazioni personali coordinate e continuative prima, lavoro a progetto poi), ma anche delle collaborazioni con lavoratori titolari di partita IVA. È noto il *refrain* che ha accompagnato le politiche di costante ampliamento delle forme contrattuali diverse dal contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, sostanzialmente il medesimo che sta pure all’origine del catic: la maggiore flessibilità delle figure contrattuali, soprattutto la maggiore flessibilità in uscita, alimenta l’occupazione.

Dunque, dinanzi all’attuale situazione del mercato del lavoro, occorre anzitutto osservare come non sia agevole ragionare in termini di “qualità”. Se identifichiamo la qualità con il contratto subordinato a tempo pieno e indeterminato, gli ultimi decenni hanno indubbiamente e notevolmente abbassato i livelli qualitativi del mercato. Come dire, lo hanno “drogato”, ri-

<sup>65</sup> V. il relativo d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, Capo III, dedicato appunto al lavoro a tempo determinato.

<sup>66</sup> PERULLI, *Il “falso” superamento dei cococo nel Jobs Act*, in *nel Merito.com*, 6 marzo 2015, in particolare in riferimento al co. 2 dell’art. 49 dello schema di quello che è poi divenuto il già citato d.lgs. 81/2015 (nel quale il comma in questione è il co. 2 dell’art. 52).

ducendolo allo stremo: sicché, qualsiasi terapia di un qualche effetto, ancorché esile, potrebbe oggi apparire la benvenuta. Ma c'è da andare cauti.

Il *catuc*, relegando del tutto ai margini la tutela reale per il licenziamento ingiustificato, nell'assetto degli interessi realizzato dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sposta decisamente il punto di equilibrio a favore del datore, con tutte le conseguenze negative sulla tutela del binomio "persona-cittadinanza" del lavoratore. È il caso di ricordare ancora che ciò avviene in generale, ossia non per peculiari ragioni di questa o di quella struttura datoriale, come sinora è accaduto per la tutela obbligatoria *ex l. 604/1966*. Da tale punto di vista si è già detto che il *catuc* disegna, oggi, una "nuova subordinazione", dal tasso di dipendenza notevolmente accresciuto.

La rilevantissima riduzione della tutela per la sequenza lavoro-persona-cittadinanza, propria della "vecchia" subordinazione, dovrebbe essere ricompensata dal miglioramento della tutela per i subordinati non standard e per i suindicati rapporti di lavoro autonomo, in considerazione del loro passaggio alla "nuova subordinazione". Se ben s'intende, la logica dovrebbe essere, schematizzando, quella di avvicinare i due opposti, al fine di collocare la tutela del lavoro su un livello che si vorrebbe "medio". Comunque ben lontano dalla concezione del lavoro che ha caratterizzato non solo la cultura ma anche la condizione economico-sociale del nostro Paese dal dopoguerra sino ancora a ieri, sebbene non di rado come orizzonte verso cui pur sempre esser protesi. Mutuando un'incisiva espressione, ci dovremmo muovere ora, al più, verso una "egualianza nell'insicurezza"<sup>67</sup>.

Ciò posto – e ribadito nuovamente, per le ragioni prima indicate, il carattere secondario dello spostamento della tutela *dal rapporto al mercato* (quand'anche presente nella complessiva operazione del *Jobs Act*) –, l'attuale situazione patologica del mercato aggiunge ulteriori motivi di perplessità circa il superamento del test di proporzionalità da parte del bilanciamento tra drastica compressione della tutela reale e incremento qualitativo dell'occupazione tentato dal *catuc*: stavolta è il criterio dell'*adeguatezza* a generare perplessità.

Guardando già all'interno di uno dei due poli del bilanciamento, viene da domandarsi se sia poi così sicuro che per un lavoratore a progetto risulti conveniente, in termini di tutela, passare al *catuc*: i vantaggi di trattamento normativo di quest'ultimo (ferie, sospensione del rapporto, ecc.) compensano

<sup>67</sup> ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'uguaglianza*, in *RTDPC*, 1997, p. 544.

la tutela dallo stesso caticu apprestata contro il licenziamento ingiustificato, ridottissima se non insignificante per i primi anni, a fronte della garanzia temporale di un termine e di un progetto goduta in precedenza, ancorché affiancata da più scarni trattamenti normativi<sup>68</sup>? Anche la sola incertezza non varrebbe sicuramente a bilanciare l'indiscussa e marcata riduzione di tutela per chi oggi è assunto con il caticu anziché con il tradizionale contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Invero la domanda è sintomatica dell'alterazione dello stato del mercato e può condurre a quesiti analoghi su un piano più generale. Infatti, formalmente il passaggio dall'autonomia (foss'anche parasubordinazione) alla subordinazione può esser intesa come un miglioramento soltanto a patto di ricondurre l'autonomia, genericamente e approssimativamente, nell'indistinta area del lavoro precario. Ma, dal punto di vista tecnico, così non è. Nella logica binaria del nostro diritto del lavoro, tuttora attuale, il lavoro autonomo o è realmente tale, e allora è espressione non di precarietà ma della (più o meno) piena soggettività negoziale del lavoratore, anzitutto sul piano della sua forza economico-sociale, oppure è falso lavoro autonomo, e allora è comunque da ricondurre nella subordinazione. Evidentemente, se si considera miglioramento qualitativo il passaggio in parola si pensa a quest'ultima patologica eventualità; che, altrettanto evidentemente, s'intende per il futuro arginare<sup>69</sup>. In questa concreta prospettiva – e ritorniamo alle precedenti più radicali riflessioni – particolare meraviglia desta il fatto che la parasubordinazione, nella forma delle collaborazioni coordinate e continuative, non pare per nulla destinata a scomparire: come già osservato, nel decreto legislativo sul riordino delle tipologie contrattuali se n'è rinvenuta la riproposizione nell'originaria versione degli anni 70, quindi priva anche delle tutele introdotte con il lavoro a progetto nel 2003<sup>70</sup>. E nella stessa ottica va ancora richiamata la figura sotto ogni profilo più emblematica del “precariato” nell'area della subordinazione, ossia il contratto a termine: anch'esso, come si è visto, tutt'altro che accantonato. Le novità del d.l. 34/2014, con l'introduzione del regime “a-causale” e le possibili cinque proroghe (oltre al periodo di prova) nell'arco di trentasei mesi, hanno posto il lavoratore a tempo

<sup>68</sup> Sul tema cfr. ZOPPOLI L., *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in questa rivista, 2015, p. 30.

<sup>69</sup> Emblematica, al riguardo, la singolare ipotesi prevista dall'art. 54 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81.

<sup>70</sup> V. retro nota 66.

determinato in pratica alla mercé del datore. Non a caso sono stati sollevati seri dubbi sulla sua legittimità costituzionale proprio per il sostanziale indiretto svuotamento del divieto di licenziamento arbitrario<sup>71</sup>. In questo caso lo stato patologico cui è stato condotto il mercato raggiunge il massimo: a) il contratto a termine, specie nell'ultima versione, è quello che probabilmente "precarizza" di più il mercato; b) per porvi rimedio si introduce il *catuc*, che proprio in questa sua finalità dovrebbe trovare fondamento e legittimità; c) a dispetto di tutto ciò, il contratto a termine "a-causale" rimane in vigore.

In definitiva, pur individuandone l'obiettivo nell'incremento "qualitativo" dell'occupazione, al vaglio del test di proporzionalità il *catuc* appare assai fragile anche alla luce del criterio dell'*adeguatezza*.

Comunque, quand'anche si fosse di diverso avviso, nella suindicata impostazione di *law and economics* prima ricordata un elemento risulta indiscutibile perché del tutto esplicito: l'esigenza di mutare la composizione qualitativa dell'occupazione – che giustificerebbe sul piano del bilanciamento l'arresto del processo di graduale completa attuazione del progetto costituzionale per quanto concerne la tutela della conservazione del posto di lavoro – in detta impostazione va ricondotta alla fase di crisi o al massimo di crescita lenta del sistema economico. Ciò significa che anche l'analisi economica conferma *la temporaneità del catuc*.

Sicché, a tutto concedere, diritto e analisi economica convergono verso questa conclusione: che, al più presto, maturino i tempi perché la tutela reale contro il licenziamento ingiustificato torni ad allinearsi al progetto costituzionale.

<sup>71</sup> Cfr. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013.

## Abstract

Il saggio evidenzia anzitutto come, nella giurisprudenza costituzionale, la tutela reale, pur non essendo imposta dall'ordinamento né sovranazionale né nazionale, costituisca, per il licenziamento ingiustificato, il rimedio corrispondente alla piena attuazione del disegno dei Padri costituenti, da realizzare gradualmente e tenendo conto della situazione economica generale. Ne consegue, in primo luogo, che il legislatore, nella sua "discrezionalità", può sì comprimerla o escluderla, ma soltanto temporaneamente e secondo la tecnica del bilanciamento tra principi; in secondo luogo, che la drastica riduzione di tale tutela, caratterizzante ora il cd. contratto di lavoro a tutele crescenti, quand'anche superi il test di proporzionalità – cifra della tecnica del bilanciamento –, non può non essere temporanea. Approdo, quest'ultimo, cui conduce peraltro anche l'analisi di *law and economics*.

This paper underlines essentially how in Italian constitutional jurisprudence, the true protection against unjustified dismissals, although neither national nor supranational legislation imposes this, constitutes a remedy that corresponds to the full implementation of the Founding Fathers' original aim, accomplishing the protection gradually, while taking into account the general state of the economy.

What follows from this is, first of all, that it is part of the legislator's discretion to suppress or exclude it, but only temporarily and in accordance with the technique of the balancing of principles; secondly, that the drastic reduction in said protection, as in the case of today's so-called employment contract with increasing protection levels, even if this type of contract were to pass the test of proportionality – the defining feature of the balancing of principles – it cannot but be temporary. Incidentally, the analysis in *Law and Economics* leads to the same outcome.

## Key words

Contratto di lavoro a tutele crescenti, legittimità costituzionale, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento.

Contract of employment with the increasing protections, constitutional legitimacy, reinstatement for unfair dismissals, the Balance Test.

